



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA – LA SAPIENZA

*DOTTORATO DI RICERCA IN “AUTONOMIA PRIVATA, IMPRESA, LAVORO E TUTELA DEI DIRITTI NELLA
PROSPETTIVA EUROPEA ED INTERNAZIONALE”*

CURRICULUM DI “DIRITTO COMMERCIALE E DELL’ECONOMIA”

XXXV CICLO

LA RESPONSABILITÀ ANTITRUST NELL’IMPRESA DI GRUPPO

NICCOLÒ MARIA NASO

INDICE

INTRODUZIONE. LA DOMANDA DI RICERCA.....	8
CAPITOLO I. I “CONFINI” DELL’IMPRESA NEL DIRITTO ANTITRUST. INQUADRAMENTO E RICOSTRUZIONE DEL SOGGETTO DESTINATARIO DELLE NORME ANTITRUST	11
1. La rilevanza della nozione di impresa ai fini della responsabilità antitrust dell’impresa di gruppo: notazioni introduttive.....	11
2. La nozione “funzionale” e “relativa” di impresa in ambito antitrust	15
3. L’elaborazione della <i>single economic entity doctrine</i>	23
3.1. La valutazione delle intese “infra-gruppo” quale ambito di elaborazione della <i>single economic entity doctrine</i>	25
3.1.1. La sentenza <i>Ecoservice</i> e la perdurante rilevanza del presupposto dell’autonomia comportamentale sul mercato per riscontrare l’esistenza di un’unità economica	32
3.2. Gli elementi essenziali per individuare una <i>single economic entity</i>	34
3.2.1. La qualificazione del gruppo come <i>single economic entity</i> ai fini antitrust	39
3.3. Accenni all’applicazione estensiva della <i>single economic entity doctrine</i> per l’identificazione dell’impresa. Il caso del c.d. ausiliario integrato.....	43
4. L’impresa come nozione autonoma di diritto dell’UE.....	48
5. Verso il consolidamento di una nozione autonoma e uniforme d’impresa: la direttiva ECN+ e alcuni tentativi di “codificazione” nazionale	50
5.1. La potenziale espansione dell’ambito applicativo della nozione di impresa antitrust in settori contigui	58
6. L’ambito applicativo della nozione di impresa nel <i>public enforcement</i> e nel <i>private enforcement</i>	63

CAPITOLO II. LA RILEVANZA DELLA SINGLE ECONOMIC ENTITY DOCTRINE

NELL'ATTRIBUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ PER VIOLAZIONI DEL DIRITTO ANTITRUST67

SEZIONE A. L'ELABORAZIONE NELL'AMBITO DEL PUBLIC ENFORCEMENT: LA
RESPONSABILITÀ C.D. BOTTOM-UP67

1. L'imputazione alla società controllante della responsabilità antitrust per la condotta della controllata: dalla *parental liability* alla *parental liability presumption*67

1.1. La prima fase dell'elaborazione della *parental liability*: una presunzione o un vero e proprio coinvolgimento attivo?70

1.1.1. La sentenza *AEG Telefunken*: un'eterogenesi dei fini?72

1.2. La seconda fase dell'elaborazione e lo "stacco" temporale. Dalla prova diretta alla presunzione di influenza determinante: la ricerca di un *quid pluris* oltre al mero dato del controllo e l'emersione della "responsabilità solidale"77

1.2.1. I casi *Stora Kopparbergs* e *DaimlerChrysler*79

1.2.2. Il caso *Bolloré*82

1.3. La terza fase dell'elaborazione: la sentenza *Akzo* e l'introduzione della *parental liability presumption* fondata solo sul "controllo". Quale *ratio*?84

1.4. Osservazioni critiche sulla *parental liability presumption* e sui razionali ad essa sottostanti: le conclusioni degli AG Kokott e Mazák90

1.5. L'espansione dell'ambito applicativo della *parental liability presumption*: il controllo quasi-totalitario e il controllo indiretto97

1.6. Ulteriori evoluzioni espansive: il caso *Goldman-Sachs*100

1.6.1. L'applicazione della *parental liability presumption* nel caso di *holding* finanziarie 101

1.6.2. L'applicazione della *parental liability presumption* in caso di partecipazione maggioritaria al capitale votante105

2.	La rilevanza del “controllo” e dell’esercizio (effettivo) di un’influenza determinante sulla controllata	107
2.1.	(segue) l’incidenza del diverso “grado” di controllo sullo standard probatorio e l’accertamento in concreto svolto dall’autorità procedente	114
2.2.	La qualificazione dell’effettivo esercizio di influenza determinante come attività di direzione e coordinamento: proposte interpretative alla luce della nozione di controllo codicistica	116
2.3.	Il rifiuto di fondare sulla nozione di controllo codicistico ulteriori estensioni dell’ambito applicativo della <i>parental liability presumption</i>	122
3.	Il superamento della presunzione di <i>parental liability</i>	127
3.1.	I (rarissimi) casi di accoglimento di censure di carattere procedurale	129
3.2.	I tentativi (infruttuosi) di superamento della presunzione nel merito	132
3.2.1.	(segue) gli argomenti fondati sull’assenza di ingerenza diretta della controllante o sulla specifica autonomia <i>day-by-day</i> della controllata.....	133
3.2.2.	(segue) gli argomenti fondati su sforzi di <i>compliance</i> antitrust della capogruppo e/o insubordinazione della controllata.....	136
3.2.3.	(segue) gli argomenti basati sui principi di diritto societario e quelli fondati sull’autonomia della rispettiva strategia difensiva	138
3.2.4.	(segue) il caso <i>Stichting Administratienkantoor Portielje</i> e la rilevanza dei principi di diritto societario: un esempio specifico di applicazione formalistica	140
3.3.	Le critiche all’adozione di una presunzione che appare assoluta	143
4.	Accenni agli orientamenti degli Stati membri in materia di <i>parental liability presumption</i> : la giurisdizione italiana	152
4.1.	Nuove prospettive giurisprudenziali del Consiglio di Stato: verso un’applicazione meno rigida della presunzione?	156

4.1.1. La sentenza n. 1101/2021: tra circostanze fattuali “eccezionali” e i primi impliciti rifiuti di orientamenti formalistici	156
4.1.2. La sentenza n. 6214/2021: l’esplicito rifiuto di orientamenti formalistici	160
4.1.3. La sentenza n. 3579/2022: la conferma del precedente orientamento	163

SEZIONE B. L’ELABORAZIONE NELL’AMBITO DEL PRIVATE ENFORCEMENT: L’APERTURA ALLA RESPONSABILITÀ TOP-DOWN E I POSSIBILI NUOVI SVILUPPI APPLICATIVI..... 166

5. Introduzione allo sviluppo espansivo della responsabilità dei componenti della <i>single economic entity</i> nel <i>private enforcement</i> : le pronunce delle corti nazionali dopo <i>Skanska</i>	166
--	-----

6. Le tendenze espansive della <i>single economic entity doctrine</i> : a) dalla responsabilità c.d. <i>bottom-up</i> alla responsabilità c.d. <i>top-down</i> : la sentenza <i>Sumal</i>	171
---	-----

6.1. Tratti comuni e differenze nei test per l’applicazione della responsabilità ascendente e discendente	176
---	-----

6.2. La sentenza <i>Biogaran</i> : niente di nuovo nel test elaborato in <i>Sumal</i> ?	179
---	-----

7. b) La possibile espansione della <i>single economic entity doctrine</i> nelle relazioni orizzontali tra società “sorelle”	182
--	-----

7.1. Alla ricerca di un test unitario per determinare i responsabili solidali della violazione antitrust	184
--	-----

8. L’imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi nel diritto antitrust statunitense	191
---	-----

CAPITOLO III. LE CONSEGUENZE “PROCEDIMENTALI” E SANZIONATORIE DELLA “RESPONSABILITÀ PERSONALE” PER LE VIOLAZIONI DEL DIRITTO ANTITRUST DA PARTE DEL GRUPPO QUALE SINGLE ECONOMIC ENTITY..... 197

1. Il principio della “continuità economica”: l’applicazione della <i>single economic entity doctrine</i> nel caso di “estinzione giuridica” dell’autore dell’illecito antitrust	197
--	-----

2. Quando determinare la <i>single economic entity</i> responsabile dell'illecito antitrust e i soggetti che la compongono?	201
2.1. La posizione del "successore economico" dell'autore materiale di un illecito antitrust che continui ad esistere giuridicamente	206
2.2. La preferenza per l'accertamento al momento dell'infrazione	210
3. La discrezionalità dell'autorità procedente nel determinare i soggetti del gruppo destinatari della sanzione	215
3.1. (segue) il condizionamento dell'accertamento amministrativo sul giudizio civile <i>follow-on</i>	222
4. La possibile frammentazione del test per determinare la <i>single economic entity</i> . L'impresa di gruppo come relazione tra la capogruppo e le sue controllate.....	226
4.1. Fattispecie controverse: il caso delle <i>joint ventures</i> e dei conglomerati....	232
5. Le conseguenze sanzionatorie della responsabilità della <i>single economic entity</i>	237
5.1. La responsabilità solidale delle imprese appartenenti al gruppo	237
5.2. La diversa durata dell'appartenenza alla <i>single economic entity</i> nel corso dell'illecito: l'impatto sulla sanzione (le variazioni nella composizione del gruppo e l'imputazione della sanzione)	239
5.2.1. (segue) il caso <i>Babcock</i> e la prassi potenzialmente incoerente adottata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nelle fattispecie di successione nel controllo del responsabile di un illecito antitrust.....	244
5.3. La natura "derivata" della responsabilità solidale dei soggetti diversi dall'autore materiale dell'illecito	246
5.3.1. (segue) le eccezioni al divieto di applicare alla controllante una sanzione eccedente rispetto a quella della controllata: casistica e problematiche applicative	251

5.4. Come individuare il fatturato da prendere in considerazione ai fini della determinazione del massimo edittale: nuove prospettive dalla giurisprudenza amministrativa italiana	255
5.4.1 (segue) la valutazione dei principi espressi dal Consiglio di Stato alla luce della sentenza <i>Sumal</i>	260
5.5. Il calcolo del massimo edittale.....	263
5.5.1. Il calcolo del massimo edittale nel caso di disgregazione della <i>single economic entity</i> successiva all'illecito.....	265
5.6. La determinazione dell'importo base della sanzione: il valore delle vendite	272
5.7. L'applicazione dei fattori di incremento e riduzione della sanzione.....	274
5.7.1. L'applicazione dell'aggravante della recidiva	275
5.7.2. L'applicazione del c.d. moltiplicatore a scopo di deterrenza.....	280
5.7.3. Le circostanze attenuanti: l'adozione di programmi di <i>compliance</i> ...	283
5.7.4. La <i>inability to pay</i>	283
5.8. Il problema della ripartizione interna della sanzione tra i responsabili in via solidale: il caso <i>Siemens Österreich</i>	285
6. Questioni procedurali e sostanziali nell'ambito del <i>private enforcement</i> derivanti dall'applicazione della <i>single economic entity doctrine</i>	290
SINTESI DEI RISULTATI DELLA RICERCA E POSSIBILI PROSPETTIVE EVOLUTIVE	295
BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA	312

Introduzione. La domanda di ricerca.

Lo scopo del presente studio è approfondire la c.d. *single economic entity doctrine* o teoria dell'unità economica e la sua incidenza sui criteri di attribuzione della responsabilità antitrust nei confronti della c.d. impresa di gruppo, anche rispetto alle conseguenze che ne discendono nella quantificazione delle sanzioni antitrust nonché nelle azioni per il risarcimento del danno prodotto da violazioni del diritto della concorrenza.

La ricerca si rivolge all'approfondimento dei suddetti principi avendo di mira l'obiettivo di valutarne criticamente i presupposti applicativi, nonché la relativa coerenza e validità applicativa su un piano sistematico. Ciò consentirà anche di ipotizzarne eventuali possibili futuri ambiti di applicazione ed estensione e di esprimere eventuali esigenze di rimeditazione di tale dottrina e, più in generale, dell'approccio nell'attribuzione della responsabilità antitrust verso l'impresa di gruppo.

L'indagine si struttura lungo tre capitoli.

Nel primo capitolo, si approfondirà la nozione antitrust (non codificata) di impresa, di fondamentale importanza per il successivo sviluppo della ricerca. L'indagine si concentrerà sul peculiare inquadramento dell'impresa di gruppo – oggetto di considerazione unitaria ancorché rifletta una pluralità di entità giuridiche – in applicazione della teoria dell'unità economica. Si approfondirà pertanto criticamente lo sviluppo giurisprudenziale di tale dottrina, direttamente ricollegata all'inquadramento della nozione d'impresa, che si è sviluppata interessando fattispecie applicative tra loro diverse. L'obiettivo di tale prima sezione della ricerca sarà dunque quello di porre le basi per il commento critico del rigore applicativo della *single economic entity doctrine* e della nozione d'impresa – che invero si sosterrà essere assente – provandone a sistematizzare gli elementi costitutivi essenziali e definirne precisamente l'ambito di applicazione. Ciò anche per consentire di valutare la coerenza interna – nell'ambito del sistema antitrust – dell'applicazione della teoria dell'unità economica tra le varie e diverse fattispecie nelle quali viene in rilievo, in ciascuna applicata sulla base di razionali non sovrapponibili.

Nel secondo capitolo, la ricerca si concentrerà più direttamente su come la teoria dell'unità economica incida sull'attribuzione della responsabilità antitrust nell'impresa di gruppo, anche sul piano dello standard probatorio, esaminando nel dettaglio la c.d. *parental liability presumption*, relativa all'attribuzione di responsabilità solidale alla capogruppo per le infrazioni antitrust materialmente commesse dalle società controllate. La ricerca ripercorrerà il relativo sviluppo giurisprudenziale, sino a giungere alle più recenti pronunce nelle quali è stata ammessa la possibile trasmissione della responsabilità antitrust anche in diverse "direzioni", ovverosia dalla capogruppo alla controllata. L'obiettivo della ricostruzione sarà evidenziare eventuali profili di incoerenza interna e di formalismo applicativo, a valle di ciò indirizzando la ricerca verso l'obiettivo di dedurre dall'attuale stato dell'arte un possibile test unitario per l'attribuzione della responsabilità antitrust nell'impresa di gruppo, anche immaginandone possibili nuove applicazioni espansive (ad esempio, tra società sorelle) o necessità di rimeditazione, allo scopo di maggiore coerenza del sistema e proporzionalità dell'apparato sanzionatorio.

Nel terzo capitolo la ricerca esprimerà le riflessioni più significative e d'interesse sul piano puramente applicativo dei principi oggetto di ricostruzione nei precedenti capitoli e si concentrerà a valutare le conseguenze procedimentali (anche nell'ambito del *private enforcement*) e sanzionatorie dei criteri attributivi della responsabilità antitrust nei confronti dell'impresa di gruppo sulla base della teoria dell'unità economica, sviluppando più esplicitamente l'ipotesi di una frammentazione "interna", nel sistema antitrust, della nozione d'impresa e della teoria dell'unità economica. La ricerca mirerà a valutare la tenuta dei principi applicativi procedimentali e relativi alla quantificazione della sanzione rispetto alla teoria dell'unità economica (della quale dovrebbero essere diretta conseguenza), formulando ove opportuno avvertenze sull'esigenza di una rimeditazione dell'attuale prassi, vuoi per garantire una più rigorosa coerenza con la teoria dell'unità economica – evitando che la stessa venga impiegata, per così dire, solo *in malam partem* nei confronti dell'impresa di gruppo – vuoi per cercare di improntare il sistema antitrust a una maggiore proporzionalità complessiva dell'*enforcement*.

Nelle conclusioni, si raccoglieranno le fila della ricerca, sistematizzandone gli esiti quanto alle principali criticità emerse e ipotizzando alcune proposte evolutive, anche alla luce della valutazione dei possibili rischi di *over-deterrence* sottostanti all'attuale sistema. Fra l'altro, riprendendo le osservazioni formulate nel corso dell'elaborato, si esprimerà l'esigenza di superare l'automatismo "formale" tra appartenenza all'unità economica e responsabilità antitrust, eventualmente anche mediante una corretta ripartizione interna della sanzione o degli obblighi risarcitori tra le società appartenenti all'unità economica; si suggerirà di limitare la discrezionalità dell'autorità procedente; si esprimeranno alcuni correttivi specificamente relativi ai metodi di quantificazione della sanzione.

CAPITOLO I. I “confini” dell’impresa nel diritto antitrust.

Inquadramento e ricostruzione del soggetto destinatario delle norme antitrust

1. La rilevanza della nozione di impresa ai fini della responsabilità antitrust dell’impresa di gruppo: notazioni introduttive

Posto che, come notato introduttivamente, lo scopo del presente studio è la ricostruzione dei criteri di attribuzione della responsabilità antitrust nei confronti dell’impresa di gruppo – e delle relative conseguenze applicative, in particolare sul piano della quantificazione sanzionatoria e dell’incidenza sulle azioni per il risarcimento del danno antitrust – nel caso di infrazioni materialmente commesse solo da una o più specifiche società del gruppo, il punto di partenza fondamentale è delineare quale siano i “confini” della nozione di impresa ai fini del diritto antitrust, “assioma giuridico” rispetto all’elaborazione della presente ricerca.

Nel diritto della concorrenza dell’Unione europea, la nozione di “impresa” rappresenta infatti il fulcro applicativo della disciplina antitrust.

Come noto, infatti, il soggetto destinatario delle norme antitrust UE è l’impresa, nozione per lungo tempo in alcun modo definita a livello normativo e, nel tempo, elaborata a partire dalle fondamentali pronunce della Corte di giustizia in materia¹. La

¹ Pur nella “centralità” della nozione d’impresa (“*undertaking*”) ai fini dell’applicazione del diritto antitrust UE, va subito evidenziato che in dottrina è stato sostenuto che, su un piano lessicale, il termine non sempre venga impiegato in maniera rigorosa. Si veda, in particolare, A. JONES, *The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law*, in *European Competition Journal*, 8, 2, 2012, p. 325 e ss. che evidenzia che “*In a number of situations terminology is, or has been, used which confuses further the picture of what constitutes an undertaking. [...] [T]he use of the term undertaking in this context and the way it is defined causes confusion as it suggests an approach to the concept of undertaking which is not evidently consistent with the notion as defined by the EU Courts*”. La tesi è sostenuta più di recente anche da M. ARAUJO BOYD, *Rethinking Intragroup Exemption after Ecoservice*, in *Market and Competition Law Review*, V, 2, 2021, p. 50, che sostiene che “*the most recent jurisprudence [...] keeps referring confusingly to ‘controlling undertaking’, ‘groups of undertakings’, or ‘agreements between undertakings forming part of an economic unit’*”. Persino il Tribunale UE ha evidenziato l’uso a volte non rigoroso del termine “impresa” da parte della Commissione europea (si veda Tribunale UE, sentenza del 29 aprile 2004, cause riunite T-236/01, T-239/01, da T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, *Tokai Carbon Co. Ltd.*, punto 62).

“qualificazione” della nozione di impresa, in termini economici e funzionali, ha così comportato un’assoluta centralità della relativa elaborazione, che, lungi dal produrre il “semplice” effetto di determinare i soggetti ai quali fosse applicabile la disciplina antitrust, ha travalicato tale profilo, in senso lato, di inquadramento “passivo”, permeando una pluralità di ambiti applicativi del diritto della concorrenza, in particolare – per quanto più interessa rispetto al presente lavoro – quelli relativi al profilo sanzionatorio per violazioni della normativa antitrust.

L’elaborazione di una nozione d’impresa funzionale ed economica ha, in particolare, comportato un peculiare inquadramento del “gruppo” rispetto all’applicazione della disciplina antitrust, consentendo – in via di principio – di qualificarlo come un’unica forza competitiva sul mercato. Quale iniziale approssimazione, si può sostenere che ciò discenda dal rilievo dell’unitaria strategia di mercato di una pluralità di soggetti giuridicamente indipendenti, eventualmente perché sottoposti a una comune direzione strategica: si tratta di quella che è comunemente definita “*single economic entity doctrine*” (o dottrina dell’unità economica), sulla base della quale entità giuridicamente indipendenti sono nondimeno oggetto di considerazione unitaria rispetto all’applicazione della normativa antitrust².

Anche su un piano della priorità “storica” di elaborazione, la *single economic entity doctrine* ha così anzitutto portato con sé una ricaduta applicativa “benefica” e “vantaggiosa” per le società appartenenti al medesimo gruppo, ovvero sia l’esclusione, in linea di massima, degli accordi infra-gruppo dal divieto di intese restrittive della concorrenza. Tuttavia, ben presto, la *single economic entity doctrine* è stata posta alla base di plurime ulteriori ricadute applicative, rappresentando, fra l’altro, per quanto d’interesse ai fini del presente studio, il fondamento nella determinazione dei criteri di imputazione della responsabilità per le violazioni del diritto antitrust³.

² Si veda anche M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell’Unione europea*, Giuffrè, 2014, pp. 73 – 74, che, ai fini del diritto antitrust, qualifica come “gruppo” “*un’organizzazione produttiva soggetta a direzione e coordinamento unitaria, ma comprendente diverse società*”, così escludendo da tale definizione il controllo puramente finanziario.

³ Emblematica, in tal senso, è un’affermazione dell’AG Kokott nelle conclusioni rassegnate nella causa *Stichting Administratiekantoor Portielje e altri*: “*la nozione di impresa e l’imputazione della responsabilità [...] sono due facce della stessa medaglia*” (conclusioni dell’AG Kokott del 29 aprile 2012, causa C-440/11 P, *Stichting Administratiekantoor Portielje e altri*, punto 32). Anche l’AG Rantos, nelle conclusioni rassegnate il 14 luglio 2022 nella causa C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl*, ha incidentalmente sostenuto che la nozione di “unità economica”

Così, anzitutto, considerando l'organizzazione di gruppo su un piano "statico", la *single economic entity doctrine* è stata posta alla base dell'elaborazione dei principi sulla imputazione e trasmissione della responsabilità antitrust tra le società appartenenti al gruppo in un percorso bidirezionale tra la controllante alla controllata. In più occasioni, la Corte di giustizia ha infatti affermato che, sulla base della *single economic entity doctrine*, nel momento in cui una società del gruppo commetta un'infrazione al diritto della concorrenza, dovrebbe sorgere *ipso iure* una responsabilità solidale tra tutte le persone giuridiche che in quel momento compongono il gruppo⁴.

Tali principi hanno trovato anzitutto applicazione nel determinare una trasmissione di responsabilità in direzione ascendente, dalla controllata, autrice materiale dell'illecito, alla controllante (c.d. *parental liability* o *bottom-up liability*)⁵. Più di recente, è stato poi in via di principio ammesso che la trasmissione della responsabilità antitrust all'interno del gruppo possa seguire anche diverse linee direttrici, in particolare di carattere "discendente" (c.d. *top-down liability*), consentendosi anche di formulare un'ipotesi di studio relativa al rischio dell'ammissione di una trasmissione di responsabilità in senso orizzontale, tra società soggette al controllo della medesima entità, delle quali una non abbia appunto

sarebbe stata elaborata, fra l'altro, proprio "al fine di imputare all'interno di un gruppo di società il comportamento anticoncorrenziale di una società figlia alla società madre" (si veda il punto 26). Anche N. I. PAUER, *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*, Wolters Kluwer, 2014, p. 50. sostiene che la nozione di *single economic entity* nasca e sia impiegata, fra l'altro, "for the attribution of conduct and liability between undertakings of a corporate group".

⁴ Tra le più recenti, si vedano, ad esempio, Corte di giustizia, sentenza del 25 marzo 2021, causa C-152/19 P, *Deutsche Telekom AG*, punto 73; Corte di giustizia sentenza del 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA*, punto 107; Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal*, punto 44. In particolare, le ultime due pronunce citate affermano espressamente che "l'applicazione della nozione di 'impresa' e, attraverso di essa, quella di 'unità economica' implicano ipso iure una responsabilità solidale tra le entità che componevano l'unità economica in questione al momento della commissione dell'infrazione". L'affermazione per cui una simile "trasmissione" di responsabilità avverrebbe "ipso iure" compare esplicitamente solo nelle pronunce più recenti della Corte di giustizia: già da ora, ciò offre lo spunto per sottolineare l'apparente applicazione estensiva della *single economic entity doctrine* ai fini dell'imputazione della responsabilità antitrust, adombrando un certo formalismo e automatismo applicativo, tale per cui la "mera" esistenza di una relazione di controllo può risultare sufficiente alla trasmissione polidirezionale, in via solidale, della responsabilità antitrust.

⁵ A tal riguardo, va tenuta ben distinta la fattispecie nella quale una società del gruppo (nel caso di specie, la controllante) sia ritenuta responsabile di un determinato illecito antitrust per avervi direttamente preso parte attivamente o indirettamente, ad esempio mediante "istigazione" di un'altra entità del gruppo, dalla fattispecie nella quale tale imputazione di responsabilità avvenga essenzialmente *per relationem*, in applicazione della *single economic entity doctrine*.

materialmente commesso l'infrazione che le verrebbe attribuita solo in applicazione della *single economic entity doctrine*.

Invero, proprio sulla base della nozione di impresa propria del diritto antitrust, rappresenta un approdo ormai pacifico nella giurisprudenza eurounitaria il rilievo per cui il responsabile dell'infrazione antitrust – e della relativa eventuale sanzione – è l'unità economica e non le specifiche persone giuridiche che materialmente commettono la condotta illecita.

A prescindere dal diverso regime probatorio a tal fine richiesto, principalmente dipendente dal "grado" di controllo della capogruppo sulle controllate, il test necessario a consentire una simile trasmissione di responsabilità appare quindi sempre riconducibile alla dimostrazione dell'esistenza di una *single economic entity* e, quindi, di un'unica forza competitiva sul mercato, soprattutto per l'assenza di reciproca autonomia tra le condotte di società nondimeno separate sul piano della personalità giuridica⁶.

Oltre a ciò, la nozione di impresa è stata poi posta alla base della determinazione dei criteri di imputazione della responsabilità antitrust in senso "dinamico", in caso di mutamenti del soggetto gerente l'impresa responsabile della violazione antitrust, rispetto al quale viene essenzialmente in rilievo il c.d. principio della continuità economica.

La definizione dei principi sottesi all'elaborazione della nozione d'impresa appare pertanto essenziale per calibrarne la relativa interpretazione rispetto ai gruppi di società – o, meglio, rispetto all'impresa di gruppo –, definendone la "soggettività" in ambito antitrust e il peculiare approccio sanzionatorio da ciò discendente. Detto altrimenti, si chiarirà come la nozione di impresa in ambito antitrust si rifletta nell'ambito dei gruppi, la cui

⁶ Già in Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd.*, punti 134-135, si chiariva del resto espressamente che "Qualora l'affiliata non goda di reale autonomia nella determinazione della propria linea di condotta [...] la stessa affiliata e la società madre [...] insieme formano un'unità economica. In considerazione dell'unità di questo complesso, l'attività delle affiliate può essere imputata, in determinati casi, alla società madre". Nello stesso senso, Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1972, causa 52/69, *J.R. Geigy AG*, punto 44. Nel caso di trasmissione di responsabilità ascendente, infatti, l'autorità procedente è in via di principio tenuta a dimostrare che la controllante abbia effettivamente esercitato un'influenza determinante sulla controllata autrice materiale dell'illecito (tra le prime, si vedano Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd.*, punto 132 e ss.; Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1972, causa 52/69, *J.R. Geigy AG*, punto 44; Corte di giustizia, sentenza del 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage e Continental Can*).

configurazione ai fini del diritto della concorrenza è di ciò diretta conseguenza, in particolare rispetto ai criteri – a dir poco elastici – di quantificazione delle sanzioni e, ancor prima, di attribuzione della responsabilità antitrust secondo un principio di superamento del “velo” della personalità giuridica.

2. La nozione “funzionale” e “relativa” di impresa in ambito antitrust

Sebbene l’impresa rappresenti il “soggetto” destinatario dei precetti antitrust e, come tale, goda di “*rango costituzionale all’interno dell’ordinamento giuridico dell’Unione*”⁷, le fonti dell’ordinamento eurounitario non ne hanno mai fornito alcuna autonoma definizione normativa, solo di recente apprezzandosi alcuni “impliciti” sforzi definitivi, volti a riconoscere rilevanza sistematica alla nozione di impresa, che verranno affrontati *infra* al par. 5).

Nei trattati UE nonché in altre fonti rilevanti dell’ordinamento eurounitario il termine “impresa” è infatti espressamente e diffusamente impiegato ma, appunto, mai oggetto di specifica definizione⁸. Ad esempio, l’art. 101 TFUE dispone che “*Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all’interno del mercato interno*”. Parimenti, l’art. 102 TFUE dispone che “*È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento*

⁷ Si veda il punto 75 delle conclusioni rassegnate dall’AG Kokott nella causa C-501/P, *Schindler Holding LTD e altri c. Commissione europea e altri*.

⁸ Ciò a differenza di quanto avviene nei singoli ordinamenti nazionali nell’ambito del diritto societario. Ad esempio, quanto all’ordinamento italiano, in chiave generale l’art. 2082 c.c. definisce ad esempio la nozione di “imprenditore”. Come si avrà modo di chiarire, tuttavia, la presenza di simili definizioni nell’ambito della disciplina relativa al diritto societario non appare dirimente ai fini della nozione d’impresa di diritto antitrust. Infatti, appare ormai principio consolidato quello secondo cui, ai fini dell’applicazione del diritto antitrust, la nozione di impresa vada interpretata alla luce del diritto UE. Si può altresì anticipare che, sebbene l’elaborazione della nozione d’impresa a livello UE non trovi riscontro normativo e rappresenti una creazione puramente giurisprudenziale, anche a seguito della direttiva ECN+ in taluni ordinamenti europei si ha traccia di una “codificazione” della nozione d’impresa, ai fini del diritto antitrust.

abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo". Anche il Regolamento UE 1/2003 nomina l'impresa, quale destinatario delle sanzioni antitrust, senza però definirla⁹.

Un simile rifiuto di un approccio definitorio verso la nozione di impresa appare del resto comprensibile se si tiene conto della profonda diversità delle corrispondenti nozioni nazionali al tempo della predisposizione dei trattati: ad esempio, la definizione di *entreprise* in Francia era diversa da quella di *Unternehmen* tedesca o da quella di *imprenditore nazionale*¹⁰.

La scelta di non impiegare nelle fonti rilevanti termini sovrapponibili a quello di "società" o "persona giuridica" permette subito di apprezzare come la nozione d'impresa antitrust oltrepassi sul piano sostanziale tali concetti.

L'assenza di una definizione della nozione di impresa, pur nella sua centralità, ha reso così necessario che la relativa elaborazione fosse operata sulla base degli sviluppi giurisprudenziali delle corti UE (essenzialmente, la Corte di giustizia). Le pronunce susseguitesi nel tempo hanno così dato vita a una nozione operativa di impresa che permette di estrapolare alcuni tratti definitivi comuni e ricorrenti, ancorché nel tendenziale rifiuto di elaborare orientamenti che consentano di estrapolare rigidi criteri definitivi, validi a priori e in astratto: un simile approccio appare del resto diretto a prevenire che, a priori, sulla base della nozione di impresa, si possano formare spazi di vuoto applicativo del diritto antitrust, consentendone invece l'applicazione a tutte quelle fattispecie relative ad attività economiche idonee ad arrecare un pregiudizio al normale dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali¹¹.

⁹ Come evidenziato dall'AG Kokott, nelle conclusioni rassegnate il 18 aprile 2013 nella causa C-501/11 P, *Schindler*, "in base all'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento n. 1/2003, la competenza sanzionatoria della Commissione non è limitata a misure contro specifiche persone giuridiche – ad esempio, le società di un gruppo direttamente coinvolte in un'intesa – ma consente alla Commissione di infliggere ammende nei confronti dell'impresa che ha commesso un illecito in materia di intese".

¹⁰ Cfr. anche M. BOTTA, *The Economic Succession Doctrine in Private Enforcement of EU Competition Law: 'Nothing Extraordinary' after Skanska Industrial?*, in *Market and Competition Law Review*, III, 2, 2019, p. 173, che aggiunge che "The definition of undertaking had, in fact, deep roots in national corporate law and was different in every Member State".

¹¹ In dottrina, un simile approccio è stato infatti giustificato sulla base di un sostanziale timore che l'elaborazione e l'eventuale successivo consolidarsi di rigidi criteri definitivi della nozione d'impresa potesse

Sin dalle più risalenti pronunce, prescindendo per ora dalla qualificazione sistematica dei gruppi, la Corte di giustizia ha così delineato una definizione “funzionale” di impresa, interpretata in termini decisamente ampi, tali da comprendere, di fatto, qualsiasi attività economica di offerta di beni o servizi dietro corrispettivo¹².

Esemplificativa sul piano definitorio, in tal senso, è la sentenza della Corte di giustizia nella causa C-41/90, *Höfner e Elser*, nella quale è stato affermato che, nel contesto del diritto della concorrenza, “la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un’attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento”¹³.

Emerge quindi plasticamente come tale definizione rifugga, fra l’altro, dalle categorizzazioni proprie del diritto societario o dalla ipotetica rilevanza della “veste giuridica” dei soggetti operanti sul mercato, per abbracciare una definizione dinamica e funzionale volta a sottoporre alle regole antitrust il “soggetto economico” piuttosto che il “soggetto giuridico”.

