

Prefazione

di Antonio Catricalà¹

Qualcuno ha scritto che la violazione delle leggi comporta sanzioni automatiche, alle quali nessuno ha il potere di sottrarsi².

È un principio che condivido appieno in tutti i casi in cui la legge prevede la “pena” come unica reazione dell’ordinamento. Quando invece sono possibili rimedi alternativi, come nel diritto della concorrenza, devo dissentire dal considerare come un imperativo categorico l’applicazione di sanzioni. Non sono mai stato un fautore della esasperazione dell’*enforcement* antitrust e proprio per questo, nel corso del mio mandato presso l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ho aperto a quelle logiche negoziali, già note al diritto europeo della concorrenza e all’adozione di strumenti che a mio avviso, in casi ben determinati, possono meglio rispondere alle esigenze del mercato, delle imprese e dei consumatori.

Ciò nulla toglie alla consapevolezza dell’importanza che l’ammenda antitrust ha nel corretto dispiegamento delle dinamiche di mercato e di come la stessa in alcuni casi (ad esempio nelle ipotesi di *bid-rigging* o, più in generale, di *hard core restrictions*) rappresenti il mezzo più efficace per assicurare una tutela effettiva dell’interesse pubblico che il diritto antitrust persegue. Le sanzioni devono essere deterrenti; altrimenti non svolgono la funzione di prevenzione che ne rappresenta la maggiore virtù. La prevedibilità deve essere peraltro abbastanza generica nella quantificazione, sì da evitare che le conseguenze dell’illecito antitrust rientrino nei calcoli aziendali del rischio d’impresa: un rischio giuridico ed economico che non sempre toglie *appeal* al comportamento scorretto che comporta per il contravventore ben più rilevanti vantaggi.

Ho quindi apprezzato il lavoro di commento delle “*Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*”.

Sono conscio della rilevanza e della delicatezza del tema in discussione. L’antitrust deve essere trasparente nell’applicazione della legge: fa bene ad autovincolarsi

¹ Già Presidente dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm), nonché Presidente di Sezione del Consiglio di Stato, è Professore straordinario di diritto civile alla Università Telematica “UNIVERSITAS MERCATORUM”, titolare dell’insegnamento di Diritto dei Consumatori presso la LUISS – Guido Carli e Avvocato in Roma.

² F. PESSOA, *Economia & commercio: impresa, monopolio, libertà*, a cura di B. De Cusatis, Perugia, 2000, p. 129.

nella sua futura azione repressiva con la pubblicazione dei criteri che adotterà nell'applicazione delle sanzioni. Come appena notato, deve peraltro consentire quel tanto di indeterminatezza che contribuisce a rendere incerti gli esiti finali di una violazione. Non è semplice navigare tra Scilla e Cariddi: il segreto è mantenere ferma la barra del timone nell'equidistanza tra i due mostri.

Siamo a poco più di tre anni dalla adozione delle Linee Guida, forse un periodo ancora troppo breve per dare effettiva contezza dei risultati ottenuti; tuttavia, ricordando a me stesso che il diritto della concorrenza è "*largely judge-made*"³, ritengo che il presente lavoro permetta di riassumere in un'unica sede gli sforzi di chiarezza e al contempo di efficacia compiuti dall'Agcm e dalla giurisprudenza.

Di sicuro interesse è il contributo dell'Autore, capace di guidare il lettore nell'apprendimento dei meccanismi di calcolo della sanzione antitrust.

In sintesi: imporre un'ammenda antitrust non è la sola alternativa, ma, quando necessario, va fatto, cercando di trovare quel difficile equilibrio tra i molteplici interessi contrapposti, a favore del bene comune che è alla base del *public enforcement* dell'Agcm. Le Linee Guida aiutano a creare una indispensabile cultura della "pena" antitrust e il presente lavoro stimola l'impegno a dare la giusta conoscenza delle problematiche affrontate, alcune già risolte, altre ancora da approfondire.

Roma, 3 novembre 2017

³ R.H. BORK, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, New York, 1978, p. 408.

Introduzione

Non vi può essere alcuna legge, nel senso di regola universale di condotta, che non determini confini di aree d'azione, stabilendo norme che permettono a ciascuno di accertare fin dove egli sia libero di agire¹. È compito della legge, dunque, individuare il confine tra condotte lecite e illecite e definire le conseguenze per il caso in cui dalle prime si sia trascesi nelle seconde.

Certamente semplificando, la legge antitrust non sfugge a questo principio del liberalismo economico; essa è, infatti, chiamata a distinguere tra comportamenti competitivi e non, indicando per questi ultimi quegli esiti che sono considerati di volta in volta meglio rispondenti alle sorte scelte di politica della concorrenza, intesa quale insieme di misure e interventi attuati dagli organi pubblici al fine di creare e mantenere condizioni concorrenziali sui mercati².

Si scrive quanto sopra non per portare all'attenzione di chi legga una generale riflessione sul rapporto intercorrente tra mercato, legge e concorrenza, ma perché, si ritiene, che la contendibilità dei mercati sia garantita dalle leggi antitrust³, dal

¹ F.A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e libertà*, Milano, 1986, p. 136.

² Cfr., da ultimo, P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. Amm.*, 2015, n. 4, pp. 767 e ss., secondo cui «Si ammette che la potestà sanzionatoria possa esprimere – in certo modo – la ‘politica della concorrenza’ – o, addirittura, della regolazione – si ‘intende inquadrare tale margine in una linea di politica coerente e non discriminatoria, che sia funzionale agli obiettivi perseguiti con la repressione delle infrazioni’. La potestà sanzionatoria diviene così parte della ‘politica della concorrenza’»; v., ancora, *ex multis*, F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza. Introduzione all'economia e alla politica della concorrenza*, Bologna, 2001, p. 16; M. MARTELLINI, *L'impresa tra regolamentazione e concorrenza*, Milano, 1990, p. 8.

³ Cfr. G. ROSSI, *Il mercato d'azzardo*, Milano, 2008, p. 14. Come noto e resistendo alla tentazione di travalicare i limiti della presente analisi, il rapporto tra concorrenza e legge è stato oggetto di importanti dispute dottrinali, sostanzialmente di matrice economica, ma dall'ampio respiro giuridico: cfr., *ex pluribus*, F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza. Introduzione all'economia e alla politica della concorrenza*, Bologna, 2001, p. 24 e s.; L. RAISER, *Die Aufgabe des Privatrecht*, Kronenberg, 1977, *passim*; M. MARTELLINI, *L'impresa tra regolamentazione e concorrenza*, Milano, 1990, p. 15; V. DONATIVI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano. Le premesse*, Milano, 1990, pp. e 12 s.; L. OCCHIONERO, *Storia del pensiero economico*, Milano, 1987, pp. 81 e ss.; S. ZAMAGNI, *Economia politica. Teoria dei prezzi, dei mercati e della distribuzione*, Roma, 1984, pp. 31 e ss.; A. DE STROBEL, *La sovranità del consumatore*, Padova, 1970, pp. 21 e ss.; W. KRELLE, *Au-delà de la concurrence parfaite*, in AA.VV., *Les formes modernes de la concurrence*, Parigi, 1964, pp. 29 e ss.; M. GLAIS-P. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, Paris, 1983, pp. 5 e

momento che si può ritenere che dove c'è concorrenza c'è mercato, ma non viceversa⁴. Qualora la legge antitrust non sia rispettata e la concorrenza non sia garantita, è, allora, necessario un intervento, volto a ripristinare il corretto funzionamento del sistema, del quale la sanzione antitrust è la più immediata espressione⁵.

Su tali premesse, nell'andare a proporre una disamina delle “*Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*” (di seguito, “**Linee Guida**”), approvate dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con delibera del 22 ottobre 2014, n. 25152 (di seguito, “**Agcm**” o “**Autorità**”), deve muoversi dall’assunto che queste ultime, concorrendo alla determinazione della ammenda antitrust, sono anch’esse uno strumento di politica della concorrenza.

Scopo del presente lavoro non è, tuttavia, quello di sindacare le scelte di politica sanzionatoria e quindi della concorrenza della Autorità. Lo stesso mira, piuttosto, a offrire al lettore – che si immagina di estrazione non dissimile rispetto a quella dell’autore – una ricognizione quanto più puntuale possibile delle predette Linee Guida e della loro applicazione a circa un triennio dalla loro adozione.

Le Linee Guida, infatti, avendo colmato un vuoto assai sentito nel nostro ordinamento, hanno trovato sistematica applicazione da parte dell’Agcm, catalizzando l’attenzione del Giudice amministrativo, il cui apporto ha meglio affinato la portata del testo adottato.

