



Convegni di studio òAdolfo Beria di Argentineò
su problemi attuali di diritto e procedura civile
della Fondazione Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale

XXIX Convegno di studio su

**I MODELLI DI IMPRESA SOCIETARIA FRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE NEL
CONTESTO EUROPEO**

Courmayeur, 18-19 settembre 2015

Mercato, sanzioni, processo: tra economia e diritti fondamentali

SERGIO MARIA CARBONE

ordinario di diritto internazionale nell'Università degli Studi di Genova

Il Mercato, sanzioni e processo dopo la sentenza CEDU del 4 marzo 2014

di

Sergio M. Carbone

SOMMARIO: 1. Le garanzie della CEDU relative al procedimento innanzi alle Autorità Indipendenti e la loro estensione a tutte le sue fasi nelle quali deve, sempre operare il principio del contraddittorio. 2. In particolare, il rispetto del principio del contraddittorio e la sua estensione alla fase sanzionatoria. La perdurante incertezza nell'identificare i soggetti destinatari della Relazione dell'Ufficio Sanzioni. 3. Il controllo giurisdizionale del procedimento sanzionatorio e la sua estensione a tutti gli aspetti ed a tutte le sue fasi. 4. Il principio *ne bis in idem* e l'onere della prova della colpevolezza. Il permanente vigore della trasmissibilità della sanzione nonostante la sua caratterizzazione penale. 5. Il principio di proporzionalità e l'esigenza di valutare il fatturato globale delle imprese coinvolte in ottica mitigatoria evitando l'indebolimento o addirittura l'uscita dal mercato di alcune di esse. 6. In particolare, la rateazione della sanzione e la sua riduzione in funzione della limitata capacità contributiva dell'impresa.

1. Le garanzie della CEDU relative al procedimento innanzi alle Autorità Indipendenti e la loro estensione a tutte le sue fasi nelle quali deve sempre operare il principio del contraddittorio.

La recente sentenza della Corte europea per la tutela dei diritti dell'uomo del 4 marzo 2014 nel caso 18640 *Grande Stevens* ha, come è noto, posto in rilievo la legittimità di alcuni profili, in parte già evidenziati anche dalla giurisprudenza comunitaria, relativi ai procedimenti amministrativi di tipo sanzionatorio presso le Autorità Indipendenti. Tali profili, pertanto, comportano l'esigenza di una riconsiderazione di rilevanti disposizioni dei loro rispettivi Regolamenti a proposito dello svolgimento di tali procedimenti della loro conclusione. Tanto che anche il Consiglio di Stato, di recente, non ha avuto esitazione a rilevare l'importanza di soddisfare tale esigenza indicando l'opportunità di adeguarne i contenuti, proprio con specifico riferimento ai profili sanzionatori, agli obblighi derivati dalla citata sentenza.

In realtà, come accennato, già nel passato, si è ripetutamente posto in rilievo l'esigenza di una riconsiderazione del procedimento, e del regime, sanzionatorio che fa capo alle Autorità Indipendenti al fine di garantirne una effettiva coerenza, funzionalità ed adeguatezza che non consenta eccessi punitivi permettendo, comunque, di addivenire a sanzioni sproporzionate, effettive e dissuasive. D'altronde, si tratta di criteri che anche nell'ordinamento italiano, con specifico riferimento all'adozione di misure cautelari, sono stati codificati nell'art. 275 cod. proc. pen. e, nell'ambito del sistema CEDU, sono stati da tempo precisati dalla giurisprudenza. Si tratta, quindi, di criteri in virtù dei quali le misure che vanno ad incidere non solo sulla libertà personale, ma anche sul diritto di proprietà e di libera iniziativa economica devono essere ispirate al loro minor sacrificio necessario pur nel rispetto della effettività e della dissuasività delle

misure repressive adottate. Esigenza quest'ultima, ancora di recente, più in generale ampiamente enfatizzata nei vari dibattiti relativi al rapporto tra giustizia ed economia oppure tra diritto e sviluppo economico in occasione dei quali si è da più parti valorizzata anche l'esigenza di rendere in tal modo più calcolabile l'applicazione del diritto.

Questi principi, pertanto, consentono di meglio definire i criteri in concreto applicabili dalle Autorità Indipendenti nell'ambito dell'ordinamento italiano con specifico riguardo a procedimenti che si svolgono innanzi ad esse anche se relativi ad infrazioni direttamente riconducibili a violazioni di norme comunitarie nonostante la non ancora intervenuta adesione dell'U.E. alla CEDU.