Appare potersi dunque confermare che i principi sottesi all’elaborazione della nozione d’impresa ai fini antitrust mirano a evitare che l’ambito applicativo *ratione personae* di tale disciplina non dipenda dal rispetto di una o più disposizioni giuridiche elaborate nell’ambito di altre branche dell’ordinamento¹⁴.

generare una “*indesiderata gabbia concettuale, inidonea in prospettiva ad accogliere le sempre nuove varianti che possono presentarsi del problema di fondo, che il diritto antitrust vuol governare: problema che è e rimane quello di scoprire e colpire le varie facce con cui possono presentarsi gli attentati alla libertà di concorrenza*” (v. A. MAZZONI, *La nozione di impresa nel diritto antitrust*, in C. Rabitti Bedogni e P. Barucci (a cura di), 20 anni di antitrust – L’evoluzione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Tomo I, Giappichelli, 2010, p. 496).

¹² M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell’Unione europea*, cit., pp. 70 – 71; nonché in termini sovrapponibili Corte di giustizia, sentenza del 12 settembre 2000, causa C-180/98, *Pavel Pavlov e altri*, punto 75. L’autore, in particolare, evidenzia che ai fini della qualificazione di un’attività come “economica” la giurisprudenza eurounitaria oscilla tra un criterio per cui un certo bene o servizio può essere o meno oggetto di scambio economico e quello per cui la produzione di un certo bene o servizio è organizzata secondo un criterio di economicità.

¹³ Corte di giustizia, sentenza del 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser*, punto 21.

¹⁴ Si vedano F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L’imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra ‘responsabilità personale’ e finalità dissuasive*, in *Rivista delle società*, 5, 2014. Esemplificativamente, ciò comporta la possibilità di qualificare come “imprese” persone fisiche – ma non i lavoratori subordinati – e, in particolare, i professionisti intellettuali, che sulla base della disciplina nazionale di diritto societario non sono invece imprenditori. Parimenti, sono destinatarie delle norme antitrust le c.d. associazioni di imprese, a prescindere da una loro eventuale qualificazione pubblicistica sulla base del diritto nazionale.

In dottrina è stato infatti anche osservato che tale nozione di impresa, invero, non sarebbe affatto indirizzata ai soggetti quanto piuttosto alle attività¹⁵.

Ad ogni modo, il quesito sotteso alla definizione della nozione di impresa, alla luce di tale approccio funzionale, sembrerebbe orientarsi – piuttosto che su una definizione formale di *quali soggetti* siano un'impresa – verso *che cosa sia* e *chi eserciti un'attività economica*.

Un simile approccio, idoneo a racchiudere nella nozione d'impresa una pleora di fattispecie non agevolmente identificabili *ex ante*, sconta tuttavia il limite di non disporre di “*criteri chiari e sicuri per cogliere la rilevanza specifica della nozione*”¹⁶. Da un lato, perciò, la nozione funzionale d'impresa appare fondarsi su pilastri elastici idonei a fugare il rischio che determinate condotte anticoncorrenziali non possano essere “catturate” dal precetto antitrust solamente perché – su un piano formale – non poste in essere da una “impresa”. Dall'altro, un simile approccio si presta a continue evoluzioni e rielaborazioni capaci di rendere, in via di principio, la nozione d'impresa facilmente manipolabile alla luce del risultato pratico che si voglia ottenere.

Del resto, è stato osservato in dottrina, se l'obiettivo del diritto della concorrenza è impedire quelle condotte idonee ad alterare il normale funzionalmente concorrenziale dei mercati, il relativo ambito applicativo *ratione personae* deve necessariamente orientarsi verso l'*agente economico*, a prescindere da ogni considerazione della sua “*veste giuridica*” che

¹⁵ Si veda ad esempio A. MAZZONI, *La nozione di impresa nel diritto antitrust*, cit., p. 500, che sostiene che “*Da una iniziale condivisione maggioritaria dell'approccio soggettivo — cioè, da un'impostazione focalizzata sull'individuazione di quali soggetti avevano i requisiti per essere trattati come imprese si è progressivamente passati a preferire l'approccio oggettivo — cioè, a valutare prima, con criteri economici, i connotati reali dell'attività svolta da alcuni soggetti e a trattare poi come imprese questi soggetti, sempreché l'esame dell'attività condotta nel contesto del mercato rilevante sorregga e giustifichi questa conclusione*”. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., p. 71, precisa però che per il diritto UE sia un punto fermo che l'impresa si a un soggetto e non un'attività come nell'art. 2082 c.c., sicché le norme antitrust non potrebbero direttamente applicarsi ad organizzazioni non personificate.

¹⁶ Si veda A. MAZZONI, *La nozione di impresa nel diritto antitrust*, cit., 501, che, nel raffrontare la nozione d'impresa antitrust con quella impiegata nel diritto “comune”, per come analizzata secondo il metodo dell'economia, afferma che “*l'analisi economica dell'impresa ai fini antitrust non ha, come termine di riferimento, l'impresa-istituzione [...] bensì l'idea neutra di anonimo partecipante al mercato — grande o piccolo che sia e di cui è irrilevante sia la forma giuridica che l'essenza sociologica — da cui il diritto pretende l'osservanza delle regole, che del mercato presidiano la libertà. In questo senso, la prospettiva economica di inquadramento della nozione di impresa ai fini del diritto antitrust tende a privilegiare i connotati astratti della nozione stessa o, se si vuole, la ricerca dei limiti della sua massima possibile estensione teorica, anziché suggerire connotati concreti e corposi, ispirati o suggeriti da un implicito modello reale di riferimento*”.

risulti eventualmente fondata su parametri di diritto civile e/o commerciale. Il punto nodale della definizione di impresa ai fini antitrust è dunque quello per cui *“per la teoria economica dominante si definisce agente economico chiunque agisce sul mercato e, dunque [...] chiunque può alterare, con le proprie scelte di mercato, il corretto funzionamento dello stesso”*¹⁷.

Alla luce di un simile approccio, che conferisce precipuo rilievo alla valutazione in concreto del carattere economico di una determinata attività (o meglio, all'identificazione dei soggetti economici), non appare perciò casuale che la principale elaborazione giurisprudenziale in materia di “impresa” sia anzitutto concentrata sulla dicotomia, in radice, tra cosa costituisca un'attività economica e cosa, invece, un'attività non economica. L'approccio giurisprudenziale sul punto è comunque risultato oltremodo ampio, risultando idoneo a racchiudere, come anticipato, nella nozione di “attività economica” rilevante ai fini del concetto di impresa qualsiasi attività di offerta di beni e/o servizi su un determinato mercato¹⁸.

Tale elaborazione, fra l'altro, ha anche portato ad evidenziare un'importante conseguenza pratica di un simile approccio funzionale alla definizione della nozione di impresa. In tal senso, è stato osservato che una medesima entità giuridica, nello svolgimento delle sue attività, possa essere simultaneamente qualificata come impresa per quanto

¹⁷ F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra 'responsabilità personale' e finalità dissuasive*, cit., p. 1065 e ss. Gli autori soggiungono che *“agente economico è innanzitutto qualsiasi centro decisionale che direttamente o indirettamente incide sulle variabili dalle quali dipende la concorrenza, ossia su prezzi, quantità, varietà, qualità e innovazione dei prodotti”*. Per quanto più rileva per l'impresa di gruppo, poi, agente economico è anche chi in senso lato *“si ponga sul mercato come un unitario centro di interessi economici convergenti che si riflettono in comportamenti commerciali altrettanto unitari, motivandoli e giustificandoli. E tutto ciò indipendentemente dalle specificità non solo giuridiche, ma anche storiche, politiche e sociali che certo caratterizzano nella contingenza chi decide quali condotte tenere sul mercato”*.

¹⁸ C. TOWNLEY, *The Concept of an 'Undertaking': The Boundaries of the Corporation – A Discussion of Agency, Employees and Subsidiaries*, in G. Amato, C. Ehlermann (a cura di), *EC Competition Law: a critical assessment*, 2007, Hart Publishing, p. 4, evidenzia in particolare che la definizione di impresa *“revolves around two concepts, 'entity' and 'economic activity’”*. Sull'identificazione delle attività qualificabili come “non economiche”, in particolare per la loro natura pubblicistica, si vedano ad esempio R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, eight edition, Oxford University Press, 2015, pp. 89 – 93; nonché, con particolare attenzione alla possibile rilevanza del criterio di “economicità della gestione”, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., pp. 78 – 82.

riguarda quelle di natura economica, mentre sia esclusa dall'applicazione delle norme antitrust per ciò che concerne le proprie attività non economiche¹⁹.

La “peculiarità” della nozione antitrust d'impresa e l'assenza di interdipendenze con i concetti propri di altre branche del diritto emerge plasticamente nella giurisprudenza della Corte di giustizia anche passando a introdurre quanto più propriamente d'interesse per la successiva qualificazione dell'impresa di gruppo.

Come osservato, ad esempio, dall'AG Kokott nelle conclusioni rassegnate nella causa C-501/2011, *Schindler*, ai fini della determinazione della nozione di impresa non può farsi riferimento alle nozioni, ricavate dal diritto societario, elaborate sul principio di separazione delle personalità giuridiche. Invero, “risultano determinanti le realtà economiche, in quanto il diritto della concorrenza non è improntato su formalità, bensì sull'effettivo comportamento delle imprese sul mercato”²⁰.

Alla luce di tale approccio, non assume rilievo l'organizzazione giuridica prescelta dall'impresa di gruppo, mediante un'articolazione in distinti soggetti giuridici che, però, unitariamente intesi, rappresentino un'unica forza competitiva sul mercato. Tale “costruzione giuridica” si pone quale mero presupposto per verificare se tali società compongano un'unica impresa ai fini antitrust (o meglio, un'unità economica) da identificare nello specifico anche alla luce dell'attività economica in concreto svolta da tali distinte persone giuridiche²¹.

¹⁹ R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, cit., p. 87. Nelle conclusioni depositate nella causa C-475/1999, l'AG Jacobs aveva infatti osservato che “la nozione di «impresa» è un concetto relativo, nel senso che un dato ente potrebbe essere considerato come impresa per una parte delle sue attività, lasciando il resto al di fuori delle regole di concorrenza” (v. punto 72 e giurisprudenza ivi richiamata). Si veda anche P. WHELAN, *Private Enforcement and the Imputation of Antitrust Liability*, in B. RODGER, F. MARCOS and M. SOUSA FERRO (a cura di), *Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU*, Elgar Publishing, 2023, p. 3, disponibile su SSRN al link <https://ssrn.com/abstract=4080911>.

²⁰ Si vedano le Conclusioni dell'AG Kokott del 18 aprile 2013, causa C-501/11 P, *Schindler*, punto 66.

²¹ Un simile approccio permette quindi di fugare in radice il rischio che le scelte organizzative societarie, in particolare nell'ambito dei gruppi, possano rappresentare uno “schermo” all'imputazione della responsabilità antitrust (a causa dell'articolazione di quella che effettivamente è un'unica entità economica in una pluralità di persone giuridiche distinte). L'AG Kokott lo ha affermato espressamente al punto 67 nelle conclusioni rassegnate nella causa *Schindler* (Conclusioni dell'AG Kokott del 18 aprile 2013, causa C-501/11 P, *Schindler*, punto 66).

Anche rispetto all'impresa di gruppo, nel determinare l'esistenza di un'unica impresa, non possono perciò assumere rilevanza "*meri parametri giuridico-formali*". Né ci si può basare su indici e norme ricavabili da una semplice trasposizione nell'ambito antitrust delle disposizioni in materia di diritto societario.

Il punto nodale della qualificazione economica dell'impresa antitrust emerge pertanto limpidamente anche rispetto alla qualificazione – unitaria o meno – di imprese nondimeno indipendenti sul piano giuridico. Così, per quanto può rilevare rispetto all'impresa di gruppo, si deve sin da ora introdurre il tratto caratterizzante e costitutivo rispetto alla considerazione unitaria di imprese giuridicamente indipendenti.

Pur evidenziando sin da ora le complessità della valutazione a ciò sottesa, la principale approssimazione sostanziale dei fattori costitutivi di un'unità economica possono pertanto essere identificati nella sua autonomia dal punto di vista economico e strategico – da intendere secondo la Commissione europea e le corti UE in senso piuttosto lato e non solo rispetto alla sottoposizione del *day-by-day management* a precise e specifiche istruzioni della controllante²² –, a prescindere dall'articolazione in distinte società sul piano della personalità giuridica²³.

Invero – costruendo proprio su tali fundamenta i criteri di imputazione della responsabilità antitrust nell'ambito dei gruppi – anche le corti UE hanno ripetutamente affermato che il principio-guida nell'identificare un'unica impresa, a prescindere

²² Si ritiene, infatti, che sia consuetudine di ogni gruppo individuare obiettivi economici comuni di lungo termine e fornire un orientamento di base delle strategie commerciali e operative fondamentali (si veda, ad esempio, Decisione della Commissione europea, caso COMP.38456, *Bitume – Paesi Bassi*, punti 199 – 204).

²³ Come si dirà, tale interrelazione strategica potrà in via di principio conseguire sia da un "collegamento" partecipativo e capitalistico sia, eventualmente, da un collegamento di tipo "contrattuale" ed eventualmente "orizzontale". Del resto, calando un simile approccio rispetto al contesto nazionale di diritto societario, si tratta appunto degli elementi che, in via di principio, l'art. 2359 c.c. identifica come denotativi di una situazione di "controllo" societario. Peraltro, al di là di simili "collegamenti", la Corte di giustizia pare ammettere che l'esistenza di "*rapporti formali*" fra due società non rappresenti l'elemento dirimente al fine di identificare l'esistenza di un'unità economica, a ulteriore riprova dell'approccio economico e sostanziale alla delimitazione dei confini di una "impresa" (si veda, tra le più recenti, Corte di giustizia, sentenza del 27 gennaio 2021, causa C-595/18 P, *The Goldman Sachs Group Inc.*, punti 93 – 95, che menziona esemplificativamente l'esistenza di elementi "*informali, segnatamente a motivo dell'esistenza di rapporti personali sussistenti fra gli enti giuridici che compongono una tale unità economica*", tali per cui possa dedursi una comunanza di interessi strategica fra società giuridicamente distinte; in senso analogo si veda in precedenza Corte di giustizia, sentenza dell'11 luglio 2013, causa C-440/11 P, *Stichting Administratiekantor Portielje*, punto 68).

dall'esistenza di una pluralità di soggetti sul piano giuridico, è rappresentato dall'individuazione di quali soggetti non determinino autonomamente il proprio comportamento sul mercato, ma – in sostanza – attenendosi a una più o meno pervasiva unitaria direzione strategica non possono essere affatto essere ritenuti fra loro in concorrenza, rappresentando un'unica forza competitiva in termini economici²⁴.

Da ciò discende che, nel momento in cui si appuri che una determinata società non determini autonomamente la sua condotta di mercato, ma si attenga alla direzione strategica impartita da un'altra società, anche se di carattere "generale" e non rispetto a specifiche condotte di mercato, tali distinte entità giuridiche rappresenteranno ai fini del diritto antitrust un'unica impresa, sicché le loro condotte potranno in via di principio essere apprezzate quali condotte "unilaterali"²⁵.

Tale valutazione, come si approfondirà nei paragrafi seguenti, comporta quindi un apprezzamento complessivo dei vincoli economici, organizzativi e giuridici sussistenti fra società giuridicamente indipendenti, al fine di apprezzarne compiutamente la reciproca autonomia commerciale. Dunque, la nozione funzionale di impresa propria del diritto antitrust comporta che la stessa possa essere "sovrapposta" a una singola entità giuridica autonomamente intesa solo qualora questa sia in grado di indirizzare autonomamente e in maniera indipendente le proprie decisioni commerciali e strategiche²⁶.

Alla luce di quanto sopra, non può non notarsi come il descritto approccio "elastico" e "funzionale" all'elaborazione della nozione d'impresa appare lasciare un certo margine di incertezza – o, comunque, "fluidità" – nel definirne concretamente i "confini". Dov'è che "finisce" un'impresa e ne "comincia" un'altra? La risposta al quesito, come si avrà modo di approfondire appena di seguito, si manifesta nelle sue più significative problematiche interpretative rispetto ai gruppi di società²⁷, identificando quando società di uno stesso

²⁴ Ad esempio, si esprime chiaramente in tal senso Tribunale UE, sentenza del 13 luglio 2011, cause riunite T-144/07, T-147/07, T-148/07, T-149/07, T-150/07 e T-154/07, *ThyssenKrupp Liften Ascenseurs NV e altri*, punto 299.

²⁵ Si veda in tal senso Corte di giustizia, sentenza dell'11 aprile 1989, causa C-66/86, *Ahmed Saeed*, punti 35 – 36, ancorché parzialmente sovrapponendo

²⁶ N. I. PAUER, *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*, cit., pp. 157 – 158.

²⁷ W. P. J. WILS, *The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, in *European Law Review* 25, 2000, p. 100.

gruppo, in particolare se legate da un rapporto di controllo, possano essere identificate come distinte imprese, escludendo la possibilità di qualificare le loro condotte, su un piano strategico, come “unilaterali”²⁸.

3. L’elaborazione della *single economic entity doctrine*

Come anticipato, la definizione dei “confini” dell’impresa ha trovato il più controverso precipitato applicativo nell’ambito della *single economic entity doctrine*.

Rappresenta infatti ormai un principio consolidato quello secondo cui una “impresa”, ai fini del diritto antitrust, possa essere rappresentata tanto da una singola persona fisica o giuridica quanto da una pluralità di soggetti che, insieme, compongano un’unica entità economica (esemplificativamente, un gruppo d’imprese).

Sin dalle sue più risalenti pronunce, valorizzando al fine della necessaria valutazione il riscontro di una reciproca autonomia strategico-decisionale, la Corte di giustizia ha infatti chiarito che “[n]ell’ambito del diritto della concorrenza la nozione d’impresa dev’essere intesa nel senso ch’essa si riferisce ad un’unità economica dal punto di vista dell’oggetto dell’accordo, anche se sotto il profilo giuridico quest’unità economica è costituita da più persone, fisiche o giuridiche”²⁹.

La *single economic entity doctrine* denota quindi, ancor di più, come il soggetto destinatario del precetto antitrust debba essere identificato, piuttosto che in un’unità giuridica, da un’unità economica, i cui confini non sono “aprioristicamente” e “formalmente” definibili³⁰.

In tali fattispecie di collegamento strategico-decisionale policorporativo, il quesito fondamentale diviene perciò definire i presupposti al ricorrere dei quali una pluralità di soggetti distinti e dotati ciascuno di una propria personalità giuridica debbano essere nondimeno qualificati come un’unità economica – e, quindi, un unico soggetto – ai fini dell’applicazione del diritto antitrust.

²⁸ Si veda anche A. JONES, *The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law*, cit., pp. 302 – 303.

²⁹ Tra le prime, si veda Corte di giustizia, sentenza del 12 luglio 1985, causa 170/83, *Hydrotherm*, punto 11.

³⁰ W. P. J. WILS, *The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, cit., p. 100.

Riprendendo quanto introduttivamente osservato sinora, diviene perciò necessario comprendere quale sia la valutazione da svolgere per determinare i confini della *single economic entity*.

Quale nota di metodo preliminare, tuttavia, è opportuno ribadire che gli orientamenti della Corte di giustizia non risultano sempre univoci e pienamente coerenti tra le varie fattispecie nelle quali possa venire in rilievo l'applicazione della dottrina dell'unità economica, sicché spesso la valutazione della sussistenza di una *single economic entity* appare rimessa a una valutazione specifica delle specificità della fattispecie in concreto³¹.

Nonostante ciò, l'elaborazione in materia di *single economic entity* sotto taluni profili appare aver raggiunto approdi piuttosto maturi e consolidati. Invero, come sostenuto in dottrina, su un piano formale gli elementi "costitutivi" di base della *single economic entity* sono stati individuati e interpretati in maniera piuttosto coerente nel corso degli anni³². Il fondamentale principio definitorio di base in materia sembra pertanto poter essere estrapolato da quanto espresso dal Tribunale UE nella sentenza *Shell*³³, nella quale – implicitamente definendo i contorni dell'unità economica – è stato osservato che la norma antitrust "si rivolge ad entità economiche, ognuna delle quali costituita da un'organizzazione unitaria di elementi personali, materiali e immateriali, che persegue stabilmente un determinato fine di natura economica, organizzazione che può concorrere alla realizzazione [di un illecito antitrust]".

Ciò che è rimesso a una valutazione caso per caso è dunque il calare in concreto, rispetto alle specifiche fattispecie, la valutazione della ricorrenza di simili caratteristiche, invero di carattere oltremodo generale, definendo un comune oggetto di prova che possa fungere da principio-guida nell'identificazione di unità economica.

Ciò premesso, al fine di comprendere appieno gli elementi costitutivi rilevanti ai fini dell'applicazione della *single economic entity doctrine*, appare opportuno prendere le mosse

³¹ Si vedano R. MOISEJEVAS, D. URBONAS, *Problems Related to Determining of a Single Economic Entity under Competition Law*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 10, 16, 2017, pp. 111 e 124, che evidenziano, da un lato, che "the EU competition law does not provide an unequivocal definition of the term 'single economic entity'", e, dall'altro che "is almost impossible to formulate universal rules for the determination of the existence of a single economic entity, which could be applied in all cases. Several issues are still to be determined on a case-by-case basis".

³² P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Single Entity Tests in US Antitrust and EU Competition Law*, 2011, disponibile su SSRN al link ssrn.com/abstract=1889232, p. 26.

³³ Tribunale UE, sentenza del 10 marzo 1992, causa T-1992, *Shell c. Commissione*, punto 311.

dall'elaborazione giurisprudenziale relativa alla valutazione antitrust degli accordi infragruppo. Va infatti preliminarmente precisato che l'elaborazione della *single economic entity doctrine* da parte della Corte di giustizia appare fondare le sue radici nella valutazione di tali fattispecie, rispetto alle quali deve anzitutto essere svolta l'esegesi dei principi giurisprudenziali rilevanti.

Successivamente, anche alla luce dei principi da tali pronunce estrapolati, si tratteggeranno conclusivamente gli elementi costitutivi della *single economic entity doctrine*, a prescindere dalla fattispecie antitrust rispetto alla quale gli stessi siano applicati.

Ciò permetterà anche di comprendere se talune elaborazioni in materia di *single economic entity doctrine* siano state implicitamente condizionate da razionali specifici alla sola valutazione degli accordi infragruppo ai fini antitrust. Anche alla luce di tali razionali, perciò, si potrà apprezzare più compiutamente se effettivamente sia avvenuta una coerente trasposizione della *single economic entity doctrine* anche ai fini della determinazione dei criteri di imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi di imprese³⁴.

3.1. La valutazione delle intese "infra-gruppo" quale ambito di elaborazione della *single economic entity doctrine*

Come anticipato, la *single economic entity doctrine* fonda la sua primigenia affermazione nella valutazione antitrust delle intese infragruppo³⁵. L'elaborazione della dottrina dell'unità economica, invero, non risulta del tutto neutra, ma presumibilmente appare indirizzata verso un implicito obiettivo di trovare una soluzione coerente con il sistema antitrust per esentare le intese infra-gruppo dall'applicazione del diritto antitrust³⁶.

³⁴ L'interdipendenza e la continuità tra l'elaborazione della nozione di *single economic entity* ai fini della valutazione delle intese infragruppo e ai fini della determinazione della responsabilità antitrust nei gruppi è stata evidenziata anche nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella, nella causa pregiudiziale C-882/19, *Sumal*.

³⁵ Per una dettagliata ricostruzione critica di tale giurisprudenza, si veda anche N. I. PAUER, *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*, cit., pp. 34 – 50.

³⁶ Si veda in tal senso V. ULFBECK, *Vicarious Liability in Groups of Companies and in Supply Chains – Is Competition Law Leading the Way*, in *Market and Competition Law Review*, III, 2, 2019, p. 108. L'autore evidenzia come l'applicazione (e l'elaborazione) della *single economic entity doctrine* abbia spesso risentito dell'obiettivo che la Commissione europea mirava a raggiungere tramite i principi alla stessa sottesi. Ad esempio, l'autore evidenzia che "Soon afterwards, however, the concept of economic unit was also used as a 'sword'. In a number of

L'intima interrelazione tra *single economic entity doctrine* e valutazione delle intese infragruppo appare suggerita comunque dalla circostanza che le rispettive elaborazioni, in una prima fase, si sono articolate di pari passo.

Invero, appare ragionevole individuare la prima elaborazione della *single economic entity doctrine* nella decisione della Commissione europea nel caso *Christiani & Nielsen*³⁷.

Tale precedente rappresenta, parallelamente, il primo caso di applicazione della *single economic entity doctrine*, nonché il primo caso di (dis)applicazione del divieto di intese anticoncorrenziali agli accordi infragruppo.

Oggetto del procedimento, in quel caso, era la valutazione di un accordo di ripartizione del mercato tra la controllata e la controllante totalitaria. La Commissione si pronunciò emettendo un provvedimento di attestazione negativa circa l'applicazione del diritto antitrust all'accordo sottoposto al suo scrutinio, evidenziando che l'art. 85 CE (corrispondente all'attuale art. 101 TFUE) presuppone(va) fra i suoi elementi costitutivi il rilievo di una restrizione della concorrenza fra le imprese parti dell'intesa. Invece, in quel caso, secondo la Commissione la ripartizione dei mercati oggetto dell'intesa avrebbe dovuto essere qualificata come una mera ripartizione dei compiti all'interno dell'unica entità economica (e, cioè, unica impresa ai fini antitrust). Operativamente, dunque, la Commissione fondava il suo ragionamento sulla considerazione che – in astratto – l'articolazione del gruppo in società dotate di distinta personalità giuridica rappresentasse una mera scelta organizzativa della capogruppo, parificabile alla scelta di articolare la *single economic entity* in un unico soggetto giuridico, articolato in divisioni appunto prive di una propria personalità giuridica³⁸. La valutazione antitrust di fattispecie equivalenti sul piano

cases, the concept was merely used for establishing the jurisdiction of the Commission over parent companies established in non-Member States". La tesi secondo cui l'elaborazione della *single economic entity doctrine* non avvenga aprioristicamente, bensì risenta della funzionalizzazione al raggiungimento di un determinato risultato pratico, potrebbe avvalorare la tesi che si sosterrà nel corso dell'indagine, per la quale non necessariamente la nozione d'impresa è la stessa in ogni ambito del diritto antitrust.

³⁷ Decisione della Commissione del 18 giugno 1969, IV/22.548, *Christiani and Nielsen*; lo sostiene anche N. I. PAUER, *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*, cit., p. 36.

³⁸ V. anche F. M. MUCCIARELLI, *Accordi intra-gruppo e divieto d'intese anticoncorrenziali*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 34, 2007.

economico, pertanto, non avrebbe dovuto risentire di scelte commerciali puramente interne al gruppo.

La Commissione ha avuto nuovamente occasione di pronunciarsi sulla valutazione antitrust delle intese infra-gruppo nel caso *Kodak*³⁹, nel quale, in estrema sintesi, ancorché giungendo alle medesime conclusioni del caso *Christiani & Nielsen* (cioè, la non applicabilità del divieto di intese restrittive della concorrenza) è stato posto alla base della relativa decisione una rationale lievemente diverso. In quel caso, l'adozione di medesime condizioni di vendita da parte delle società del gruppo Kodak venne valutata come una scelta "necessitata" dalla sottoposizione al controllo di una medesima società, sicché nelle loro relazioni reciproche per tali società era di fatto impossibile comportarsi in maniera indipendente⁴⁰.

Ben presto, anche le corti dell'Unione europea si sono trovate a confrontarsi con il tema della valutazione delle intese infra-gruppo. Nella prima pronuncia in materia, la sentenza pregiudiziale *Béguelin*⁴¹, la Corte di giustizia si è sostanzialmente posta nel solco dei precedenti principi espressi dalla Commissione, giungendo alla conclusione che il divieto di intese restrittive della concorrenza non si sarebbe applicato agli accordi infra-gruppo, perché inidonei a provocare alcun effetto sulla concorrenza, in quanto conclusi tra due parti delle quali (almeno) una priva di autonomia economica⁴².

A partire dalla sentenza *Béguelin*, la Corte di giustizia ha quindi fondato l'esenzione delle intese infra-gruppo dal divieto di intese restrittive della concorrenza su un duplice ordine di elementi costitutivi, derivante dall'appartenenza delle parti dell'intesa alla medesima *single economic entity*. Da un lato, la sussistenza di una situazione di controllo (rilevante come rapporto controllante-controllata o, comunque, quale sottoposizione di due

³⁹ Decisione della Commissione del 30 giugno 1970, IV/24055, *Kodak*.

⁴⁰ V. F. M. MUCCIARELLI, *Accordi intra-gruppo e divieto d'intese anticoncorrenziali*, cit., p. 200, che sintetizza tale approccio affermando che dalla decisione si trae il principio secondo cui "l'intesa intra-gruppo è considerata legittima se alla partecipazione totalitaria s'accompagna l'esercizio effettivo della direzione del gruppo".

⁴¹ Corte di giustizia, sentenza del 25 novembre 1971, causa 22-71, *Béguelin Import Co. V S.A.G.L. Import Export*.

⁴² "L'art. 85, n. 1, vieta le intese che abbiano l'oggetto o l'effetto di ostacolare la concorrenza. Nel caso di un contratto di esclusiva, questo presupposto manca qualora la concessione sia parzialmente trasferita da un'impresa madre ad un'affiliata la quale, pur avendo personalità giuridica distinta, non ha alcuna autonomia economica" (si veda Corte di giustizia, sentenza del 25 novembre 1971, causa 22-71, *Béguelin Import Co. V S.A.G.L. Import Export*, punto 8).

o più entità al controllo del medesimo soggetto); dall'altro, la mancanza di indipendenza sul piano commerciale quantomeno di una delle parti dell'accordo. In particolare, tale secondo elemento costitutivo avrebbe identificato un'implicita conseguenza del primo, relativo al rapporto di controllo⁴³.

In tale percorso giurisprudenziale di elaborazione della *single economic entity doctrine* nell'ambito della valutazione delle intese infra-gruppo apparentemente lineare, si inserisce tuttavia la sentenza *Centrafarm*⁴⁴. Tale pronuncia, infatti, in via di principio avrebbe potuto tracciare un punto di discontinuità nel rapporto di reciproca interdipendenza tra *single economic entity doctrine* e valutazione delle intese infragruppo, o comunque introdurre elementi idonei a restringere notevolmente l'ambito applicativo della *single economic entity doctrine*.

Invero, i principi espressi in *Centrafarm* apparivano interpretabili nel senso che la Corte di giustizia intendesse introdurre un ulteriore elemento costitutivo necessario ai fini dell'esenzione dell'intesa infra-gruppo dal divieto di intese restrittive della concorrenza, ovvero sia l'identificazione dell'oggetto dell'accordo in una mera ripartizione di compiti infra-gruppo⁴⁵. In tale ottica, peraltro, neppure veniva chiarito se tale elemento fosse altresì necessario all'identificazione di una *single economic entity*, nel senso che la stessa potesse sussistere solamente nei casi in cui si fosse in presenza di una società controllante dotata di poteri tali da essere sostanzialmente in grado di dirigere le società controllate quasi come se fossero divisioni interne.

⁴³ M. ARAUJO BOYD, *Rethinking Intragroup Exemption after Ecoservice*, cit., p. 53.

⁴⁴ Corte di giustizia, sentenza del 31 ottobre 1974, causa 15-74, *Centrafarm B.V. e Sterling Drug Inc.*

⁴⁵ "L'art. 85 non colpisce tuttavia accordi o pratiche concordate fra imprese appartenenti allo stesso gruppo come società madre ed affiliata, qualora esse costituiscano un'unità economica nell'ambito della quale l'affiliata non dispone di effettiva autonomia nella determinazione del proprio comportamento sul mercato, e gli accordi o pratiche di cui trattasi abbiano semplicemente lo scopo di una ripartizione di compiti all'interno del gruppo" (Corte di giustizia, sentenza del 31 ottobre 1974, causa 15-74, *Centrafarm B.V. e Sterling Drug Inc.*, v. punto 41). Secondo M. ARAUJO BOYD, *Rethinking Intragroup Exemption after Ecoservice*, cit., p. 53, tali affermazioni avrebbero denotato la volontà di limitare lo scopo dell'esenzione degli accordi infra-gruppo a quanto strettamente necessario per l'operatività "commerciale" del gruppo, consentendo lo scrutinio antitrust su diverse forme di coordinamento infragruppo, con un orientamento maggiormente in linea rispetto alla prassi antitrust statunitense allora prevalente, peraltro successivamente superata.

Con la sentenza *Centrafarm*, dunque, quello che era già stato espresso come “razionale argomentativo” nella decisione *Christiani & Nielsen* veniva apparentemente trasformato in un elemento costitutivo per esentare le intese infra-gruppo dal divieto antitrust nonché, potenzialmente, per accertare l’esistenza di un’unità economica.

Le pronunce successive non sempre hanno seguito il solco interpretativo tracciato da *Centrafarm*⁴⁶ e si è dovuto perciò attendere la sentenza *Viho* per determinare chiaramente se la possibilità di qualificare l’accordo come mera ripartizione dei compiti infra-gruppo rappresentasse un elemento costitutivo dell’esenzione in esame.