La volontà è, dunque, quella di offrire uno strumento che permetta al lettore di avere contezza dello stato dell’arte al 31 dicembre 2017, traendone spunti di riflessione che aiutino a una migliore comprensione del processo di determinazione della sanzione antitrust, nonché delle scelte di politica della concorrenza da esso rappresentate.

Per mero scrupolo, si precisa che le opinioni espresse nel presente lavoro sono da ascrivere al solo autore e non anche allo studio professionale in cui lo stesso esercita e men che meno alle imprese dallo stesso patrocinate.

Da ultimo, mi sia permesso un ringraziamento alle persone che hanno dedicato a me e al mio lavoro il loro tempo. Un grazie sincero, dunque, ad Antonio Catrica-

ss.; G. DI NARDI, *Elementi di economia: iniziativa privata e intervento pubblico*, Torino, 1962, pp. 14 e ss.

⁴ Cfr. F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza. Introduzione all’economia e alla politica della concorrenza*, Bologna, 2001, p. 13.

⁵ Come osservato, infatti, “*la storia dell’antitrust, a differenza di molti altri settori del diritto, è una storia di rimedi, non solo nel senso classico della cultura giuridica della common law, per cui no remedy no right, ma soprattutto, partendo dal presupposto della libertà di iniziativa economica, nel significato di disciplina che pe sua natura e funzione non impone agli operatori ‘cosa fare’, bensì ‘cosa non fare’, tracciando dei limiti e stabilendo il divieto di oltrepassarli*” (A. FRIGNANI, *L’insufficienza dei modelli sanzionatori attuali: necessario un tertium genus?*, in *20 anni di antitrust*, a cura di C. Rabitti Bedogni e P. Barucci, Torino, 2010, p. 471).

là, quotidiano esempio e riferimento, alla mia famiglia, fonte di dedizione e conforto, nonché ai colleghi dello studio Lipani Catricalà & Partners e a Teodora Pastori, Jacopo Polinari e Giovanni Scoccini, amici oltremodo comprensivi.

Riconoscenza infinita, ancora, a chi mi ha permesso di avere tempo, anche a costo del proprio, e quindi ad Aureliano, a Ettore e alla di loro mamma.

CARLO EDOARDO CAZZATO

Roma, 5 febbraio 2018

Capitolo I

Adozione e ratio delle Linee Guida

(punti 1/6)

1. Con la decisione che accerta un'infrazione grave degli articoli 2 e 3 della legge n. 287/90 o degli articoli 101 e 102 TFUE, l'Autorità, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone "l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida", ai sensi dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90. Inoltre, l'articolo 31 della medesima legge stabilisce che per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione delle norme in materia di concorrenza "si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689". In particolare, l'articolo 11 della legge n. 689/81 prevede che nel determinare l'importo della sanzione "si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche".

2. Nell'esercizio del potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie, l'Autorità dispone di un ampio margine di discrezionalità, nei limiti di quanto previsto dalle richiamate norme. In particolare, la sanzione non deve superare il dieci per cento del fatturato totale realizzato a livello mondiale in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida. Nel rispetto di tali vincoli, ai fini di un'effettiva deterrenza, il livello della sanzione irrogata non deve eccedere quanto necessario per indurre le imprese a conformarsi alle norme antitrust.

3. La politica sanzionatoria dell'Autorità è volta sia a punire coloro che hanno posto in essere condotte illecite e a scongiurare la reiterazione delle stesse, sia a dissuadere le altre imprese dal porre in essere comportamenti vietati. In particolare, nell'esercizio del proprio potere sanzionatorio, l'Autorità persegue il seguente duplice obiettivo:

a) deterrenza specifica nei confronti delle imprese o delle associazioni di imprese che si sono rese responsabili di una violazione delle norme in materia di intese e di abuso di posizione dominante (c.d. effetto dissuasivo specifico);

b) deterrenza generale nei confronti degli altri operatori economici dall'assumere o continuare condotte contrarie alle norme di concorrenza (c.d. effetto dissuasivo generale).

4. Scopo delle presenti Linee Guida è quello di illustrare i principi che l'Autorità applicherà per la quantificazione delle sanzioni nei casi di infrazioni gravi alle norme nazionali o comunitarie in materia di intese e di abuso di posizione dominante al fine di assicurare la trasparenza e la prevedibilità del proprio processo decisionale. Esplicitare la metodologia seguita per la quantificazione delle sanzioni, sebbene non corrisponda a un calcolo esatto, è, infatti, funzionale a consentire alle parti di essere messe a conoscenza delle motivazioni e dell'iter logico che hanno indotto l'Autorità a irrogare una determinata sanzione pecuniaria, facilitando al contempo un pieno sindacato giurisdizionale sull'operato dell'Istituzione. Inoltre, un grado più elevato di trasparenza e prevedibilità delle sanzioni applicabili agli illeciti concorrenziali può efficacemente contribuire a scoraggiare le violazioni del diritto antitrust.

5. L'Autorità intende esercitare il proprio potere sanzionatorio con particolare rigore là dove ri-

tenuto appropriato e, in particolare, nei casi di intese segrete volte alla fissazione dei prezzi e/o alla ripartizione dei mercati e/o alla limitazione della produzione o comunque di fattispecie che arrecano un serio pregiudizio al funzionamento del mercato a danno dei consumatori.

6. La metodologia di calcolo di seguito illustrata fornisce indicazioni di carattere generale. Essa, tuttavia, non va intesa come la base di un metodo di calcolo automatico e aritmetico.

Sommario: 1.1. Dagli Orientamenti 2006 alle Linee Guida. – 1.2. Scopo e ambito di applicazione delle Linee Guida. – 1.3. Il potere sanzionatorio dell'Agcm (cenni).

1.1. Dagli Orientamenti 2006 alle Linee Guida

L'Agcm ha adottato le Linee Guida il 22 ottobre 2014, ovvero a quasi venticinque anni dall'entrata in vigore nel nostro ordinamento della Legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante “*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*” (di seguito, “**Legge antitrust**”)¹.

Tale iniziativa è stata invero tanto attesa, quanto auspicata.

Inviti all'adozione delle Linee Guida erano giunti, infatti, anche dal Giudice amministrativo, che, a più riprese, si era detto “*in linea con il principio di ‘comunitarizzazione’ delle sanzioni, sostenendo che è da considerare con favore, stanti gli esiti di tipizzazione degli illeciti e di correlativa riduzione della sfera di discrezionalità afferente all'esercizio della potestà punitiva, il rinvio alla suddivisione ivi contenuta, che inquadra le infrazioni anticoncorrenziali in tipologie predeterminate*”². Una posizio-

¹ Agcm, *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*, provv. 22 ottobre 2014, n. 25152, in *Boll.* n. 42, 2014. Sulle Linee Guida, in generale, cfr. F. GHEZZI-D. PINI, *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Riv. Soc.*, 2015, n. 6, pp. 1196 e ss.; L. NASCIMBENE-A. BARDANZELLU, *Linee Guida dell'Agcm sui criteri di quantificazione delle sanzioni antitrust. Buona la prima (o quasi)*, in *Conc. Merc. Reg.*, 2015, n. 3, pp. 485 e ss.; F. AMMASSARI, *Guidelines on the method of setting fines for infringements of competition rules: key issues*, in *Rivista Italiana Antitrust*, 2014, n. 3, pp. 231 e ss.; C. LO SURDO, *Commento all'art. 15 l. 287/1990*, in *Commentario breve al diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale*, a cura di C.L. Ubertazzi, Padova, 2016, pp. 3310 e ss.; P. FATTORI, *Illustrazione e analisi critica dei principali sviluppi della prassi e della giurisprudenza nazionale antitrust*, Roma, 24 settembre 2015, disponibile su <http://www.associazioneantitrustitaliana.it/wp-content/uploads/2015/10/Piero-Fattori.pdf>; P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. Amm.*, 2015, n. 4, pp. 767 e ss.