In particolare, anzitutto, è nota e trova ulteriore conferma l'esigenza di garantire una più precisa separazione tra i diversi uffici delle Autorità Indipendenti, volta a volta incaricati dello svolgimento delle varie fasi procedurali, allorché non sia già sufficientemente marcata, al fine di garantirne quella trasparenza, imparzialità ed indipendenza di cui la giurisprudenza della CEDU enfatizza l'importanza durante tutto lo svolgimento del procedimento.

In quest'ultimo senso, è, quindi, auspicabile che i regolamenti relativi ai procedimenti sanzionatori delle varie Autorità Indipendenti prevedano criteri più bilanciati di quanto avviene attualmente, anche durante la fase sanzionatoria rispetto al completo accesso alla documentazione relativa a tale fase del procedimento ed alle garanzie del contraddittorio. Si deve, ad esempio, sotto questo profilo, più compiutamente soddisfare l'esigenza di porre tempestivamente a conoscenza dei soggetti interessati tutti gli elementi probatori e le circostanze che, secondo l'Autorità, rilevano al fine dell'adozione della decisione finale consentendo. Ed in attuazione di tale esigenza dovrà essere garantito un effettivo confronto sino alla, e comprensivo della, fase relativa alla determinazione della sanzione, sia sulle ragioni della rilevanza di tali circostanze sia sulle modalità e sulla misura della loro influenza nella finale determinazione sanzionatoria che in ogni caso dovrà anche tener conto delle specifiche condizioni economiche e patrimoniali del soggetto da sanzionare.

In questa prospettiva è significativo che, come è noto, una recente sentenza del Consiglio di Stato (del 26 marzo 2015), proprio in virtù dei principi enunciati dalla Corte EDU, ha chiaramente denunciato che la mancata comunicazione alle parti interessate della proposta dell'Ufficio Sanzioni Amministrative senza che su di essa sia instaurata alcuna forma di contraddittorio con l'Ufficio Sanzioni prima dell'invio della relazione conclusiva davanti alla Commissione determini una violazione del principio del contraddittorio talmente grave da poter inficiare l'intero procedimento sanzionatorio.

È ben vero che in senso contrario la stessa Autorità coinvolta nel procedimento di cui alla citata sentenza (e cioè, la Consob) ha ribadito, tra l'altro, la legittimità del sistema a suo tempo adottato affermando che esso già soddisfa anche l'esigenza ora indicata e non presenta alcun contrasto sia con l'art. 6 par. 1 della CEDU sia con i principi costituzionali dell'ordinamento italiano. Ma è altrettanto vero che proprio tale Autorità ha comunque immediatamente proposto, proprio tenendo conto dei rilievi operati dalla Corte EDU al sistema vigente, alcune Modifiche al suo Regolamento sul Procedimento sanzionatorio che, dopo ampia consultazione, sono state approvate con alcune integrazioni in virtù della delibera Consob n. 19158 del

29.5.2015 che, pertanto, innova, nella direzione indicata dalla Corte EDU, vari aspetti dell'originaria formulazione (di cui alla delibera n. 18750) del predetto Regolamento.

2. In particolare, il rispetto del principio del contraddittorio e la sua estensione alla fase sanzionatoria. La perdurante incertezza nell'identificare i soggetti interessati destinatari della Relazione dell'Ufficio Sanzioni.

Ma non soltanto. È sicuramente, infatti, da apprezzare che la Consob, prima ancora dell'entrata in vigore del predetto Regolamento, avesse già disposto di inviare agli interessati le parti delle Relazioni dell'Ufficio Sanzioni Amministrative relative alla determinazione ed alla quantificazione delle sanzioni che li riguardano pur non essendo tale invio ancora previsto nel Regolamento.

In particolare, per quanto riguarda le modifiche innanzi ricordate merita di essere adeguatamente valorizzata, proprio in quanto specificamente adesiva al compiuto rispetto del contraddittorio secondo le indicazioni della stessa Corte EDU e della maggior parte delle osservazioni presentate in occasione della consultazione innanzi indicata, la nuova formulazione dell'art. 6 par. 4. del Regolamento Consob. In tale norma, infatti, viene precisato che nella Relazione finale trasmessa ai soggetti interessati deve essere compresa anche la specifica determinazione della sanzione, che, sulla scorta dei principi evidenziati dalla Corte EDU, include necessariamente anche i criteri, le ragioni e le circostanze al riguardo rilevanti. È, quindi, questo il senso da assegnare alla portata relativa alle circostanze concrete che valgono a caratterizzare il fatto che devono essere poste a conoscenza degli interessati comprendendo, così, tra tali circostanze anche quelle qualificanti il *quantum* della sanzione (e la trasparente indicazione dei criteri e dei relativi calcoli adottati per la sua determinazione) al fine di garantire il rispetto anche in questa fase procedimentale delle esigenze espresse dall'art. 6 della CEDU e parimenti dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali U. E.