Nel contenzioso in sede di impugnazione della decisione *Viho*, infatti, prima il Tribunale UE e poi la Corte di giustizia si sono pronunciati nel senso di escludere che, ai fini del beneficio dell’esenzione dal divieto di intese restrittive della concorrenza per gli accordi infra-gruppo, fosse necessario che questi avessero ad oggetto una ripartizione interna dei compiti fra le componenti del gruppo. Ciò che rileva è solamente che manchi un concorso di volontà tra soggetti economicamente indipendenti. Tale elemento va escluso in radice per quanto riguarda “*le relazioni nell’ambito di una unità economica*”, perché la “*filiale, ancorché munita di una personalità giuridica distinta, non determin[a] in modo autonomo la propria condotta sul mercato, bensì applic[a] le istruzioni impartite, direttamente o indirettamente, dalla società madre*”⁴⁷.

La sentenza *Viho* ha conseguentemente fornito maggiore chiarezza nei criteri valutativi delle intese infra-gruppo, riflettendosi anche sull’elaborazione in materia di *single economic entity doctrine*.

Gli accordi infra-gruppo sfuggono al divieto di intese restrittive della concorrenza perché le parti dell’intesa rappresentano una *single economic entity* e, quindi, un’unica

⁴⁶ V. M. ARAUJO BOYD, *Rethinking Intragroup Exemption after Ecoservice*, cit., pp. 53-54.

⁴⁷ Corte di giustizia, sentenza del 24 ottobre 1996, causa C-73/95 P, *Viho Europe BV c. Commissione*, punto 51. Ancor più esplicito era stato l’AG Lenz, nelle conclusioni presentate il 25 aprile 1996 nella appena citata causa, affermando che “È vero che i rapporti fra le imprese del gruppo possono avere effetti sulla posizione detenuta da terzi nella concorrenza sul mercato interessato. Se queste imprese devono essere considerate come un’unità, i loro atti costituiscono un comportamento unilaterale, cui l’art. 85 non può applicarsi” (conclusioni dell’AG Lenz del 25 aprile 1996, causa C-73/95 P, *Viho Europe BV c. Commissione*, punto 68). Sulla base di ciò, l’AG Lenz aveva ritenuto che in primo grado il Tribunale si fosse “giustamente basato esclusivamente sull’esistenza di un’unità economica nell’ambito della quale le filiali non dispongono di un’autonomia vera e propria per determinare il loro comportamento sul mercato” (si veda il punto 74).

impresa. Si è in presenza perciò di una condotta qualificabile come unilaterale, piuttosto che plurilaterale. In altri termini, con *Viho* viene sancita la piena sovrapposizione tra *single economic entity doctrine* e valutazione delle intese infra-gruppo⁴⁸.

Nell'ambito di tale valutazione, si deve pertanto ritenere che gli unici elementi rilevanti siano l'esistenza di una situazione di controllo e la mancanza di indipendenza commerciale delle controllate, da ritenere sostanziali esecutrici della "linea di mercato" predisposta dalle controllanti. Alla luce di ciò, a rigor di logica, dovrebbe sfuggire dall'ambito applicativo dell'esenzione dal divieto di intese restrittive della concorrenza – e, quindi, dalla nozione di *single economic entity* – una eventuale fattispecie nella quale – a prescindere dalla situazione di controllo – l'entità controllata conservi nondimeno una certa indipendenza di mercato⁴⁹.

L'approccio oggetto di ricostruzione in materia di valutazione delle intese infra-gruppo, ha trovato "codificazione" anche nella comunicazione della Commissione recante le *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*.

Emblematicamente, al punto 11 delle stesse si afferma che "*Le imprese che fanno parte della stessa "impresa" ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, non sono considerate concorrenti ai fini delle presenti linee direttrici. L'articolo 101 si applica soltanto agli accordi tra imprese indipendenti. Quando un'impresa esercita un'influenza determinante su un'altra, esse formano un soggetto economico unico e costituiscono pertanto parte della medesima impresa. Lo stesso vale per le imprese*

⁴⁸ Si veda anche F. M. MUCCIARELLI, *Accordi intra-gruppo e divieto d'intese anticoncorrenziali*, cit., p. 203, che infatti sostiene che le corti UE avrebbero "fondato l'esenzione degli accordi intra-gruppo dal divieto di cartelli sulla mancanza di una pluralità di imprese, e non sull'assenza di una restrizione della concorrenza". Sostanzialmente, quindi, la *single economic entity doctrine* mirerebbe ad assicurare che il diritto della concorrenza si applichi alle condotte e alle relazioni tra entità non solo giuridicamente separate, ma anche indipendenti. Di diverso avviso N. I. PAUER, *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*, cit., pp 162 – 170 e 269, che sostiene che l'esenzione degli accordi infra-gruppo si fonda piuttosto sull'assenza di una restrizione della concorrenza, rispetto alla quale l'assenza di autonomia strategica reciproca tra le società del gruppo rappresenterebbe solo un presupposto.

⁴⁹ M. ARAUJO BOYD, *Rethinking Intragroup Exemption after Ecoservice*, cit., p. 55. F. M. MUCCIARELLI, *Accordi intra-gruppo e divieto d'intese anticoncorrenziali*, cit., solleva il quesito sull'applicabilità dell'esenzione in esame solo in presenza di situazioni di controllo totalitario o anche in caso di partecipazioni più basse. In ultima analisi, l'autore sostiene che la detenzione della totalità del capitale sociale della controllata non dovrebbe essere considerata un presupposto necessario a tal fine (si veda spec. p. 206).

“sorelle”, ossia le imprese sulle quali viene esercitata l’influenza determinante da parte della medesima impresa madre. Esse non vengono dunque considerate concorrenti anche se operano entrambe sugli stessi mercati rilevanti geografici e del prodotto”⁵⁰.

Il punto centrale del test richiesto ai fini dell’applicazione dell’art. 101 TFUE appare dunque confermare la ricerca di un riscontro dell’appartenenza a un’unica entità economica di società nondimeno distinte sul piano giuridico. Se questo è il caso, le due entità, ancorché eventualmente operanti nel medesimo mercato rilevante, non saranno considerati concorrenti ai fini dell’art. 101 TFUE, il quale pertanto si applica alle intese fra entità indipendenti. Ovverosia, le intese infra-gruppo non sono valutabili ai sensi dell’art. 101 TFUE, perché concluse tra soggetti che fanno parte della stessa impresa, in senso antitrust. Conseguentemente, gli elementi costitutivi dell’esenzione degli accordi infra-gruppo dal divieto di intese restrittive della concorrenza dovrebbero essere ritenuti in via principio elementi costitutivi della *single economic entity doctrine*.

Come anticipato, tuttavia, tale stretta interrelazione tra valutazione delle intese infra-gruppo e *single economic entity doctrine* potrebbe però aver prodotto una eterogenesi dei fini, condizionando implicitamente anche la declinazione dei criteri di attribuzione della responsabilità all’interno dei gruppi di imprese.

Va infatti ribadito che la *ratio* dell’elaborazione della *single economic entity doctrine* nella valutazione delle intese infra-gruppo appare poter essere rinvenuta nella volontà di evitare di sottoporre allo scrutinio antitrust i rapporti tra imprese che non rappresentano forze economiche in concorrenza fra loro. Si tratta, tuttavia, di un rationale meno pertinente quando la qualificazione di unica entità economica sia posta alla base dell’imputazione, a società distinte sul piano della soggettività giuridica, di una responsabilità solidale per violazioni del diritto antitrust.

Non può sottacersi pertanto il rischio che determinate evoluzioni della *single economic entity doctrine* in un’area applicativa del diritto antitrust possano avere (avuto) conseguenze

⁵⁰ M. ARAUJO BOYD, *Rethinking Intragroup Exemption after Ecoservice*, cit., p. 56, ha sostenuto che la Commissione avrebbe negato rilevanza all’elemento dell’indipendenza di mercato di mercato con tale previsione, conferendo decisivo rilievo soltanto all’elemento della “*decisive influence*”, con un approccio che “*would seem to fit better with the control-centric perspective of the EU Merger Control regulation*”.

involontarie e non previste in altre aree del diritto antitrust, così creando discrasie interpretative e applicative⁵¹.

3.1.1. La sentenza *Ecoservice* e la perdurante rilevanza del presupposto dell'autonomia comportamentale sul mercato per riscontrare l'esistenza di un'unità economica

L'interdipendenza tra la *single economic entity doctrine* e la valutazione delle intese infra-gruppo ha portato peraltro ad approfondire il rapporto tra gli elementi del controllo e dell'indipendenza di condotta sul mercato, richiesti ai fini dell'analisi degli accordi infra-gruppo e per l'individuazione della *single economic entity*.

Riprendendo un elemento che andrà necessariamente approfondito al momento della determinazione dei criteri di imputazione della responsabilità nel gruppo, è interessante comprendere – con specifico riguardo agli accordi infra-gruppo – se tali aspetti siano stati affrontati come due facce della stessa medaglia oppure se, sebbene in via di principio coincidenti, siano stati ritenuti elementi dei quali valutarne la ricorrenza caso per caso⁵².

Tale interrogativo è stato in particolare fondato sulla recente sentenza della Corte di giustizia nel caso *Ecoservice*⁵³.

Tale giudizio pregiudiziale ha riguardato profili di rilevanza “interdisciplinare”, relativi sia alla normativa in materia di appalti sia a quella antitrust. In particolare, uno dei quesiti pregiudiziali formulati dal giudice del rinvio aveva ad oggetto la possibilità di applicare l'art. 101 TFUE a fattispecie nelle quali, come nel procedimento principale, vi fosse

⁵¹ Si vedano O. ODUDU, D. BAILEY, *The single economic entity doctrine in EU competition law*, in *Common Market Law Review*, 51, 2014, p. 1756, nonché A. JONES, *The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law*, cit. In particolare, tale ultima autrice aveva sostenuto che le incongruenze nell'interpretazione della nozione di impresa avrebbero posto il rigore sistematico dell'elaborazione di tale concetto “in crisi”.

⁵² È stato infatti ipotizzato che proprio in caso di riconoscimento di autonoma rilevanza di questi due profili che sarebbe consentita, in linea teorica, un'applicazione residuale dell'art. 101 TFUE a fattispecie di coordinamento tra società legate da un rapporto di controllo ma, nondimeno, indipendenti sul mercato sul piano strategico (v. M. ARAUJO BOYD, *Rethinking Intragroup Exemption after Ecoservice*, cit., p. 51, che, comunque, anche rilevando la rara occorrenza di simili fattispecie, solleva il dubbio sull'effettivo margine di riscontrare una simile “indipendenza” nell'ambito di un rapporto di controllo totalitario).

⁵³ Corte di giustizia, sentenza del 18 maggio 2018, causa C-531/16, *Ecoservice projektai UAB*, punti 27 – 30.

stato un asserito coordinamento fra imprese parti del medesimo gruppo, nell'ambito della partecipazione a una procedura di gara.

La Corte di giustizia ha in quel caso rammentato che l'art. 101 TFUE non si applica "quando gli accordi o le pratiche da esso vietati vengono posti in essere da imprese che costituiscono una unità economica", limitandosi incidentalmente ad aggiungere che, in via di principio, due diverse entità non rappresenterebbero un'unità economica se "la società controllante non esercita influenza determinante sulle proprie controllate"⁵⁴. In quel caso la Corte di giustizia ha poi conclusivamente ritenuto che non occorresse valutare l'eventuale applicabilità dell'art. 101 TFUE ai fatti di cui al procedimento principale, potendosi rispondere ai quesiti pregiudiziali semplicemente sulla base delle disposizioni rilevanti in materia di appalti.

Nondimeno, la predetta affermazione formulata *incidenter tantum* ha portato taluni commentatori a interrogarsi se potesse rappresentare un fondamento argomentativo per un'ulteriore rivisitazione delle condizioni costitutive dell'esenzione degli accordi infra-gruppo dal divieto di intese restrittive della concorrenza. In particolare, è stato sostenuto che "this finding assumes that any commercial independence that these entities might enjoy would be irrelevant. By so doing, this decision would have removed the condition present in all relevant jurisprudence on the intragroup exemption so far which assumed that it would require the entity to 'carry out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company'"⁵⁵.

Sembra però corretto ritenere che le deduzioni della Corte di giustizia nella sentenza *Ecoservice* dovrebbero aver al più solo l'effetto di incidere sulla valutazione di potenziali intese infra-gruppo nell'ambito delle gare pubbliche, ma non, in radice, sulla stessa nozione di *single economic entity* e sulla correlata valutazione delle intese infra-gruppo⁵⁶.

⁵⁴ Corte di giustizia, sentenza del 18 maggio 2018, causa C-531/16, *Ecoservice projektai UAB*, punti 27 – 30.

⁵⁵ Si veda M. ARAUJO BOYD, *Rethinking Intragroup Exemption after Ecoservice*, cit., pp. 62-63. L'autore evidenzia altresì che la pronuncia *Ecoservice* ha successivamente condizionato la prassi applicativa delle autorità nazionali garanti della concorrenza, in particolare quella spagnola e quella francese. Rispetto a quest'ultima autorità garante, l'autore ha fra l'altro rilevato che la sentenza *Ecoservice* avrebbe comportato una rimediazione della consolidata dottrina "of applying Article 101 TFEU to agreements between entities who 'appeared' independent. In its decision of 25 November 2020 in *AgriMer*, the authority explains, following a discussion of the precedents, that its past doctrine providing for an exception to the intragroup defence in these cases could no longer be applied in the context of public procurement".

⁵⁶ In questo senso anche M. ARAUJO BOYD, *Rethinking Intragroup Exemption after Ecoservice*, cit., p. 68, che sostiene che "Ecoservice did not intend to resolve this matter outside the confines of the specific case of coordinated bids

Pur escludendo che la sentenza *Ecoservice* possa aver rappresentato un mutamento di orientamento nei criteri valutativi delle intese infra-gruppo, nella stessa emerge una tendenza giurisprudenziale che si evidenzierà essere il principale punto critico nella valutazione dei criteri di imputazione della responsabilità antitrust. In particolare, pur ammettendo che nell'identificazione di un'unica entità economica debbano congiuntamente rilevarsi due distinti elementi, rappresentanti da una situazione di controllo e della mancanza di indipendenza reciproca sul mercato, non appare chiaro quando e come possa essere dimostrato che – a prescindere dalla sussistenza di un'influenza determinante della controllante sulla controllata – quest'ultima persegua strategie di mercato indipendenti (e, pertanto, non rappresenti un'unica entità economica insieme alla controllante, sicché eventualmente gli accordi fra le due entità potrebbero essere valutati ai sensi dell'art. 101 TFUE).

3.2. Gli elementi essenziali per individuare una *single economic entity*

La ricostruzione della giurisprudenza in materia di *single economic entity* nell'ambito della valutazione delle intese infra-gruppo ha permesso di affermare, in prima approssimazione, che gli elementi costitutivi della *single economic entity* dovrebbero essere identificati nel controllo e nell'unità di condotta sul mercato delle entità componenti la *single economic entity*.

Si tratta comunque di elementi da astrarre su un piano sostanziale generale della dimostrazione dell'esistenza di una *single economic entity*, a prescindere dalla (potenzialmente specifica) valutazione da svolgere dall'ambito delle intese infra-gruppo.

Complessivamente, si può rilevare che, alla luce della nozione funzionale e dinamica di impresa, al fine dell'identificazione di una *single economic entity*, l'orientamento delle corti UE sia quello di conferire rilevanza ai vincoli economici, organizzativi e giuridici

by affiliates in a public procurement context. That situation had been addressed in several precedents and bringing competition law to the fore might have disrupted the solutions already adopted. However, that need not be the solution outside that specific field”.

intercorrenti fra diverse società, anche alla luce di una valutazione del profilo “operativo” della manifestazione “esterna” della condotta di mercato⁵⁷.

In dottrina è stato pertanto osservato che, alla luce di tale approccio, si debba ritenere che la norma antitrust si rivolga al soggetto economico, inteso come unitaria forza competitiva sul mercato. Ebbene, per individuare l’unitaria forza competitiva sul mercato può risultare necessario combinare le condotte di una pluralità di persone fisiche, persone giuridiche e/o entità prive di personalità giuridica. Da ciò discende che i soggetti costituenti la *single economic entity*, complessivamente considerati, dovrebbero rappresentare l’aggregato minimo per identificare un’autonoma forza competitiva sul mercato, composta da soggetti giuridici che, isolatamente, potrebbero non essere configurati come tali⁵⁸.

Logico corollario di tale osservazione è che tra le entità – giuridicamente separate – costituenti una *single economic entity* non dovrebbe essere possibile alcun tipo di concorrenza, neppure di carattere potenziale⁵⁹. Ogni valutazione concorrenziale involgente le singole componenti la *single economic entity*, pertanto, dovrebbe portare a considerarle come un unico e indistinto soggetto economico (parificandole quasi a divisioni interne dell’unità economica, ancorché provviste di personalità giuridica distinta⁶⁰).

⁵⁷ Emblematicamente, F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra 'responsabilità personale' e finalità dissuasive*, cit., p. 1080, affermano che “Finché sarà possibile rintracciare l'esistenza di un comportamento unitario sul mercato, tutte le persone del gruppo apparterranno alla medesima impresa”.

⁵⁸ Si vedano sul punto O. ODUDU O., D. BAILEY, *The single economic entity doctrine in EU competition law*, cit., p. 1726 e 1737, i quali rispetto al profilo da ultimo menzionato evidenziano in particolare che “the economic entity doctrine identifies the smallest combination of natural and legal persons able to exert a single competitive force on the market”. Invero, secondo la Commissione, anche la “mera” fissazione di obiettivi strategici generali a livello della capogruppo è idonea a privare la controllata di una vera autonomia sul mercato: da ciò discende che non potrebbero essere ritenute un’autonoma unità economica quelle entità che dipendano da un “corporate centre for the basic orientation of their commercial strategy and operations, for their investments and finances, for their legal affairs and for their leadership” (si veda, sul punto, Decisione della Commissione europea, caso COMP.38456, *Bitume – Paesi Bassi*, punto 202).

⁵⁹ In senso conforme, si esprimono O. ODUDU, D. BAILEY, *The single economic entity doctrine in EU competition law*, cit., 1737 – 1738. Pertanto, gli autori hanno sostenuto che la *single economic entity doctrine* potrebbe essere impiegata solo per la soluzione di questioni connesse alla valutazione dell’identità o intensità di una forza concorrenziale sul mercato, sicché “Whilst the language of a “single economic entity” may be used, the application of Article 101 TFEU to internal agreements and the problem of attribution are separate competition law questions and distinct principles for resolving those questions are required and have been developed”

⁶⁰ Si veda anche M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell’Unione europea*, cit., p. 73.

La possibilità, per entità giuridiche distinte, di esercitare un autonomo impatto economico – e in quanto tali rappresentare un'autonoma forza competitiva – va allora in via di principio ricercata nei legami giuridici tra tali entità (e nella relativa disciplina di carattere statutario o, eventualmente, legale).

In tale contesto, l'analisi sembra doversi volgere alla determinazione della possibilità di ricondurre le condotte di mercato di soggetti giuridici indipendenti a una strategia unitaria della *single economic entity*, quasi in termini di ripartizione reciproca dei compiti tra le singole persone giuridiche componenti la *single economic entity*⁶¹.

Sulla base di quanto sopra osservato, si comprende perché, in dottrina, vi sia chi ha sostenuto che la nozione di *single economic entity* andrebbe ricondotta all'identificazione di un soggetto che sia in grado di esercitare un'influenza determinante sulla condotta commerciale strategica o sulle politiche commerciali di un'altra entità, con la quale appunto costituirebbe una *single economic entity*. In tale ricostruzione, l'elemento del "controllo" rappresenterebbe il discriminante per determinare quali entità, unitamente, rappresentino un'unica impresa ai fini antitrust⁶².

La possibilità, di fatto o di diritto, di esercitare un'influenza determinante su un'altra società rappresenterebbe quindi l'elemento fondamentale di partenza affinché due società

⁶¹ Sul punto è significativo quanto osservato dal Tribunale UE nella citata sentenza *Shell c. Commissione*, nella quale sono stati calati "in concreto" i principi generali espressi in materia di *single economic entity*. In quel caso, il Tribunale ha infatti osservato che la Shell e le sue controllate "operative", attive nella produzione e commercializzazione di prodotti chimici avrebbero integrato "un'unica organizzazione unitaria di elementi personali, materiali e immateriali, finalizzata stabilmente al perseguimento, in particolare, del fine di produrre e vendere polipropilene allo scopo di conseguire i più alti profitti, persino a scapito, eventualmente, delle singole quote di profitto dei suoi vari componenti". Nell'ambito di tale organizzazione ogni società avrebbe svolto uno specifico ruolo, in una sorta di ripartizione dei compiti ("Le società operative producono o vendono polipropilene, mentre la ricorrente esercita un ruolo d'impulso e di coordinamento tra le diverse società operative"): per tali ragioni, si sarebbe potuto giungere a qualificare la Shell e le altre società del gruppo come unica impresa (Tribunale UE, sentenza del 10 marzo 1992, causa T-1992, *Shell c. Commissione*, punto 312). Va comunque evidenziato che, come già notato, tale stringente requisito della "ripartizione interna di compiti" non appare di per sé essenziale ai fini dell'identificazione di una *single economic entity*.

⁶² W. P. J. WILS, *The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons* cit., p. 108: "The notion of undertaking in Articles 81 and 82 E.C. coincides with the notion of single control in the E.C. Merger Regulation, both being thus in line with the economic notion of the firm. Whenever a single company or person has the possibility of exercising decisive influence over the strategic commercial behaviour or business policy of another company or entity, they form a single undertaking".

(cioè, controllante e controllata) rappresentino un'unica entità economica e non società concorrenti (e, quindi, distinte imprese ai fini antitrust)⁶³.

Tale profilo, sostanzialmente relativo al riscontro di una relazione di controllo, sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia, dovrebbe rilevare non solo in caso di controllo di diritto, ma anche in caso di controllo di fatto⁶⁴. Tuttavia, una simile rilevanza del controllo per identificare la *single economic entity* appare poter essere assunta in via quasi automatica solo nel contesto della valutazione di rapporti di tipo "verticale". La semplice presenza di una *parent company* comune a due diverse controllate non sarebbe invece automaticamente sufficiente a ritenere tali ultime due società parte della stessa *single economic entity*⁶⁵.

Ferma la rilevanza del dato del controllo, si è comunque anticipato che un ulteriore elemento costitutivo della *single economic entity* dovrebbe essere identificato nell'unità di condotta delle componenti la *single economic entity*. Sul punto, tuttavia, l'elaborazione in materia della giurisprudenza eurounitaria non ha permesso di comprendere appieno le interdipendenze tra tali due elementi⁶⁶ e se effettivamente ne sia richiesta la ricorrenza cumulativa o il loro richiamo rappresenti una sorta di sinonimia.

⁶³ R. MOISEJEVAS, D. URBNAS, *Problems Related to Determining of a Single Economic Entity under Competition Law*, cit., p. 124, sostengono che "*Decisive influence is the key element for recognizing that de jure separate undertakings constitute a single economic unit*".

⁶⁴ Fermo restando che "*vi deve essere più di un mero legame di dipendenza economica della società figlia dalla società madre*" (si vedano le Conclusioni dell'AG Kokott del 23 aprile 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV*, punto 48).

⁶⁵ Si veda P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Single Entity Tests in US Antitrust and EU Competition Law*, cit., p. 35 e la giurisprudenza ivi richiamata. Già nella sentenza della Corte di giustizia del 2 ottobre 2003, nella causa C-196/99P, *Siderúrgica Aristrain Madrid SL c. Commissione*, nel determinare i criteri per l'imputazione della responsabilità "infragrappo" da una società "sorella" all'altra, era stato espressamente affermato che "*il semplice fatto che il capitale sociale di due società commerciali distinte appartenga a un medesimo soggetto o a una medesima famiglia non sia di per sé sufficiente a dimostrare l'esistenza, tra tali due società, di un'unità economica*" (v. punto 99). Appare interessante evidenziare che, nella medesima causa, le conclusioni rassegnate dall'AG Stix-Hackl si ponevano su indirizzo interpretativo distinto. Infatti, secondo l'AG, in quel caso era stata correttamente applicata la nozione d'impresa, nella misura in cui erano state ritenute un'unica entità economica "*due società consorelle di un gruppo economico*" le quali avevano asseritamente posto in essere "*un'azione comune concordata esclusivamente tra loro, [...] senza che si potesse attribuire a una società madre la responsabilità di aver influenzato in qualsivoglia forma, coordinandola o dettandola, la condotta di entrambe*" (si veda il punto 107). Ad avviso dell'AG, la Corte di giustizia "*non esige infatti un'influenza di tipo verticale né unilaterale sul comportamento delle società, ma ritiene sufficiente che ci fosse un'influenza e che fosse favorevole alla società che l'ha esercitata*" (si veda il punto 112).

⁶⁶ P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Single Entity Tests in US Antitrust and EU Competition Law*, cit., p. 34 e ss. L'autore sostiene anche che "*So far however, the conduct stage of the EU's test remains vague and hardly predictable on a more*

In dottrina, invero, vi è chi ha espresso opinioni dirette a privare di rilevanza il riscontro dell'assenza di autonomia della controllata⁶⁷. Infatti, anche la sua eventuale indipendenza strategica rappresenterebbe null'altro che una scelta e una forma di esercizio delle prerogative di controllo da parte della controllante. Tuttavia, vi è anche chi ha specificamente assunto una posizione critica in senso contrario a tali opinioni, dando conto dell'astratta possibile sussistenza di situazioni nelle quali, a prescindere dal rapporto di controllo, controllante e controllata potrebbero avere interessi di mercato divergenti e, in quanto tali, rappresentare distinte forze competitive, potenzialmente in concorrenza tra loro⁶⁸.

Ad ogni modo, fermi tali rilievi, tale unità di condotta di mercato dovrebbe avere quale oggetto centrale la capacità dell'entità controllata di determinare autonomamente la propria politica commerciale e le condotte di mercato e, comunque, la sua indipendenza economico/finanziaria. Nella misura in cui una determinata entità non disponga di una simile autonomia, tale soggetto dovrebbe costituire una *single economic entity* insieme con chi ne determini le politiche commerciali / la condotta di mercato⁶⁹.

Se si vuole escludere la sussistenza di un automatismo tra situazione di controllo e esistenza di un'unica impresa, la verifica della sussistenza di un margine di autonomia economica della controllata rappresenta dunque il punto fondamentale nell'analisi della

general level". Anche M. ARAUJO BOYD, *Rethinking Intragroup Exemption after Ecoservice*, cit., 51, nel discorrere dei presupposti applicativi dell'esenzione degli accordi infragruppo dal divieto di intese restrittive della concorrenza rammenta che "*alongside control, the jurisprudence of the Court of Justice [...] has consistently required that the affiliate benefitting the exemption should have no independence of action in the market or, in the words of the Court, that the subsidiary would carry out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company*".

⁶⁷ W.P.J. WILS, *The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, cit., p. 107 e ss., sostiene che "*Even if the parent company happened not actually to exercise its influence, the subsidiary's apparent freedom would only exist by parent company's grace, which could change at any time. It would thus not be real freedom. Under this reading, the [...] condition would in fact not be a further condition, and the Court's case law on Article 81, after Viho, would be coherent with the Merger Regulation and with the Court's own statement in Consten and Grundig and Italy v. Council and Commission, that the Treaty intended in Article 81 to leave untouched the internal organization of an undertaking*". Si veda anche P. WHELAN, *Private Enforcement and the Imputation of Antitrust Liability*, cit., p. 4, disponibile su SSRN al link <https://ssrn.com/abstract=4080911>. L'autore appare collocarsi in analogia lineare interpretativa, sostenendo che "*the ability to exercise decisive influence is the test that determines whether persons can be viewed as constituent element of a given undertaking*".

⁶⁸ Si vedano O. ODUDU, D. BAILEY, *The single economic entity doctrine in EU competition law*, cit., pp. 1729 – 1730.

⁶⁹ Si veda P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Single Entity Tests in US Antitrust and EU Competition Law*, cit., p. 35.

sussistenza della *single economic entity*, teoricamente anche ai fini dell'imputazione della responsabilità antitrust all'interno dell'impresa di gruppo.

In chiave generale, infatti, la verifica della sussistenza di tale elemento costitutivo risente di un significativo margine di elasticità. Ciò comporta la necessità di verificarne la ricorrenza puntualmente e in concreto, alla luce delle specifiche circostanze del caso⁷⁰. A causa di ciò, pertanto, la verifica dell'autonomia di condotta della controllata rappresenta "un'analisi di merito", le cui linee guida sono difficilmente determinabili a priori.

3.2.1. La qualificazione del gruppo come *single economic entity* ai fini antitrust

Come anticipato, la teoria dell'unità economica, quale manifestazione della nozione d'impresa ai fini del diritto della concorrenza, trova il suo principale campo applicativo nella qualificazione antitrust dei gruppi di società.

In particolare, sulla base della *single economic entity doctrine*, può essere in via di principio sostenuto che il gruppo assuma un'autonoma soggettività, rappresentando un atomistico centro di rilevanza per l'applicazione del diritto antitrust. In altri termini, sfuma la distinta soggettività delle singole società che compongono il gruppo, sebbene ciascuna sia dotata di un'autonoma personalità giuridica.

Ciò che appare allora rilevante è la più volte valorizzata possibilità di rintracciare un comportamento unitario dell'impresa di gruppo sul mercato⁷¹, tale per cui le singole componenti del gruppo non dovrebbero essere ritenute esercitare una pressione concorrenziale reciproca, rappresentando al contrario un'unica forza competitiva sul mercato e nel loro complesso rappresentative di una condotta "unilaterale"⁷².

⁷⁰ V. DONATIVI, *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Giuffrè, 1996, p. 61.

⁷¹ Individuano tale elemento quale connotato essenziale per la qualificazione del gruppo come *single economic entity* F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra 'responsabilità personale' e finalità dissuasive*, cit.

⁷² Si veda sul punto anche F. DENOZZA, *La disciplina delle intese nei gruppi*, Giuffrè, 1984, p. 21, evidenziava che "Ai fini dell'applicazione dell'art. 85 l'unica forma di autonomia rilevante è quella che consente alle società del gruppo di determinare, ciascuna per suo conto, il proprio comportamento sul mercato e quindi di essere (almeno potenzialmente) ciascuna concorrente dell'altra".

Si tratta di un profilo che ha assunto specifica rilevanza anche nell'elaborazione giurisprudenziale delle corti UE relativa all'art. 102 TFUE, che testualmente proibisce lo sfruttamento abusivo da parte di "una o più imprese" di una posizione dominante sul mercato. In tal senso, un'interpretazione restrittiva di tale previsione avrebbe potuto portare a sostenere che tale formulazione mirasse semplicemente a ricomprendere i comportamenti abusivi concertati fra entità giuridiche distinte parte del medesimo gruppo. Una interpretazione ampia della previsione, invece, avrebbe condotto a sostenere che tale formulazione mirasse invece a ricomprendere fattispecie di dominanza collettiva da parte di imprese indipendenti sul piano economico e giuridico. La prevalenza della seconda interpretazione, ai fini dell'elaborazione in materia di abuso di posizione dominante collettiva⁷³, si è fondata anche sulla considerazione che un'interpretazione restrittiva dell'art. 102 TFUE sarebbe stata priva di giustificazioni. Ciò fra l'altro perché, se società distinte parte di un medesimo gruppo rappresentano nondimeno un'unica impresa ai fini antitrust, non si comprenderebbe allora il riferimento a "una o più imprese" recato dall'art. 102 TFUE.

Sotto questo profilo, emerge quindi la profonda differenza della considerazione del gruppo in chiave antitrust rispetto alle "catalogazioni" di diritto societario.

Del resto, la sopra ricostruita nozione di impresa ai fini del diritto antitrust permette di comprendere chiaramente la *ratio* sottesa a un simile approccio divergente. La norma antitrust, mirando ad essere applicata alle attività economiche piuttosto che alle singole persone giuridiche, necessita l'elaborazione di un approccio che sia in grado di oltrepassare il "velo" della personalità giuridica.

Si tratta di un approccio che mira a risalire al "soggetto economico" attivo sul mercato, identificando e coinvolgendo nell'applicazione del precetto antitrust anche il

⁷³ Per una ricostruzione della collusione tacita tra imprese oligopoliste e dell'abuso di posizione dominante collettiva si veda M. FILIPPELLI, *Collective Dominance and Collusion. Parallelism in EU and US Competition Law*, Edward Elgar, 2013.

soggetto che dirige e coordina il complesso imprenditoriale, a prescindere dall'articolazione adottata sul piano giuridico-formale⁷⁴.

La *single economic entity doctrine* e la peculiare considerazione del gruppo in chiave antitrust, tuttavia, non comporta l'assoluta irrilevanza della distinta personalità giuridica delle componenti del gruppo. Se è vero che la peculiare considerazione dell'integrazione economica del gruppo comporta la qualificazione dell'impresa di gruppo come un'impresa unica, la predetta distinta soggettività giuridica mantiene una propria rilevanza.

In primo luogo, perché – in ogni caso – i destinatari del provvedimento antitrust saranno comunque le singole persone giuridiche che compongono il gruppo. Detto altrimenti, il riconoscimento dell'unitarietà economica del gruppo non comporta la creazione di un nuovo soggetto giuridico, provvisto di propria soggettività giuridica in qualità di *single economic entity*.

Come si avrà modo di approfondire *infra* al par. 5.1. e ss. del III capitolo, ciò produce significative ricadute pratiche in relazione alla responsabilità per le sanzioni per violazioni del diritto della concorrenza, che, ovviamente, non gravano su un ipotetico patrimonio indistinto del gruppo entificato, ma risultano irrogate in via solidale alle singole persone giuridiche componenti del gruppo.