² TAR Lazio, Sez. I, 11 aprile 2012, nn. 3274-3280; cfr., tra le altre, Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013, secondo cui “*È appena il caso di sottolineare che i provvedimenti dell'Autorità, nella parte sanzionatoria, devono recare l'indicazione di tutti gli elementi necessari per comprendere le modalità di calcolo delle sanzioni. Il Consiglio di Stato già in passato ha ritenuto necessario che l'Autorità indicasse i seguenti dati: qualificazione dell'infrazione come grave o molto grave; durata dell'illecito; importo della sanzione per ciascuna impresa; eventuali circostanze attenuanti o aggravanti applicate; rapporto percentuale tra importo della sanzione e fatturato complessivo dell'impresa; eventuali altri criteri di*

ne simile era stata espressa, ancora, dall'*European Competition Network* (di seguito, "ECN"), che aveva rilevato come "*predictability and transparency should be ensured, with a view to increasing the effectiveness of the fining policy pursued by competition authorities*"³.

Alla vigilia dell'introduzione delle Linee Guida antitrust, d'altro canto, Gran Bretagna⁴, Germania⁵, Spagna⁶ e Francia⁷ si erano già dotate di uno strumento analogo. E, anzi, in alcuni casi, avevano già avuto modo e occasione di procedere agli affinamenti resisi necessari a valle di un primo rodaggio⁸.

Il tutto, senza considerare che la Commissione europea (di seguito, "Commissione") già dal 1998 aveva adottato gli "*Orientamenti per il calcolo delle ammende*

quantificazione utilizzati"; Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 marzo 2009, n. 1794, che aveva auspicato l'adozione di *guidelines* che garantissero "*massima uniformità e coerenza*" rispetto all'equivalente strumento comunitario; Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469; TAR Lazio, Sez. I, 14 settembre 2007, n. 8951; TAR Lazio, Sez. I, 3 ottobre 2006, n. 8803; TAR Lazio, Sez. I, 5 settembre 2005, n. 6546. Cfr. L. NASCIMBENE-A. BARDANZELLU, *Linee Guida dell'AGCM sui criteri di quantificazione delle sanzioni antitrust. Buona la prima (o quasi)*, in *Conc. Merc. Reg.*, 2015, n. 3, p. 487.

³ F. AMMASSARI, *Guidelines on the method of setting fines for infringements of competition rules: key issues*, in *Rivista Italiana Antitrust*, 2014, n. 3, p. 231.

⁴ La "*OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty*" è stata approvata nel dicembre 2004 ([http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/shared_of/business_leaflets/ca98_guidelines/of423-\(December-2004\).pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/shared_of/business_leaflets/ca98_guidelines/of423-(December-2004).pdf)) e riformata nel settembre 2012 (http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/shared_of/business_leaflets/ca98_guidelines/of423.pdf). Nelle more, come noto, le competenze dell'allora *Office of Fair Trading* sono passate alla *Competition Market Authority*.

⁵ La "*Notice on the imposition of fines under Section 81 (4) sentence 2 of the German Act against Restraints of Competition (GWB) against undertakings and associations of undertakings*" (nella versione in inglese) è stata approvata nel settembre 2006 (http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Notice%20-%20Fining%20Guidelines.pdf?_blob=publicationFile&v=5) e sostituita da una nuova versione nel giugno 2013 (<http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidelines%20for%20the%20setting%20of%20fines.html?nn=3742632>).

⁶ La "*Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea*" è stata adottata nel febbraio 2009 dall'allora Comisión Nacional de la Competencia (<https://www.boe.es/boe/dias/2009/02/11/pdfs/BOE-A-2009-2356.pdf>).

⁷ La "*Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires*" è stata adottata dall'Autorité de la Concurrence nel maggio 2011 (http://www.autoritedela-concurrence.fr/doc/communiqué_sanctions_concurrence_16mai2011_fr.pdf).

⁸ Per una ricognizione delle principali esperienze, cfr. ICN, *Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions*, April 2008. Allo stato, peraltro, a quanto consta, diciannove delle Autorità antitrust che fanno parte dell'ECN si sono dotate di documenti simili (*i.e.* Austria, Belgio, Bulgaria, Repubblica Ceca, Germania, Danimarca, Spagna, Finlandia, Francia, Ungheria, Lituania, Paesi Bassi, Norvegia, Polonia, Portogallo, Romania, Slovacchia, Svezia e Regno Unito). Cfr. F. AMMASSARI, *Guidelines on the method of setting fines for infringements of competition rules: key issues*, in *Rivista Italiana Antitrust*, 2014, n. 3, p. 231.

inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2 del regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5 del trattato CECA", poi sostituiti dagli "Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003" (di seguito, rispettivamente, "Orientamenti 1998" e "Orientamenti 2006")⁹. E ciò a seguito di alcune pronunce giurisprudenziali in cui, pur rilevata la piena legittimità dell'operato della Commissione nella determinazione della sanzione imposta, si era sollecitato lo sviluppo di uno strumento idoneo a rendere più trasparente il relativo processo¹⁰.

In assenza di indicazioni della legge nazionale sull'iter di calcolo delle sanzioni, l'Agcm aveva, peraltro, fatto ricorso proprio ai suddetti Orientamenti 1998 e Orientamenti 2006. La legittimità del riferimento all'equivalente comunitario delle Linee Guida era stata più volte ribadita dal Giudice amministrativo¹¹. Tale con-

⁹ Rispettivamente, Comunicazione della Commissione, 98/C 9/03, e Comunicazione della Commissione, 2006/C210/02. Invero, con riferimento ai soli cartelli, già nel 1996 era stata adottata la Comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra imprese (96/C 207/04), poi sostituita dalla Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese (2002/C 45/03) e, infine, dalla Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (2006/C 298/11). Sugli Orientamenti 2006, in generale, cfr., tra tutti, É. BARBIER DE LA SERRE-E. LAGATHU, *The Law of Fines Imposed in Eu Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, n. 4; C. BELLAMY-G.D. CHILD, *European Union Law of Competition*, Oxford, 7th edition, 2013, pp. 1091 e ss.; D. GERARDIN, *The Eu Competition Law Fining System: A Reassessment*, Tilec Discussion Paper No. 2011-052, October 2011, disponibile su www.ssrn.com.

¹⁰ Cfr. sentenza del Tribunale di primo grado del 6 aprile 1995, *Trefilunion SA contro Commissione delle Comunità europee*, Causa T-148/89, punti 141 e s., dove si afferma che "dalla giurisprudenza della Corte risulta che la Commissione non è tenuta ad indicare, nel corso del procedimento amministrativo, i criteri in base ai quali essa intende infliggere l'ammenda (v. sentenza della Corte 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin/Commissione*, Racc. pag. 3461, punti 17-21). Di conseguenza, secondo il Tribunale, pur essendo auspicabile che le imprese – per poter decidere con piena cognizione di causa in merito al proprio atteggiamento – siano poste in grado di conoscere in dettaglio, mediante qualunque sistema che la Commissione ritenga opportuno, il metodo di calcolo dell'ammenda loro inflitta, senza che, a tal fine, esse debbano proporre ricorso giurisdizionale contro la decisione della Commissione – il che sarebbe in contrasto con il principio di sana amministrazione –, nel caso di specie, tenuto conto della citata giurisprudenza, degli elementi contenuti nella Decisione e della mancata collaborazione da parte della ricorrente (v., in proposito, il punto successivo), la censura relativa al difetto di motivazione non può essere accolta"; sentenza del Tribunale di primo grado del 14 maggio 1998, *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft mbH contro Commissione delle Comunità europee*, Causa T-347/94. Prima degli Orientamenti 2006, la piena legittimità dell'operato della Commissione nella determinazione della sanzione pur in assenza di uno strumento analogo era stata affermata dalla giurisprudenza: cfr. sentenza della Corte del 7 giugno 1983, *SA Musique Diffusion française e altri contro Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite 100 a 103/80. Sul tema, cfr. P. MANZINI, *Le ammende*, in B. CORTESE-F. FERRARO-P. MANZINI, *Il diritto antitrust dell'Unione Europea*, Torino, 2014, pp. 262 e s.

¹¹ Cfr., *ex pluribus*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 424; Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1190; TAR Lazio, Sez. I, 29 dicembre 2007, n. 14157. Cfr. C. LO SURDO, *La*

clusione discendeva dal rilievo che l'articolo 1, comma 4, della Legge antitrust impone una coerenza interpretativa e applicativa delle norme di concorrenza nazionali con la disciplina comunitaria¹².

A ben considerare, il percorso nazionale sembra davvero molto affine a quello comunitario, dove pure per svariati decenni la Commissione aveva deciso di non dotarsi di alcuno strumento che agevolasse la determinazione delle sanzioni¹³.