Resta, peraltro, parzialmente irrisolto il problema dell'identificazione dell'ambito dell'estensione dell'area dei soggetti interessati ai fini ora indicati. Tale ambito, infatti, secondo alcuni estensori dei vari pareri predisposti per la consultazione richiesta dalla Consob, dovrebbe comprendere anche i soggetti che non hanno presentato deduzioni nella fase istruttoria.

Un ampliamento soggettivo così esteso, peraltro, non è stata condiviso dalla Consob, avendo questa ritenuto che per ottenere l'invio della relazione finale il soggetto interessato debba aver manifestato, in qualche modo, un interesse concreto e percepibile alla difesa dei suoi interessi. Nel nuovo regolamento Consob, pertanto, l'estensione della categoria dei soggetti interessati è stata, così, indirizzata soltanto nei confronti di coloro che in qualche modo si sono comportati secondo modalità idonee a manifestare inequivocabilmente un effettivo interesse allo svolgimento della procedura. Il che è stato giustificato al fine di evitare comportamenti abusivi ed in particolare comportamenti ostruzionistici e dilatori. In particolare, pertanto, si è limitata la predetta estensione soggettiva soltanto a coloro che abbiano presentato deduzioni

scritte (confermando la disposizione previgente) ai quali sono stati aggiunti tutti coloro che, quanto meno, abbiano richiesto ed abbiano partecipato all'audizione in fase istruttoria.

Si è precisato, infine, in cosa deve consistere il diritto alla piena accessibilità dei documenti posti alla base delle contestazioni rivolte ai soggetti interessati con indicazione al riguardo dell'unico limite a tale accessibilità relativo agli eccezionali casi in cui l'accessibilità documentale è preclusa da norme imperative poste a tutela di interessi predominanti (ad esempio a tutela del segreto istruttorio sui rapporti inviati alla Autorità Giudiziaria penale).

In tale direzione, secondo identici criteri pertanto, è auspicabile che siano integrati ed interpretati anche gli altri Regolamenti delle Autorità Indipendenti.

3. Il controllo giurisdizionale del procedimento sanzionatorio e la sua estensione a tutti gli aspetti ed a tutte le sue fasi.

Quanto precisato nel caso *Grande Stevens* evidenzia, inoltre, anche l'esigenza, peraltro già anticipata nel caso *Menarini*, che il sindacato di legittimità relativo all'esito dei procedimenti sanzionatori delle Autorità Indipendenti debba essere caratterizzato da un esercizio di piena giurisdizione. Quindi, che al giudice amministrativo non spetta soltanto una competenza limitata a un semplice controllo di legittimità. Si tratta, piuttosto, di una verifica di tutte le circostanze rilevanti nel caso di specie al fine di accertare se il potere sanzionatorio è stato esercitato in maniera adeguata e secondo criteri di proporzionalità con un completo controllo esteso anche alle valutazioni tecniche.

È ben vero che al riguardo è stato precisato che, nonostante ogni sforzo di enfatizzare l'esigenza di un'ampia rivalutazione giurisdizionale degli elementi di fatto oltreché degli argomenti giuridici delle decisioni sanzionatorie da parte dei giudici preposti al relativo controllo, *it is simply inherent in the concept of the control of legality that it is lesser form of review than full jurisdiction*. Ma è altrettanto vero che ogni sforzo rivolto sostanzialmente a limitare al solo caso di errore manifesto l'ambito delle rivalutazioni dei fatti da parte del giudice del controllo dei provvedimenti sanzionatori è palesemente in contraddizione con i principi già da tempo espressi in occasione del caso *Menarini* oltreché più di recente ribaditi e confermati anche da parte della Corte EFTA nel caso *Posten Norge*. In tale sede, infatti, come precisato anche dalla dottrina che ne ha di recente commentato la portata e gli effetti, l'argomento secondo il quale il potere di intervento (sugli atti della Autorità Antitrust) sarebbe limitato ai casi in cui la valutazione economica complessa è manifestamente errata è stato espressamente rigettato.