Quale ulteriore corollario va poi evidenziato che l'esistenza di un gruppo societario non comporta necessariamente la corrispondente esistenza di una *single economic entity* sul piano antitrust⁷⁵. In astratto, infatti, i gruppi di società potrebbero assumere le più disparate articolazioni, potendosi astrattamente verificare situazioni nelle quali, eventualmente anche

⁷⁴ Si veda in particolare V. DONATIVI, *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, cit., p. 63, nonché dottrina ivi citata. L'autore afferma in particolare che "già ad una prima lettura, le clausole generali utilizzate dalla giurisprudenza comunitaria appaiono chiaramente congegnate in modo tale da poter risalire al maître de l'affaire che si cela dietro il complesso imprenditoriale, a prescindere dall'articolazione adottata sul piano giuridico-formale. Sicché – come ben sintetizzato dalla migliore dottrina – si può fondatamente ritenere che l'impresa, sotto questo profilo, viene a coincidere con un gruppo di entità giuridicamente dotate di distinta personalità giuridica, ma soggette ad un 'potere centralizzato di direzione e di controllo', che si esprime, in capo alla società-madre, nella 'possibilità di determinare l'azione di una o più imprese' figlie, consentendo l'identificazione in essa dell'unico centro di imputazione effettivo dell'attiva del gruppo".

⁷⁵ Si veda ad esempio Corte di giustizia, sentenza del 4 maggio 1988, causa C-30/87, *Corinne Bodson e SA Pompes funèbres des régions libérées*, punto 20, nella quale la Corte di giustizia, ai fini della valutazione di una intesa infra-gruppo e della correlata appartenenza delle parti dell'accordo a una *single economic entity*, affermava che "Il semplice fatto che le imprese concessionarie appartengano allo stesso gruppo di imprese non è decisivo in proposito; si deve tener conto della natura dei rapporti fra le imprese del gruppo".

in forza di previsioni statutarie o altri atti formali, come i c.d. regolamenti di gruppo, le società “controllate” mantengano comunque un’autonomia nella definizione delle loro politiche commerciali e attività economiche, eventualmente solo rispetto ad aree di attività specifiche⁷⁶. Va comunque considerato che le conseguenze di tale rilievo dovrebbero essere soppesate sulla considerazione che l’ambito applicativo delle disposizioni antitrust non dovrebbe poter dipendere da strategie volontarie all’interno del gruppo, tali per cui – eventualmente – l’identificazione di autonomi centri decisionali sia frutto di una scelta opportunistica, in ipotesi diretta fra l’altro ad aggirare l’applicazione della *single economic entity doctrine*⁷⁷, ma solo alla fisiologica specificità di determinate scelte gestorie e organizzative, quali ad esempio la sussistenza di una *holding* di partecipazioni “pura”⁷⁸.

Il punto di ricaduta dell’analisi relativa alla corrispondenza tra il “gruppo” e la “*single economic entity*” si riflette dunque nell’esistenza di una relazione di controllo e nella dicotomia tra “capacità di esercitare un’influenza determinante” e “concreto esercizio di un’influenza determinante”. L’analisi da condurre deve essere perciò sempre orientata “in concreto” e l’esistenza formale di una situazione di controllo non dovrebbe di per sé risultare sufficiente in via di principio a identificare automaticamente una *single economic entity*⁷⁹.

⁷⁶ F. DENOZZA, *La disciplina delle intese nei gruppi*, cit., p. 108, ai fini dell’esenzione delle intese infra-gruppo dal divieto di intese restrittive della concorrenza, evidenziava però che “non è l’assenza di autonomia dei membri che fonda l’esenzione”, pertanto “oggetto di accertamento deve essere soltanto l’esistenza di un’attività di coordinamento da parte della capo-gruppo. La variabile libertà lasciata in certi ambiti ai singoli membri del gruppo è il frutto di una tecnica gestionale che di per sé non esclude, come l’esperienza insegna, il coordinamento di gruppo, e che il diritto antitrust non ha motivo di sindacare”. Sui regolamenti di gruppo e sul loro possibile valore non solo ai fini dell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento ma anche per escludere determinate ambiti di attività della controllata dall’area della direzione e coordinamento, si veda G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Rivista di Diritto Civile*, 6, 2009, p. 778 e ss.

⁷⁷ Si veda ad esempio in tal senso M. ARAUJO BOYD, *Rethinking Intragroup Exemption after Ecoservice*, cit., p. 66.

⁷⁸ Come si vedrà *infra* al par. 1.6.1., il riscontro dell’esistenza di una *holding* di partecipazioni “pura” rappresenta un punto particolarmente controverso nell’imputare alla controllante la responsabilità antitrust per violazioni materialmente commesse dalla controllata e, in particolare, in relazione all’applicazione della c.d. *parental liability presumption*.

⁷⁹ R. MOISEJEVAS, D. URBNAS, *Problems Related to Determining of a Single Economic Entity under Competition Law*, cit., p. 115. Anticipando valutazioni che verranno svolte più diffusamente *infra* al par. 2 e ss. del II capitolo, va segnalato che le autorità antitrust sembrerebbero aver adottato approcci maggiormente “elastici” nel determinare la corrispondenza tra gruppo e *single economic entity*, affievolendo la verifica dell’effettivo esercizio di un’influenza determinante sulla gestione strategica e/o operativa della controllata, la cui sussistenza appare ritenuta sufficiente anche solo in via potenziale (si esprimono ad esempio in tal senso F.

Nel valutare e qualificare ai fini del diritto della concorrenza i gruppi di imprese, si conferma comunque l'impossibilità di individuare un test rigoroso per determinare quando un gruppo rappresenti una *single economic entity*⁸⁰.

3.3. Accenni all'applicazione estensiva della *single economic entity doctrine* per l'identificazione dell'impresa. Il caso del c.d. ausiliario integrato.

Come anticipato, sebbene la principale interrelazione tra la *single economic entity doctrine* e la nozione d'impresa in ambito antitrust sia rappresentata dalla qualificazione dei gruppi appena esaminata, la nozione di unità economica produce ulteriori ricadute applicative, idonee a consentire la qualificazione di soggetti giuridicamente indipendenti come un'unica impresa ai fini antitrust.

Esempio principale sono le fattispecie che coinvolgono rapporti – essenzialmente contrattuali – tra un'impresa principale e un'altra impresa che, rispetto alla prima, svolga attività ausiliaria e sia dotata di personalità giuridica distinta⁸¹. In tali casi, l'ausiliario non

GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra 'responsabilità personale' e finalità dissuasive*, cit., spec. p. 1066).

⁸⁰ In dottrina, è stato osservato che “*An analysis of the European Commission and the CJEU practice shows that the concept of a single economic entity that has been used to identify the undertaking is not at all a consistent concept*” (v. M. SCUNKE, W. MAREIKE, *Piercing The Corporate Veil: The German Sausage Saga*, p. 11, disponibile su SSRN al link <https://ssrn.com/abstract=3970952>); in senso analogo, v. anche N. I. PAUER, *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*, cit., che evidenzia in particolare l'inconsistenza dei precedenti riguardanti le *joint ventures*.

⁸¹ Calando la fattispecie rispetto al contesto di diritto commerciale interno, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., p. 112, afferma che il riferimento di cui sopra è da intendersi alle imprese che svolgono “attività ausiliari” “*come quelle previste, nel c.c. italiano, dall'art. 2195, n. 5, c.c. (commissione, agenzia, ecc.)*”. L'autorevole autore, anche in questo caso, qualifica comunque la fattispecie come “*gruppo integrato di imprese, soggette a direzione e coordinamento unitari, ma legate da rapporti di controllo contrattuale e non azionario*” (cfr. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., p. 74). In via generale, oltre ai rapporti tra principale e ausiliario, anche i rapporti tra un *contractor* e un *sub-contractor* potrebbero essere inquadrati nella *single economic entity doctrine* (si vedano anche R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, cit., p. 95). I criteri di “trasmissione” della responsabilità nelle fattispecie in questione vengono affrontati, in senso critico-evolutivo, in B. WARDHAUGH, *Punishing parents for the sins of their child: extending EU competition liability in groups and to subcontractors*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 5, 2017, p. 22 e ss., spec. 42 – 44, dove si inquadra chiaramente la questione come fattispecie in cui una società si obblighi a fornire servizi a favore di un'altra società, tali per cui avrebbero luogo, sul piano sostanziale, rapporti equivalenti a quelli di una integrazione verticale e di mantenimento delle relative attività *in-house*. L'autore evidenzia che la fattispecie solleverebbe criticità concorrenziali nella misura in cui il *sub-contractor* ponga in essere condotte anticompetitive a beneficio

rappresenterà necessariamente un'entità autonoma, sul piano concorrenziale, rispetto al preponente. Anzi, in presenza di una stabile e significativa integrazione economico-strategica con il preponente, specialmente in termini di unità di condotta sul mercato, rappresenterà un'unica entità economica con quest'ultimo⁸².

Ebbene, l'elaborazione *in subiecta materia* – ancorché a volte indirizzata a definire il campo di applicazione dell'art. 101 TFUE, piuttosto che i criteri per l'accertamento di un'unica impresa⁸³ – ha portato anzitutto a individuare, quale elemento principale di valutazione, la considerazione del “grado” di rischio assunto dall'agente: qualora quest'ultimo non assuma il rischio finanziario (o lo assuma in misura insignificante) rappresenterà un'unica impresa con il preponente⁸⁴.

del *contractor*, sicché sarebbe incongruo dar luogo a valutazioni diverse rispetto al caso, sostanzialmente analogo, in cui le società fossero verticalmente integrate.

⁸² Si veda, ad esempio, Tribunale UE sentenza dell'11 dicembre 2003, causa T-66/99, *Minoan Lines SA*, spec. punti da 125 a 128, successivamente confermata da Corte di giustizia, ordinanza del 17 novembre 2005, causa C-121/04 P, *Minoan Lines SA*, che in simili fattispecie – citando esemplificativamente rapporti tra una società e il suo rappresentante di commercio o quelli tra committente e commissionario – individua come elemento discriminante la subordinazione alle direttive del preponente / committente. Tuttavia, entrando nello specifico circa l'oggetto di prova in relazione al test a tal fine richiesto, richiamando altresì i principi espressi dalla Corte di giustizia nella sentenza *Suiker Unie*, il Tribunale UE individua come “*principali parametri*” per determinare l'esistenza di un'unità economica quello dell'assunzione del rischio economico e quello dell'esclusività dei servizi forniti. Si può aggiungere che, in via di principio, laddove agente e preponente rappresentino distinte imprese ai fini antitrust, i loro rapporti saranno qualificati – e valutati come – intese verticali. Diversamente, i relativi rapporti saranno parificabili in via analogica a condotte infragruppo, sicché, al più, le relative condotte potranno essere inquadrare come condotte unilaterali (è esemplificativo di un simile approccio il procedimento A484 – Unilever/Distribuzione gelati, condotto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; sulla possibilità di qualificare tali rapporti come condotte unilaterali, si veda anche Corte di giustizia, sentenza del 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl*, che verrà richiamata anche appresso per la sua rilevanza ai fini qualificatori dell'esistenza di un'unica impresa in presenza di rapporti, in quel caso, di distribuzione). Come evidenziato da E. CECCHET, *Il caso Unilever alla prova della Corte di Giustizia (alias la sottile linea di confine tra uso e abuso dei contratti di distribuzione)*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 2022, p. 204, dunque, tale diversa valutazione comporta che i rapporti verticali tra società giuridicamente distinte non siano più “*attenzionati come intese verticali anticoncorrenziali, ma come strumenti attraverso i quali un'impresa è potenzialmente in grado di esercitare un controllo su un altro soggetto, formalmente autonomo e distinto, al punto da etero-dirigere le condotte tenute da quest'ultimo sul mercato*”.

⁸³ In particolare, sul campo di esclusione degli accordi di “*agenzia commerciale*” dall'ambito applicativo dell'art. 101 TFUE, si veda la Comunicazione della Commissione (2022/C 248/01) recante *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, spec. punti 29 – 46, nei quali viene specialmente conferita rilevanza – come si dirà – ai rischi di tipo finanziario o commerciale.

⁸⁴ Si veda, ad esempio, Tribunale UE, sentenza del 15 settembre 2005, *DaimlerChrysler AG*, causa T-325/01, che ha annullato una decisione della Commissione, con la quale era stata accertata una presunta violazione dell'allora art. 81 CE, sulla base del rilievo che il preponente (Mercedes-Benz) e i suoi agenti non rappresentassero autonome entità imprenditoriali ma un'unica impresa. Il Tribunale ha fra l'altro rilevato come fosse il preponente a stabilire le condizioni di vendita – e, in particolare, il prezzo – dei veicoli coinvolti

La verifica del grado di rischio finanziario assunto dall'agente non sembrerebbe però dover assumere di per sé importanza dirimente ai fini della valutazione, divenendo il punto cruciale, piuttosto, la distinzione tra ausiliario integrato e ausiliario indipendente⁸⁵. Pertanto, il criterio dell'assunzione del rischio finanziario dovrebbe essere più opportunamente riconciliato con una valutazione che tenga conto dell'effettiva autonomia gestionale dell'ausiliario nel determinare le proprie politiche commerciali. Un rapporto di effettiva agenzia integrata, pertanto, dovrebbe essere individuato solo in presenza di relazioni di sostanziale parasubordinazione⁸⁶. Tale approccio, del resto, sarebbe quello più idoneo a garantire un'applicazione consistente e uniforme della *single economic entity doctrine*, risultando ragionevolmente riconciliabile con le valutazioni in materia di gruppi di imprese: in sostanza, l'oggetto della prova richiesta sarebbe la dimostrazione dell'esistenza di un'unica forza competitiva sul mercato, sul piano economico, composta da principale e ausiliario⁸⁷.

nel contratto di agenzia, rilevando altresì la mancata sopportazione di rischi finanziari rilevanti da parte degli agenti. Si veda anche Corte di giustizia, sentenza dell'11 settembre 2008, causa C-279/06, *CEPSA Estaciones de servicio SA*.

⁸⁵ Si veda M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., p. 112. Sul tema, si vedano fra gli altri anche O. ODUDU O., D. BAILEY, *The single economic entity doctrine in EU competition law*, cit., p. 1734 e ss. Gli autori, in particolare, sostengono che in presenza di un ausiliario integrato le parti non rappresenterebbero distinte forze competitive sul mercato e sarebbero incapaci di esercitare un rapporto di reciproca concorrenza. Si veda anche E. CECCHET, *Il caso Unilever alla prova della Corte di Giustizia (alias la sottile linea di confine tra uso e abuso dei contratti di distribuzione)*, cit., p. 205, che si esprime in via particolarmente critica su applicazioni dei summenzionati principi, che conferiscano oltremodo rilevanza al requisito dell'indipendenza finanziaria. Infatti, ciò comporterebbe che proprio in presenza di contratti di distribuzione più invasivi, come la concessione di vendita e il *franchising*, non si potrebbe conseguentemente mai identificare un'unità economica tra le controparti, perché ciascuna di esse sopporterebbe separatamente in proprio rischi economici e finanziari connessi all'attività d'impresa.

⁸⁶ Si esprime così M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., p. 112. L'autore soggiunge che nei casi in cui si possa pervenire all'esistenza di una simile significativa integrazione, la committente è poi da ritenere sempre responsabile delle condotte degli ausiliari, ferma restando la difficoltà di applicare in concreto una simile regola con riferimento al divieto di abuso di posizione dominante, tenuto conto della connessa complessità dell'accertamento della posizione dominante dell'impresa committente.

⁸⁷ Si veda anche E. CECCHET, *Il caso Unilever alla prova della Corte di Giustizia (alias la sottile linea di confine tra uso e abuso dei contratti di distribuzione)*, cit., p. 205, che sostiene che, ai fini della verifica dell'esistenza di un'unica impresa, esclusivo e determinante rilievo – anche per coerenza complessiva della *single economic entity doctrine* – dovrebbe essere conferita alla “unitarietà del comportamento tenuto dagli operatori sul mercato”. Nelle conclusioni rassegnate nella causa *Unilever*, anche l'AG Rantos aveva adottato un approccio analogo, rilevando che il criterio dell'unità di condotta sul mercato – da ricercare sulla base dei vincoli economici, organizzativi e giuridici tra le parti – rappresentasse il discriminante per individuare un'unica entità economica in presenza di società legate da rapporti contrattuali e non di partecipazione capitalistica (Conclusioni dell'AG Rantos del

Ciò comporta pertanto che anche rispetto a tale “categoria” di fattispecie per determinare la sussistenza di un’unica impresa, sarà comunque necessaria un’analisi caso per caso.

Si deve peraltro evidenziare che, di recente, al fine di determinare i criteri che consentono di imputare a un produttore le condotte dei suoi distributori, al fine di accertare una eventuale violazione dell’art. 102 TFUE, la Corte di giustizia è parsa adottare un’interpretazione non del tutto sovrapponibile a quella “tradizionale” sinora esaminata⁸⁸. Più precisamente, partendo dalla rilevanza di un criterio valutativo fondato – analogamente a quanto rilevante per identificare un’unica impresa in presenza di un gruppo – sull’unitaria strategia di mercato di imprese giuridicamente indipendenti, è stato evidenziato che il rilievo dell’esistenza di una politica unilateralmente determinata dal produttore consentirebbe di imputare a quest’ultimo le condotte dei distributori (autori materiali dell’infrazione), senza la necessità di dimostrare anche l’eventuale esistenza di un’unica

14 luglio 2022, causa C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl*, spec. punto 55, nel quale si chiarisce che la verifica avrebbe dovuto avere ad oggetto il riscontro dell’esercizio di un’influenza determinante sugli agenti integrati, così che questi ultimi “non potendo operare in modo indipendente sul mercato, si ritengano indotti a riprodurre la linea di condotta ideata e posta in essere [dal preponente]”. Infatti, l’AG aveva dichiaratamente escluso la possibilità di interpretare la nozione di “unica entità economica” con un significato variabile (si vedano, spec., punti 31 – 33; la possibilità di attribuire un distinto significato alla nozione di unica entità economica a seconda della fattispecie antitrust rilevante sarà oggetto di considerazione critica *passim* specialmente nel III capitolo). Le conclusioni dell’AG Rantos si erano dunque caratterizzate per uno sforzo interpretativo di sistematizzazione della *single economic entity doctrine* alquanto complesso e approfondito, volto a identificare, al di fuori dei casi in cui sussistano rapporti di partecipazione, quando un coordinamento di tipo contrattuale possa dar luogo a un’unica entità economica. Tuttavia, come si dirà, le conclusioni non hanno trovato seguito nei principi espressi nella successiva sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia.

⁸⁸ Corte di giustizia, sentenza del 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl*.

impresa sul piano antitrust⁸⁹, posto che la condotta dei distributori rappresenterebbe nient'altro che una "ramificazione" della politica commerciale del produttore⁹⁰.

Tali valutazioni appaiono rilevanti non solo ai fini della determinazione dell'ambito applicativo della *single economic entity doctrine* in presenza di ausiliari integrati. Invero, la pronuncia potrebbe fornire lo spunto per argomentare la non necessaria coincidenza tra la nozione di impresa e i criteri di imputazione (*rectius*, trasmissione) della responsabilità tra società giuridicamente indipendenti. Pertanto, ciò potrebbe avvenire e fondarsi non necessariamente quale corollario della *single economic entity doctrine*, ma per la presenza di collegamenti, come quelli descritti nel caso *Unilever* appena discusso, che consentano di recuperare una qualche forma di coinvolgimento nell'infrazione di un soggetto che nondimeno non l'ha materialmente commessa.

⁸⁹ Il rilievo della Corte di giustizia appare particolarmente significativo perché, sostanzialmente, ribalta l'impostazione seguita nella "fattispecie principale" dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nonché dai giudici amministrativi e dall'AG Rantos. Invero, nel corso del procedimento antitrust, l'imputazione al proponente delle condotte oggetto d'istruttoria, poste in essere dai concessionari di vendita, era conseguita appunto al rilievo per cui Unilever e i suoi concessionari di vendita rappresentassero un'unica impresa ai fini antitrust (§§447 – 476). Non a caso, anche il rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato, dal quale ha tratto origine la summenzionata sentenza della Corte di giustizia, aveva ad oggetto, per quanto d'interesse, un quesito circa i presupposti e l'oggetto di prova per accertare una "unica entità economica" tra società fra loro non legate da rapporti di controllo ma nondimeno avvinte da legami di tipo contrattuale (si veda Consiglio di Stato, sez. VI, ordinanza del 7 dicembre 2020, n. 7713). Conseguentemente, l'AG Rantos nelle sue conclusioni aveva tentato di delineare i contorni di un simile test identificativo dell'unità economica (Conclusioni dell'AG Rantos del 14 luglio 2022, causa C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl*). Per una ricostruzione del caso *Unilever*, precedente la sentenza pregiudiziale della Corte di giustizia, si veda E. CECCHET, *Il caso Unilever alla prova della Corte di Giustizia (alias la sottile linea di confine tra uso e abuso dei contratti di distribuzione)*, cit., p. 191 e ss. Deve comunque rilevarsi che le conclusioni a cui è giunta la Corte di giustizia nella sentenza *Unilever* appaiono coerenti e sovrapponibili con quelle già espresse nella sentenza SIA «VM Remonts» (Corte di giustizia, sentenza del 21 luglio 2016, causa C-542/14, SIA «VM Remonts»), peraltro richiamata dall'AG Rantos nelle proprie conclusioni, nella quale tuttavia, la Corte di giustizia non aveva espressamente affermato che, per imputare a un'impresa la responsabilità di un prestatore di servizi terzo, non fosse necessario dimostrare l'esistenza di un'unica impresa sul piano antitrust.

⁹⁰ La Corte di giustizia fornisce quale esempio di una simile situazione la presenza di contratti tipo, unilateralmente predisposti dal produttore, rispetto ai quali i distributori non abbiano possibilità di discostarsi, se non con l'assenso di questi (si veda Corte di giustizia, sentenza del 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl*, punto 30).

4. L'impresa come nozione autonoma di diritto dell'UE

La ricostruzione della nozione d'impresa in ambito antitrust e della collegata dottrina dell'unità economica porta con sé il corollario, ormai pacifico e consolidato, secondo cui l'impresa rappresenta una nozione di diritto UE, impermeabile a eventuali elaborazioni incompatibili sviluppate dagli Stati membri.

Le corti UE hanno più volte ribadito tale principio, da ultimo chiarendolo nella fondamentale sentenza *Skanska*, con la quale sono stati precisati i criteri interpretativi della nozione di impresa, non solo in ambito "pubblicistico", ma anche rispetto alle azioni di danno antitrust e al *private enforcement*. A partire da *Skanska*, infatti, la Corte di giustizia ha espressamente affermato che la nozione d'impresa elaborata nell'ambito del *public enforcement* diritto della concorrenza UE dovesse trovare applicazione anche in sede civile, in particolare nell'ambito delle azioni per il risarcimento del danno antitrust, proprio perché rappresentativa di un concetto autonomo di diritto UE, che non avrebbe potuto avere portata diversa tra *public* e *private enforcement*⁹¹.

Ancorché come si dirà *infra* al par. 5 con qualche "disorientamento" da parte dei singoli ordinamenti nazionali, in via di principio l'applicazione della nozione d'impresa UE nell'ambito del *public enforcement* rappresentava invece principio risalente e ormai consolidato nella giurisprudenza UE rilevante.

La necessità di qualificare la nozione di impresa come autonoma nozione del diritto UE era invero già stata in precedenza evidenziata, in termini chiari ed espressi, fra l'altro dall'AG Bot, nelle conclusioni rassegnate il 26 ottobre 2010 nelle cause riunite C-201/09 P e C-216/09 P, affermando che la nozione di impresa "nel diritto della concorrenza, è una nozione autonoma di diritto dell'Unione"⁹².

Analogamente, anche l'AG Kokott, nelle conclusioni rassegnate in *Schindler*, aveva evidenziato la necessità di un'interpretazione e applicazione uniforme in tutta l'Unione

⁹¹ Corte di giustizia, sentenza del 14 marzo 2019, causa C-724/17, *Skanska Industrial Solutions Oy*. Si veda, in particolare, il punto 47.

⁹² Conclusioni dell'AG Bot del 26 ottobre 2010, cause riunite C-201/09 P e C-216/09 P, *ArcelorMittal Luxembourg SA c. Commissione europea*, punto 175.

europea della nozione d'impresa, la quale avrebbe trovato il proprio fondamento nel diritto primario dell'UE. Pertanto, in assenza di una "codificazione" del contenuto e dei contorni di tale definizione, la relativa determinazione sarebbe spettata sul piano interpretativo alla Corte di giustizia, ciò rientrando "tra le prerogative più autenticamente proprie" della stessa. Si tratta di affermazioni che paiono particolarmente significative perché, in sostanza, mirano a giustificare pienamente non solo una completa attrazione della definizione della nozione impresa a livello UE, a prescindere dalle pur ampie competenze degli Stati membri in materia di diritto societario, ma, a tal fine, si spingono anche – quale necessaria conseguenza – a legittimare l'opera creativa della Corte di giustizia sul punto⁹³.

Tale coerente e uniforme applicazione della nozione di impresa è stata perciò ritenuta anche necessaria a garantire la piena efficacia del diritto della concorrenza dell'Unione europea, che sarebbe presumibilmente compromessa da applicazioni incoerenti eventualmente fondate su definizioni prettamente "nazionali". Un simile approccio, inoltre, permette di escludere in radice lo sviluppo di un contesto giuridico difforme tra i singoli Stati membri, anche al fine di assicurare un uniforme *level playing field* su tutto il territorio UE⁹⁴.

⁹³ Si vedano, in particolare, le conclusioni dell'AG Kokott del 18 aprile 2013, causa C-501/11 P, *Schindler Holding Ltd*, punti 73 – 77 (la citazione richiamata nel testo risultando riferita al punto 75). Emblematicamente, le affermazioni dell'AG Kokott avevano fra l'altro lo scopo di confutare le deduzioni della ricorrente che, nel corso del giudizio, aveva sostenuto una presunta incompetenza della Commissione a imputare a una società diversa dall'autrice materiale la responsabilità per un illecito antitrust, basandosi semplicemente sull'esistenza di una situazione di controllo totalitario.

⁹⁴ V. anche P. WHELAN, *Private Enforcement and the Imputation of Antitrust Liability*, cit., p. 3, disponibile su SSRN al link <https://ssrn.com/abstract=4080911>. Si veda ancora quanto affermato nelle conclusioni dell'AG Kokott del 18 aprile 2013, causa C-501/11 P, *Schindler Holding Ltd*, punti 76-77, nelle quali l'interpretazione e applicazione uniforme della nozione d'impresa sono ritenute "elemento chiave delle regole sulla concorrenza, necessarie per il funzionamento del mercato interno", sicché non possono "dipendere dalle particolarità del diritto societario nazionale degli Stati membri. In caso contrario non potrebbe essere assicurato alle imprese attive sul mercato interno un contesto giuridico uniforme («level playing field»)". Quindi, a prescindere dalle loro competenze in ambito di diritto societario, gli Stati membri "nell'esercizio di tale competenza – come pure in altri settori giuridici – devono tuttavia a loro volta osservare il pertinente diritto dell'Unione e rispettare le competenze dell'Unione".

5. Verso il consolidamento di una nozione autonoma e uniforme d'impresa: la direttiva ECN+ e alcuni tentativi di "codificazione" nazionale

La necessità di garantire un'applicazione uniforme in tutti gli Stati membri della nozione d'impresa traspare anche dalla Direttiva UE 2019/1⁹⁵ (la "Direttiva ECN+").

In particolare, ancorché non codificando espressamente una definizione di impresa a livello UE, la Direttiva ECN+ ha di fatto sancito *per tabulas* la necessità di applicare il principio della *single economic entity* e della continuità economica in tutti gli Stati membri.

L'art. 13, para. 5, della Direttiva ECN+ prevede infatti che *"Gli Stati membri provvedono affinché, ai fini dell'irrogazione delle ammende alle società controllanti e ai successori legali ed economici delle imprese, si applichi la nozione di impresa"*.

Al considerando 46 della Direttiva ECN+ viene altresì espressamente conferita rilevanza a tal fine alla giurisprudenza delle corti dell'Unione europea. Si riconosce infatti che *"Al fine di garantire l'applicazione efficace e uniforme degli articoli 101 e 102 TFUE, la nozione di «impresa», di cui agli stessi articoli, che dovrebbe essere applicata conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, fa riferimento a un'unità economica, anche qualora sia costituita da più persone fisiche o giuridiche. Di conseguenza, le ANC dovrebbero poter applicare la nozione di impresa per stabilire la responsabilità di una società controllante e irrogarle un'ammenda per sanzionare il comportamento di una delle sue controllate, qualora la società controllante e la sua controllata rappresentino una sola unità economica. Per evitare che le imprese si sottraggano alla responsabilità ai fini dell'ammenda per le infrazioni degli articoli 101 e 102 TFUE operando cambiamenti di natura giuridica o organizzativa, le ANC dovrebbero potere individuare i successori giuridici o economici dell'impresa responsabile e irrogare loro le ammende per le infrazioni degli articoli 101 e 102 TFUE, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea"*.

⁹⁵ Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

Se è vero che, a prescindere dalla Direttiva ECN+, la giurisprudenza della Corte di giustizia avrebbe già dovuto orientare le prassi applicative delle autorità garanti nazionali nonché la giurisprudenza delle corti nazionali, le disposizioni sopra menzionate segnano un ulteriore passaggio significativo nel consolidamento della nozione d'impresa UE in tutti gli Stati membri.

Del resto, un simile "rinvio mobile" alla giurisprudenza rilevante UE appare specificamente diretto a porre risoluzione a talune criticità interpretative in passato emerse negli ordinamenti nazionali. Invero, negli anni precedenti all'approvazione della Direttiva ECN+, la prassi applicativa delle autorità garanti nazionali aveva dato mostra di divergenze dagli orientamenti UE rilevanti, anche in relazione all'applicazione della nozione di impresa antitrust⁹⁶. In particolare, non sono mancati precedenti nei quali le autorità garanti nazionali hanno applicato una nozione d'impresa non coincidente con quella elaborata in seno alle corti UE, attenendosi più rigidamente ai principi di diritto societario e orientandosi piuttosto verso un approccio volto a imputare la responsabilità antitrust solo nei confronti del soggetto materialmente autore dell'illecito.

Rappresentativo di simili orientamenti è, ad esempio, il precedente tedesco, oggetto di un procedimento innanzi al *Bundeskartellamt*, che ha dato vita a quello che è stato colloquialmente definito il "*sausage gap*"⁹⁷. Più nel dettaglio, nel 2014, il *Bundeskartellamt* aveva irrogato sanzioni amministrative pecuniarie per un totale di circa 338 milioni di euro a 24 imprese concorrenti, attive nel mercato della produzione di salumi, per un'asserita intesa restrittiva della concorrenza avente ad oggetto una fattispecie di fissazione dei prezzi⁹⁸. Tuttavia, a seguito del provvedimento sanzionatorio, alcune società destinatarie

⁹⁶ V. R. KLOTZ, *Editorial – ECN+ Ante Portas*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 2, 2018, p. 72, che evidenziava come "*businesses can in certain jurisdictions avoid fines by way of corporate restructuring, while in others this is not possible*".

⁹⁷ M. BOTTA, *The Economic Succession Doctrine in Private Enforcement of EU Competition Law: 'Nothing Extraordinary' after Skanska Industrial?*, cit., p. 177, sostiene che sia stato proprio tale precedente ad avere principalmente indirizzato la scelta del legislatore europeo di inserire le summenzionate previsioni nella Direttiva ECN+.

⁹⁸ Il *press release* della decisione è disponibile al seguente link: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/15_07_2014_Wurst.html. Per una breve ricostruzione del caso si veda M. SCUNKE, W. MAREIKE, *Piercing The Corporate Veil: The German Sausage Saga*, cit., pp. 2 – 3.

della sanzione avevano posto in essere varie operazioni di ristrutturazione societaria, in particolare trasferendo le rispettive aziende a diverse entità parte del medesimo gruppo. Ritenendo che il principio della responsabilità personale precludesse l'applicazione della *single economic entity doctrine*, nel 2016 il *Bundeskartellamt* fu quindi costretto a interrompere i procedimenti sanzionatori nei confronti delle imprese in questione. Ciò perché a seguito della dismissione delle rispettive aziende, le società sanzionate erano state liquidate e dissolte⁹⁹.

Anche nella giurisdizione portoghese era in passato emersa una certa ritrosia all'applicazione della *single economic entity doctrine*. In particolare, l'autorità portoghese garante della concorrenza si era astenuta dall'applicare la c.d. *parental liability presumption* (che verrà esaminata diffusamente *infra* nel II capitolo), non imputando alle società controllanti la responsabilità solidale per gli illeciti antitrust della controllata. Al contrario, l'autorità usualmente procedeva ad imputare le infrazioni solidalmente alla controllante e alla controllata solo dopo il riscontro di un'autonoma responsabilità a titolo personale. La prassi seguita dall'autorità garante della concorrenza portoghese della concorrenza nell'imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi denotava quindi l'imputazione alla controllante, al più, di forme di responsabilità "per omissione"¹⁰⁰.

⁹⁹ Si veda in particolare il *press release* della relativa decisione, disponibile al link https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/19_10_2016_Wurst.html.