Come già avvenuto per la Legge antitrust, il ritardo registrato nell'adozione delle Linee Guida ha rappresentato anche una importante occasione. Ha, infatti, permesso all'Agcm di valorizzare, oltre alla propria prassi, quella della Commissione sulla base degli Orientamenti 1998 e Orientamenti 2006¹⁴, così come delle altre Autorità antitrust nazionali, nonché la giurisprudenza italiana e comunitaria¹⁵. Ciò ha garantito al nostro ordinamento italiano un intervento virtuoso, perché capace di tenere in considerazione le esperienze altrui e/o passate, nonché coerente, poiché tale da garantire un *enforcement* omogeneo e una dialettica agevolata tra le istituzioni parti dell'*ECN*.

La conferma di tale *modus operandi* deriva dal ricorso allo strumento della consultazione pubblica, quale occasione per ottimizzare gli sforzi dei vari portatori di interesse e affinare il più possibile il testo offerto in prima versione.

Nel maggio 2014, infatti, pur non essendovi tenuta, l'Agcm ha posto a consultazione una prima bozza delle Linee Guida, esplicita da una relazione di accompagnamento (di seguito, "**Relazione**"), al fine di favorire il *market test*¹⁶. In partico-

diffida e le sanzioni inflitte dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 15, 1° e 2° co., L. 10.10.1990, n. 287), in Codice commentato della Concorrenza e del Mercato, a cura di A. Caricalà e S. Troiano, Torino, 2010, pp. 1286 e ss. Invero, già con riferimento agli Orientamenti 1998, il Giudice amministrativo ne aveva sottolineato il "valore orientativo anche per il dosaggio delle sanzioni in ambito nazionale" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1397; Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271; Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6469), ritenendoli "un criterio guida per dare contenuto alle valutazioni dell'Autorità in tema di qualificazione dell'infrazione e di commisurazione della sanzione" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2008, n. 102; cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 4017).

¹² Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5368; Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 giugno 2005, n. 3408, che ha richiamato espressamente "l'effettività dei principi comunitari di tutela del mercato di cui la legge nazionale costituisce esplicazione".

¹³ Cfr. F. GHEZZI-D. PINI, *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Riv. Soc.*, 2015, n. 6, p. 1203.

¹⁴ Questi ultimi, in particolare, sono dichiaratamente il modello delle Linee Guida: nella Relazione si legge, infatti, che le Linee Guida "*tengono conto [...] degli Orientamenti adottati dal 2006 dalla Commissione europea [...]*" (§ 2); nel provvedimento di adozione delle Linee Guida, si afferma, inoltre, che si è ritenuto "*di dotare l'Autorità di apposite Linee Guida che, anche sulla base degli orientamenti comunitari [...]*" (primo ritenuto).

¹⁵ Cfr., tra tutte, TAR Lazio, Sez. I, 14 ottobre 2016, n. 10303; TAR Lazio, Sez. I, 2 agosto 2016, n. 8930; TAR Lazio, Sez. I, 5 aprile 2016, n. 4099.

¹⁶ Cfr. <http://www.agcm.it/stampa/news/6934-avviata-consultazione-pubblica-sulle-linee-guida->

lare, quest'ultima illustrava le principali problematiche affrontate dall'Autorità nella predisposizione delle Linee Guida e, per ognuna di esse, le soluzioni proposte (§ 2).

In piena coerenza con quanto sopra, l'Autorità si è dimostrata peraltro molto sensibile alle osservazioni ricevute, intervenendo non poco sul testo posto a consultazione proprio in ragione dei contributi ricevuti.

Con le Linee Guida dunque l'Agcm ha voluto recepire e tenere nella più debita considerazione non solo le esperienze delle altre Autorità antitrust, ma, più in generale, quelle di tutti i possibili *stakeholders*.

1.2. Scopo e ambito di applicazione delle Linee Guida

La valorizzazione delle esperienze pregresse è una peculiarità delle Linee Guida che si coglie anche con riguardo alle finalità dalle stesse perseguite.

La funzione delle Linee Guida è, infatti, quella tipica di interventi regolamentari di questo genere: esse perseguono lo scopo di illustrare i principi che l'Autorità applicherà per la quantificazione delle sanzioni, al fine di assicurare la trasparenza e la prevedibilità del proprio processo decisionale. Esplicitare la metodologia seguita per la quantificazione delle sanzioni è, d'altro canto, funzionale a consentire alle parti di essere messe a conoscenza delle motivazioni e dell'*iter* logico che hanno indotto l'Autorità a irrogare una determinata ammenda pecuniaria, facilitando al contempo un pieno sindacato giurisdizionale sull'operato dell'Agcm. Inoltre, un grado più elevato di trasparenza e prevedibilità delle sanzioni applicabili agli illeciti concorrenziali può efficacemente contribuire a scoraggiare le violazioni del diritto antitrust (v. punto 3 delle Linee Guida; cfr. Relazione, §§ 3 e ss.).

Come già gli Orientamenti 2006, dunque, le Linee Guida sembrano potersi dire strumentali al perseguimento di almeno quattro finalità, ovvero:

- (i) mettere l'Autorità nelle condizioni di esercitare la propria discrezionalità sanzionatoria con maggiore coerenza;
- (ii) permettere alle imprese di poter prevedere le multe astrattamente applicabili;
- (iii) facilitare il sindacato di merito del Giudice amministrativo;
- (iv) favorire l'attecchire di una cultura della concorrenza.

relative-alla-modalita-di-applicazione-dei-criteri-di-quantificazione-delle-sanzioni-irrogate-dallautorita-in-materia-di-concorrenza.html. I contributi ricevuti sono disponibili su <http://www.agcm.it/concorrenza-intesa-e-abusi/linee-guida-sanzioni/107-concorrenza/intese-e-abusi/7297-contributi-alla-consultazione-pubblica-contributi-alla-consultazione-pubblica.html>. Come detto, non esisteva in capo all'Agcm un obbligo di procedere all'adozione delle Linee Guida, previa consultazione pubblica; come meglio chiarito nella Relazione, tuttavia l'Autorità ha deciso di procedere in tal senso, rilevando che *“il rapporto tra consultazione e qualità della regolamentazione è valorizzato anche a livello comunitario, in quanto una regolamentazione condivisa consente una migliore applicazione delle norme”* (p. 1).

Prima di entrare nel merito di ciascuna finalità, sembra utile chiarire quale sia l'ambito di applicazione delle Linee Guida.

Esse sono applicabili alle accertate violazioni del diritto della concorrenza sia nazionale sia comunitario, così come alle infrazioni tanto al divieto di intese restrittive della concorrenza, quanto a quello di abuso di posizione dominante.

Sotto il primo profilo, infatti, l'eventuale accertamento di una violazione degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito, anche solo "TFUE") non vale a ricondurre l'intera fattispecie nell'ambito di applicazione esclusivo degli Orientamenti 2006. Come recentemente ribadito dalla Corte di Giustizia, "*Secondo una giurisprudenza costante, il meccanismo di cooperazione tra la Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza, che è stato previsto al capitolo IV del regolamento n. 1/2003, mira a garantire un'applicazione uniforme delle regole di concorrenza negli Stati membri*". Tale cooperazione, conformemente al considerando 15 del Reg. (CE) n. 1/2003, comporta che "*la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri formano insieme una rete di pubbliche autorità che applicano le regole di concorrenza dell'Unione in stretta cooperazione*", la quale, ai sensi del punto 1 della comunicazione sulla cooperazione costituisce un foro di discussione e di cooperazione in materia di applicazione e di vigilanza sul rispetto della politica della concorrenza dell'Unione. A tanto consegue che l'*ECN, "intesa a promuovere la discussione e la cooperazione nell'attuazione della politica della concorrenza, non ha il potere di adottare norme giuridicamente vincolanti"*.

Deve osservarsi come le decisioni della giurisprudenza amministrativa, che hanno valutato con favore il richiamo agli Orientamenti 2006 che l'Autorità ha fatto in taluni provvedimenti emessi prima dell'adozione delle Linee Guida, hanno rilevato come tale riferimento abbia consentito di far emergere l'*iter* argomentativo seguito in punto di quantificazione della sanzione – motivazione altrimenti assente o di difficile lettura – ma non hanno, tuttavia, riconosciuto una sfera di diretta coerenza delle disposizioni considerate nel sistema nazionale¹⁷.

Quanto al secondo profilo, non è stata ritenuta condivisibile l'interpretazione, secondo cui le Linee Guida non risulterebbero applicabili anche alla fattispecie dell'abuso di posizione dominante – in aggiunta a quella, pacificamente contemplata, delle intese anticoncorrenziali – assumendo che una condotta unilaterale, quale quella dell'impresa che abusa della propria posizione dominante in un mercato, non sarebbe predicabile di gravità, connotazione ascrivibile alle sole condotte pluri-soggettive.