Nessun dubbio, quindi, sul definitivo abbandono della c.d. *judicial deference* in occasione dei controlli giurisdizionali delle determinazioni operate dalle Autorità Indipendenti sia con riguardo alla fase relativa all'accertamento ed alla valutazione dei fatti e dei comportamenti al riguardo rilevanti sia con riguardo alla misura della sanzione in concreto adottata. A quest'ultimo proposito, d'altronde, anche la giurisprudenza comunitaria (nelle cause C-272/09 e C-386/10) non ha esitato a precisare che il controllo giurisdizionale non può basarsi sul potere discrezionale di cui dispone la Commissione (nella) scelta degli

elementi presi in considerazione in sede di applicazione dei criteri indicati negli Orientamenti (formulati dalla Commissione) nella valutazione di tali elementi al fine di rinunciare a un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto (punto 129 della sentenza relativa alla causa C-389/10). In particolare, quindi, anche in presenza di situazioni economiche complesse, il giudice non potrà esimersi dai relativi controlli esercitando un sindacato pieno e completo di tutti gli elementi e le circostanze al riguardo rilevanti.

In tale senso sono, quindi, ulteriormente precisate quelle prime indicazioni fornite in occasione della causa *Romana Tabacchi* (nella causa T-11/06) nella cui decisione era già stato indicato che il controllo giurisdizionale implica una serie di valutazioni da effettuare in maniera autonoma da quanto operato dall'Autorità Indipendente. Le relative determinazioni, pertanto, insieme al fascicolo che le riguarda, devono essere riesaminate *ex novo* previa riappropriazione di tutti gli elementi rilevanti e senza vincolo, con specifico riferimento alla sanzione, dei calcoli delle Autorità e degli orientamenti al riguardo da essa elaborati.

In breve, il c.d. controllo *debole* sugli elementi di fatto e di diritto, anche se comprensivi delle valutazioni tecniche, oltretutto sui criteri e sulla misura della sanzione è, così, definitivamente considerato inadeguato a fornire la protezione contro l'arbitrario e sotto questo profilo inidoneo rispetto alle garanzie previste dall'art. 6 della CEDU e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali U.E. che esigono, come innanzi indicato, che il controllo venga operato in virtù di un completo riesame *ex novo* degli elementi rilevanti.

4. Il *ne bis in idem* e l'onere della prova della colpevolezza. Il permanente vigore della trasmissibilità della sanzione nonostante la sua caratterizzazione penale.

La giurisprudenza della Corte EDU, anche sotto un differente profilo, ha da ultimo ripreso e precisato alcuni suoi precedenti (in particolare in occasione del caso *Spector Photo Group* del 23 dicembre 2009, affaire C-45/08) in virtù dei quali già era stato anticipato che le sanzioni amministrative, ed in particolare quelle relative ad illeciti concorrenziali, tenuto conto della loro natura e del grado di severità relativo alla loro applicazione, possono essere considerate ai fini dell'applicazione della CEDU come sanzioni penali (punto 42). Tale valutazione è ribadita ed ampiamente argomentata nel caso *Grande Stevens* (punto 229), con applicazione ai relativi procedimenti sanzionatori delle garanzie previste a proposito del diritto e della procedura penale. Tanto che non si è avuta esitazione a estendere l'applicazione del principio *ne bis in idem* al procedimento sanzionatorio amministrativo ed a quello penale aventi ad oggetto gli stessi fatti e gli stessi comportamenti (punto 224 ss).

Tale valutazione e tale assimilazione, allorché la relativa sanzione debba essere configurata come penale, comportano necessariamente che, anche con riguardo agli illeciti concorrenziali, l'adeguatezza delle prove a supporto delle decisioni sanzionatorie deve essere risolta alla luce del principio della presunzione d'innocenza. Pertanto, nei casi ora indicati, non dovrebbero avere più margini di accettabilità valutazioni, pur ancora riscontrabili in alcune recenti decisioni, in virtù delle quali, pur riconoscendo che l'azione da

sanzionare deve conseguire soltanto a comportamenti coscienti e volontari dolosi o colposi, si precisa che ai fini della sussistenza della prova di tale elemento soggettivo è sufficiente che la colpevolezza dell'omissione non possa essere esclusa.

Peraltro, quanto sopra non preclude la possibilità che la prova della presenza dell'elemento soggettivo ora indicato possa avvenire secondo i parametri agevolati previsti anche dalla giurisprudenza comunitaria allorché, ad esempio, non è stato ritenuto necessario specificamente provare la colpevolezza dell'impresa (quantomeno con riguardo alla sua consapevolezza di violare la legge) essendo sufficiente che essa *could not have ignored*.