¹⁰⁰ Si veda M. SOUSA FERRO, *The Portuguese 'Sausage Gap': Parent Company Liability for Antitrust Infringements Not Yet Assured in Portugal*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 3, 2017, p. 267, che evidenziava come: "some Member States continue to struggle with the power of their national competition authority (NC) to hold the parent company liable for an infringement carried out by a subsidiary, simply on the basis of the single economic unit doctrine" menzionando a tal riguardo la prassi portoghese. In particolare, rispetto all'ammissibilità della *parental liability*, come elaborate dalla giurisprudenza euromunitaria, anche nella dottrina portoghese si contrapponevano due opposte valutazioni: da un lato chi riteneva che l'autorità garante della concorrenza portoghese dovesse "apply the general rules of misdemeanour and criminal law, and that these require assigning liability directly to the legal person in question"; dall'altro, un orientamento al tempo minoritario secondo cui "competition law (and the TFEU, in particular) must be deemed a *lex specialis* and that it ascribes liability to the single economic unit as a whole". L'autore evidenziava peraltro che l'eventuale fondatezza del secondo orientamento – non essendo mai stato seguito dall'autorità garante portoghese – non era mai stata oggetto di valutazione da parte dei giudici portoghesi. L'autore evidenziava peraltro che, con la sentenza della corte d'appello di Lisbona del 14 giugno 2017, caso *ANF e altri c. autorità garante della concorrenza portoghese*, la giurisprudenza portoghese era allo stesso tempo giunta anche a escludere espressamente la possibilità di imputare alla società controllante una forma di responsabilità "per omissione" autonoma, così sconfessando la prassi applicativa dell'autorità garante portoghese.

In tale contesto, non deve sorprendere che anche al fine di garantire la certezza del diritto nell'applicazione del diritto della concorrenza nei singoli Stati membri, anche prima dell'approvazione della Direttiva ECN+, alcuni Stati membri avessero proceduto a una (a volte implicita) codificazione della nozione UE di impresa, anche solo per individuare criteri operativi per l'imputazione della responsabilità antitrust.

Due esempi emblematici in tal senso sono anzitutto la giurisdizione tedesca e quella portoghese, nelle quali – presumibilmente – tale esigenza di “codificazione” è stata resa viepiù pressante dalle “inconsistenze” applicative di cui si è appena dato conto.

Quanto all'ordinamento tedesco, già nel recepire la direttiva 2014/104/UE nel 2017, il legislatore era intervenuto sulle sezioni 81, para. 3a - c, del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. Nell'ambito del *public enforcement*, era stata così espressamente prevista, da un lato, la responsabilità della società controllante per gli illeciti antitrust della controllata (o, più correttamente, la responsabilità della *single economic unit*); dall'altro la responsabilità antitrust del successore economico, così, “codificando” il principio della continuità economica¹⁰¹.

In Portogallo, già con la legge sulla concorrenza n. 19/2012, in piena continuità con i principi rilevanti UE, all'art. 3 era stato previsto che, ai fini di quella legge, per “*empresa*” si intendesse qualsiasi ente che eserciti un'attività economica indipendentemente dalla sua forma giuridica e dalle sue modalità di finanziamento. Inoltre, si considera come una sola

¹⁰¹ V. M. SCUNKE, W. MAREIKE, *Piercing The Corporate Veil: The German Sausage Saga*, cit., p. 6: “*Firstly, it introduced the liability of the economic unit (§ 81 (3a) ARC). If a ‘person in a leading position’ commits an administrative offence by which the competition law duties of the ‘undertaking’ have been infringed, fines can also be imposed on other legal persons that ‘made up’ (formed) the undertaking at the time of the infringement and that exercised direct or indirect decisive influence over the management of the entity which infringed competition law. Secondly, the liability of the legal successor was tightened by introducing unlimited liability for the legal successor (§ 81 (3b) ARC) and stipulating the liability of the economic successor (§ 81 (3c) ARC). This means that the universal legal successor is liable in cases where the legal entity responsible under competition law no longer exists. In addition, a singular legal successor (eg acquirer of assets) can be liable, even where the legal entity continues to exist but has become economically irrelevant. Thus, every transfer of a business unit that was involved in a competition law infringement can cause a liability for fines in respect of the successor*”. Gli autori evidenziano altresì che l'ordinamento tedesco non prevede analoghe disposizioni per l'imputazione della responsabilità nell'ambito del *private enforcement*, riferendosi a una generica nozione di autore dell'illecito, senza ulteriori precisazioni in merito alle entità giuridiche potenzialmente legittimate passive. Evidenziano che ciò “*prompted a vibrant discussion among scholars as to whether the closing of the ‘sausage gap’ with regard to the collection of fines would also have an impact on civil law liability in cartel damages claims*”. V. anche C. KERSTING, *Germany*, in B. RODGER, M. SOUSA FERRO, F. MARCOS (a cura di), *The EU Antitrust Damages Directive*, Oxford University Press, 2018, p. 133.

empresa l'insieme delle entità che, pur giuridicamente distinte, costituiscono un'unità economica o mantengono legami interdipendenti tra loro, meglio definiti al comma 2 del citato art. 3¹⁰². Presumibilmente per far fronte alle controverse interpretazioni di cui si è appena dato conto, con il recepimento della direttiva ECN+ il legislatore portoghese ha da ultimo altresì espressamente chiarito la rilevanza della nozione UE d'impresa anche ai fini dell'imputazione della responsabilità antitrust. Così, l'attuale art. 73 della legge sulla concorrenza portoghese prevede ora espressamente, in sintesi, in dichiarata applicazione della nozione di *empresa* di cui all'art. 3, la responsabilità antitrust – esclusiva o solidale – della *parent company* appartenente alla medesima unità economica dell'autore dell'infrazione, con l'esplicita previsione dell'applicazione della c.d. *parental liability presumption* in caso di partecipazioni nel capitale sociale superiori al 90%. Inoltre – oltre alle già disciplinate fattispecie di “trasmissione” della responsabilità in caso di fusione, scissione o trasformazione – viene ora espressamente prevista anche la responsabilità dei soggetti che integrano “*os sucessores económicos da empresa infratora*”: per successore economico si intende il soggetto che dispone degli *assets* in precedenza connessi all'attività economica coinvolta nell'infrazione al diritto antitrust e continui lo svolgimento di tale attività economica¹⁰³.

¹⁰² Articolo 3 della *Lei n. 19/2012 de 8 de maio – Aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as Leis n.os 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro, che dispone nel testo da ultimo lievemente emendato dalla Lei n. 17/2022 che “Considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento.*

Considera-se como uma única empresa o conjunto de entidades que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência decorrentes, nomeadamente:

- a) De uma participação maioritária no capital;*
- b) Da detenção de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais;*
- c) Da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização;*
- d) Do poder de gerir os respetivos negócios” (si veda il link <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/19-2012-553391>, ove è altresì possibile accedere alla versione “originale” della disposizione).*

¹⁰³ Articolo 3 della *Lei n. 19/2012 de 8 de maio – Aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as Leis n.os 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro, che, per quanto d'interesse, dispone nel testo emendato dalla Lei n. 17/2022 quanto segue: “1 - Pela prática das infrações cometidas por empresas previstas na presente lei podem ser responsabilizadas pessoas singulares, pessoas coletivas, independentemente da regularidade da sua constituição, sociedades e associações sem personalidade jurídica.*

2 - Em aplicação do conceito de empresa, previsto do artigo 3.º, pela prática das infrações previstas na presente lei podem ser responsabilizadas: a) A título exclusivo ou solidário, as pessoas que integravam a mesma unidade económica à data da prática da infração e que exerciam influência determinante, direta ou indiretamente, sobre a pessoa que praticou os factos constitutivos da infração; e b) As pessoas coletivas ou entidades equiparadas indicadas no n.º 7 e as pessoas que integram os sucessores económicos da empresa infratora.

Un simile approccio era del resto stato adottato anche con riguardo al *private enforcement*, nella legge n. 23/2018, di recepimento della direttiva 2014/104/UE. Nella predetta legge, anzitutto, per la definizione di *empresa* si rinvia alla citata legge n. 19/2012 (si veda l'art. 2, co. 1, lett. k). Inoltre, all'art. 3, para. 2, è stato previsto che il soggetto o i soggetti giuridici che abbiano esercitato un'influenza determinante, nel corso dell'illecito, sul soggetto giuridico autore dell'illecito antitrust sono parimenti responsabili dell'obbligazione risarcitoria. All'art. 3, co. 3, viene persino codificata l'applicabilità della *parental liability presumption*¹⁰⁴.

Altri esempi di una più o meno marcata "codificazione" sono l'ordinamento spagnolo, francese, lituano e cipriota¹⁰⁵.

3 - Para efeitos da alínea a) do número anterior, presume-se que uma pessoa exerce influência determinante sobre outra quando detém 90 % ou mais do seu capital social, salvo prova em contrário.

4 - Para efeitos da alínea b) do n.º 2, entende-se por sucessor económico a empresa que adquira ou para a qual transitem os ativos até então associados ao desempenho da atividade económica no âmbito da qual se praticaram as contraordenações e que prossiga essa atividade económica. [...]

6 - Entende-se que ocupam uma posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua atividade.

7 - A fusão, a cisão e a transformação não determinam a extinção da responsabilidade da pessoa coletiva ou entidade equiparada, respondendo pela prática da contraordenação:

a) No caso de fusão, a pessoa coletiva ou entidade equiparada incorporante de outras ou a que resulte da operação;

b) No caso de cisão, as pessoas coletivas ou entidades equiparadas que resultem da operação ou que beneficiem de incorporações de património da sociedade cindida;

c) No caso de transformação, as pessoas coletivas ou entidades equiparadas que resultem da operação" (si veda il link <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2012-73888498>, ove è altresì possibile accedere alla versione "originale" della disposizione). Per un primo breve commento alla legge portoghese di recepimento della direttiva ECN + si vedano R. OLIVEIRA, R. A. GREGÓRIO, M. VALENTE, *Portugal: The New Portuguese Competition Act*, disponibile su Mondaq al link https://www.mondaq.com/antitrust-eu-competition-/1236038/the-new-portuguese-competition-act?email_access=on.

¹⁰⁴ Si veda l'articolo 3 della *Lei n. 23/2018 de 5 de junho Direito a indemnização por infração ao direito da concorrência, transpõe a Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, e procede à primeira alteração à Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, e à quarta alteração à Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, Lei de Organização do Sistema Judiciário*, che dispone nel testo originale che "[...] É igualmente responsável pela obrigação de indemnização prevista no número anterior a pessoa ou pessoas que tenham exercido influência determinante, nos termos do n.º 3 do artigo 36.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, durante a infração sobre a infratora. Presume-se que uma pessoa exerce influência determinante sobre outra quando detém 90 % ou mais do seu capital social, salvo prova em contrário" (si veda il link <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/23-2018-115456103>).

¹⁰⁵ Quanto agli altri Stati membri, B. VAN ROMPUY, *Implementation of the ECN+ Directive in 23 Member States: An Introductory Overview*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 3, 2021, p. 214, dà conto di come la definizione di "impresa" fornita dalle leggi sulla concorrenza croata e slovacca sia stata modificata con il recepimento della direttiva ECN+, anche per prevenire che le imprese possano evitare di rispondere degli illeciti commessi, mediante ristrutturazioni opportunistiche. Non sono tuttavia fornite maggiori informazioni

In Spagna, già nella versione originaria della *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia* si prevedeva *per tabulas* che, nell'ambito del *public enforcement*, dovesse farsi applicazione del principio della continuità economica nonché che le società controllanti potessero essere chiamate a rispondere in via solidale per le condotte delle proprie controllate¹⁰⁶. Sempre in Spagna, analogo approccio è stato adottato nella "codificazione" dei medesimi principi in tema di *private enforcement*¹⁰⁷.

a tal riguardo. In relazione all'ordinamento polacco, risulta che in tale Stato membro non si sia ancora provveduto al recepimento della Direttiva ECN+ (v. link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/NIM/?uri=celex:32019L0001>). Tuttavia, sembrerebbe che i progetti di legge recanti le disposizioni di recepimento mirino a introdurre disposizioni che "codifichino" la *parental liability* e l'applicazione in ogni suo risvolto pratico della *single economic entity doctrine* (si vedano A. STAWICK, T. FELISZEWSKI, *The ECN+ Directive and Far Reaching Changes to Polish Competition Law: Implementation à la Polonaise*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 3, 2021, p. 146, che evidenziano l'innovatività di una simile "codificazione", posto che "Until the Draft was proposed, the Authority predominantly recognized the SEU doctrine in respect of merger control cases, granting immunity for competition-restricting agreements within the same capital group or in antitrust proceedings where a nexus with EU law was involved in the case at hand. However, links between companies have not thus far affected the Authority's policy on fines, since a subsidiary has always been found to have been liable (and subject to pay a fine of up to 10% of its own turnover only)". A livello italiano, neppure con il decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 185 di attuazione in Italia della direttiva ECN+, sono state previste eventuali disposizioni "definitorie" della nozione di impresa in senso antitrust. Si avrà peraltro modo di notare nel corso dell'indagine che sebbene in via di principio la prassi applicativa dell'AGCM e la giurisprudenza dei giudici amministrativi si ponga in una linea di continuità e coerenza con i principi espressi dalla corti UE, di recente si assiste a qualche orientamento "innovativo" e maggiormente garantista del Consiglio di Stato, sia con diretto riguardo all'imputazione della responsabilità antitrust sia rispetto a profili relativi alla quantificazione della sanzione.

¹⁰⁶ Si veda l'art. 61 della *Ley 15/2007*, che nel testo originale prevede che "*Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta ley o, en el caso de empresas, sus sucesores legales o económicos.*

A los efectos de la aplicación de esta ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas" (si veda il link <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/03/15/con>).

¹⁰⁷ All'art. 71, co. 2, lett. b) della *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia* si prevede analogamente che la condotta di una determinata impresa è attribuibile anche alle società o alle persone fisiche che la controllano, a meno che la sua condotta economica non sia determinata da nessuno di loro (il testo originale dispone che "1. Los infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados. 2. A efectos de este título: a) Se considera como infracción del Derecho de la competencia toda infracción de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o de los artículos 1 o 2 de la presente ley. b) La actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas"; si veda il link https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:72014L0104ESP_247889&from=EN; nonché <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/03/15/con>). È significativo che, rispetto all'art. 61 citato alla nt. 106, l'art. 71 non appaia menzionare il "principio della continuità economica". Ciò potrebbe lasciar ipotizzare che, nell'ambito del *private enforcement* innanzi a corti spagnole, sul piano normativo potrebbero porsi ostacoli all'applicazione di tale principio.

In Francia, in materia di *private enforcement*, si prevede la responsabilità per il risarcimento del danno antitrust da parte di tutte le persone fisiche e giuridiche che compongono l'*entreprise*¹⁰⁸.

Anche la legge sulla concorrenza lituana reca principi volti a determinare quali società facenti parte di un gruppo rappresentino un'unica impresa ai fini antitrust, in coerenza con i principi elaborati in materia dalle corti dell'Unione europea¹⁰⁹.

Nella giurisdizione cipriota, invece, risulta codificata l'esenzione degli accordi infra-gruppo dal divieto di intese restrittive della concorrenza¹¹⁰.

¹⁰⁸ Si veda l'art. L481-1 del *Code de Commerce* che dispone che "Toute personne physique ou morale formant une entreprise ou un organisme mentionné à l'article L. 464-2 est responsable du dommage qu'elle a causé du fait de la commission d'une pratique anticoncurrentielle définie aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne" (si veda al link https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000005634379/LEGISCTA000034161972/?anchor=LEGIARTI000034161974#LEGIARTI000034161974). M. CHAGNY, *France* in B. RODGER, M. SOUSA FERRO, F. MARCOS (a cura di), *The EU Antitrust Damages Directive*, Oxford University Press, 2018, p. 109, afferma in merito a tale disposizione che "this phrasing could encompass cases in which there is personal civil fault because the person has participated in any manner or to any degree in the anti-competitive practice just as much as those in which only another person, with whom the first person forms an undertaking, is at fault. As a result, this skillful drafting could have surreptitiously created vicarious liability".

¹⁰⁹ V. R. MOISEJEVAS, D. URBONAS, *Problems Related to Determining of a Single Economic Entity under Competition Law*, cit., p. 114, che evidenziano come l'articolo 3(14) della legge lituana sulla concorrenza preveda una serie di principi guida, analoghi a quelli previsti dalla normativa UE in materia di concentrazioni, per determinare quando si possa presumere l'esistenza di un'unica impresa, affinché ciò rilevi, tra l'altro, per il calcolo del fatturato e delle quote di mercato. Per una successiva ricostruzione del quadro normative rilevante, in vista del recepimento della Direttiva ECN+ si veda G. SURBLYTE-NAMAVICIENE, *Implementing the ECN+ Directive in Lithuania: Towards an over-Enforcement of Competition Law?*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 20, 2019, spec. p. 188 e ss., ove si evidenzia tuttavia l'assenza di previsioni relative all'applicazione della teoria dell'unità economica e, anzi, approcci potenzialmente incoerenti con il principio della responsabilità da parte della giurisprudenza lituana. Sul successivo recepimento in Lituania della Direttiva ECN+ e sulla codificazione di specifiche norme volte a garantire la responsabilità solidale delle società appartenenti al medesimo gruppo, si veda infine V. VADAPALAS, *Lithuania: Transposition of the ECN+ Directive in comparative perspective*, in *Concurrences*, 1, 2021, spec. p. 6 e ss.

¹¹⁰ M. IOANNIDOU, *Cyprus* in B. RODGER, M. SOUSA FERRO, F. MARCOS (a cura di), *The EU Antitrust Damages Directive*, Oxford University Press, 2018, p. 94, dove si legge che "Article 2 of the Cypriot Competition Act provides that an 'agreement' means any formal or informal, written or unwritten, or binding or legally non-binding agreement between two or more undertakings or an association of undertakings, or the decision of an association of undertakings, but it does not include an agreement or concerted practice between: (a) a parent company and its subsidiary, if these comprise a single economic entity within which the subsidiary does not have the freedom to define its own course of action, and the agreement or the concerted practice concerns exclusively the division of activities between the parent company and the subsidiary; and (b) two or more subsidiaries, provided that they comprise a single economic entity with the parent company". Le disposizioni cipriote, pertanto, per esentare l'accordo infra-gruppo dal divieto di intese restrittive della concorrenza, sembrerebbero introdurre un requisito ulteriore (i.e., quello che l'accordo rappresenti solo una ripartizione interna dei compiti tra la società controllante e la controllata) che invero appare ormai superato e ritenuto non essenziale dalla giurisprudenza UE esaminata *supra* al par. 3.1. e ss..

Le disposizioni passate in rassegna denotano una crescente volontà di cristallizzare le elaborazioni delle corti UE in materia di impresa. Ciò, da un lato, potrebbe ipoteticamente favorire la certezza del diritto nei singoli Stati membri. Tuttavia, si è diffusamente evidenziato come i principi in materia di impresa mirano per loro stessa natura a dar vita a un concetto elastico e rispetto al quale rimanga comunque la necessità di svolgere valutazioni in concreto, caso per caso. Conseguentemente, tali forme di “codificazione” potrebbero solo apparentemente raggiungere gli obiettivi che si propongono, lasciando comunque margini per applicazioni non coerenti tra le varie giurisdizioni nazionali.

5.1. La potenziale espansione dell’ambito applicativo della nozione di impresa antitrust in settori contigui

A valle di quanto sinora osservato in merito alla nozione di impresa ai fini antitrust, appare d’interesse notare come, negli ultimi tempi, gli orientamenti propri del diritto antitrust stiano travalicando in altre branche del diritto.

La diffusione di una concezione “economica” della nozione d’impresa anche in ambiti diversi dal diritto antitrust renderebbe viepiù pressante l’esigenza di garantire la massima coerenza e rigore interpretativo nell’elaborazione di tale nozione.

La trasposizione della nozione economica d’impresa anche in altre branche del diritto potrebbe peraltro contribuire a sviluppare più compiutamente la *ratio* sottesa alla scelta di adottare una simile nozione ampia d’impresa, così da perseguire, tramite l’individuazione di tale *ratio*, interpretazioni maggiormente rigorose anche in termini di ricadute pratiche.

Tale “espansione” della nozione d’impresa appare fondarsi essenzialmente vuoi su un esplicito richiamo degli orientamenti antitrust vuoi sulla dichiarata esigenza di individuare quale destinatario di una determinata norma il “soggetto economico” piuttosto che il soggetto giuridico.

Un esempio è anzitutto il recente regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale¹¹¹ (c.d. “*Digital Markets Act*”).

Anzitutto, l’art. 2 del *Digital Markets Act* reca una specifica definizione di impresa (“*undertaking*”)¹¹².

Più nel dettaglio, l’art. 2, n. 27, prevede che per *undertaking* si intenda “*un’entità che svolge un’attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle modalità con cui è finanziata, comprese tutte le imprese collegate che formano un gruppo mediante il controllo*¹¹³ *diretto o indiretto di un’impresa da parte di un’altra impresa*”.

A ben vedere, si tratta di una definizione che rappresenta una *summa* della giurisprudenza UE rilevante relativa alla nozione di impresa e che, ai fini del *Digital Markets Act*, conferisce specifica rilevanza alla nozione di *single economic entity*¹¹⁴.

Anche in materia di aiuti di stato, il regolamento *de minimis* 1407/2013¹¹⁵ offre una serie di criteri guida per determinare quando due o più entità rappresentino una impresa unica (“*single undertaking*”), che ricalcano i principi elaborati in materia antitrust. Tali

¹¹¹ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

¹¹² Si veda il testo disponibile al link https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_8722_2022_INIT&from=EN.

¹¹³ La definizione di “controllo” rinvia espressamente alla nozione corrispondente antitrust. L’art. 2, n. 27, prevede infatti che si intenda tale “*la possibilità di esercitare un’influenza determinante sull’attività di un’impresa, ai sensi dell’articolo 3, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 139/2004*”.

¹¹⁴ La versione inglese dell’art. 2, n. 27, recita come segue in merito alla definizione di “*undertaking*”: “*an entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed, including all linked enterprises or connected undertakings that form a group through the direct or indirect control of an enterprise or undertaking by another*”. Ci si può pertanto domandare se tale definizione sia persino più ampia rispetto alla nozione d’impresa antitrust. Tale argomento potrebbe essere fondato su una valorizzazione dell’espressione “*all linked enterprises*”, ove è impiegata una terminologia diversa rispetto a quella di *undertaking*. Tale differenza terminologica non è del tutto chiara e potrebbe in effetti sollevare qualche controversia interpretativa, in assenza di una definizione ai fini del *Digital Markets Act* del termine “*enterprise*”. L’esigenza di adottare una nozione ampia, funzionale ed economica di impresa appare particolarmente rilevante ai fini applicativi di una fonte, quale il *Digital Markets Act*, che, presumibilmente, vedrà quali principali destinatari delle disposizioni rilevanti i gruppi conglomerati.

¹¹⁵ Regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione del 18 dicembre 2013 relativo all’applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea agli aiuti *de minimis*.

disposizioni appaiono comunque maggiormente rigorose perché volte a perimetrare l'esistenza di una *single undertaking* solo sulla base della verifica di situazioni di controllo¹¹⁶.

A livello nazionale, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, nel corso dell'elaborato, anche "AGCM" o "Autorità") ha fatto applicazione della nozione antitrust d'impresa (seppure con modalità asistematiche e non sempre coerenti) anche in procedimenti aventi ad oggetto asserite violazioni del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante il Codice del consumo¹¹⁷.

Anche se non appare essere stato mai rigorosamente richiamato il concetto di *single economic entity*¹¹⁸, la considerazione della nozione d'impresa antitrust e delle sue ricadute

¹¹⁶ In particolare, l'art. 2, para. 2, del regolamento n. 1407/2013 dispone che ai fini del regolamento "s'intende per «impresa unica» l'insieme delle imprese fra le quali esiste almeno una delle relazioni seguenti:

a) un'impresa detiene la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci di un'altra impresa;

b) un'impresa ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione, direzione o sorveglianza di un'altra impresa;

c) un'impresa ha il diritto di esercitare un'influenza dominante su un'altra impresa in virtù di un contratto concluso con quest'ultima oppure in virtù di una clausola dello statuto di quest'ultima;

d) un'impresa azionista o socia di un'altra impresa controlla da sola, in virtù di un accordo stipulato con altri azionisti o soci dell'altra impresa, la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci di quest'ultima. Le imprese fra le quali intercorre una delle relazioni di cui al primo comma, lettere da a) a d), per il tramite di una o più altre imprese sono anch'esse considerate un'impresa unica". R. MOISEJEVAS, D. URBNAS, *Problems Related to Determining of a Single Economic Entity under Competition Law*, cit., p. 118, sostengono che questi criteri "might be used universally for the determination of a 'single undertaking'".

¹¹⁷ Tra i più recenti, si veda il provvedimento n. 30198 del 14 giugno 2022, emesso all'esito del procedimento PS11784 – RYANAIR-ADR-CODACONS.

¹¹⁸ In alcuni procedimenti, è comunque risaltata anche sul piano terminologico la continuità con tale nozione. Ad esempio, con provvedimento n. 17609 del 15 novembre 2007, all'esito del procedimento PI6050 – AREA FILM, l'AGCM ha irrogato una sanzione per pubblicità ingannevole solo a uno dei due soggetti autori della violazione del Codice del consumo perché "sebbene soggetti giuridici distinti, oper[avano] sinergicamente nell'ambito di un'unica entità economica" (analogo approccio è stato seguito in sede di inottemperanza, con i provvedimenti n. 18717 del 7 agosto 2008, procedimento IP41 – AREAFILM-FORMULA DI AFFILIAZIONE INNOVATIVA, nonché n. 23139 del 21 dicembre 2011, procedimento IP114 – MEGAMONDO-METODO FRANCHISING). Anche nel procedimento PI5503 – KELION-BANNER XANTA l'AGCM ha ritenuto che i soggetti autori dell'asserita violazione del Codice del consumo non potessero essere "considerati soggetti distinti, bensì [operanti] nell'ambito di un'unica entità economica", irrogando perciò una sanzione amministrativa pecuniaria solo nei confronti della capogruppo (si veda il provvedimento AGCM n. 16635 del 21 marzo 2007). Identico approccio è stato adottato anche nel procedimento PS11551 – DADA-LOGHI E SUONERIE, chiuso con il provvedimento n. 19576 del 25 febbraio 2009. Con approccio parzialmente diverso, nel procedimento PS3828 – A.B.I.-TEMPI RIPARAZIONE, l'AGCM ha ritenuto che i vari professionisti responsabili della pratica commerciale scorretta oggetto d'istruttoria "a prescindere dalla formale autonomia delle società, [...] vanno configurate come un'unica entità economica che [...] ha realizzato una pratica scorretta" (si veda il punto 56 del provvedimento n. 21464 del 5 agosto 2010). Sul piano sanzionatorio, tuttavia, l'AGCM ha ritenuto che occorresse "rispettare il principio per cui la sanzione amministrativa è individuale", operando un trattamento differenziale fra "le società dello stesso gruppo".

applicative, in punto sanzionatorio, è infatti avvenuta anche nei procedimenti per asserite pratiche commerciali scorrette.

In particolare, anche in procedimenti aventi ad oggetto asserite violazioni del Codice del consumo, l'AGCM ha applicato il già menzionato principio della c.d. *parental liability*¹¹⁹, nonché il principio della continuità economica¹²⁰.

¹¹⁹ Si veda ad esempio il provvedimento n. 29821 del 7 settembre 2021 a chiusura del procedimento PS11841 – Dentix, nel quale si legge che “Si ritiene corresponsabile delle condotte e delle omissioni imputabili a Dentix la società olandese Dentix Health Netherlands B.V., in ragione del principio della Parental Liability, per il quale si presume che, trattandosi della società controllante, essa eserciti un’influenza determinante nello svolgimento dell’attività della controllata”. I giudici amministrativi non hanno ancora avuto occasione di pronunciarsi su tale “estensione” di responsabilità fondata, anche per le violazioni del Codice del consumo, sull’applicazione della *parental liability*. In particolare, chiamato a valutare la questione, il TAR Lazio, sez. I, 10 gennaio 2020, n. 261 ha di fatto omesso di prendere posizione escludendo che nel caso di specie l’imputazione di responsabilità alla capogruppo si fosse “fondata esclusivamente sulla nozione di ‘parental liability’”. Secondo il TAR, in quel, caso l’Autorità avrebbe invece “individuato anche una forma di responsabilità autonoma [della controllante], da omissione ‘in vigilando’, che si [sarebbe affiancata] al diretto interesse economico, avendo essa beneficiato delle condotte [della controllata]”. Tale approccio valutativo è stato confermato anche in sede di impugnazione da Consiglio di Stato, sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2630. Appare peraltro d’interesse evidenziare la peculiarità – anche sul piano “fattuale” – della dicotomia espressa dal Tar Lazio tra una responsabilità qualificata originariamente come autonoma (e potenzialmente diretta) da “*culpa in vigilando*”, idonea a porre in capo alla capogruppo un vero e proprio obbligo di prevenzione degli illeciti delle controllate e una responsabilità derivata discendente dal vantaggio economico che la società controllante trae dalle condotte della controllata. In particolare il profilo della traslazione del vantaggio in capo alla capogruppo, quale elemento implicitamente fondante la *parental liability*, verrà ripreso *infra* specialmente al par. 2.3. del II capitolo.

¹²⁰ Ad esempio, con il provvedimento n. 29850 del 12 ottobre 2021, a chiusura del procedimento PS11995 – STS EDUCATION-FONDO ASTOI/RIMBORSI AI CONSUMATORI, l’AGCM ha ritenuto che non vi fosse “alcuna soluzione di continuità dell’effettivo soggetto economico responsabile delle condotte oggetto del procedimento”, identificando una “continuità economica e funzionale” tra due diversi professionisti, dei quali l’uno aveva “continuato le medesime attività commerciali ed ha esercitato la ‘stessa impresa’ [dell’altro]” (si veda il punto 23 del provvedimento). Sulla base di tali principi, si è ritenuto che il fatto che possa essere chiamato a rispondere dell’infrazione il soggetto che costituisce il “successore economico” della precedente entità (c.d. continuità economica) non contraddice il principio della responsabilità personale. Anche il Consiglio di Stato, sez. VI, 14 gennaio 2019, n. 320 ha sostenuto che “se un soggetto, che ha commesso l’infrazione, è oggetto di una modifica di natura giuridica o organizzativa, tale modifica non può avere l’effetto di creare una nuova impresa, che va esente da responsabilità, laddove sia dimostrato [...] che sotto l’aspetto economico c’è identità o continuità tra i due soggetti”. Il Consiglio di Stato ha quindi ritenuto che non vi fossero motivi per escludere l’applicazione di simili principi alla materia delle pratiche commerciali scorrette, ancorché gli stessi siano stati elaborati in ambito antitrust. Invero, secondo il Consiglio di Stato, a tali principi si dovrebbe riconoscere una “idoneità ad una tendenziale applicazione in ogni ambito in cui si presenti il rischio che la creazione di un distinto soggetto giuridico – che continua la medesima attività economica di quello che ha commesso l’illecito – sia funzionale ad escludere l’applicazione della sanzione”.

Ancora sul piano sanzionatorio, la nozione di impresa antitrust e, in particolare, l'applicazione della *parental liability* assume rilevanza anche per quanto concerne l'applicazione del Regolamento UE 2016/679¹²¹ (c.d. "GDPR").

Il GDPR, infatti, sebbene individui quali soggetti responsabili del rispetto delle previsioni da esso previste, in estrema semplificazione, soggetto qualificati come "titolare del trattamento dei dati" e "responsabile del trattamento", all'art. 83 fa riferimento – quali potenziali destinatari delle sanzioni – alle "imprese" ("*undertakings*").

La continuità dell'espressione impiegata con la nozione d'impresa ai fini antitrust è chiarita *per tabulas* nei considerando del GDPR. In particolare, al considerando 150, si legge che "*Al fine di rafforzare e armonizzare le sanzioni amministrative applicabili per violazione del presente regolamento, ogni autorità di controllo dovrebbe poter imporre sanzioni amministrative pecuniarie. [...] Se le sanzioni amministrative sono inflitte a imprese, le imprese dovrebbero essere intese quali definite agli articoli 101 e 102 TFUE a tali fini*"¹²².

Si nota quindi come anche in branche del diritto diverse dal diritto della concorrenza si stia diffondendo l'impiego di una nozione funzionale ed economica di impresa. Appare sostenibile che, comunque, il tratto ricorrente sia quello dell'impiego di tale nozione in ambiti di origine strettamente eurounitaria. Sembra dunque assistersi alla diffusione di una nozione funzionale ed economica che, più che risultare legata al diritto della concorrenza, risulta legata all'ordinamento dell'Unione europea¹²³.

¹²¹ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

¹²² Ad oggi, non sono mancati procedimenti aventi ad oggetto potenziali violazioni del GDPR nei quali è stata applicata la *parental liability presumption*. Ad esempio, la *Data Protection Commission* irlandese, ha irrogato una sanzione a WhatsApp, per un'asserita violazione del GDPR, considerando ai fini della determinazione del massimo edittale la nozione di impresa propria del diritto antitrust. In particolare, ha ritenuto che Facebook Inc. (ora Meta Inc.) fosse in grado di esercitare un'influenza determinante sulle condotte di WhatsApp, in applicazione della c.d. *parental liability presumption*. L'autorità irlandese si è altresì interrogata sul se il fatturato rilevante da prendere in considerazione dovesse considerare solo WhatsApp e Facebook Inc., oppure tutte le società componenti il gruppo (*rectius*, la *single economic entity*). La *Data Protection Commission* ha optato per la seconda interpretazione, in dichiarata adesione alla giurisprudenza UE rilevante in materia antitrust. Per un brevissimo commento al caso si vedano M. EVERETT, A. CHOW, *GDPR fines can contemplate parent group turnover: The story behind the WhatsApp fine*, disponibile al [link](https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ec9ff9e0-f356-4a10-a1ef-917fff76d55e) <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ec9ff9e0-f356-4a10-a1ef-917fff76d55e>.