Al contrario, deve osservarsi, innanzitutto, che la scelta quantitativa operata

¹⁷ Cfr. TAR Lazio, Sez. I, 25 luglio 2016, nn. 8499, 8500, 8506 e 8502; TAR Lazio, Sez. I, 14 ottobre 2016, nn. 10303, 10307 e 10309; TAR Lazio, Sez. I, 5 aprile 2016, n. 4099. In ambito comunitario, v. sentenza della Corte del 20 gennaio 2016, *DHL Express (Italy) Srl e DHL Global Forwarding (Italy) SpA contro Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Causa C-428/14, punti 30 e ss.

dall'Autorità è parametrata, tra l'altro, anche alla natura dell'infrazione, alla quota aggregata di tutte le imprese interessate, all'estensione geografica dell'infrazione e all'avvenuta attuazione, o meno, della pratica illecita, criteri certamente spendibili con riferimento alle ipotesi di abuso. A ciò si aggiunga, non solo che il punto 4 delle Linee Guida esplicita la loro applicabilità alla fattispecie degli abusi di posizione dominante, ma anche che la stessa valutazione di gravità dell'infrazione non è ancorata al carattere plurilaterale della condotta¹⁸.

Ciò detto, quanto agli scopi perseguiti dalle Linee Guida, procedendo per ordine, il perseguimento del primo obiettivo sopra individuato (*i.e.* mettere l'Autorità nelle condizioni di esercitare la propria discrezionalità sanzionatoria con maggiore coerenza) nasce dalla necessità di meglio valorizzare e rappresentare le peculiarità soggettive e oggettive del caso e quindi di "imbrigliare" la pur riconosciuta discrezionalità dell'Autorità nel determinare la sanzione antitrust¹⁹. E ciò nonostante tale ampia discrezionalità fosse stata ritenuta in passato funzionale a incrementare l'efficacia dissuasiva della sanzione antitrust²⁰.

D'altro canto, sebbene prima delle Linee Guida l'Agcm facesse riferimento agli Orientamenti 2006, non erano mancate posizioni di difficile comprensione, stigmatizzate puntualmente dal Giudice amministrativo, e comunque, più in generale, il rifarsi agli Orientamenti 2006 aveva dato luogo a non poche perplessità²¹.

¹⁸ Sulla applicazione delle Linee Guida anche agli abusi di posizione dominante, cfr. TAR Lazio, Sez. I, 26 luglio 2017, n. 8945; TAR Lazio, Sez. I, 23 gennaio 2017, n. 1188.

¹⁹ Cfr. P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. Anm.*, 2015, n. 4, pp. 767 e ss., secondo cui "Attraverso 'Orientamenti' e 'Linee Guida', Commissione e Autorità nazionali 'autolimitano' il potere discrezionale, precisando in anticipo i criteri generali per la quantificazione delle sanzioni antitrust". P. MANZINI, *Le ammende*, in B. CORTESE-F. FERRARO-P. MANZINI, *Il diritto antitrust dell'Unione Europea*, Torino, 2014, pp. 263 e s.; v. sentenza della Corte del 7 giugno 1983, *SA Musique Diffusion française e altri contro Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite 100 a 103/80, punti 105 e ss.

²⁰ Cfr. F. GHEZZI-D. PINI, *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Riv. Soc.*, 2015, n. 6, p. 1202; L. GYSELEN, *The Commission's Fining Policy in Competition Cases – "Questo è il catalogo"*, in *Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law*, a cura di P.J. Slot e A. McDonnell, London, 2002, p. 64, secondo cui "tarification would seriously jeopardise the main objective of a fine. It would take away its deterrent effect. If companies knew in advance how much they have to pay, they would operate a cost-benefit analysis with respect to the contemplated infringement".

²¹ Cfr. TAR Lazio, Sez. I, 18 gennaio 2011, n. 451; TAR Lazio, Sez. I, 2 dicembre 2009, n. 12335; TAR Lazio, Sez. I, 2 dicembre 2009, n. 12319, in cui è stata lamentata la "singolare tenuità afflittiva" della sanzione imposta dall'Autorità. In dottrina è stato osservato, non solo con riferimento alle Linee Guida, come "la mancanza di specifiche indicazioni, soprattutto in un Paese da sempre alieno ai principi e alla 'cultura' della concorrenza, risultasse incomprensibile, poiché è proprio in simili situazioni di scarsa conoscenza e dimestichezza con i principi di tutela della concorrenza che tali indicazioni al mercato divengono massimamente utili" (F. GHEZZI-D. PINI, *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Riv. Soc.*, 2015, n. 6, p. 1199).

Con riguardo alla finalità *sub* (ii), va considerato che esplicitare la metodologia seguita per la quantificazione delle sanzioni può dirsi funzionale a consentire alle parti di essere messe a conoscenza delle motivazioni e dell'*iter* logico che hanno indotto l'Autorità a irrogare una determinata sanzione pecuniaria, piuttosto che un'altra. Come riconosciuto dalla giurisprudenza, infatti, le imprese sanzionate devono essere messe in condizioni di controllare che il metodo di calcolo utilizzato e i passaggi seguiti siano privi di errori e compatibili con le disposizioni e i principi applicabili in materia di ammende, in particolare con il divieto di discriminazione²².

Le Linee Guida vincolano dunque l'Agcm, così come gli Orientamenti 2016 la Commissione (e non anche l'Autorità)²³. In altri termini, sebbene definite "*indicazioni di carattere generale*" (v. punto 6 delle Linee Guida)²⁴, le imprese possono fare legittimo affidamento sul fatto che l'Agcm segua le prescrizioni contenute nelle Linee Guida, e da esse possa discostarsi solo laddove esplicitamente previsto e nei limiti dei principi fondamentali garantiti dal nostro ordinamento (*i.e.* motivazione, proporzionalità, parità di trattamento, personalità delle sanzioni; v. *infra* § 1.3.)²⁵.

²² Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013; Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 febbraio 2008, nn. 695 e 697; Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 agosto 2002, n. 4362; Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

²³ Cfr. Commissione, *Competition: revised Commission Guidelines for setting fines in antitrust cases – frequently asked questions*, Memo/06/256, disponibile su http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-06-256_en.htm?locale=en. V. anche Ordinanza della Corte del 28 giugno 2016, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro Italsempione – Spedizioni Internazionali SpA*, Causa C-450/15.

²⁴ Con riferimento agli Orientamenti 2006, cfr. TAR Lazio, Sez. I, 9 gennaio 2013, n. 125; Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 dicembre 2010, n. 9306; TAR Lazio, Sez. I, 29 marzo 2012, nn. 3038 e 3041, dove si parla di valore orientativo e non vincolante.

²⁵ Cfr. F. GHEZZI, *Impresa e sanzioni nella prassi applicativa dell'Autorità garante della concorrenza: qualche problema tecnico*, in *Giur. Comm.*, 2016, fasc. 6, pp. 815 e ss.; cfr., tra tutte, sentenza del Tribunale del 9 settembre 2015, *Toshiba Corp. contro Commissione europea*, Causa T-104/13, punto 184, secondo cui "*quando la Commissione adotta orientamenti destinati a precisare, nel rispetto del Trattato, i criteri che intende applicare nell'esercizio del suo potere discrezionale, ne consegue un'auto-limitazione di tale potere in quanto è suo compito conformarsi alle regole indicative che essa stessa si è imposta (v., in tal senso, sentenza del Tribunale dell'8 ottobre 2008, Carbone Lorraine/Commissione, T-73/04, Racc. pag. II-2661, punto 192 e la giurisprudenza ivi citata). Essa non può discostarsene in un caso particolare senza addurre ragioni che siano compatibili con il principio della parità di trattamento, il quale osta a che situazioni analoghe siano trattate in maniera diversa e a che situazioni diverse siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato (v. sentenza della Corte del 15 ottobre 2009, Audiolux e a., C-101/08, Racc. pag. I-9823, punto 54 e la giurisprudenza ivi citata)*"; sentenza del Tribunale del 28 giugno 2016, *Telefónica, SA contro Commissione europea*, Causa T-216/13; sentenza del Tribunale del 28 giugno 2016, *Portugal Telecom SGPS, SA contro Commissione europea*, Causa T-208/13, punto 221; sentenza della Corte del 28 giugno 2005, *Dansk Rorindustri A/S (C-189/02 P)*, *Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH e altri (C-202/02 P)*, *KE KELIT Kunststoffwerk GmbH (C-205/02 P)*, *LR af 1998 A/S (C-206/02 P)*, *Brugg Rohrsysteme GmbH (C-207/02 P)*, *LR af 1998 (Deutschland) GmbH (C-208/02 P)* e *ABB Asea Brown*

Peraltro, un certo grado di prevedibilità della sanzione associato all'infrazione delle regole di concorrenza – senza giungere a consentire all'impresa una stima precisa della convenienza della violazione – contribuisce ad assicurarne l'efficacia dissuasiva più di quanto accadrebbe con una sanzione non anticipabile *ex ante*. Prevedere, ma non calcolare, si diceva, perché in questa seconda ipotesi l'impresa potrebbe essere incentivata a porre in essere un'infrazione del diritto antitrust, avendo prima del suo compimento razionalmente determinato le sue conseguenze e ritenuto le stesse sopportabili in considerazione dei correlati costi e benefici²⁶.