Un altro esempio di prova agevolata riguarda l'elemento soggettivo della colpevolezza negli illeciti concorrenziali da imputarsi alla società capo gruppo pur in presenza di azioni od omissioni concretamente poste in essere da una società controllata. In realtà, al riguardo, nella giurisprudenza comunitaria si è da tempo affermato che la controllante è individualmente responsabile al pari della sua controllata anche in difetto di una puntuale dimostrazione della sua diretta operatività nella commissione dell'illecito (da ultimo la sentenza CGUE, 10 aprile 2014 nelle cause riunite C-247/11P e C-253/11P e in modo assai diffuso già in precedenza in occasione della sentenza 10 settembre 2009 nella causa C-97/08P spec. punto 77). Ed è proprio con riferimento a tali profili che da più parti si è evidenziato che questa soluzione sembra confliggere con il principio della presunzione di innocenza. In realtà, non credo che si possa giungere sino a tale conclusione. Peraltro, il riconoscimento della responsabilità della controllante a causa della sua consapevolezza dovrà avvenire secondo criteri più rigorosi, in particolare nella valutazione della presenza di una sua effettiva influenza dominante o dell'esercizio abusivo del suo controllo totalitario. In ogni caso, dovrà essere garantita la facoltà della prova contraria.

La caratterizzazione del procedimento sanzionatorio amministrativo, allorché si conclude con una sanzione *lato sensu* penale in virtù della sua particolare gravità afflittiva secondo quanto innanzi precisato, ripropone il problema della imputabilità al successore di una impresa delle sanzioni erogate nei confronti del suo dante causa. Come è noto, al riguardo, la disciplina di cui all'art. 7 della L. n. 689/81, prevede l'intrasmissibilità di tali sanzioni. Tale norma, peraltro, è stata considerata di stretta interpretazione e, pertanto, non applicabile alle sanzioni relative ad illeciti concorrenziali. E nello stesso senso sono stati invocati anche specifici principi anticoncorrenziali di diritto comunitario secondo i quali non si esita ad imputare al successore l'illecito concorrenziale sia in virtù del principio della continuità giuridica dell'impresa specificamente elaborata a fini antitrust in ambito dell'U.E., sia in virtù del principio dell'effetto utile che deve essere garantito alla normativa comunitaria della concorrenza.

Tale soluzione, per le ragioni giustificative maturate in ambito nazionale e comunitario, pertanto, non sembra che possa essere messa in discussione da quanto precisato dalla Corte EDU anche nei casi in cui la sanzione, per le sue caratteristiche afflittive, deve essere connotata alla stregua di una sanzione penale. In realtà, in presenza di una continuità economica aziendale non si può consentire che l'effetto utile delle misure sanzionatorie dei comportamenti anticoncorrenziali possano essere pregiudicati dalle modifiche

apportate alla titolarità dell'azienda o dell'impresa coinvolte nell'illecito concorrenziale a seguito di rapporti, ed in particolare dei trasferimenti, intervenuti al riguardo.

5. Il principio di proporzionalità e esigenza di valutare la capacità finanziaria globale delle imprese coinvolte e di evitare l'indebolimento o addirittura l'uscita dal mercato di alcune di esse.

Maggiori incertezze sulla legittimità dei criteri utilizzati nel passato riguarda i profili più strettamente collegati alle modalità relative alla determinazione delle sanzioni. È ben vero che il relativo quadro normativo di riferimento probabilmente non richiede alcuna modifica. Ma è altrettanto vero che le rilevanti modalità applicative dovrebbero essere ulteriormente rimodulate, ad esempio, al fine di identificare criteri di quantificazione delle sanzioni per illeciti concorrenziali che tengano maggiormente conto degli esiti della giurisprudenza CEDU. È, infatti, soprattutto in tale ottica che, ad esempio, devono essere in concreto erogate (e deve essere controllata la legittimità delle) sanzioni per illecito concorrenziale: nel rigoroso rispetto, quindi, dei principi di proporzionalità, di parità di trattamento e di personalizzazione della sanzione secondo quanto indicato dalla giurisprudenza CEDU.

A quest'ultimo riguardo, pertanto, risulta essenziale ai fini della determinazione della sanzione in virtù degli indicati principi, una rigorosa individuazione, e la necessaria trasparenza nella enunciazione, dei criteri volta a volta adottati, oltreché la misura della loro rilevanza rispetto agli obiettivi (afflittivi e correttivi) perseguiti nel caso concreto. E tali valutazioni dovranno essere operate anche nei casi in cui ricorrono le circostanze che nella determinazione della sanzione impongono l'operatività di un limite massimo relativo alla percentuale del dieci per cento del fatturato annuo dell'impresa nell'esercizio precedente.