¹²³ Tuttavia, non sembrerebbe potersi da ciò concludere che la *single economic entity doctrine* e la nozione d'impresa fatta propria dal diritto antitrust siano indistintamente applicate in ogni ambito del diritto

6. L'ambito applicativo della nozione di impresa nel *public enforcement* e nel *private enforcement*

L'applicazione della nozione antitrust d'impresa, in tutte le sue sfaccettature, anche al *private enforcement* ha incontrato talune resistenze interpretative all'interno degli Stati membri e rappresenta un'acquisizione pacifica solo piuttosto di recente¹²⁴. Una simile ritrosia a consentire l'applicazione "generalizzata" di tale nozione si era invero fondata sul rilievo dell'autonomia procedurale conservata dagli Stati membri nell'ambito della disciplina delle azioni di risarcimento del danno antitrust¹²⁵. Sotto questo profilo, pertanto, ancorché la definizione dei contorni e della portata applicativa della nozione di impresa ha evidenti connotati sostanziali, va d'altro canto considerato che involge potenziali questioni procedurali nella misura in cui – di fatto – dalla definizione della nozione sostanziale di impresa discende simmetricamente l'identificazione della platea dei soggetti possibili legittimati passivi nell'ambito delle azioni per il risarcimento del danno antitrust.

La questione è definitivamente emersa, fra l'altro, perché – a fronte della predetta autonomia procedurale degli Stati membri – neppure con la Direttiva 2014/104/UE era stata fornita una definizione di "impresa". L'art. 1, para. 1, si limitava infatti a disporre che la Direttiva 201/104/UE si limitasse a stabilire "*norme necessarie per garantire che chiunque abbia*

dell'Unione europea (così C. KOENIG, *Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law*, in *World Competition*, 41, 1, 2018, p. 71, che menzionava in particolare la disciplina della responsabilità da prodotti difettosi e di quella ambientale quali ambiti applicativi apparentemente impermeabili alla *single economic entity doctrine*).

¹²⁴ V. M. SCUNKE, W. MAREIKE, *Piercing The Corporate Veil: The German Sausage Saga*, cit., p. 7, che citano la sentenza della *Cour de cassation* francese del 14 febbraio 2018, *Optical Center c. Frères Lissac, Lissac enseigne, Gadol et Audioptric Trade Services*, nella quale era stato escluso che la nozione di *single economic entity* potesse trovare applicazione alle azioni per il risarcimento del danno antitrust. Sull'applicazione della *single economic entity doctrine* nell'ambito dell'azioni di risarcimento del danno antitrust prima della sentenza *Skanska* si avrà modo di tornare anche *infra* al par. 5 del II capitolo.

¹²⁵ Come esplicitamente evidenziato al considerando 11 della Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, "*In mancanza di una legislazione dell'Unione, le azioni per il risarcimento del danno sono disciplinate dalle norme e procedure nazionali degli Stati membri*". Beninteso, tale disciplina deve in particolare risultare compatibile con i principi di efficacia e di equivalenza (si veda l'art. 4 della Direttiva 2014/104/UE). Si veda anche Corte di giustizia, sentenza del 14 marzo 2019, causa C-724/17, *Skanska Industrial*, punto 27 e giurisprudenza ivi citata.

subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o un'associazione di imprese possa esercitare in maniera efficace il diritto di chiedere a tale impresa o associazione il pieno risarcimento di tale danno".

La questione è stata così definitivamente risolta, come anticipato, con la sentenza *Skanska*¹²⁶, nell'ambito della quale è stato chiarito che, in assenza di una specifica definizione di impresa, deve venire in rilievo – anche per il *private enforcement* – l'elaborazione giurisprudenziale delle corti UE sulla nozione di impresa, sviluppata nell'ambito del *public enforcement*.

Infatti, se la nozione di impresa rappresenta una “nozione autonoma del diritto dell'Unione”, non può avere un ambito applicativo non coincidente tra *public* e *private enforcement*. Nello specifico, non potrebbero ammettersi diverse interpretazioni, da un lato, ai fini dell'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie da parte della Commissione ai sensi dell'art. 23, para. 2, del regolamento n. 1/2003¹²⁷, dall'altro, ai fini delle azioni per il risarcimento del danno antitrust. Pertanto, la determinazione dei possibili legittimati passivi rispetto ad azioni per il risarcimento del danno antitrust non rappresenta una questione meramente procedurale, come tale rimessa alla disciplina interna dei singoli Stati membri, ma risulta questione sostanziale direttamente disciplinata dal diritto dell'Unione: solo in tal modo si può garantire che sia effettivamente l'impresa responsabile di un'infrazione al diritto antitrust a rispondere degli eventuali danni da questa causati¹²⁸. Riprendendo la

¹²⁶ Corte di giustizia, sentenza del 14 marzo 2019, causa C-724/17, *Skanska Industrial*.

¹²⁷ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato. Sebbene rispetto al *public enforcement* la Corte di giustizia menzioni espressamente solo l'applicazione dell'art. 23 del regolamento n. 1/2003, il riferimento appare doversi ragionevolmente intendere anche alle corrispondenti disposizioni antitrust di rilevanza “nazionale”.

¹²⁸ Corte di giustizia, sentenza del 14 marzo 2019, causa C-724/17, *Skanska Industrial*, punti 28 – 31 e 47. La Corte di giustizia ha anche evidenziato che tale interpretazione fosse altresì coerente con l'art. 11, para. 1, della direttiva 2014/104/UE. Tale disposizione prevede che gli Stati membri debbano provvedere affinché le imprese che hanno violato il diritto della concorrenza con un “*comportamento congiunto*” siano responsabili in solido per il danno causato. Sul punto, persino la Commissione europea aveva sostenuto che da tale disposizione si dovesse ricavare il principio di competenza dei singoli Stati membri a determinare il “legittimato passivo” nelle azioni per il risarcimento del danno antitrust, nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività. La Corte di giustizia non ha però accolto tale interpretazione, rilevando che dalla predetta disposizione non si potesse desumere una simile competenza in capo a ogni Stato membro, perché tale disposizione si sarebbe limitata a disciplinare “*la ripartizione della responsabilità tra i suddetti enti*”, senza conferire alcuna competenza a determinare gli enti tenuti al risarcimento del danno antitrust (v. punti 33 – 34 della sentenza *Skanska Industrial*). Il ragionamento della Corte di giustizia si fonda quindi sul rilievo della “responsabilità personale”,

terminologia impiegata dall'AG Wahl in *Skanska*, pertanto, tale profilo rappresenta “una condizione costitutiva della responsabilità disciplinata dal diritto dell'Unione”¹²⁹.

Al fine di ricostruire la *ratio* dell'opzione interpretativa prescelta dalla Corte di giustizia è opportuno altresì richiamare quanto osservato anche dall'AG Wahl nelle conclusioni molto dettagliate rassegnate nell'ambito del giudizio. In particolare, non si può fare a meno di notare che se – a causa di una diversa interpretazione della nozione di impresa nei singoli Stati membri – i soggetti tenuti al risarcimento del danno antitrust differissero tra i vari Stati membri, vi sarebbe un evidente rischio di trattamenti differenziati e, conseguentemente, di limitazione dell'effettività del diritto antitrust UE¹³⁰.

Pertanto, secondo l'AG Wahl, la necessità di adottare una definizione di impresa uniforme sia nell'ambito del *public* sia del *private enforcement* sarebbe altresì suggerita dalla loro complementarità, tale per cui finalità dissuasive impongono in entrambi in contesti di ancorare la responsabilità “al patrimonio, piuttosto che a una particolare personalità giuridica”¹³¹.

Ritorna il suesposto principio per il quale la responsabilità antitrust sarebbe diretta – su un piano sostanziale – all'attività economica, intesa quale forza competitiva sul mercato,

in senso lato, dell'impresa, rispetto alla quale dovrà poi eventualmente conseguire una ripartizione interna delle rispettive quote di responsabilità, tra le persone giuridiche appartenenti all'impresa. Sulla qualificazione della responsabilità antitrust dell'impresa come “responsabilità personale”, a prescindere dall'articolazione interna in società distinte sul piano della personalità giuridica, nonché sulle conseguenti indubbe problematiche di ordine pratico ai fini della ripartizione interna delle quote di responsabilità si tornerà *infra* ai par. 3.3. del II capitolo e 5.8. del III capitolo.

¹²⁹ Conclusioni dell'AG Wahl del 6 febbraio 2019 nella causa C-724/17, *Skanska Industrial*, punto 60.

¹³⁰ Conclusioni dell'AG Wahl del 6 febbraio 2019 nella causa C-724/17, *Skanska Industrial*, punto 67.

¹³¹ Conclusioni dell'AG Wahl del 6 febbraio 2019 nella causa C-724/17, *Skanska Industrial*, punto 80. Quindi, secondo l'AG Wahl “non c'è nulla di straordinario – né tantomeno di sorprendente – in questa soluzione”. Anche M. BOTTA, *The Economic Succession Doctrine in Private Enforcement of EU Competition Law: 'Nothing Extraordinary' after Skanska Industrial?*, cit., p. 181, sostiene che tale approccio sia coerente con gli orientamenti della Corte di giustizia in materia di *private enforcement* seguiti sin dalla sentenza *Courage c. Crehan*, volti a precludere l'applicazione di qualsiasi norma procedurale nazionale che possa eventualmente ostacolare la “piena effettività” del *private enforcement* del diritto della concorrenza dell'Unione europea. L'autore afferma comunque che le tesi dell'AG Wahl sono in una certa misura dissonanti rispetto agli orientamenti della Corte di giustizia che non ha mai riconosciuto un effetto deterrente delle azioni di danno antitrust, rappresentando questo un approccio al *private enforcement* più vicino alla prassi statunitense e tendenzialmente confliggente con la “*compensatory nature*” della disciplina delle azioni risarcitorie a livello Ue. A prescindere da ciò, appare comunque sostenibile che, se non si garantisse l'applicazione della nozione di impresa antitrust anche nell'ambito del *private enforcement*, vi sarebbe il rischio di favorire comportamenti “opportunistici” degli autori di violazioni antitrust.

piuttosto che ai soggetti giuridici, che vengono quasi ridotti a una mera veste formale dell'attività economica sottostante.

CAPITOLO II. La rilevanza della *single economic entity doctrine* nell'attribuzione della responsabilità per violazioni del diritto antitrust

SEZIONE A. L'elaborazione nell'ambito del *public enforcement*: la responsabilità c.d. *bottom-up*

1. L'imputazione alla società controllante della responsabilità antitrust per la condotta della controllata: dalla *parental liability* alla *parental liability presumption*

Il consolidarsi, a livello eurounitario, della nozione di gruppo quale unica entità economica ai fini antitrust, ha fatto sì che parallelamente alla giurisprudenza in materia di esenzione degli accordi infra-gruppo dal divieto di intese restrittive della concorrenza, nell'ambito della quale la *single economic entity doctrine* ha offerto ricadute applicative "favorevoli" alle imprese, la Corte di giustizia iniziasse progressivamente a impiegare la nozione di unica entità economica in forma "offensiva", per violare il "velo" della personalità giuridica e giungere al risultato di un'imputazione "pluri-soggettiva"¹³² della responsabilità antitrust nel caso di illeciti commessi da imprese (*rectius*, società) parte di un gruppo.

Invero, alla luce della nozione di impresa propria del diritto antitrust, secondo l'ormai consolidata giurisprudenza eurounitaria, si deve ritenere che sia la *single economic entity* unitariamente considerata a violare la norma antitrust (e non la singola persona

¹³² Se la nozione di impresa antitrust e la *single economic entity doctrine* comportano che – ai fini antitrust – il gruppo rappresenti tendenzialmente un unico soggetto, tale orientamento non vale ovviamente a creare un nuovo soggetto dotato di unico patrimonio indistinto di gruppo. La soluzione, quindi, è trasformare la responsabilità antitrust nel gruppo in una responsabilità "plurisoggettiva". Si esprime in questo senso anche A. MAZZONI, *La nozione di impresa nel diritto antitrust* cit., p. 503.

giuridica che ponga materialmente in essere la condotta anticompetitiva). Conseguentemente, anche sul piano sanzionatorio, sarà chiamata a rispondere dell'illecito la *single economic entity*.

Così, qualora un gruppo ponga in essere un'infrazione al diritto antitrust, mediante condotte imputabili a vario titolo a distinte società che vi appartengano, ancorché in presenza di una pluralità di persone giuridiche a vario titolo responsabili coinvolte nella condotta, sarà unica l'impresa responsabile dell'infrazione e le varie società del gruppo saranno solidalmente responsabili per l'illecito e l'eventuale sanzione.

Al di là di tale fattispecie decisamente non problematica (nella quale sono chiamate a rispondere dell'illecito società che comunque a vario titolo, eventualmente anche indiretto o istigativo, vi abbiano preso parte) la teoria dell'unità economica consente un'imputazione ben più ardua della responsabilità antitrust nei gruppi.

La giurisprudenza della Corte di giustizia si è mossa pertanto lungo una linea direttrice secondo cui la responsabilità del comportamento di una controllata può essere imputata a una società madre in particolare qualora, pur avendo le stesse personalità giuridica distinta, la società controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, bensì risulti attenersi alle istruzioni impartite dalla società madre, in particolare alla luce dei vincoli economici, organizzativi e giuridici tra le stesse intercorrenti¹³³.

In particolare, dovranno essere presi in considerazione gli elementi rilevanti a determinare la sussistenza di vincoli economici, organizzativi e giuridici tra società figlia e società madre, di fatto onde individuare – secondo lo schema logico oggetto di ricostruzione nel I capitolo – l'eventuale sussistenza di un unico soggetto economico (*rectius*, forza competitiva) sul mercato¹³⁴.

¹³³ Tra le prime, si veda Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd.*, punto 132 e ss.; Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1972, causa 52/69, *J.R. Geigy AG*, punto 44; Corte di giustizia, sentenza del 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage e Continental Can*.

¹³⁴ Si esprime chiaramente in tal senso l'AG Rantos, nelle conclusioni rassegnate il 14 luglio 2022 nella causa C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl*, richiamando fra l'altro la citata sentenza *Deutsche Telekom*. In particolare, nella pronuncia appena citata viene evidenziato che "sebbene istruzioni impartite dalla società madre alla sua controllata che incidono sul suo comportamento sul mercato possano costituire prove sufficienti di una simile influenza determinante, esse non costituiscono tuttavia le sole prove ammissibili. L'esercizio effettivo di un'influenza

La considerazione da cui muovere, perciò, è che, fra l'altro, l'estensione "ascendente" di responsabilità, dalla controllata alla controllante, si fonda sul duplice elemento: i) della possibilità di esercitare un'influenza determinante e ii) del concreto esercizio di tale influenza.

Se la prova del primo "elemento" appare fondata su orientamenti generalmente rigorosi e consolidati – anche alla luce dell'elaborazione sul punto ai fini dell'applicazione delle disposizioni in materia di concentrazioni –, il profilo di maggiore complessità e contraddittorietà è, invero, rappresentato dalla prova del secondo "elemento". Invero, in linea teorica, dovrebbe peraltro essere proprio la prova di un effettivo esercizio di influenza determinante a incidere, in via di principio, sulla dimostrazione della sussistenza di una *single economic entity*¹³⁵.

Rispetto allo standard di prova del secondo elemento, addentrandosi in quella che può essere definita la dicotomia tra *parental liability* e *parental liability presumption*, deve poi tenersi ben distinta la fattispecie di applicazione di un regime probatorio presuntivo (appunto, la c.d. *parental liability presumption*) da quelle in cui la *parental liability* è oggetto di applicazione a seguito della dimostrazione dell'effettivo esercizio di influenza determinante della capogruppo sulla controllata¹³⁶ (vuoi perché non sussistono i presupposti per

determinante della società madre sul comportamento della controllata può essere dedotto altresì da un complesso di elementi concordanti, ancorché nessuno di tali elementi, isolatamente considerato, sia sufficiente per dimostrare l'esistenza di una simile influenza" (Corte di giustizia, sentenza del 25 marzo 2021, causa C-152/19 P, *Deutsche Telekom AG*, punto 76 e giurisprudenza ivi richiamata).

¹³⁵ Già in Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd.*, punti 134-135, si chiariva del resto espressamente che "*Qualora l'affiliata non goda di reale autonomia nella determinazione della propria linea di condotta [...] la stessa affiliata e la società madre [...] insieme formano un'unità economica. In considerazione dell'unità di questo complesso, l'attività delle affiliate può essere imputata, in determinati casi, alla società madre*". Nello stesso senso, Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1972, causa 52/69, *J.R. Geigy AG*, punto 44. L. F. PACE, *The Parent-subsidiary Relationship in EU Antitrust Law and the AEG Telefunken Presumption: Between the Effectiveness of Competition Law and the Protection of Fundamental Rights*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 7, 10, 2014, p. 198, afferma espressamente che "*In order to conclude that the two companies are part of the same 'undertaking', the parent company must not only be able to have a 'decisive influence' on the subsidiary, but it must also have effectively exercised it. The mere possibility for the parent company to have a certain influence over the subsidiary is not sufficient to define the existence of an 'undertaking' pursuant to Article 101 and 102 TFEU and thus, in turn, it is relevant for the imputability of the penalty to the parent company*".

¹³⁶ Si vedano anche L. SOLEK, S. WARTINGER, *Parental Liability - Rebutting the Presumption of Decisive Influence*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 6, 2, 2015, p. 79, che evidenziano che "*In cases where the presumption of decisive influence does not apply, the Commission may establish that the relevant companies formed an economic unit by reference to evidence of decisive influence on the facts*".

l'applicazione della presunzione vuoi perché l'autorità procedente, nell'esercizio della sua discrezionalità, scegli comunque di addurre elementi idonei a dimostrare l'effettivo esercizio di un'influenza determinante della controllante sulla controllata, tali, spesso, da sfociare quasi in una forma di coinvolgimento diretto della società madre nell'illecito).

Dunque, la *parental liability presumption* può sostanzialmente essere qualificata come una forma di "manifestazione" della *parental liability* sulla base di un regime probatorio semplificato¹³⁷.

1.1. La prima fase dell'elaborazione della *parental liability*: una presunzione o un vero e proprio coinvolgimento attivo?

In una primigenia fase di sviluppo dei criteri di imputazione della responsabilità antitrust nell'ambito dei gruppi, l'applicazione della *parental liability presumption* è emersa con forme a dir poco latenti¹³⁸.

Le prime fattispecie di applicazione della *parental liability*, sulla base della *single economic entity doctrine*, avevano infatti l'implicito scopo di consentire alla Commissione europea la repressione "extra-territoriale" dei responsabili di violazioni del diritto antitrust¹³⁹.

Al fine di respingere le eccezioni di incompetenza "territoriale" della Commissione mosse dalle controllanti aventi sede fuori dall'UE, senza entrare nel merito dell'effettivo coinvolgimento della controllante nell'illecito, la Corte di giustizia confermava la legittimità

¹³⁷ Soprattutto nel periodo più recente, la prassi applicativa delle autorità garanti della concorrenza – e in particolare della Commissione europea – si è quasi essenzialmente rivolta all'estensione ascendente della responsabilità antitrust fondandosi sull'applicazione della c.d. *parental liability presumption*.

¹³⁸ A. KALINTIRI, *Revisiting Parental Liability in EU Competition Law*, in *European Law Review*, 43, 2, 2018, p. 147, sostiene addirittura che "The contemporary rules governing parental liability bear little resemblance to their predecessors. Although the change occurred in an incremental manner, the tipping point may be traced back to the seminal *Akzo judgment*". L'autore identifica perciò solo due fasi di elaborazione: quella pre e quella post *Akzo*.

¹³⁹ N. I. PAUER, *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*, 2014, cit., p. 51 sostiene che la nozione di *single economic entity* "was originally employed to expand the territorial application scope of European competition law by holding foreign parent companies liable for their subsidiary's anticompetitive conduct in the area of the Common Market, it has subsequently been applied to situations in which 'practical hindrances' prevent an enforcement of the fine against the subsidiary".

della scelta della Commissione di imputare alle società madri il comportamento delle controllate solamente riferendosi alla *single economic entity doctrine*¹⁴⁰.

Va però precisato che ciò, da un lato, comportava il rilievo che il possesso della (quasi) totalità del capitale sociale delle controllate consentisse l'esercizio di un'influenza determinante su queste ultime; dall'altro, quale significativo tratto di caratterizzazione dell'approccio proprio di questa "fase", che tale influenza fosse stata effettivamente esercitata alla luce dei riscontri fattuali caso per caso evidenziati¹⁴¹.

Nei primi casi di imputazione della responsabilità antitrust in senso "ascendente", dunque, la Commissione si è sempre in via di principio premurata di individuare elementi fattuali idonei a fornire (quantomeno) un principio di prova dell'effettivo esercizio di un'influenza determinante da parte della controllante (eventualmente, anche nella forma di istruzioni impartite alla propria controllata sulla condotta – anticompetitiva – da porre in essere), così da imputare a quest'ultima le condotte della controllata (anzi, generalmente ritenendo responsabile dell'illecito antitrust la sola controllante). In tali precedenti, perciò, la *parental liability* risultava applicata senza che né la Commissione né le corti UE facessero mai cenno all'ipotetica applicabilità di qualsivoglia presunzione.

¹⁴⁰ Il riferimento è in particolare alle sentenze di impugnazione del provvedimento della Commissione relativo al "cartello dei coloranti" (Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd.*; Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1972, causa 52/69, *J.R. Geigy AG*; Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1972, causa 53/69, *Sandoz AG*). V. FASOULA, *Extending the presumption of decisive influence to impute parental liability to private equity firms for the anticompetitive conduct of portfolio companies*, in *Nordic Journal of European Law*, 4,1, 2021, p. 106, evidenzia come il predetto procedimento della Commissione rappresenti il primo caso in cui una controllante è stata ritenuta responsabile dell'illecito antitrust posta in essere dalla controllata.

¹⁴¹ Si veda Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd*, punti 131 – 140, nella quale specificamente si dà conto di come la capogruppo avesse influito sulla politica di prezzo delle controllate, "istigandole" a commettere l'illecito, nonché Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1972, causa 52/69, *J.R. Geigy AG*, punti 44 – 45 ove venivano mossi gli stessi rilievi appena menzionati rispetto alla sentenza *Imperial Chemical Industries*; anche in Corte di giustizia, sentenza del 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage e Continental Can*, punti 15 – 16, si dà conto di come l'offerta di acquisto integrante un'infrazione al diritto della concorrenza fosse stata posta in essere dalla controllata sulla base dell'induzione della capogruppo che, fra l'altro, le aveva procurato i fondi a tal fine necessari.

1.1.1. La sentenza *AEG Telefunken*: un'eterogenesi dei fini?

Nel corso di tale “prima” fase, risulta però particolarmente rilevante ai fini della (futura e compiuta) elaborazione della *parental liability presumption* la sentenza della Corte di giustizia nella causa *AEG Telefunken*, apparentemente il primo caso nel quale la Corte di giustizia ha applicato la *single economic entity doctrine* al fine di estendere la responsabilità antitrust all'interno di un gruppo in fattispecie nelle quale non venivano in rilievo questioni di giurisdizione¹⁴² (*rectius*, nelle quali la capogruppo non risultava stabilita in uno stato extra UE).

Sebbene come si dirà appare ragionevole ritenere che la *parental liability presumption* – per come attualmente applicata – trovi la sua primigenia elaborazione nella sentenza *Akzo* (che verrà esaminata *infra* al par. 1.3.), la presunzione trae comunque origini da precedenti in cui, sulla base della *single economic entity doctrine*, infrazioni materialmente commesse da una determinata società erano state imputate alla relativa controllante, ancorché, come già parzialmente anticipato, senza fare pedissequa applicazione della presunzione. In tali precedenti, tuttavia, le corti UE – forse inconsapevolmente – avevano formulato principi idonei a rappresentare il punto di partenza della successiva elaborazione della *parental liability presumption*¹⁴³.

Orbene, senza dubbio, i precedenti della “prima fase”, nonché il caso *AEG* che ci si accinge a trattare, tra i primi in cui si è fatta applicazione della *parental liability*, risultano

¹⁴² B. CORTESE, *Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability*, in B. Cortese (a cura di), *EU Competition Law – Between Public and Private Enforcement*, Wolters Kluwer, 2014, p. 78. Non a caso, la produzione giurisprudenziale nel corso di tale “prima fase” di imputazione della responsabilità antitrust nell'ambito dei gruppi risulta piuttosto limitata, proprio perché principalmente fondata sull'esigenza di “estendere” la competenza giurisdizionale della Commissione. Nel tempo, infatti, è stata superata la rilevanza della sede della società all'esterno dell'Unione europea quale elemento sulla base del quale radicare tale, in favore di un approccio fondato sul luogo degli effetti delle condotte, così non rendendo necessario il richiamo della *single economic entity doctrine* per il radicamento della competenza della Commissione in capo di capogruppo stabilite al di fuori dell'UE (v. ancora B. CORTESE, *Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability*, cit., p. 77).

¹⁴³ Sul piano “terminologico”, invero, un generico riferimento all'applicabilità di una presunzione di effettivo esercizio di un'influenza determinante sulla controllata, in caso di controllo totalitario, emergeva già nelle conclusioni dell'AG Warner del 22 gennaio 1974, cause riunite 6 e 7/73, *Commercial Solvents* (“[è] pacifico che una affiliata intenda agire in conformità delle direttive impartite dalla società madre, in quanto secondo la prassi normale le affiliate agiscono in questo modo; [...] se tale presunzione non viene scalzata, è opportuno considerare la società madre e l'affiliata come una singola impresa ai sensi dell'art. 85 e dell'art. 86 del trattato”).

fondamentali per comprendere appieno la *ratio* e le modalità applicative della presunzione di successiva compiuta elaborazione¹⁴⁴.

Ben diverso è però dire che i precedenti della “prima fase” in esame avessero già elaborato la *parental liability presumption*, tenuto conto della non casuale valorizzazione, oltre al dato del controllo, anche di una qualche forma di coinvolgimento attivo nell’illecito, eventualmente istigativo, da parte della controllante.

Emerge in tal senso la rilevanza di un’accurata analisi della sentenza *AEG Telefunken*, che – nel corso di quella che può essere definita una “quiete” giurisprudenziale lunga quasi 25 anni – rappresenterà successivamente il presunto fondamento sul quale la Corte di giustizia surrettiziamente e apoditticamente costruirà la *parental liability presumption*¹⁴⁵.

Più nel dettaglio, il giudizio innanzi alla Corte di giustizia trae origine da una decisione con la quale la Commissione aveva accertato una violazione dell’allora art. 85 CEE, da parte della *AEG Telefunken*, mediante l’implementazione di un sistema di distribuzione selettivo in violazione delle norme antitrust.

Fra le proprie difese, la *AEG Telefunken* aveva dedotto che non fosse possibile imputarle alcun illecito antitrust, perché non avrebbe mai autonomamente implementato il

¹⁴⁴ Come notato da N. I. PAUER, *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*, 2014, cit., 62, del resto, “the ECJ repeatedly referred to its ruling in ‘ICI’, in holding that a separate legal personality was not sufficient to prevent attributing a subsidiary’s anticompetitive conduct to its parent company”. Ciò però conferma che in tale prima fase fosse stata elaborata la *parental liability*, non la *parental liability presumption*.

¹⁴⁵ Si veda Corte di giustizia, sentenza del 10 settembre 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV*, punto 60, ove la sentenza *AEG Telefunken* - insieme alla sentenza *Stora*, che si menzionerà *infra* al par. 1.2.1. - viene richiamata a sostegno dell’affermazione della presunzione semplice per cui, nel caso in cui una società controllante detenga il 100% del capitale della propria controllata che abbia commesso una violazione del diritto antitrust, esiste una presunzione semplice secondo cui la detta società controllante esercita effettivamente un’influenza determinante sul comportamento della controllata. Secondo la discutibile tesi della Corte di giustizia, pertanto, la sentenza *AEG Telefunken* rappresenterebbe la prima elaborazione della *parental liability presumption*. Giova osservare che si tratta di una tesi che trova qualche voce concorde in dottrina (si veda L. F. PACE, *The Parent-subsidiary Relationship in EU Antitrust Law and the AEG Telefunken Presumption: Between the Effectiveness of Competition Law and the Protection of Fundamental Rights*, cit., p. 193, che denomina persino la presunzione come “*AEG Telefunken presumption*”; anche V. FASOULA, *Extending the presumption of decisive influence to impute parental liability to private equity firms for the anticompetitive conduct of portfolio companies*, cit., p. 107, sostiene che già da *AEG Telefunken* fosse ricavabile il principio secondo cui, in termini di onere probatorio, in caso di situazioni di controllo totalitario “the parent company necessarily determined the commercial policies to its wholly owned subsidiary without any additional burden of proof for the EC other than the detention of shares”).

sistema di distribuzione selettiva oggetto di censura, che sarebbe stato invero attuato da talune sue società controllate¹⁴⁶.

La Corte di giustizia, nel richiamare i principi in precedenza espressi in materia di *single economic entity* nella sentenza *Imperial Chemical Industries*, disattendeva le difese della ricorrente concludendo – da un lato – che questa non avesse posto in discussione la propria capacità di esercitare un’influenza determinante sulle controllate; dall’altro, che – con specifico riguardo a una delle controllate, partecipata in via totalitaria dalla AEG Telefunken – fosse superfluo accertare se la ricorrente si fosse effettivamente avvalsa di questo potere di influenza, perché, in caso di controllo totalitario, la controllata seguirebbe “necessariamente la politica tracciata dagli stessi organi statutari che fissano la politica della [controllante]”¹⁴⁷.

La sentenza merita particolare attenzione, anche al fine di comprenderne l’impatto sul successivo sviluppo della *parental liability presumption*. Ancorché articolando le proprie considerazioni in termini apparentemente limitati alla fattispecie oggetto del giudizio e senza espressamente delineare un generale standard probatorio di tipo presuntivo, dalla pronuncia emerge effettivamente un sostanziale automatismo tra fattispecie di controllo capitalistico totalitario e riscontro di un esercizio effettivo di influenza determinante da parte della controllante.

Il sillogismo della Corte di giustizia si fonda infatti sul rilievo che, in presenza di una partecipazione totalitaria, la società controllata dovrà necessariamente seguire la politica commerciale tracciata dalla controllante. Pertanto, le due società insieme rappresenteranno un’unica forza competitiva sul mercato e, in quanto tali, una *single economic entity* olisticamente e autonomamente responsabile per l’illecito antitrust.

¹⁴⁶ Corte di giustizia, sentenza del 25 ottobre 1983, causa 197/82, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG — Telefunken AG*, punto 47.

¹⁴⁷ Corte di giustizia, sentenza del 25 ottobre 1983, causa 197/82, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG — Telefunken AG*, punto 50. Quanto alle altre società controllate, nelle quali AEG Telefunken non deteneva una partecipazione totalitaria, la Corte di giustizia si era premurata di richiamare specifici elementi fattuali idonei a dimostrare il concreto esercizio di un’influenza determinante da parte dell’AEG Telefunken (Corte di giustizia, sentenza del 25 ottobre 1983, causa 197/82, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG — Telefunken AG*, punti 51 – 52).

A fronte di ciò, non possono però essere ignorati due significativi aspetti che emergono molto chiaramente dalla decisione della Commissione impugnata¹⁴⁸ e che implicitamente potrebbero aver condizionato l'espressione di simili principi.

Sotto un primo profilo, di carattere formale, l'unico destinatario della decisione della Commissione – nonché della sanzione amministrativa pecuniaria – risulta essere stata la AEG Telefunken, ossia la capogruppo.

Volendo inquadrare il caso *AEG Telefunken* nel percorso giurisprudenziale che ha portato alla compiuta elaborazione della *parental liability presumption*, ciò rappresenta un significativo fattore di "incoerenza", rispetto alla successiva prassi applicativa. Invero, una delle peculiarità della corrente applicazione della *parental liability presumption* è quella di ampliare la platea dei destinatari della decisione di accertamento della violazione antitrust e, conseguentemente, della sanzione amministrativa pecuniaria. Oltre all'entità che ha materialmente commesso la violazione antitrust, così, ne viene chiamata a rispondere solidalmente anche la sua controllante, che con quest'ultima costituisca una *single economic entity*.

L'approccio seguito dalla Commissione nel caso *AEG Telefunken* risulta dunque diametralmente opposto anzitutto sotto questo profilo, in quanto solo la capogruppo è stata ritenuta responsabile dell'illecito antitrust accertato.

Inoltre, sotto un ben più rilevante profilo, la Commissione aveva fondato la responsabilità della AEG Telefunken anche su una pluralità di elementi fattuali che consentivano di postularne persino un coinvolgimento diretto nell'illecito.

E ciò non solo rispetto a quelle società non controllate in via totalitaria, rispetto alle quali la Corte di giustizia aveva confermato, su un piano fattuale il riscontro di indici rivelatori dell'effettivo esercizio di un'influenza determinante. Ma anche in relazione alla controllata totalitaria rispetto alla quale la Corte di giustizia aveva semplicemente postulato che dovesse necessariamente seguire le politiche tracciate dalla controllante (senza apparentemente verificare se, nella decisione oggetto di impugnazione, la Commissione

¹⁴⁸ Decisione della Commissione del 6 gennaio 1982, IV/28.748 – *AEG-Telefunken*.

avesse nondimeno accertato la sussistenza di riscontri fattuali dell'effettivo esercizio di un'influenza determinante anche su tale controllata).