Tali principi sono esplicitati anche dalla Relazione, secondo la quale “*Un certo grado di prevedibilità della sanzione associata all'infrazione delle regole di concorrenza, che non giunga tuttavia a consentire all'impresa una stima precisa della convenienza della violazione, contribuisce ad assicurarne l'efficacia dissuasiva più di quanto accadrebbe con una sanzione non anticipabile ex ante*”. Ancora, la stessa continua, rilevando che “*un determinato livello di prevedibilità concorre a rendere la sanzione accettabile da parte dei destinatari e ne facilita il controllo giurisdizionale. Questo aspetto risulta di particolare rilievo tanto per la Commissione europea quanto per le Autorità nazionali di concorrenza che sono soggette ad un rigido scrutinio di proporzionalità delle sanzioni irrogate da parte del giudice competente*” (§ 7)²⁷. Con ciò affermando l'aspettativa che si sarebbe forse assistito a una riduzione del numero dei ricorsi av-

Boveri Ltd (C-213/02 P) contro Commissione delle Comunità europee, Cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, punti 304 e ss. Cfr. C. BELLAMY-G.D. CHILD, *European Union Law of Competition*, Oxford, 7th edition, 2013, p. 1093, dove ulteriori riferimenti.

²⁶ Cfr. W.P.J. WILS, *The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, 2007, pp. 13 e s., secondo cui “*because the marginal hurtfulness of fines increases with their amount, especially when bankruptcy or severe financial distress becomes a possibility, undertakings (or the individuals taking the decisions inside them) tend to be risk averters. This implies that a more indeterminate structure for setting fines generates more deterrence*”.

²⁷ Cfr. F. GHEZZI-D. PINI, *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Riv. Soc.*, 2015, n. 6, p. 1207, nt. 41, secondo cui “*L'Autorità garante aderisce quindi alla tesi secondo la quale un certo grado di prevedibilità della sanzione ne aumenta la deterrenza portando l'impresa ad escludere la convenienza nel commettere l'infrazione, perlomeno nei casi in cui la condotta rientri tra le più gravi restrizioni della concorrenza. Se la casistica dell'Autorità garante fosse all'opposto incoerente e oscura e l'impresa non potesse quindi ragionevolmente stimare la sanzione che le potrebbe essere imposta né la probabilità che la propria condotta sia scoperta e giudicata illecita, essa sarebbe portata a considerare la sanzione come una tassa, sganciata da qualunque decisione circa la condotta da tenere o meno sul mercato. Non essendo la sanzione preventivamente quantificabile/identificabile, l'impresa si metterebbe nelle mani di Dio e nell'incertezza farebbe quanto ritiene più conveniente. Nelle parole del Beccaria: '[s]e l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l'oscurità che strascina seco necessariamente l'interpretazione, e lo sarà grandissimo se le leggi sieno scritte in una lingua straniera al popolo, che lo ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicar da se stesso qual sarebbe l'esito della sua libertà [...] Quanto maggiore sarà il numero di quelli che intenderanno e avranno fralle mani il sacro codice delle leggi, tanto men frequenti saranno i delitti, perché non v'ha dubbio che l'ignoranza e l'incertezza delle pene aiutino l'eloquenza delle passioni' (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cap. 5)”*.

verso i provvedimenti sanzionatori dell'Agcm, in ragione del sindacato di merito previsto sulle ammende in favore del Giudice amministrativo.

Sub (iii), va ricordato come il vincolare la discrezionalità dell'Autorità nella determinazione della sanzione sia certamente funzionale al miglior esercizio della giurisdizione di merito che compete sul punto ai Giudici nazionali, come comunitari.

A tal proposito deve considerarsi che i giudici nazionali e comunitari hanno competenza piena in materia sanzionatoria e, pertanto, quelli italiani non sono tenuti a rispettare quanto indicato nelle Linee Guida, così come quelli comunitari a rifarsi agli Orientamenti 2006²⁸. Ciò detto in linea di principio, gli organi giurisdizionali possono comunque lasciarsi ispirare dai principi riportati nelle Linee Guida e negli Orientamenti 2006 nell'esercizio della loro prerogative²⁹.

Prima dell'entrata in vigore delle Linee Guida, la sensazione comune era che

²⁸ Cfr. articolo 134, comma 1, lett. c), c.p.a., secondo cui il Giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie aventi ad oggetto le sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del Giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti e quindi anche dall'Agcm. Anche prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, la posizione della Suprema Corte di cui a Cass., SS.UU., 5 gennaio 1994, n. 52 era stata superata: cfr., *inter alia*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, secondo cui “*Il sindacato sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'Autorità si atteggia in modo diverso, potendo spingersi fino alla sostituzione della sanzione irrogata dall'Autorità anche attraverso un accertamento della congruità della sanzione*”; Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 agosto 2002, n. 4362; Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

²⁹ Cfr. sentenza della Corte del 21 gennaio 2016, *Galp Energía España SA e a. contro Commissione europea*, Causa C-603/13, punto 90, secondo cui “*Tale esercizio presuppone, in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 3, del regolamento n. 1/2003, che siano prese in considerazione, per ciascuna impresa sanzionata, la gravità dell'infrazione in questione nonché la sua durata, nel rispetto dei principi, in particolare, di motivazione, di proporzionalità, di personalità delle sanzioni e di parità di trattamento (v., in tal senso, sentenze Commissione e a./Siemens Österreich e a., da C-231/11 P a C-233/11 P, EU:C:2014:256, punti 53 e 56; Guardian Industries e Guardian Europe/Commissione, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, punto 75, nonché Commissione/Parker Hannifin Manufacturing e Parker-Hannifin, C-434/13 P, EU:C:2014:2456, punto 77), e senza che la Corte sia vincolata dalle regole indicative definite dalla Commissione nei suoi orientamenti (v., per analogia, sentenza Italia/Commissione, C-310/99, EU:C:2002:143, punto 52), anche se queste ultime possono guidare i giudici dell'Unione quando esercitano la loro competenza estesa al merito (v., in tal senso, sentenza Commissione/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778, punto 80 e giurisprudenza ivi citata)*”; sentenza della Corte del 6 dicembre 2012, *Commissione europea contro Verhuizingen Coppens NV*, Causa C-441/11 P, punto 80, secondo cui “*l'esercizio di una competenza estesa al merito non può comportare, in sede di determinazione dell'importo delle ammende inflitte, una discriminazione tra le imprese che hanno preso parte a un accordo o a una pratica concordata in contrasto con l'articolo 81, paragrafo 1, CE. Di conseguenza, le indicazioni che possono essere dedotte dagli orientamenti sono idonee, in linea di massima, a guidare i giudici dell'Unione quando esercitano detta competenza, dato che tali orientamenti sono stati applicati dalla Commissione ai fini del calcolo delle ammende inflitte alle altre imprese sanzionate mediante la decisione di cui essi sono chiamati a conoscere (v., in tal senso, sentenze del 16 novembre 2000, Sarrió/Commissione, C-291/98 P, Racc. pag. I-9991, punti 97 e 98, nonché del 28 giugno 2005, Dansk Rørindustri e a./Commissione, C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Racc. pag. I-5425, punti 337)*”.

l'intervento del Giudice amministrativo riflettesse la mancanza di coerenza della potestà sanzionatoria dell'Autorità. E ciò evidentemente a scapito della coesione generale della politica sanzionatoria della stessa Agcm³⁰.

Da ultimo, procedimentalizzare l'*iter* di computo delle sanzioni antitrust ha significato, altresì, favorire l'attecchire di quella cultura della concorrenza, che da sempre rappresenta uno degli obiettivi istituzionali dell'Autorità.