In particolare, ad esempio, come è stato ancora di recente osservato in dottrina, nella determinazione della pari afflittività della sanzione rispetto a più imprese coinvolte nello stesso comportamento anticoncorrenziale non si potrà fare a meno di tener conto anche della loro specifica capacità finanziaria. È ben vero che in proposito la giurisprudenza comunitaria si è già a suo tempo espressa nel senso che non costituisce un criterio essenziale, anche se non irrilevante, per l'erogazione delle sanzioni una loro differenziazione che distingue le imprese che possono giovare dell'effetto mitigatorio della sanzione dipendente da circostanze attenuanti in quanto dotate di un fatturato globale particolarmente elevato rispetto a quello degli altri membri di un illecito anticoncorrenziale. Ma è altrettanto vero che proprio in quanto tale circostanza non è da considerare irrilevante, è importante che l'ammenda sia proporzionalmente superiore nei confronti dell'impresa con maggiore fatturato globale, se pur nei limiti previsti dalla normativa primaria, in funzione del rapporto esistente tra tale suo fatturato globale e quello di ognuna delle altre imprese coinvolte; il che è sicuramente possibile nell'ambito dell'esercizio secondo gli indicati principi del potere discrezionale di cui è titolare l'Autorità procedente.

Peraltro la proporzionale rilevanza di tale rapporto tra fatturati globali nella determinazione della sanzione dovrà preferibilmente avvenire attraverso l'impostazione nei confronti delle imprese a fatturato

globale più modesto di una sanzione in una misura inferiore rispetto a quella aritmeticamente ricavabile dai precostituiti criteri previsti dagli Orientamenti e dalle Linee Guida elaborati. Solo in tal modo, infatti, si applicheranno, al tempo stesso, il principio del *favor rei* ed i principi relativi alla parità di trattamento e alla proporzionalità della sanzione in funzione di ottenerne un'adeguata e proporzionale portata afflittiva. Il calcolo della sanzione, quindi, come meglio precisato in appresso, per un verso, non dovrà essere una mera espressione di un metodo automatico ed aritmetico e, per altro verso, non dovrà neppure conseguire all'esercizio di un potere discrezionale di cui non è possibile prevedere i criteri direttivi e le modalità di esercizio.

Non si può invocare in senso contrario l'esigenza per cui la possibile previsione dell'ammontare della sanzione ne ridurrebbe l'effetto deterrente. Elemento importante nel guidare le scelte sulla scorta degli accennati principi dovrebbe pertanto essere, piuttosto, quello di evitare la maggiore penalizzazione delle imprese di piccole e medie dimensioni rispetto a quelle più grandi e di evitare la scomparsa di imprese dal mercato con effetto globalmente nocivo sulla concorrenza soprattutto in presenza di un mercato con un limitato numero di imprese.

In questa prospettiva si è ampiamente dibattuto se il limite del 10% del fatturato totale di cui all'art. 23 par. 2 del reg. n. 1/2003 ed all'art. 15 par. 1 L. 10.10.1990 n. 287 costituisca il massimo edittale della sanzione o la soglia di contenimento esterno della sanzione con esiti favorevoli a quest'ultima soluzione. In ogni caso, tutte le circostanze rilevanti nel senso sopra indicato al fine di definire in concreto la sanzione in funzione della gravità del comportamento anticoncorrenziale e della capacità finanziaria e patrimoniale dell'impresa sanzionata non potranno non essere prese in considerazione al fine di personalizzare la sanzione nella fase della sua determinazione in concreto; quindi anche successivamente alla fissazione del valore corrispondente al predetto limite. In realtà, la valutazione di tali circostanze se limitata ai soli fini della fissazione dell'importo base della sanzione, da un lato, pregiudica grandemente l'esigenza di personalizzare l'ammenda senza garantirne la coerenza con il principio di proporzionalità e, dall'altro, risulta, in molti casi, inidonea a produrre l'effetto mitigatorio della sanzione.

Tanto più che i riscontri fattuali delle sanzioni in concreto erogate, con l'effetto mitigatorio operato solamente sull'importo base della sanzione, risultano in molti casi contrari al principio di proporzionalità ed a quello di eguaglianza. In tal modo si sono, infatti, spesso premiate le imprese che, oltre al prodotto o al servizio oggetto della sanzione, erano dotate di un fatturato globale che comprende altri prodotti o servizi, mentre sono risultate penalizzate le imprese il cui fatturato globale era relativo alla sola attività sanzionata.