Invero, si sarebbe dovuto rilevare che la Commissione aveva evidenziato vari profili di coinvolgimento diretto della controllante AEG Telefunken e di effettiva influenza su tutte le controllate.

Segnatamente, per quanto più rileva: la presenza agli atti di documenti dai quali risultava che (tutte) le controllate seguissero puntualmente la politica commerciale della AEG Telefunken; l'accertamento della possibilità della controllante di incidere sui prezzi praticati da (tutte) le controllate, come in effetti avvenuto; la conclusione, da parte di (tutte) le controllate di contratti asseritamente anticompetitivi, in nome e per conto della controllante; il fatto che, in generale, gli accordi di distribuzione asseritamente anticompetitivi fossero *“nell'interesse di AEG, che era la responsabile ultima della creazione e applicazione di tale accordo”*¹⁴⁹.

Nonostante le argomentazioni recate dalla sentenza della Corte di giustizia, dalla decisione della Commissione sarebbe allora parso più corretto trarre la conclusione secondo cui l'AEG Telefunken fosse stata chiamata a rispondere direttamente e autonomamente dell'illecito antitrust direttamente commesso – ancorché potenzialmente per il tramite delle controllate – e non semplicemente quale responsabile solidale di un illecito in realtà da queste materialmente commesso, secondo lo schema *“tradizionale” della parental liability presumption*¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Decisione della Commissione del 6 gennaio 1982, IV/28.748 – *AEG-Telefunken*; si vedano per quanto più rileva, in particolare rispetto alla controllata totalitaria, i punti 10, 58 e 74.

¹⁵⁰ Decisione della Commissione del 6 gennaio 1982, IV/28.748 – *AEG-Telefunken*, punto 74, sull'imputazione dell'illecito, dove la Commissione sosteneva che *“AEG ha commesso intenzionalmente un'infrazione alle disposizioni dell'articolo 85, paragrafo 1; [...] che AEG deve assumersi la responsabilità di questa pratica selettiva discriminatoria e dell'influenza esercitata sulla formazione dei prezzi e che non può affermare che queste infrazioni siano state per la maggior parte commesse dalle sue filiali; che AEG è stata fino alla fine del 1978 controparte contrattuale diretta dei rivenditori; che a partire dal 1° gennaio 1979 i contratti di esclusiva di TFR o delle altre società di vendita negli altri Stati membri sono stati conclusi in nome e per conto di AEG; che l'applicazione dell'accordo distributivo si effettuava nell'interesse di AEG, che era la responsabile ultima della creazione e applicazione di tale accordo; che, per la vendita dei prodotti convenzionati, AEG si serviva delle proprie filiali [...] e che in singoli casi interveniva in maniera diretta nella distribuzione impartendo istruzioni alle filiali; che AEG è quindi responsabile delle proprie infrazioni e di quelle delle sue filiali, delle quali si serviva per l'attuazione dei contratti di vendita”*.

Il corretto apprezzamento dell'approccio seguito dalla Commissione nella decisione AEG Telefunken appare dunque di fondamentale importanza.

Giustapponendo tale precedente con il successivo sviluppo e consolidamento della *parental liability presumption*, si noterà pertanto il punto di rottura sul piano sostanziale rappresentato dalla sentenza *Akzo* – pur nella sua possibile continuità, sul piano formale, con i principi espressi dalla Corte di giustizia nella sentenza AEG Telefunken, nonché con le altre pronunce, menzionate relative alla “prima fase” di elaborazione.

1.2. La seconda fase dell'elaborazione e lo “stacco” temporale. Dalla prova diretta alla presunzione di influenza determinante: la ricerca di un *quid pluris* oltre al mero dato del controllo e l'emersione della “responsabilità solidale”

Successivamente alla sentenza *AEG Telefunken*, l'affermazione secondo cui, in caso di controllo totalitario, la società controllata seguirebbe necessariamente la politica commerciale impartita dalla società madre è stata formalmente richiamata solo in rari casi.

Dai successivi precedenti che hanno affrontato i criteri di imputazione della responsabilità antitrust nell'ambito dei gruppi, in particolare al fine dell'estensione in via solidale della responsabilità della società “figlia” alla società “madre”, è invece emerso un atteggiamento ondivago e affermazioni non sempre chiare.

Se però si tiene conto della ricostruzione e contestualizzazione della decisione *AEG Telefunken* sopra svolta, invero, la successiva prassi applicativa della Commissione appariva tendenzialmente coerente con quel precedente.

Lungi dall'applicare automatismi presuntivi, la Commissione ha proseguito a imputare alla (sola) controllante l'illecito antitrust delle controllate, ritenendo queste ultime un mero mezzo per la commissione dell'illecito¹⁵¹.

¹⁵¹ Si veda, ad esempio, la Decisione della Commissione del 13 luglio 1994, IV/C/33.833 – *Cartoncino*, punto 149, relativamente alla posizione della *NV Koninklijke KNP BT NV*. Più in generale, proprio nella decisione *Cartoncino*, la Commissione aveva anche espressamente affermato che, in presenza di una “*impresa integrata*”,

A fronte di ciò, anche l'approccio seguito dalle corti UE appariva volto a ritenere dimostrata la sussistenza di una *single economic entity* laddove fosse intervenuto il richiamo a specifici elementi di fatto, idonei a provare l'esercizio (in concreto) di un'influenza determinante della controllante sulla controllata¹⁵². Tali valutazioni si fondavano appunto su elementi idonei a configurare un sostanziale coinvolgimento della società madre nell'illecito o, comunque, una sua ipotetica responsabilità da "omesso controllo"¹⁵³.

In dottrina, è stato infatti sostenuto che, in questa fase, alla Commissione fosse addossato l'onere di provare l'esistenza di una connessione tra l'esercizio di un'influenza determinante della controllante sulla controllata e l'illecito oggetto d'istruttoria. Non solo, dunque, veniva pretermesso ogni automatismo presuntivo, ma anche la prova in concreto di una *single economic unit* non sarebbe stata da sola sufficiente a consentire l'estensione dell'imputazione di responsabilità infragruppo¹⁵⁴.

pur potendo imputare l'infrazione al gruppo, per prevenire l'insorgere di dispute interpretative sulla nozione di "impresa" come distinta da quella di "società", avrebbe imputato l'infrazione, in via di principio, alla controllata direttamente partecipante alle riunioni di cui al cartello oggetto di accertamento. Nondimeno, l'imputazione dell'infrazione alla (sola) capogruppo, quale identifica del gruppo/impresa sarebbe avvenuta in caso di partecipazione di più controllate all'illecito o in presenza di "prove esplicite che coinvolgono la società capogruppo nella partecipazione al cartello della controllata" (si veda il punto 143). La decisione risulterà particolarmente rilevante in questa "seconda fase" di elaborazione della *parental liability* anche per i principi che emergeranno dall'impugnazione della decisione da parte della società Stora.

¹⁵² B. CORTESE, *Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability*, cit., p. 83 fa riferimento infatti all'individuazione di "specific evidence of the parent company's involvement".

¹⁵³ Si veda Tribunale UE, sentenza del 14 maggio 1998, causa T-309/94, *NV Koninklijke KNP BT*, punti 48 – 49, nei quali viene affermato – in maniera non del tutto chiara ai fini dei criteri di imputazione di responsabilità alla ricorrente – che "la Commissione ha dimostrato che la ricorrente era, tramite un suo consigliere di amministrazione, attivamente coinvolta nelle attività anticoncorrenziali della [società controllata, non destinataria della decisione della Commissione e della sanzione; *nda*]". Per il periodo successivo a tale diretta partecipazione, la responsabilità non sarebbe comunque venuta meno, in mancanza di prova dell'adozione, nei confronti delle controllate, di misure idonee a impedire il perdurare di un'infrazione, della quale la controllante era peraltro a conoscenza (fatto non contestato dalla ricorrente). Nel caso di specie, nonostante un approccio interpretabile come una imputazione di responsabilità diretta, al punto 46 della sentenza, riecheggiava tuttavia anche l'applicazione della *single economic entity doctrine*, affermando il Tribunale che la ricorrente non avesse contestato che "poteva influire in modo determinante sulla politica commerciale [delle controllate]". La sentenza del Tribunale UE è stata confermata *in parte qua* da Corte di giustizia, sentenza del 16 novembre 2000, causa C-248/98 P, *NV Koninklijke KNP BT*.

¹⁵⁴ A. KALINTIRI, *Revisiting Parental Liability in EU Competition Law*, cit, p. 148 e ss.

Particolarmente significative in tale fase giurisprudenziale risultano le sentenze *Stora Kopparbergs*, *DaimlerChrysler* e – ancorché caratterizzata da talune diversità rispetto agli altri due precedenti – *Bolloré*¹⁵⁵.

In tutti i casi, apparentemente, pareva si stesse consolidando in seno alle corti UE un orientamento sulla base del quale fosse necessaria la dimostrazione di un *quid pluris*, oltre al solo dato del controllo, ai fini dell'applicazione della *parental liability*.

Appare significativo passare brevemente in rassegna tutti e tre i casi, evidenziando sin da ora che solo i primi due si pongano nel solco dei precedenti sinora menzionati, nei quali l'applicazione della *parental liability* aveva comportato l'imputazione dell'illecito antitrust alla sola capogruppo e non solidalmente a tutte le componenti della *single economic entity*, come da attuale prassi prevalente¹⁵⁶.

1.2.1. I casi *Stora Kopparbergs* e *DaimlerChrysler*

Nella sentenza *Stora Kopparbergs*, ancorché senza affermare espressamente che ai fini dell'imputazione della condotta illecita della controllata alla controllante fosse richiesto un

¹⁵⁵ B. CORTESE, *Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability*, cit., p. 84, sostiene che sarebbero emblematiche della prassi che appena appreso si andrà a esaminare anche la sentenza *Aristrain* (Corte di giustizia, sentenza del 2 ottobre 2003, causa C-196/99 P, *Siderúrgica Aristrain Madrid SL*) e *Dansk Rørindustri A/S e altri* (Corte di giustizia, sentenza del 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri A/S e altri*). Si deve però ritenere che, ancorché emblematiche di un approccio anti-formalistico nell'imputazione della responsabilità antitrust all'interno dei gruppi, le pronunce richiamate dall'autore non appaiono del tutto pertinenti alla ricostruzione logico-storica della *parental liability presumption*. Invero, il giudizio *Aristrain* risulta essere relativo alla imputazione di responsabilità fra "società sorelle". Il giudizio *Dansk Rørindustri A/S e altri*, invece, appare connotato da complesse peculiarità di fatto, sulla base delle quali – in estrema semplificazione – l'operazione della Commissione era stata quella di imputare in via solidale la responsabilità antitrust a tutte le società componenti un "gruppo di fatto", le quali – peraltro – avevano ciascuna a vario titolo preso parte all'illecito (si veda la Decisione della Commissione del 21 ottobre 1998, IV/35.691E-4 – *Intesa tubi preisolati*, e in particolare i punti 157 – 160). Anche questo secondo giudizio – pertanto – appare più correttamente riconducibile alla fattispecie controversa di imputazione di responsabilità fra società "sorelle", sulla quale si avrà occasione di tornare *infra* al par. 7.1.

¹⁵⁶ Quanto al caso *Stora*, si veda la Decisione della Commissione del 13 luglio 1994, IV/C/33.833 – *Cartoncino*, punto 158, dove si legge che "*Stora riconosce di essere responsabile per la partecipazione alla infrazione delle sue società controllate Feldmühle, Kopparfors e CBC sia prima che dopo la loro acquisizione da parte del gruppo*"; quanto al caso *DaimlerChrysler*, si veda la Decisione della Commissione del 10 ottobre 2001, COMP/36.264 – *Mercedes-Benz* e in particolare il relativo articolo 1 ("*DaimlerChrysler AG e le imprese alle quali è subentrata, Daimler-Benz AG e Mercedes-Benz AG, hanno violato, direttamente o tramite le loro controllate Mercedes-Benz Espana SA e Mercedes-Benz Belgium SA, l'articolo 81, paragrafo 1, del trattato CE*") e l'articolo 3 che individuato *DaimlerChrysler AG* quale unico soggetto destinatario della sanzione.

quid pluris oltre al “mero” dato del controllo totalitario, la Corte di giustizia aveva ritenuto corretta l’estensione di responsabilità alla controllante (*rectius*, l’imputazione di responsabilità alla sola controllante) proprio perché fondata non solo sul rilievo “formale” di una situazione di controllo totalitario, ma anche sull’ulteriore circostanza che la capogruppo non avesse contestato di aver effettivamente esercitato un’influenza determinante sulle controllante materialmente coinvolte nell’infrazione, né tantomeno avesse addotto elementi di prova idonei a dimostrarne l’autonomia commerciale decisionale¹⁵⁷.

La pronuncia, invero, non risulta del tutto chiara nel determinare l’onere probatorio richiesto all’autorità procedente per imputare alla capogruppo l’illecito di una controllata. Infatti, dopo aver osservato quanto sopra, la Corte di giustizia aveva soggiunto che la detenzione da parte della capogruppo dell’intero capitale sociale della controllata coinvolta nell’infrazione consentiva al Tribunale di “*legittimamente presumere, come osservato dalla Commissione, che la società controllante esercitasse effettivamente un influsso determinante sul comportamento della propria controllata*”, in particolare alla luce del rilievo che la capogruppo si fosse qualificata come “*unico interlocutore della Commissione*” nel corso del procedimento sanzionatorio. Il complesso di tali elementi avrebbe secondo la Corte di giustizia imposto alla ricorrente di “*invertire tale presunzione mediante idonei elementi di prova*”¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Corte di giustizia, sentenza del 16 novembre 2000, causa C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags AB*, punto 28.

¹⁵⁸ Corte di giustizia, sentenza del 16 novembre 2000, causa C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags AB*, punto 29. Una simile ambiguità emergeva anche dalla pronuncia del Tribunale che, dopo aver richiamato la sentenza *AEG Telefunken* al fine di sostenere che una controllata al 100% “*si attiene necessariamente alla politica tracciata dagli stessi organi statutari che fissano la politica della società controllante*”, aveva soggiunto che, nel caso di specie, la capogruppo non avesse dedotto alcunché per dimostrare la presunta autonomia commerciale della controllata sul mercato del cartoncino, tale per cui la stessa avrebbe determinato da sola gran parte della propria politica commerciale anche grazie a “*un proprio consiglio di amministrazione con rappresentanti esterni*” (si veda Tribunale UE, sentenza del 14 maggio 1998, causa T-354/94, *Stora Kopparbergs Bergslags AB*, punto 80). Appare comunque significativo che, in altri giudizi di impugnazione della medesima decisione della Commissione, le corti UE non abbiano affatto implicato alcun tipo di ragionamento presuntivo, riscontrando in concreto l’assenza di autonomia commerciale della controllata, dalla quale era discesa l’imputazione dell’infrazione alla (sola) controllante (si veda, in particolare, Tribunale UE, sentenza del 14 maggio 1998, causa T-352/94, *Mo och Domsjö AB*, spec. punti 87 – 94).

Se, da un lato, infatti, tale pronuncia appare esprimere una primordiale elaborazione della *parental liability presumption*¹⁵⁹, dall'altro i ripetuti richiami alla ricerca di elementi "ulteriori" rispetto al dato del controllo apparivano interpretabili come un rigetto di approcci formalistici, in base ai quali per l'applicazione della *parental liability* fosse sufficiente dimostrare solamente l'esistenza di una situazione di controllo capitalistico.

A tal riguardo, è del resto significativo evidenziare che nelle conclusioni rassegnate dall'AG Mischo nella causa *Stora* era stato espressamente affermato che il "semplice" dato formale della situazione di controllo totalitario non potesse essere sufficiente a imputare a una controllante l'illecito antitrust materialmente commesso da una controllata, essendo invece richiesto un *quid pluris*, seppur di carattere "indiziario"¹⁶⁰.

L'approccio adottato nella sentenza *Stora* è stato espressamente richiamato e replicato dal Tribunale UE nella sentenza *DaimlerChrysler*¹⁶¹.

¹⁵⁹ Anche A. KALINTIRI, *Revisiting Parental Liability in EU Competition Law*, cit., p. 149 e ss., afferma che, sebbene non evidente al momento della pronuncia, la sentenza *Stora* ha posto le basi per una trasformazione dei principi sottesi all'applicazione della *parental liability*. Del resto, la sentenza *Stora* verrà invero richiamata dalla sentenza *Akzo* quale precedente in cui – asseritamente – si sarebbe già fatta applicazione della *parental liability presumption*. L'autore, peraltro, sostiene che nel caso di specie il concreto contenuto della sentenza *Stora* fosse stato condizionato dal travisamento, da parte della ricorrente/capogruppo, dei criteri sulla base dei quali la Commissione l'aveva ritenuta responsabile dell'infrazione. In particolare, la ricorrente avrebbe (erroneamente) ritenuto che ciò fosse avvenuto solo sulla base del rilievo (formale) dell'esistenza di una *single economic unit* tra questa e le sue controllate. Ciò avrebbe spinto le corti UE a concentrarsi solamente sui requisiti legali e probatori per dimostrare l'esistenza di una *single economic unit*, senza chiarire espressamente che, in quel caso, la *parental liability* della capogruppo fosse invero stata riconosciuta sulla base del rilievo dello specifico esercizio del potere di controllo rispetto alle condotte anticompetitive, dimostrato dalla partecipazione all'infrazione di una pluralità di società controllate da quella capogruppo.

¹⁶⁰ Conclusioni dell'AG Mischo del 18 maggio 2000, causa C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags AB*, punto 40. Si veda anche il punto 48 delle conclusioni, nelle quali l'AG Mischo proponeva "alla Corte di dichiarare che, sebbene l'onere di dimostrare che la società madre abbia effettivamente esercitato un'influenza determinante sul comportamento della sua controllata sia a carico della Commissione, tuttavia detto onere è meno gravoso nel caso di un controllo al 100%. Un elemento ulteriore rispetto alla quota di partecipazione è pur sempre necessario, ma può essere costituito da indizi di prova". Ancorché la sentenza *Stora* non abbia dato espresso seguito a tali affermazioni dell'AG Mischo, potrebbe ragionevolmente essere ritenuta sintomatica di un implicito assenso a tali tesi la circostanza che la Corte di giustizia abbia espressamente ritenuto "inesatto [...] l'assunto secondo il quale il Tribunale avrebbe addossato alla ricorrente l'onere di dimostrare l'indipendenza di comportamento della controllata di quest'ultima", implicitamente quindi confermando che la prova dell'effettivo esercizio di un'influenza determinante della capogruppo fosse comunque onere dell'autorità procedente (Corte di giustizia, sentenza del 16 novembre 2000, causa C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags AB*, punto 29; si veda anche L. LA ROCCA, *The controversial issue of the parent-company liability for the violation of EC competition rules by the subsidiary in European Competition Law Review*, 2, 2011, p. 69, che sostiene che la Corte di giustizia abbia condiviso le conclusioni dell'AG Mischo, non avendole espressamente rifiutate).

¹⁶¹ Tribunale UE, sentenza del 15 settembre 2005, causa T-325/01, *DaimlerChrysler AG*.

Anche in quel caso, il Tribunale UE aveva sostenuto che una partecipazione totalitaria nel capitale sociale della controllata, autrice materiale dell'illecito, non fosse sufficiente di per sé per accertare una responsabilità della società madre, essendo richiesto un *quid pluris* eventualmente rappresentato anche dalla “non contestazione” da parte della stessa società madre della circostanza di aver effettivamente esercitato un'influenza determinante sulla controllata o dall'essersi la capogruppo presentata come unico interlocutore della Commissione nel corso del procedimento¹⁶². Solo in presenza di tale complesso di elementi, alla società madre sarebbe richiesto di “*superare tale presunzione sulla base di sufficienti elementi di prova*”.

1.2.2. Il caso *Bolloré*

Ancor più significativa nel richiedere un *quid pluris* oltre al dato del controllo, ai fini dell'applicazione della presunzione, è la sentenza *Bolloré*. Tale giudizio aveva ad oggetto l'impugnazione di una decisione della Commissione che aveva ritenuto solidalmente responsabile per l'illecito della controllata anche la relativa controllante (dunque, come anticipato, con approccio differente rispetto agli altri precedenti citati appena sopra, ove l'imputazione di responsabilità era avvenuta nei confronti della sola controllante).

Ebbene, nella sentenza *Bolloré* – con affermazioni che espressamente rinviavano non solo alle conclusioni dell'AG Mischo, ma anche alla stessa sentenza *Stora* – il Tribunale UE aveva al di fuori di ogni ragionevole dubbio affermato che “*l'elemento relativo alla detenzione della totalità del capitale della controllata, sebbene costituisca un forte indizio dell'esistenza, in capo alla società controllante, di un potere di influenza determinante sul comportamento della controllata*

¹⁶² Si veda in particolare Tribunale UE, sentenza del 15 settembre 2005, causa T-325/01, *DaimlerChrysler AG*, punto 219, dove, richiamando espressamente la sentenza *Stora* della Corte di giustizia, viene affermato che “*se è pur vero che il possesso del 100 % del capitale non consente, di per sé, di accertare la responsabilità della società madre*”, la Commissione può parimenti imputare alla controllante il comportamento della sua controllata nel caso la prima non contesti “*di essere stata in grado di incidere in modo determinante sulla politica commerciale della propria filiale, senza fornire elementi di prova a sostegno delle proprie affermazioni quanto all'autonomia di quest'ultima. Infatti, in presenza del possesso della totalità del capitale sociale della controllata, la Commissione può legittimamente presupporre che la società madre eserciti effettivamente un potere determinante sul comportamento della propria controllata*”, precisando che ciò sia in particolare vero se la capogruppo sia stata l'unico interlocutore della Commissione nel corso del procedimento.

sul mercato, non è sufficiente, di per sé, per permettere di imputare la responsabilità del comportamento della controllata alla società controllante [...] Un elemento supplementare [...] resta necessario, ma può essere costituito da indizi. Tale elemento supplementare non deve per forza risiedere nella prova di istruzioni effettivamente impartite dalla società controllante alla controllata affinché questa partecipi all'intesa"¹⁶³.

Sebbene la sentenza *Bolloré* sia stata successivamente annullata dalla Corte di giustizia, per profili diversi da quelli dell'applicazione della responsabilità in via solidale della *Bolloré*¹⁶⁴, la pronuncia appare significativa, anche quale emblema di un determinato orientamento giurisprudenziale che verrà espressamente disatteso con la compiuta elaborazione della *parental liability presumption*¹⁶⁵.

È d'interesse anticipare peraltro che la sentenza *Akzo* non prenderà specifica posizione rispetto alla sentenza *Bolloré*, nonostante il richiamo a quest'ultima pronuncia, da parte della ricorrente in *Akzo*, per avvalorare la tesi che, ai fini dell'imputazione della *parental liability*, fosse necessario un *quid pluris* oltre al mero dato del controllo.

Tuttavia, la pronuncia è stata oggetto di esplicita critica da parte dell'AG Kokott nelle conclusioni rassegnate proprio nella causa *Akzo*.

¹⁶³ Tribunale UE, sentenza del 26 aprile 2007, cause riunite T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 e T-136/02, *Bolloré SA*, punto 133. Nel caso di specie, il Tribunale aveva quindi ritenuto la decisione della Commissione meritevole di conferma, rilevando che nel caso di specie la Commissione avesse individuato ulteriori elementi di fatto, idonei a dimostrare che la controllata (*Copigraph*) applicava essenzialmente le istruzioni che le erano impartite dalla capogruppo (*Bolloré*) (si veda il punto 133 della sentenza). Nel caso di specie, tali elementi fattuali erano stati individuati fra l'altro nella presenza di *interlocking directorates* fra le società.

¹⁶⁴ In particolare, i motivi di annullamento riguardavano talune violazioni del diritto di difesa della *Bolloré* relative all'imputazione di responsabilità (anche) per la pretesa partecipazione diretta nell'asserito illecito (si veda in particolare Corte di giustizia, sentenza del 3 settembre 2009, cause riunite C-322/07 P, C-327/07 P e C-338/07 P, *Papierfabrik August Koehler AG*, punti 34 – 46).

¹⁶⁵ Si esprime in tal senso anche A. KALINTIRI, *Revisiting Parental Liability in EU Competition Law*, cit., p. 150, che individua, in particolare, due aspetti rilevanti della pronuncia: "On the one hand, it is clear that the Court did not perceive the existence of a "single economic unit" to be the justification for the attribution to parent companies of responsibility for the anticompetitive acts of their subsidiaries. Rather, some sort of link between the parent company and the infringement in question had to be established, even if only indirectly by means of indicia. On the other hand though, the nature and intensity of the necessary connection between the parent company and the antitrust violation in *Bolloré* differs from that in the pre-*Stora* jurisprudence. The mere fact that the parent company was aware of the anticompetitive acts of its subsidiaries appears to have sufficed for its liability to be triggered".

Non potendo negare l'esplicito *dictum* della pronuncia, l'AG aveva infatti tentato di collocarla in un filone interpretativo distinto rispetto alle sentenze *Stora* e *DaimlerChrysler*, qualificandola come un orientamento autonomo e senza precedenti analoghi.

Per tale ragione, l'AG ha quindi soggiunto che il Tribunale fosse incorso in un errore di diritto, male interpretando le sentenze *AEG* e *Stora* o, comunque, pretendendo di superare un precedente orientamento giurisprudenziale, inasprendo – senza alcuna motivazione – i requisiti probatori della *parental liability*¹⁶⁶. Si tratta di osservazioni particolarmente interessanti, perché, anzitutto, confermano la tesi secondo cui in seno alle corti UE fosse diffusa la convinzione che la *parental liability presumption* fosse stata applicata, nelle forme proprie della sentenza *Akzo*, anche in precedenza sin dalla sentenza *AEG Telefunken*. Sotto altro profilo, appare degno di nota che l'AG Kokott abbia esplicitamente censurato la scelta del Tribunale in *Bolloré* di applicare la *parental liability presumption* solo in presenza di un *quid pluris* oltre al “mero” dato del controllo.

1.3. La terza fase dell'elaborazione: la sentenza *Akzo* e l'introduzione della *parental liability presumption* fondata solo sul “controllo”. Quale *ratio*?

A fronte di una prassi applicativa in materia di imputazione di responsabilità all'interno dei gruppi, non particolarmente rigorosa¹⁶⁷ nelle prime due “fasi” oggetto di

¹⁶⁶ Conclusioni dell'AG Kokott del 23 aprile 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV*, punti 63 – 70.

¹⁶⁷ Come notato dalla stessa Corte di giustizia, sentenza del 19 luglio 2012, cause riunite C-628/10 P e C-14/11 P, *Alliance One International Inc. e altri*, punto 51, nel periodo di adozione della decisione oggetto di impugnazione in quel giudizio – ovverosia, il 2004 – “la Commissione nutriva dubbi, alla luce della giurisprudenza dell'epoca, sul punto di sapere se il controllo, da parte di una società controllante, dell'intero capitale della sua controllata consentisse di per sé solo, di applicare la [parental liability presumption], sebbene questa non fosse stata confutata, e se detto controllo fosse quindi sufficiente al fine di dimostrare l'esercizio effettivo di un'influenza determinante da parte di una società controllante sulla sua controllata”. Dunque, la stessa Corte di giustizia ha riconosciuto espressamente che – quantomeno in quella che è stata qui qualificata come “seconda fase” della *parental liability* – vi fosse un'incertezza sulla necessità o meno di dimostrare la sussistenza di un *quid pluris*, oltre al semplice dato del controllo, ai fini dell'applicazione della *parental liability presumption*. Sul punto, si veda anche C. HUMMER, *Alliance One - General Court Overturned Parental Liability of a Pure Financial Holding Company*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2, 2011, p. 127. Di diverso avviso è invece parso mostrarsi il Tribunale UE in un'altra pronuncia, nella quale è stato sostenuto che “le condizioni di responsabilità delle società controllanti per le loro controllate non [sarebbero state] affatto caratterizzate da una ‘imprevedibilità’ assoluta”, in violazione del principio di certezza del diritto, perché la *parental liability presumption* sarebbe asseritamente stata “chiaramente

ricostruzione appena sopra, è in una “terza fase”, con la sentenza *Akzo*¹⁶⁸, che – definitivamente – la Corte di giustizia traccia gli elementi costitutivi della *parental liability presumption*. A partire da tale pronuncia, infatti, si svilupperà tutta l’evoluzione successiva in materia di imputazione di responsabilità all’interno dei gruppi, quantomeno per ciò che concerne la trasmissione “ascendente” di responsabilità all’interno della *single economic entity*.

Invero, al netto di una formale “continuità di fasi” alle quali si è sinora dato conto, solamente per scandire sul piano temporale l’approccio eurounitario sul punto, sembra più appropriato sostenere che solamente con il caso *Akzo* sia effettivamente e definitivamente emersa la *parental liability presumption*¹⁶⁹.

È importante premettere che la sentenza *Akzo* trae origine dall’impugnazione di una decisione della Commissione nella quale – secondo un approccio in precedenza riscontrato nel solo caso *Bolloré* – la capogruppo era stata ritenuta responsabile in via solidale con le controllate, autrici materiali dell’illecito¹⁷⁰. È infatti a partire dall’anno 2004, nel quale è stata adottata la decisione *Akzo*, che si consoliderà la prassi della condanna in via solidale degli appartenenti alla medesima impresa¹⁷¹.

Più nel dettaglio, la Commissione aveva ritenuto le società del gruppo *Akzo* fra loro responsabili in via solidale, in espressa applicazione della *single economic entity doctrine*, così

affermat[a]” sin dalla sentenza *AEG-Telefunken* (si veda Tribunale UE, sentenza del 27 giugno 2012, causa T-372/10, *Bolloré*, punti 43 – 45).

¹⁶⁸ Corte di giustizia, sentenza del 10 settembre 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV*.

¹⁶⁹ Si veda anche L. LA ROCCA, *Profili problematici dell’imputazione soggettiva della sanzione antitrust*, Giappichelli, 2010, spec. p. 132, ove si sostiene che la sufficienza del solo dato del controllo totalitario, ai fini dell’affermazione della presunzione di effettivo esercizio di influenza determinante, venga affermata solo a partire dal caso *Akzo*.

¹⁷⁰ Anche A. KALINTIRI, *Revisiting Parental Liability in EU Competition Law*, cit., p. 154, evidenzia tale “mutamento” di prassi, affermando tuttavia che la Decisione della Commissione euro nel procedimento IV/26.911 – *ZOJA/CSC* – *ICI*, rappresenta un’eccezione nell’ambito della precedente prassi (ovverosia la Commissione aveva ritenuto solidalmente responsabili per l’asserita violazione antitrust sia la controllante sia la controllata). L’autore giustifica tale diverso approccio con la necessità, in quel caso, di fondare la giurisdizione della Commissione.

¹⁷¹ Si veda anche K. SADRAK, *Joint and Several Liability in EU Competition Law*, Cambridge, 2022, p. 16, ove anche un chiaro schema grafico dal quale emerge che la ricorrenza delle condanne in via solidale a partire dal 2004, con l’aggiunta che, negli ultimi 15 anni, i casi di condanne in solido rappresentano l’88% del totale delle decisioni della Commissione.

qualificando controllante e controllate come un'unica impresa ai fini antitrust. Quantomeno sulla base della decisione della Commissione, sembra però corretto ritenere che l'imputazione di responsabilità alla capogruppo non conseguiva tuttavia a un pedissequo riscontro meramente presuntivo dell'effettivo esercizio di un'influenza determinate della capogruppo Akzo Nobel N.V., sulla base del "mero" dato del controllo esercitato da quest'ultima sulle imprese materialmente autrici dell'illecito.

Diversamente, la decisione della Commissione si fondava anzitutto sulla considerazione che la capogruppo non fosse qualificabile come mero "investment vehicle". Inoltre, dalle risultanze istruttorie era emerso come tale impresa fosse il "centro societario" del relativo gruppo, determinandone la relativa politica commerciale. Tali elementi rappresentavano una conferma dell'effettivo esercizio di un'influenza determinante sulle controllate, tenuto conto anche (e non solo) della partecipazione nelle stesse detenuta¹⁷².