La considerazione sembra rilevante, ove meglio si consideri il contesto in cui le Linee Guida sono state adottate.

Con riferimento ai poteri di *enforcement* dell'Agcm, si è, infatti, parlato di due ben delineate "stagioni" di applicazione dello strumento degli impegni, di cui all'articolo 14-ter della Legge antitrust: la prima, che va dal 2006 al 2010, in cui l'Autorità ha fatto largo ricorso all'istituto in questione; la seconda, che copre il periodo dal 2011 al dicembre 2016 (se non oltre, con la parentesi del 2014), in cui, invece, l'Agcm ha fortemente ridimensionato il peso di tale istituto, probabilmente al fine di salvaguardare la funzione deterrente delle sanzioni antitrust³¹.

Le Linee Guida sono state, dunque, adottate in un contesto in cui l'Autorità riteneva di dover rilanciare il ruolo della sanzione, nuovamente posta al centro del proprio *enforcement*, ridimensionando il ricorso agli impegni, di cui l'Agcm aveva fatto un larghissimo utilizzo³².

³⁰ F. GHEZZI-D. PINI, *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Riv. Soc.*, 2015, n. 6, p. 1215, secondo cui "Se si confronta il livello di riduzione cui sono state sottoposte le sanzioni a livello nazionale ed europeo, si nota immediatamente come l'intervento dei giudici amministrativi italiani sia stato improntato ad una incisività di gran lunga maggiore. Prendendo ad esempio a riferimento le decisioni dell'Autorità garante e della Commissione adottate tra il 2000 e il 2009, a livello europeo la riduzione ad opera delle Corti si è attestata al 9% dell'importo complessivo irrogato nel periodo 2000-2004 e al 16% per il periodo 2005-2009 (allo stato, tra il 2010 e il 2014 la riduzione si attesta sul 3%). A livello italiano tra il 2000 e il 2004 la riduzione ad opera dei giudici amministrativi si è attestata invece sul 33% e tra il 2005 e il 2009 è risultata pari al 22%"; cfr. A. PERA-G. CODACCI PISANELLI, *Compliance e deterrenza. Un rapporto da costruire*, in *Dir. Comm. Int.*, 2012, p. 1073.

³¹ Cfr. A. PEZZOLI-L. BERTI, *Le stagioni dell'antitrust. Dalla tutela della concorrenza alla tutela della concorrenza*, Milano, 2010; C.E. CAZZATO, *Decisioni con impegni, misure cautelari e programmi di clemenza nell'attività dell'Agcm (anno 2014)*, in *Conc. Merc.*, 2015, pp. 301 e ss.; M. MARINIELLO, *Commitments or prohibition? The EU antitrust dilemma*, in *bruegelpolicybrief*, 2014, n. 1, p. 6; F. GHEZZI-G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2013, p. 330; C.J. COOK, *Commitment Decisions: The Law and the Practice under Article 9*, in *World Competition*, 2006, pp. 209 e ss.; W.P. WILS, *Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003*, in *World Competition*, 2006, vol. 29, n. 3, pp. 345 e ss. Per completezza si osserva che nel 2017 sono stati conclusi con impegni 6 procedimenti a fronte dei 10 illeciti complessivamente accertati dall'Autorità (5 intese e 5 abusi): cfr. www.osservatorioantitrust.eu.

³² Vari sono, infatti, i rischi connessi a un largo ricorso all'istituto strumento in questione; tra questi: compromettere la funzione deterrente propria delle sanzioni antitrust (cfr. L. DI VIA, *Le decisioni in materia di impegni nella prassi decisionale dell'Autorità garante*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2007, I, p. 253); offrire all'Agcm l'occasione di esercitare funzioni regolatorie che non le appartengono (cfr.

La tabella di seguito offre evidenza dell'utilizzo dello strumento di cui all'articolo 14-ter della Legge antitrust e permette di meglio comprendere le considerazioni sopra svolte.

Tabella 1. – *Procedimenti chiusi con impegni dall'Agcm nel periodo 2006/2016*

Anno	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Intese e abusi	8	19	16	16	24	15	14	14	17	17	12
Impegni	1	10	11	9	13	4	3	1	9	4	2
In %	12,5	52,6	68,7	56,2	54,2	26,7	21,4	7,1	52,9	23,5	16,6

Va detto peraltro che il contesto in cui le Linee Guida sono state adottate non è dissimile da quello registrato a livello comunitario all'indomani del varo degli Orientamenti 1998 e degli Orientamenti 2006. In entrambi i casi, infatti, la Commissione muoveva da un chiaro *favor* nei confronti delle sanzioni³³.

Su tali premesse, sembra possibile sostenere che le Linee Guida abbiano favorito anche una cultura della concorrenza e siano, quindi, strumentali a far attecchire una maggior consapevolezza della sanzione antitrust e delle sue funzioni³⁴.

Il crescente ricorso a strumenti differenti dalla sanzione antitrust è confermato dal punto 5 delle Linee Guida, che limita l'applicazione di ammende ai casi "più gravi" e, in particolare, nei casi di intese segrete volte alla fissazione dei prezzi e/o

F. BERTINI-G. SCHEMBRI, *Sanzioni amministrative, impegni, misure cautelari, programmi di clemenza e risarcimento del danno: un menù di scelte per l'impresa*, in *Conc. Merc.*, 2008, n. 16, pp. 310 e ss.); compromettere la certezza del diritto in ragione della discrezionalità riconosciuta all'Agcm nel valutare le proposte di impegni ricevute; concentrare l'attenzione dell'Autorità su casi che possono concludersi celermente (F. GHEZZI, *La strategia degli impegni dell'Autorità Garante*, pubblicata sul sito www.nelMerito.com il 21 dicembre 2011). Per una disamina delle critiche opposte all'utilizzo "eccessivo" dell'istituto in questione, cfr., tra tutti, M. MARINIELLO, *Commitments or prohibition? The EU antitrust dilemma*, cit., pp. 1 e ss.; A. GIANNACCARI-C. LANDI, *Antitrust? Grazie, abbiamo altri impegni!*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2012, II, pp. 236 e ss.; F. GHEZZI, *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, in *Riv. Soc.*, 2012, pp. 450 e ss.; M. FILIPPELLI, *Le misure correttive per abusi di posizione dominante e cartelli tra imprese nel diritto della concorrenza*, in *Conc. Merc.*, 2011, pp. 620 e ss.; G. COLANGELO, *I rischi della concorrenza patteggiata: note a margine del caso Aci global*, in *Dir. ind.*, 2009, pp. 360 e ss.; M. CARPAGNANO, *The Law and Practice of Commitment Decisions: A Comparative Analysis*, in *ECLR*, 2008, pp. 669 e ss.; A. PERA, *Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust – L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, 2008, pp. 61 e ss.

³³ F. GHEZZI-D. PINI, *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Riv. Soc.*, 2015, n. 6, p. 1201, nt. 18.

³⁴ F. AMMASSARI, *Guidelines on the method of setting fines for infringements of competition rules: key issues*, in *Rivista Italiana Antitrust*, 2014, n. 3, p. 231.

alla ripartizione dei mercati e/o alla limitazione della produzione o, comunque, di fattispecie che arrecano un serio pregiudizio al funzionamento del mercato a danno dei consumatori. La formulazione della disposizione richiama chiaramente quella di cui all'articolo 15, comma 1, della Legge antitrust.

1.3. Il potere sanzionatorio dell'Agcm (cenni)

Svolte le considerazioni di cui sopra, sembra utile fare un passo indietro in ordine logico, soffermandosi, seppur in modo strettamente funzionale alle finalità del presente lavoro, sulle fonti del potere sanzionatorio dell'Agcm, meglio articolato dalle Linee Guida.

Come noto, la sanzione civilistica connessa alla violazione del diritto della concorrenza dovrebbe essere quella “portante” dell'*enforcement* antitrust³⁵. Ciò nonostante – come si evince dalle vicissitudini del *private enforcement*, in particolare in Italia – la componente pubblicistica e quindi amministrativa dei poteri sanzionatori correlati alle infrazioni del diritto della concorrenza rappresenta tutt'ora parte preponderante della tutela antitrust e quindi preoccupazione principale delle imprese coinvolte in un procedimento per asserita inosservanza degli articoli 2 e/o 3 della Legge antitrust, nonché degli articoli 101 e/o 102 del TFUE.