Ci si riferisce, in particolare, al caso, ancora di recente adeguatamente valorizzato dalla dottrina ai fini indicati, in cui l'importo delle vendite rilevanti a fini sanzionatori risulti identico per tutte le imprese partecipi di un illecito concorrenziale ed identica sia anche la determinazione della percentuale di tale importo a fini sanzionatori. E' ben vero che, a ben vedere, l'impresa monoprodotta e a ridotto fatturato globale sembra essere quella destinata ad avvantaggiarsi di tale

sistema in termini assoluti rispetto alle imprese a più alto fatturato. Ma è altrettanto vero che se si rapporta l'effetto sanzionatorio al valore del fatturato globale (che è il parametro economico di riferimento per stabilire in concreto la sanzione e la relativa portata dissuasiva e punitiva) delle due imprese il risultato che ne deriva è che l'effetto sanzionatorio è clamorosamente vantaggioso (e pertanto inferiore) per l'impresa di maggiori dimensioni. Infatti, la percentuale sul fatturato globale della sanzione risulterà grandemente inferiore per quest'ultima rispetto alla corrispondente percentuale a carico dell'impresa a più ridotto fatturato globale.

A proposito di questa situazione, come è noto, è ben vero che è stato di recente osservato, in ambito comunitario, che non è richiesto di imporre ad un'impresa avente un fatturato particolarmente elevato rispetto a quello degli altri membri dell'impresa una ammenda maggiorata strettamente in funzione del rapporto esistente tra il suo fatturato e quello di tutte le altre imprese coinvolte nell'impresa de qua (CGUE, 13 giugno 2013, in causa C-511/11P spec. Punto 105). Ma è altrettanto vero che non si può ammettere la legittimità di risultati che penalizzino in misura inversamente proporzionale le imprese monoprodotto di piccole dimensioni rispetto alle grandi imprese multiprodotto. Tanto più che il principio di proporzionalità inteso alla luce del principio di uguaglianza deve essere inteso sulla scorta dell'operatività dei due criteri espressamente previsti nei due commi all'art. 3 Cost. in virtù dei quali si evidenzia l'esigenza di tutelare sia l'uguaglianza formale sia l'uguaglianza sostanziale secondo modalità coerenti con quanto dispongono gli art. 20 e 49 della Corte dei diritti fondamentali della U.E.

6. In particolare, la rateazione della sanzione e la sua riduzione in funzione della limitata capacità contributiva dell'impresa.

Nella stessa prospettiva, anche ai fini della rateazione della sanzione sembra che non debba essere considerata necessaria la presenza di un costante disavanzo degli ultimi esercizi dovendo essere, invece, sufficiente la prova di oggettive difficoltà finanziarie e di liquidità anche in difetto di tale reiterato e continuo disavanzo nel corso dell'ultimo triennio. Ma non soltanto. Quanto ora indicato, in ogni caso, deve rilevare in senso mitigatorio della sanzione tenendo conto soltanto dei risultati della gestione normalizzata dell'impresa relativa al suo ciclo produttivo senza che al riguardo rilevino eventuali proventi e sopravvenienze attive conseguenti ad entrate straordinarie, ad esempio a seguito di dismissioni di assets strategici aziendali che abbiano consentito di evitare disavanzi del bilancio . Ciò che, infatti, rileva sono le condizioni economiche, finanziarie e gestionali della impresa con riguardo alle sue caratteristiche patrimoniali e reddituali in condizioni di normalità operativa. È infatti in funzione di tale circostanza che si deve valutare la sua capacità di stare su uno specifico mercato prescindendo, così, da proventi straordinari dovuti ad eventi non ricorrenti.

Si tratta, quindi, di criteri valutativi che dovranno anche rilevare ai fini della concessione della riduzione della sanzione motivata dalla limitata capacità contributiva dell'impresa. Tale riduzione, infatti,

deve fondarsi non tanto sulla situazione deficitaria di un specifico bilancio di esercizio dell'impresa, ma piuttosto sulla dimostrazione del grave pregiudizio che potrà derivare dalla rilevanza della sanzione rispetto alla redditività prospettica ed alla conservazione del valore dei cespiti aziendali dell'impresa da determinarsi secondo criteri e modalità finalizzati ad evitarne l'uscita dal mercato.

In breve, quindi, è auspicabile che non si perpetui un'ingiustificata parità di trattamento di situazioni oggettivamente diversificate e si differenzi adeguatamente la sanzione in funzione della gravità dell'infrazione e delle condizioni soggettive delle imprese sanzionate soprattutto nei casi in cui il numero delle imprese presenti nel mercato sia o rischi di risultare eccessivamente ridotto. È pertanto in tale prospettiva che dovranno essere valutate anche le specifiche circostanze mitigatorie delle sanzioni adeguandole alla particolarità di ogni caso nel dovuto rispetto della garanzia di trattamenti sanzionatori debitamente differenziati sia secondo criteri di proporzionalità sia in funzione della capacità contributiva e dell'effettivo grado di colpevolezza dei soggetti sanzionati al fine di garantire nei loro confronti pari effetti dissuasivi e punitivi. Una riconsiderazione anche di tali aspetti sembra, quindi, auspicabile al fine di escludere che in concreto il limite massimo della sanzione si trasformi in limite minimo di fatto invalicabile calcolato con modalità non proporzionate e penalizzanti soprattutto nei confronti delle imprese medie o piccole, tanto più che sia la giurisprudenza nazionale sia la giurisprudenza comunitaria hanno chiaramente indicato la possibilità di discostarsi dagli Orientamenti in funzione di garantire la conformità delle sanzioni adottate, soprattutto in presenza di una pluralità di imprese coinvolte nello stesso illecito concorrenziale, al rispetto dei principi di proporzionalità e di parità di trattamento anche con specifico riguardo all'obiettivo di pervenire ad un adeguato e paritetico effetto dissuasivo

Indicazioni bibliografiche essenziali

B. NASCIMBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Rivista di diritto internazionale* 2015, p. 49 ss.; ID, *Equo processo e diritti della difesa nel procedimento antitrust avanti alla Commissione: necessità di una riforma*, in G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'U.E. e ordinamento italiano*, Napoli, 2013, p. 63 ss.; M SIRAGUSA, C. RIZZA, *Decisioni sanzionatorie adottate dalla Commissione Europea in caso di violazione delle regole di concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale dinanzi al giudice U.E.*, *ibidem*, p.79 ss.; P. MONTALENTI, *Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la sentenza CEDU*, in *Giur. Comm.*, 2015, p. 1; P. MANZINI, *Ammende antitrust e diritti fondamentali*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2015, p. 299 ss.; ID, *European Antitrust in Search of the Perfect Fine*, in *World Competition* 2008, p. 3 ss.; E. DESANA, *Procedimento Consob e ne bis in idem: respinta l'istanza di rinvio*, in *Giur. It.* 2014, p. 1642 ss.; R. GAROZZO, *Il public enforcement dei divieti antitrust*, in *Dizionario Sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, spec. p. 165

ss.; L. DE SANCTIS, *Le decisioni della Commissione con particolare riferimento alle decisioni di accertamento e la relativa politica sanzionatoria*, ibidem, spec. p. 203 ss.; M. BRONCKERS, A. VALLERY, *No longer presumed guilty? The impact of fundamental rights on certain dogmas of EU competition law*, in *World Competition* 2011, p. 535 ss.; O. ODUDU, D. BAILEY, *The single economic entity doctrine in EU competition law*, in *Common Market Law Review* 2014, p. 1721 ss.; B. CORTESE, *Piercing the corporate veil in EU competition law: The parent subsidiary relationship and antitrust liability*, in *EU competition law ó Between public and private enforcement*, ID, *Alphen aan den Rijn, The Netherlands*, 2014, p. 73 ss.; L.F. PACE, *Dura lex sed lex: the parent subsidiary relationship in EU Antitrust Law and the AEG Telefunken presumption ó Independence of the EU legal system, Effectiveness of competition law and protection of fundamental rights*, in *Litigation and arbitration in EU competition law*, M. MARQUIS, R. CISOTTA (eds), *Cheltenham, United Kingdom*, 2015, p. 141 ss.; *Akzo Nobel e altri c. Commissione*, causa C-97/08 P; H. GILLIANS, *Proportionality of EU competition fines: proposal for a principled discussion*, in *World Competition* 2014, p. 435 ss.; J. SCHWARZE, *Les sanctions imposées pour les infractions au droit européen de la concurrence selon l'article 23 du règlement n° 1/2003 CE à la lumière des principes généraux du droit*, in *Revue trimestrielle droit européen* 2007, p. 1 ss.; S. B. VÖLKER, *Rough Justice? An analysis of the European Commission's new fining guidelines*, in *Common Market Law Review* 2007, p. 1285 ss.; G. DE BURCA, *The Principle of proportionality and its application in EC law*, in *Yearbook of European Law* 1993, p. 105 ss.; T.I. HARBO, *The function of the proportionality principle in EU law*, in *European Law Journal* 2010, p. 158 ss.; A. PORTUESE, *Principle of proportionality as principle of economic efficiency*, in *European Law Journal* 2013, p. 612 ss.; *Imperial Chemical Industries c. Commissione*, causa T-214/06, sentenza del 5 giugno 2012, punti 173-174; *Novácke chemické závody c. Commissione*, causa T-352/09, sentenza del 12 dicembre 2012, punto 44 e punto 160;