Su tali premesse, i punti 1 e 2 delle Linee Guida offrono una puntuale individuazione delle fonti del potere sanzionatorio dell'Autorità, ovvero sia il sopra citato articolo 15, comma 1, della Legge antitrust e il capo I, sezioni I e II, della Legge 24 novembre 1981, n. 689, recante “*Modifiche al sistema penale*”, richiamato espressamente dall'articolo 31 della medesima Legge antitrust.

Come noto, l'articolo 15, comma 1, della Legge antitrust prescrive che, qualora a seguito dell'istruttoria svolta si accerti la violazione di una o più delle disposizioni sopra menzionate, l'Agcm ha il potere di fissare alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle violazioni accertate e, nei casi di violazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, ha l'obbligo di disporre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria³⁶.

La sezione I del capo I della Legge n. 689/1981 (articoli da 1 a 12) e la successiva sezione II del medesimo capo (articoli da 13 a 31) delineano, dunque, la

³⁵ G. ROSSI, *Introduzioni ai lavori*, in *Antitrust: le sanzioni*, a cura di A. Toffoletto e L. Toffoletti, Milano, 1996, p. 15.

³⁶ Cfr. TAR Lazio, Sez. I, 31 maggio 2000, n. 4504, secondo cui “*una volta accertata una pratica concordata illecita e grave, l'AGCM non ha la discrezionalità di accordare scriminanti, ma deve procedere all'applicazione della sanzione*”. Cfr. R. GIOVAGNOLI-M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009, p. 1156; C. LO SURDO, *La diffida e le sanzioni inflitte dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 15, 1° e 2° co., L. 10.10.1990, n. 287)*, in *Codice commentato della Concorrenza e del Mercato*, a cura di A. Catricalà e S. Troiano, Torino, 2010, pp. 1286 e ss.

disciplina nazionale della sanzione amministrativa, individuandone rispettivamente i principi generali e la loro applicazione³⁷.

Nell'esercizio di tali prerogative, l'Agcm dispone di un amplissimo margine di discrezionalità, rappresentando l'ammenda antitrust – come detto (v. *supra* Introduzione) – uno strumento di politica della concorrenza, nel senso che il fare più o meno ricorso alla sanzione può rappresentare un significativo indicatore delle priorità dell'Autorità³⁸.

D'altro canto, l'originaria versione dell'articolo 15 della Legge antitrust prevedeva che in caso di infrazione grave fosse disposta “*l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria in misura non inferiore dell'1% e non superiore del 10 % del fatturato realizzato da ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso ante-*

³⁷ Sulla sanzione in generale, cfr., *ex pluribus*, N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, pp. 530 e ss., secondo cui “*Per quanto l'uso del termine ‘sanzione’ sia in genere poco rigoroso [...] si può delimitare l'ambito [...] facendo riferimento all'esigenza che ogni sistema normativo ha di non essere dissolto dalla generale inosservanza, cioè di essere effettivo, e agli espedienti che vengono posti in essere per soddisfare questa esigenza*”; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983; M.A. SANDULLI, *Sanzione*, *IV sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1992.

³⁸ Cfr., tra tutte, Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3291; Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3893. A livello comunitario, cfr. sentenza del Tribunale del 27 marzo 2014, *Saint-Gobain Glass France SA e a. contro Commissione europea*, Cause T-56/09 e T-73/09, punto 150, secondo cui “*Infatti, per quanto riguarda la motivazione della fissazione dell'importo delle ammende in termini assoluti, va ricordato che, nel prevedere in particolare che l'ammenda inflitta a un'impresa che commette un'infrazione alle regole sulla concorrenza dell'Unione sia fissata tenendo conto della durata e della gravità di tale infrazione, e che detta ammenda non possa superare il 10% del fatturato totale realizzato dall'impresa stessa durante l'esercizio sociale precedente, l'articolo 23 del regolamento n. 1/2003 attribuisce alla Commissione un margine di discrezionalità nel fissare gli importi delle ammende al fine di orientare il comportamento delle imprese verso il rispetto delle regole sulla concorrenza (v. sentenza del Tribunale dell'8 luglio 2008, *BPB/Commissione*, T-53/03, *Racc. pag. II-1333*, punto 335, e giurisprudenza ivi citata)*”; sentenza del Tribunale del 12 dicembre 2012, *Electrabel contro Commissione europea*, Causa T-332/09, punto 230; sentenza della Corte dell'8 dicembre 2011, *KME Germany AG, KME France SAS e KME Italy SpA contro Commissione europea*, Causa C-389/10 P, punto 99; sentenza del Tribunale di primo grado dell'8 luglio 2008, *BPB plc contro Commissione delle Comunità europee*, Causa T-53/03, punto 335; sentenza della Corte del 10 maggio 2007, *SGL Carbon AG contro Commissione delle Comunità europee*, Causa C-328/05 P, punto 43; sentenza della Corte del 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri A/S (C-189/02 P)*, *Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH e altri (C-202/02 P)*, *KE KELIT Kunststoffwerk GmbH (C-205/02 P)*, *LR af 1998 A/S (C-206/02 P)*, *Brugg Rohrsysteme GmbH (C-207/02 P)*, *LR af 1998 (Deutschland) GmbH (C-208/02 P)* e *ABB Asea Brown Boveri Ltd (C-213/02 P)* contro Commissione delle Comunità europee, Cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, punto 268; sentenza del Tribunale di primo grado del 6 aprile 1995, *G.B. Martinelli contro Commissione delle Comunità europee*, Causa T-150/89, punto 59, secondo cui “*Le ammende sono infatti uno strumento della politica della 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 sulla concorrenza*”.

riormente alla notificazione della diffida, relativamente ai prodotti oggetto dell'intesa [...]". La formulazione della norma considerata era stata per l'appunto modificata dall'articolo 11, comma 4, della Legge 5 marzo 2001, n. 57, recante "*Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati*", proprio al fine di ampliare il margine di discrezionalità dell'Autorità nella determinazione della multa, eliminando il riferimento a una percentuale minima della stessa³⁹.

Ratio della suddetta discrezionalità è, da un lato, quella di individuare un meccanismo sanzionatorio sufficientemente elastico, perché capace di tenere il passo del dibattito sui modelli di deterrenza antitrust, tuttora molto acceso; dall'altro, quella di ridurre, nei limiti del possibile, i rischi di censura giurisdizionale⁴⁰.

Invertendo l'ordine logico di trattazione, con riguardo al secondo profilo, va detto che, nonostante le aspettative, il sindacato del Giudice amministrativo è stato ed è rimasto assai invasivo, spesso stravolgendo del tutto le conclusioni dell'Autorità.

Sotto il primo profilo, invece, il modello sanzionatorio prevalente prevede che la sanzione abbia una finalità prima dissuasiva che strettamente riparatoria, essendo a tale ultimo obiettivo – in una lettura sistemica – preposto il *private enforcement*.

L'Agcm è dunque chiamata a quantificare una ammenda che, in linea di principio, non sia né troppo elevata né troppo bassa: nel primo caso, infatti, si determinerebbe un effetto di possibile sovra-deterrenza della sanzione ovvero l'impresa potrebbe essere indotta a non porre in essere condotte virtuose, temendo il rischio di una multa molto elevata; nel secondo, di contro, una conseguenza di probabile sotto-deterrenza della ammenda imposta e cioè l'impresa, soppesando i vantaggi diretti della propria condotta e i rischi sanzionatori, potrebbe ritenere comunque conveniente la violazione del diritto della concorrenza.

Su tali premesse va allora ricordato che nell'esercizio del potere sanzionatorio generalmente le Autorità di concorrenza perseguono due obiettivi, che sono articolazione di una medesima esigenza, ovvero sia:

1. la deterrenza specifica nei confronti delle imprese o delle associazioni di imprese destinatarie della decisione di violazione delle norme in materia di intese e di abuso di posizione dominante (c.d. effetto dissuasivo specifico), ragion per cui nella determinazione della ammenda deve prendersi in considerazione la potenza eco-

³⁹ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926. In dottrina, v. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 419; P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. Amm.*, 2015, n. 4, pp. 767 e ss.; M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Dir. Amm.*, 2007, pp. 265 e ss.

⁴⁰ Cfr. W.P.J. WILLS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, in *World Competition*, 29, 2006, pp. 183 e ss.; F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust; l'utilizzo dei leniency programs* nella lotta contro cartelli e intese "hard core", in *Conc. Merc.*, 2002, 10, pp. 229 e ss.; M. MAGGIOLINO, *Il potere deterrente dei sistemi sanzionatori comunitario e nazionale e le riduzioni delle sanzioni antitrust*, in *Conc. Merc.*, 13-14/2005-2006, pp. 313 e ss.