¹⁷² Appare rilevante riportare integralmente i passaggi rilevanti della decisione della Commissione: "As for Akzo Nobel N.V., the Commission considers that during the infringement period this legal entity formed an economic unit with the other legal entities to which this Decision is addressed. It was this economic unit that was responsible for the production and sale of choline chloride in the EEA and which participated in the cartel. This conclusion could only be different if the (direct or indirect) operational subsidiaries of Akzo Nobel N.V. were able to – and actually did – operate an autonomous commercial policy in the period concerned. This is, however, not the case. Akzo Nobel N.V. is not simply an investment vehicle which serves merely to invest capital in companies whose commercial operations it then leaves to those companies, withdrawing capital as soon as it considers that an investment in other companies, possibly not belonging to the Akzo Nobel group, would provide a better return. As Akzo Nobel itself describes the functions of Akzo Nobel N.V., this legal entity serves as 'the corporate centre' of the Akzo Nobel group of companies. This corporate centre, again in the words of Akzo Nobel, 'coordinates the main activities with regard to the general strategy of the group, finances, legal affairs and human resources'. Through these functions, Akzo Nobel N.V. was able to exercise decisive influence over the commercial policy of its group subsidiaries, all of which were directly or indirectly 100% owned by Akzo Nobel N.V., and, it may be assumed, in fact did so. Akzo Nobel has provided no evidence to refute this assumption and has, in fact, confirmed that Akzo Nobel N.V. does in practice exercise decisive influence over the most important commercial decisions for the entire group of Akzo Nobel companies. The lack of commercial autonomy of the group's operating companies or business units within the Akzo Nobel group is also clear from the so-called 'Authority Schedules' submitted by Akzo Nobel [...]" (Decisione della Commissione del 9 dicembre 2004, COMP/E-2/37.533 – Choline Chloride, punti 172 – 173). Le affermazioni risultano particolarmente rilevanti in quanto apparivano volte a imporre la ricerca di elementi idonei a identificare un complessivo interesse di gruppo, allo stesso tempo distinto e comune alla capogruppo e alle altre società del gruppo e che, diramandosi dal "centro societario" rappresentato dalla capogruppo, si attualizza appunto mediante l'attività di direzione e coordinamento (sulla nozione di "interesse di gruppo", sul piano del diritto societario interno, si veda P. MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi giurisprudenza*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2, 2016, p. 111 e ss.). Dunque, ancorché implicitamente il rilievo di una situazione di controllo (totalitario) possa in una certa misura essere idoneo ad attenuare l'onere probatorio in questione (si veda sul punto anche *supra* al par. 1.2.1. quanto affermato dall'AG Mischo in *Stora*) la Commissione rifuggiva dall'applicazione (quantomeno espressa) di formalismi presuntivi e, anzi, apparentemente sembrava escludere che in mancanza dell'espressione di una dinamica di coordinamento strategico da parte della capogruppo – ad esempio, perché mera *holding*

Soltanto alla luce di tali plurimi rilievi la Commissione riteneva irrilevante – ai fini della prova dell’esistenza di una *single economic entity* – il mancato coinvolgimento diretto della controllante nelle attività di produzione e vendita del prodotto “cartellizzato”, in particolare considerato che la divisione dei compiti risulta un fenomeno normale all’interno dei gruppi di società¹⁷³.

In sede di impugnazione, nel confermare la decisione della Commissione, il Tribunale UE e la Corte di giustizia, tuttavia, hanno seguito solo parzialmente la linea logico-argomentativa della Commissione, identificando uno standard probatorio effettivamente coerente con il contenuto della decisione¹⁷⁴.

In particolare, è il Tribunale UE ad affermare esplicitamente per la prima volta che la controllante può essere chiamata a rispondere in via solidale dell’illecito antitrust della controllata qualora abbia effettivamente esercitato sulla stessa un’influenza determinante.

finanziaria – potesse identificarsi (e provarsi l’esistenza di) una *single economic entity*, così da imputare alla capogruppo l’infrazione della controllata. Tale approccio non emerge tuttavia dai principi espressi in sede di impugnazione del provvedimento dalle corti UE, né tantomeno in successive pronunce, a partire dalle quali, nonostante il predetto inquadramento, è stato sostanzialmente configurato in capo all’autorità procedente un onere probatorio “formale”, sulla base del quale è stata fra l’altro favorita l’applicazione della presunzione anche in caso di *holding* finanziarie.

¹⁷³ Anche rispetto a tale profilo, appare d’interesse riportare integralmente il passaggio rilevante della decisione della Commissione: “*The fact that the legal entity Akzo Nobel N.V. was not itself involved in the production and sale of choline chloride is not determining for the question whether it should be considered to constitute a single economic unit with the operational units in the group that were directly involved in the production and sale of choline chloride. Division of tasks is a normal phenomenon within a group of companies. An economic unit by definition performs all of the main functions of an economic operator within the legal entities of which it is composed. Group companies and business units that are dependent on a corporate centre for the basic orientation of their commercial strategy and operations, for their investments and finances, for their legal affairs and for their leadership cannot be considered to constitute an economic unit in their own right*” (Decisione della Commissione del 9 dicembre 2004, COMP/E-2/37.533 – *Choline Chloride*, punto 174).

¹⁷⁴ Invero, il diverso approccio seguito dalle corti UE potrebbe essere stato giustificato dai razionali delle censure mosse dalla Akzo Nobel NV in sede di impugnazione, nelle quali l’assenza di un nesso tra la controllante e il preteso illecito non era stata dedotta al fine di dimostrare un’eventuale errata applicazione della *single economic entity doctrine*. Diversamente, le censure si fondavano sul rilievo secondo cui una controllante avrebbe potuto essere ritenuta responsabile dell’illecito delle proprie controllate solo se l’esercizio di un’influenza determinante avesse riguardato la politica commerciale in senso stretto delle affiliate (si veda in particolare Tribunale UE, sentenza del 12 dicembre 2007, causa T-112/05, *Akzo Nobel NV*, punto 36 “*Secondo l’analisi della giurisprudenza effettuata dalla Akzo Nobel, l’influenza determinante che una società controllante deve esercitare per vedersi imputare la responsabilità delle azioni della propria controllata deve riguardare la politica commerciale stricto sensu di quest’ultima. La Commissione dovrebbe quindi provare, in primo luogo, la possibilità che la società controllante eserciti un potere di direzione tale da privare la propria controllata di qualunque autonomia nella sua linea d’azione commerciale e, in secondo luogo, il fatto di aver esercitato tale potere*”). Evidenza tale peculiarità anche A. KALINTIRI, *Revisiting Parental Liability in EU Competition Law*, cit.

Ciò posto, nel caso in cui la controllante ne detenga il 100% del capitale, esiste una presunzione semplice che tale controllante eserciti un'influenza determinante sul comportamento della sua controllata e che esse costituiscano quindi un'unica impresa ai sensi dell'(allora) art. 81 CE. In tal caso, spetta alla controllante confutare tale presunzione, fornendo elementi di prova idonei a dimostrare l'autonomia commerciale / decisionale della controllata¹⁷⁵.

Le deduzioni del Tribunale UE hanno trovato pedissequa e integrale conferma nella sentenza della Corte di giustizia, che ha altresì chiarito che la *parental liability presumption* consente alla Commissione di non produrre, nella fase della comunicazione degli addebiti, elementi ulteriori rispetto alla prova relativa alla detenzione da parte della società controllante del capitale delle proprie controllate¹⁷⁶.

Pertanto, nell'applicare tale presunzione l'onere probatorio in capo all'autorità procedente si "ridurrà" – in via di principio e salve le ulteriori evoluzioni delle quali si darà conto a breve – alla sola dimostrazione della partecipazione capitalistica totalitaria nella controllata, autrice materiale dell'illecito.

Orbene, sembra però singolare che il Tribunale UE e la Corte di giustizia abbiano entrambe rinvenuto le radici di tale presunzione nella sentenza *AEG Telefunken*, asseritamente confermata anche dalla sentenza *Stora*, nella quale il richiamo a un *quid pluris* oltre al mero dato del controllo totalitario ma fosse avvenuto solo sulla base di un'argomentazione *ad abundantiam*¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Tribunale UE, sentenza del 12 dicembre 2007, causa T-112/05, *Akzo Nobel NV*, punto 60. Ponendo probabilmente le basi della successiva elaborazione giurisprudenziale, il Tribunale UE peraltro già delineava l'oggetto dell'eventuale prova contraria in maniera particolarmente rigorosa, escludendo che la pretesa esistenza di un'unica entità economica potesse essere sconfessata semplicemente negando la sussistenza di una influenza sulla "politica dei prezzi [...], le attività di produzione e di distribuzione [...], gli obiettivi di vendita, gli utili lordi, le spese di vendita, il «cash flow», le giacenze e il marketing". Infatti, la deduzione di tali elementi fattuali – ancorché valorizzati in altri precedenti giurisprudenziali eurounitari – non invertirebbe la presunzione, perché non solo tali aspetti rientrano "nella nozione della politica commerciale di una controllata" (si veda il punto 64 della sentenza).

¹⁷⁶ Corte di giustizia, sentenza del 10 settembre 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV*, punti 60 e 64.

¹⁷⁷ Tribunale UE, sentenza del 12 dicembre 2007, causa T-112/05, *Akzo Nobel NV*, punto 61. Corte di giustizia, sentenza del 10 settembre 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV*, punto 62, dove molto chiaramente si afferma che: "se è pur vero che la Corte, ai punti 28 e 29 della citata sentenza *Stora*, ha menzionato, oltre alla detenzione del 100% del capitale della controllata, altre circostanze, quali la mancata contestazione dell'influenza esercitata dalla controllante sulla politica commerciale della propria controllata e la rappresentanza comune delle due società durante il

Come discusso sinora, tuttavia, quantomeno in termini di espresse petizioni di principio, mai, prima della sentenza *Akzo*, era stata elaborata una simile presunzione di carattere formalistico, sulla base della quale sarebbe stato possibile estendere in via solidale alla controllante la responsabilità antitrust della controllata, a prescindere dalla sussistenza di ogni elemento ulteriore, rispetto al solo dato del controllo¹⁷⁸.

Nonostante ciò, in *Akzo*, le corti UE hanno presentato l'elaborazione della *parental liability presumption* come pedissequa applicazione di un precedente e già consolidato orientamento giurisprudenziale.

Sembra però ragionevole affermare che la sentenza *Akzo* ha invece contribuito all'avvio di una fase giurisprudenziale completamente nuova, sulla base e a partire dalla quale sono così potute proliferare decisioni della Commissione nelle quali si è fatta applicazione della *parental liability presumption* sempre più frequentemente fondando l'imputazione di responsabilità solidale della controllante sul mero dato formale del controllo. La prassi della Commissione ha poi trovato sempre seguito nelle pronunce delle

procedimento amministrativo, ciò non toglie che tali circostanze siano state rilevate dalla Corte solo con l'obiettivo di mostrare tutti gli elementi su cui il Tribunale aveva fondato il suo ragionamento e non per subordinare l'applicazione della presunzione [...] alla produzione di indizi supplementari relativi all'effettivo esercizio di un'influenza della società controllante". Nella conclusioni presentate nella causa *Akzo*, l'AG Kokott aveva analizzato specificamente i passaggi della sentenza *Stora* su un piano lessicale, osservando, fra l'altro, che "utilizzando la locuzione introduttiva 'in particolare' si chiarisce che la rappresentanza esclusiva del gruppo *Stora* da parte della società madre del medesimo nel procedimento amministrativo è stata considerata solo come un elemento supplementare, non in grado di limitare la presunzione comunque sussistente circa l'esercizio di un'influenza determinante, bensì semmai di rafforzarla" (Conclusioni dell'AG Kokott del 23 aprile 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV*, punto 59). Secondo l'AG Kokott, tale interpretazione della sentenza *Stora* sarebbe stata ulteriormente confermata da un "confronto con le conclusioni presentate nella causa suddetta dall'avvocato generale Mischo, il quale non aveva ritenuto sufficiente la detenzione di una partecipazione del 100% per un'imputazione di responsabilità alla società madre e aveva preteso 'un elemento ulteriore'. Ma la sua argomentazione non è stata poi recepita dalla Corte nella sentenza *Stora*" (Conclusioni dell'AG Kokott del 23 aprile 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV*, punto 60).

¹⁷⁸ Si esprime in termini sostanzialmente analoghi A. KALINTIRI, *Revisiting Parental Liability in EU Competition Law*, cit., p. 164, che rileva come "Regrettably, the change of tack post-Akzo was not expressly acknowledged by the EU Courts, which insisted that the "single undertaking" justification for holding parent companies responsible for the anticompetitive acts of their subsidiaries stems from earlier jurisprudence". Come anticipato, tuttavia, non mancano opinioni dottrinali che sostengono che la *parental liability presumption* fosse già stata elaborata nella sentenza *AEG Telefunken* (lo sostiene anche l'AG Kokott, nelle conclusioni presentate nella causa *Akzo*: "Già dalla sentenza *AEG* discende che, nel contesto dell'imputabilità di un comportamento anticoncorrenziale in seno ad un gruppo societario, è superfluo verificare se una società madre si sia avvalsa del proprio potere di influenzare in modo determinante la politica di distribuzione e dei prezzi di una sua società controllata al 100%, in quanto – afferma la Corte – una società controllata al 100% segue 'necessariamente la politica tracciata dagli stessi organi statuari' che fissano la politica della società madre" (Conclusioni dell'AG Kokott del 23 aprile 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV*, punti 51 – 52).

corti UE, in sede di impugnazione, le quali hanno pedissequamente ripreso le affermazioni delle sentenze *Akzo*¹⁷⁹.

Tale tesi, del resto, trova riscontro persino nelle conclusioni dell'AG Bot, nella causa *ArcelorMittal*, nelle quali viene esplicitamente sostenuto che con *Akzo* la Corte di giustizia avrebbe posto “*fine alle divergenze di interpretazione seguite alla [...] sentenza Stora*”, risolvendo ogni incertezza sull'applicazione della *parental liability presumption*¹⁸⁰.

1.4. Osservazioni critiche sulla *parental liability presumption* e sui razionali ad essa sottostanti: le conclusioni degli AG Kokott e Mazák

Come si avrà modo di approfondire *infra* al par. 3 e ss. nel valutare l'onere probatorio posto in capo alle imprese per confutare l'applicazione della *parental liability presumption*, la giurisprudenza rilevante in materia ha consentito il consolidarsi di una presunzione in concreto assoluta, mai confutata nel merito.

Infatti, la copiosa giurisprudenza seguente ha ripetutamente disatteso la rilevanza di qualsivoglia elemento fattuale dedotto dalle controllanti per confutare l'applicazione della *parental liability presumption* e dimostrare la pretesa autonomia della controllata nella determinazione delle proprie politiche commerciali.

Muovendo da tale considerazione *ex-post* per ricercare i razionali sottesi all'elaborazione della presunzione, emerge quindi una surrettizia volontà di agevolare l'onere probatorio imposto alle autorità procedenti, riducendo ogni rischio del proliferare di un contenzioso impugnatorio fondato su una valutazione fattuale dettagliata nel merito dell'eventuale autonomia della controllata.

¹⁷⁹ A. KALINTIRI, *Revisiting Parental Liability in EU Competition Law*, cit., p. 151, valorizza chiaramente questo “passaggio”, notando fra l'altro – da un lato – che affermazioni analoghe a quelle della sentenza *Akzo* “*may be found in virtually every judgment considering a parental liability-related plea*”; dall'altro che “*the Commission's burden of proof was considerably eased in the case of wholly-owned subsidiaries thanks to the introduction of the Akzo presumption*”, tanto che “*The consequences of Akzo were almost immediate. Ever since, the authority has adopted a long stream of decisions holding parent companies responsible for the anticompetitive transgressions of their subsidiaries – often solely on account of the fact that they own a 100% shareholding in the latter*”.

¹⁸⁰ Conclusioni dell'AG Bot del 26 ottobre 2010, cause riunite C-201/09 P e C-216/09 P, *ArcelorMittal Luxembourg SA*, punti 204 – 213

Inoltre, nella misura in cui, nell'ambito dei gruppi, l'applicazione della *parental liability presumption*, quale manifestazione della *single economic entity doctrine*, ha fra l'altro l'effetto di ampliare la platea dei soggetti responsabili per l'illecito antitrust, tale agevolazione probatoria mira presumibilmente anche a favorire un simile obiettivo.

Anche in dottrina l'elaborazione della presunzione è stata ricondotta alla necessità di disporre di uno "strumento" per garantire la piena effettività del diritto antitrust UE¹⁸¹ o, comunque, più realisticamente, per garantire l'efficacia deterrente delle sanzioni antitrust¹⁸². Infatti, come si analizzerà nel dettaglio nel III capitolo, l'applicazione della *parental liability presumption* consente in via di principio l'irrogazione di sanzioni ben più alte di quelle che sarebbe possibile applicare coinvolgendo nel procedimento la sola controllata (sia per il possibile innalzamento del massimo edittale sia per le ricadute dirette sui metodi di quantificazione della sanzione).

L'opinione più diffusa in dottrina è dunque quella secondo cui i criteri di imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi, sottesi alla *single economic entity doctrine*, assolvano principalmente finalità di deterrenza¹⁸³.

Sul piano pratico, la presunzione in esame consente poi di evitare comportamenti opportunistici della capogruppo, ad esempio diretti a sfruttare la formale autonomia

¹⁸¹ L.F. PACE, *The Parent-subsidiary Relationship in EU Antitrust Law and the AEG Telefunken Presumption: Between the Effectiveness of Competition Law and the Protection of Fundamental Rights*, cit., p. 200.

¹⁸² B. CORTESE, *Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability*, cit., p. 93 afferma anzi espressamente che "the presumption of actual exercise of decisive influence by the parent company, in the case of wholly owned subsidiaries, is not really justified by the need to preserve the effectiveness of Article 101 TFEU. It is rather a way to enhance that effectiveness by making it easier for the Commission to prosecute cartels and by letting it impose higher fines on the 'undertaking' concerned, thus enhancing the dissuasive effect of EU public enforcement proceedings".

¹⁸³ Si vedano, ad esempio, C. VIEIRA PERES, *Don't Blame the Children. Why Inverted and Horizontal Liability for Antitrust Infringements Should Be Rejected*, in *Market and Competition Law Review*, 5, 2, 2021, p. 14; C. KOENIG, *An economic analysis of the single economic entity doctrine in EU Competition Law*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 13, 2, 2017, pp. 290 – 291; J. TEMPLE LANG, *How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Price Fixing by a Wholly-Owned Subsidiary Be Resolved*, in *Fordham International Law Journal*, 37, 5, 2014, p. 1487 – 1488, che sostiene che il mutamento di prassi in materia di *parental liability* di cui si è dato conto *supra* al par. 1.3., sulla base del quale si è giunti, dalla ricerca di indizi di un coinvolgimento "to a greater or lesser extent, in the operations of the subsidiary", all'applicazione "formalistica" della presunzione, sarebbe proprio conseguenza dell'esigenza di virare gradualmente "towards a more easily applied rule that would justify higher fines"; R. BURNLEY, *Group Liability for Antitrust Infringements: Responsibility and Accountability*, in *World Competition*, 33, 4, 2010, p. 598.

giuridica di una controllata, al fine di “delegare” la commissione di violazioni antitrust a quest’ultima, eventualmente anche nell’interesse della controllata (o dell’intero gruppo)¹⁸⁴.

Anche la giurisprudenza eurounitaria ha espressamente riconosciuto che la *parental liability presumption* è volta a evitare che l’imputazione dell’illecito antitrust solo alla controllata che ne è materialmente responsabile renda più difficile l’accertamento di violazioni antitrust all’interno dei gruppi, ciò precludendo una efficace repressione a livello del gruppo¹⁸⁵.

Realisticamente, il fine ultimo dell’elaborazione della *parental liability presumption* risulta quindi essere garantire una maggiore deterrenza delle sanzioni, imputando alle controllanti una forma di responsabilità (quasi) oggettiva per le condotte delle controllate.

L’esplicitazione di simili ragioni è del resto ben evidente nelle conclusioni presentate nella causa *Akzo* dall’AG Kokott.

Secondo l’AG Kokott, è infatti il principio della responsabilità personale (dell’impresa in senso antitrust) e l’esigenza di garantire un’applicazione effettiva delle norme sulla concorrenza che conduce a ritenere solidalmente responsabili tutte le società

¹⁸⁴ L.F. PACE, *The Parent-subsidiary Relationship in EU Antitrust Law and the AEG Telefunken Presumption: Between the Effectiveness of Competition Law and the Protection of Fundamental Rights*, cit., p. 200. F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L’imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra ‘responsabilità personale’ e finalità dissuasive*, cit., p. 1074, evidenziano infatti che, se l’imputazione della responsabilità seguisse gli ordinari principi civilistici, nel rispetto della separazione delle persone giuridiche, per una capogruppo vi sarebbe un “fortissimo incentivo a ristrutturare la sua attività secondo la logica del gruppo di imprese, affidando a ciascuna controllata il compito di operare in un distinto mercato del prodotto (ed eventualmente geografico)”. Conseguentemente, secondo gli autori, “definire i confini esterni della nozione di impresa serve a comprendere se e in che misura gli operatori del mercato possano ricorrere alla struttura del gruppo di imprese per eludere l’applicazione delle ammende antitrust o per comunque ridurre significativamente l’impatto punitivo e il potere deterrente”.

¹⁸⁵ Ancorché non avente specificamente ad oggetto una fattispecie di applicazione della *parental liability presumption*, si veda Tribunale UE, sentenza del 12 dicembre 2018, causa T-677/14, *Biogaran*, punto 226, che evidenzia anzitutto che, al fine della trasmissione della responsabilità fra entità appartenenti alla medesima *single economic entity*, non sia richiesta la consapevolezza dell’illecito in capo alla società alla quale la responsabilità viene estesa in via solidale. Ciò perché, se così fosse, “l’accertamento delle infrazioni al diritto della concorrenza all’interno dei gruppi di società sarebbe resa più difficile, laddove la presunzione di controllo, da parte della società madre, della controllata detenuta al 100% è volta ad evitare che comportamenti illeciti siano imputati solo alle controllate che ne sono direttamente responsabili ed evitano, per tale motivo, una repressione a livello del gruppo”. Colpisce, peraltro, che in tale pronuncia il Tribunale faccia riferimento a una “presunzione di controllo”, quando, invero, la presunzione dovrebbe avere ad oggetto l’effettivo esercizio di un’influenza determinante, da individuare come un *quid pluris* rispetto a una “semplice” situazione di controllo (similmente a quanto si ritiene nel rapporto tra attività di direzione e coordinamento e controllo).

del gruppo (per quanto per ora rileva, la capogruppo), al fine di garantire un'efficace repressione delle condotte anticoncorrenziali¹⁸⁶.

Solo così, dunque, si può effettivamente garantire che la sanzione colpisca non solo il soggetto giuridico materialmente responsabile dell'illecito, bensì la "forza economico/competitiva" (cioè, appunto, l'impresa) alla quale è complessivamente riferibile l'illecito antitrust, tenendo correttamente conto del relativo potere economico al momento del calcolo della sanzione¹⁸⁷.

Oltre a ciò, l'AG Kokott aveva espressamente affrontato – e giustificato – il profilo dell'applicazione "formalistica" della *parental liability presumption*, esprimendo la propria opinione sul perché – ai fini dell'applicazione della stessa – non fosse necessario verificare la sussistenza di un *quid pluris*, oltre al mero dato "formale" del controllo.

Sotto un primo profilo, la scelta di ancora l'applicazione della *parental liability presumption* al solo dato del controllo appare fondarsi, come anticipato, su giustificazioni di carattere essenzialmente efficientistico e operativo.

Invero, sono la necessità di garantire una facile applicazione della presunzione, nonché di proteggere la certezza del diritto e l'efficace attuazione del diritto della concorrenza a richiedere di imporre in capo all'autorità procedente l'onere di provare solo il rapporto di controllo tra società madre e società controllata; del resto, in situazioni di controllo totalitario si assisterebbe a una piena coincidenza tra interessi della controllante e della controllata¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Conclusioni dell'AG Kokott del 23 aprile 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV*, punto 43.

¹⁸⁷ Conclusioni dell'AG Kokott del 23 aprile 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV*, punto 43, dove si evidenzia che in tal modo si evita altresì che l'esecuzione dell'ammenda possa risultare "compromessa da eventuali spostamenti patrimoniali fra la società madre e le sue controllate".

¹⁸⁸ Conclusioni dell'AG Kokott del 23 aprile 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV*, punto 71: "L'attuazione efficace del diritto della concorrenza necessita di regole chiare. Una regola presuntiva come quella sancita dalla Corte nelle sentenze *AEG e Stora*, che consente alla Commissione – in qualità di autorità garante della concorrenza – di imputare ad una società madre la responsabilità dei comportamenti anticoncorrenziali di una controllata al 100% crea certezza del diritto ed è di facile gestione nella pratica". Secondo l'AG Kokott, la ragionevolezza di tale presunzione sarebbe suggerita dal fatto che, in caso di controllo totalitario "La società madre, infatti, dispone del diritto esclusivo di designare i membri degli organi direttivi della controllata, e non è infrequente che le stesse persone ricoprano incarichi in entrambe le società. Dalla partecipazione al 100% consegue inoltre che né nelle decisioni strategiche né nell'ordinaria gestione della società controllata possono assumere rilievo gli interessi di altri soggetti titolari di quote. Si perviene dunque ad una totale coincidenza di interessi fra la società madre e la sua controllata al 100%. In presenza di tali circostanze, è giocoforza concludere che la società controllata non determina autonomamente il proprio comportamento sul mercato,

Simili considerazioni appaiono, probabilmente, la giustificazione più realista del perché la *parental liability presumption* si sia sviluppata nei tratti “formalistici” delineati nella sentenza *Akzo* e sono state infatti successivamente nuovamente ribadite nelle conclusioni dell’AG Mazák, nella causa *General Química*. L’AG Mazák ha in quel giudizio anche precisato che – in tal modo – le società controllanti possono essere facilmente edotte delle loro potenziali responsabilità, così dovendosi adoperare per adottare “*le misure necessarie, che hanno il potere di adottare in virtù del fatto che detengono il 100% del capitale di tali controllate, per garantire che esse rispettino le norme in materia di concorrenza*”¹⁸⁹.

Tali considerazioni sulla *ratio* della presunzione, unite alla difficoltà di superamento della stessa, hanno portato parte della dottrina persino a sostenere che per le capogruppo, preso atto dell’estrema difficoltà di confutare la presunzione sulla base di motivi di merito, l’obiettivo dovrebbe essere semplicemente quello di rinforzare i meccanismi di *compliance*, anche rispetto a condotte della controllata, al fine di prevenirne a monte la commissione di illeciti antitrust¹⁹⁰.

In effetti, in merito all’utilità di “coinvolgere” la *parent company* nell’illecito antitrust di una controllata, può aggiungersi che – su un piano prettamente economico ed efficientistico – i metodi di calcolo della sanzione e di imputazione dell’infrazione dovrebbero essere tali da incentivare la controllante a investire risorse in misure preventive

bensì si conforma ai desideri della propria società madre”. Tali argomentazioni saranno riprese dall’AG Kokott anche nella causa *Stichting Administratiekantor Portielje e altri* (conclusioni dell’AG Kokott del 29 novembre 2012, causa C-440/11 P, *Stichting Administratiekantor Portielje e altri*, punto 54).

¹⁸⁹ Conclusioni dell’AG Mazák del 14 settembre 2010, causa C-90/09 P, *General Química e altri*, punto 61 (la citazione è ripresa dalla nota 12 al punto 32).

¹⁹⁰ L. SOLEK, S. WARTINGER, *Parental Liability - Rebutting the Presumption of Decisive Influence*, cit., p. 84, che significativamente aggiungono “*It follows that parent companies, in particular those heading large multinational groups of companies should put more emphasis and effort on compliance and precautionary assessment of risks. Although these measures might create a considerable financial burden, they could be undertaken at relatively low cost in comparison with the record amounts of fines. In the end, this may be considered as one of the key purposes of parental liability*”. Si vedano in senso analogo anche K. HOFSTETTER, M. LUDESCHER, *Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for Best Practice Compliance*, in *World Competition*, 33, 1, 2010, pp. 55 – 76. La prospettiva valutativa, tuttavia, non appare del tutto corretta: sembra infatti obliterare la natura di presunzione relativa della *parental liability presumption*. Detto altrimenti, il pur condivisibile obiettivo di incentivare la *compliance* antitrust all’interno dei gruppi, ponendo una particolare responsabilità in capo alla capogruppo, non può certo essere perseguito applicando surrettiziamente una presunzione relativa come se fosse una presunzione assoluta, al fine di aggirare i rischi di illegittimità che avrebbe portato con sé la previsione espressa di una forma di responsabilità oggettiva in capo alle capogruppo.

di *compliance* della controllata, assumendo che la controllante abbia un certo grado di controllo sulle condotte della controllata¹⁹¹.

Anche alla luce delle “giustificazioni pratiche” della *parental liability* offerte dalle stesse corti UE, lo scopo di simili principi, pertanto, sarebbe quello di far sì che le società controllanti si attivino proattivamente per garantire la *compliance* delle loro società controllate¹⁹² (ancorché, come si dirà *infra* al par. 3.2.2., alquanto paradossalmente, la predisposizione di programmi di *compliance* di gruppo non varrebbe ad escludere l’applicabilità della *parental liability presumption* – in effetti non confutando la tesi dell’esistenza di un’unica impresa tra controllante e controllata – e anzi rappresentando ulteriore evidenza confermativa dell’effettivo esercizio di un’influenza determinante).

Non si può negare che un diverso standard probatorio rappresentato dalla richiesta di un *quid pluris* oltre al solo controllo, porterebbe comunque con sé innegabili complessità, sottese alla determinazione di cosa possa integrare quel *quid pluris* necessario a ritenere l’onere probatorio dell’autorità procedente soddisfatto.

Al contrario, la ripartizione dell’onere probatorio sottesa alla *parental liability presumption* sarebbe coerente con quello che potrebbe essere definito un “principio di vicinanza della prova”. La società madre disporrebbe infatti della consapevolezza dei fatti

¹⁹¹ Sull’incentivo alla *compliance* prodotto dalla *parental liability*, si vedano K. HOFSTETTER, L. LUDESCHER, *Fines Against Parent Companies in EU Antitrust Law Setting Incentives for ‘Best Practice Compliance’*, cit.. Si veda anche C. KOENIG, *An economic analysis of the single economic entity doctrine in EU Competition Law*, cit., p. 282, che evidenzia anche come in assenza della *parental liability* la controllante non sarebbe incentivata in tal senso, perché non sopporterebbe “*all social costs following from an antitrust violation*”.

¹⁹² Sui benefici dell’attività di monitoraggio e *compliance* delle capogruppo, C. KOENIG, *An economic analysis of the single economic entity doctrine in EU Competition Law*, cit., p. 309, evidenzia peraltro che “*even if enforcement and deterrence were socially optimal, society would still have to bear the administrative costs incurred by competition agencies in the course of their work. Parent company liability can lower these administrative costs by shifting monitoring and enforcement responsibilities from the public to the private sphere. For many situations, it can be assumed that parent companies are capable of ensuring antitrust compliance of their subsidiaries at lower costs than public agencies could*”. Non può peraltro ignorarsi che sebbene la *parental liability* possa senza dubbio favorire il raggiungimento di un simile obiettivo, un approccio realista potrebbe condurre alla conclusione che una simile attività di monitoraggio e indirizzo non sia sempre concretamente agevole e possibile (si vedano M. BERETTA, P. M. FERRARI, *La presunzione di responsabilità delle società madri per le infrazioni alle regole di concorrenza commesse dalle proprie controllate*, in *Contratto e impresa – Europa*, 1, 2010, p. 354, che evidenziano che “*alcuni gruppi hanno dimensioni e complessità tali da rendere alquanto difficoltosa un’effettiva attività di sorveglianza da parte della società madre sull’intera costellazione delle sue controllate (dirette e indirette). Peraltro il raggio di azioni di un’eventuale attività di monitoring è destinato a essere limitato dai numerosi vincoli previsti dalla normativa a tutela del lavoratore, in particolare quelli in tema di accesso alla corrispondenza elettronica e ai computer in generale*”).

e delle informazioni indispensabili per dimostrare l'eventuale autonomia su un piano commerciale della controllata¹⁹³.

Tutte queste considerazioni appaiono dunque utili ad avvalorare la tesi secondo cui l'elaborazione della *parental liability presumption* è frutto, prima che di considerazioni sostanzialistiche sottese all'applicazione della teoria dell'unità economica, anche di scelte di opportunità e deterrenza, volte ad alleggerire l'onere probatorio imposto alle autorità procedenti.

Se è vero che i criteri di imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi discendono dall'applicazione della *single economic entity doctrine*¹⁹⁴, una simile imputazione di responsabilità, comunque coerente con l'accertamento di un'unica entità economica, avrebbe invero potuto fondarsi su una diversa ripartizione dell'onere della prova.

Allo stesso tempo, in considerazione delle già menzionate difficoltà nel delineare criteri certi, univoci e non "*case-specific*" per dimostrare l'esistenza di una *single economic entity*, la scelta di una presunzione di facile impiego, come la *parental liability presumption*, appare in effetti consentire di porre soluzione alle criticità interpretative in materia di *single economic entity doctrine*, disponendo di criteri certi – ancorché discutibili – per imputare la responsabilità antitrust all'interno dei gruppi, garantendo gli asseriti profili di deterrenza della sanzione. Ciò, comunque, trasla le criticità della presunzione sul piano del superamento della stessa: così, nonostante la sua natura di presunzione relativa, gli spazi

¹⁹³ Conclusioni dell'AG Kokott del 23 aprile 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV*, punto 75: "Gli interessi della società madre non subiscono pregiudizio da una regola presuntiva del tipo di quella qui in discussione. La società madre può confutare nel singolo caso concreto la presunzione di influenza determinante fondata su massime di esperienza, dimostrando di essersi astenuta da intromissioni e di non avere influito sul comportamento della propria controllata sul mercato. I fatti e le informazioni indispensabili a tal fine provengono comunque dalla sfera imprenditoriale interna della società madre e della controllata. È perciò pienamente giustificato imporre loro l'onere di allegazione a tale riguardo". Si veda anche Corte di giustizia, sentenza dell'11 luglio 2013, causa C-440/11 P, *Stichting Administratiekantoor Portielje*, punto 71, nella quale in tal senso si evidenzia che la *parental liability presumption* opererebbe peraltro con modalità ragionevoli, considerato che si applicherebbe nei confronti di soggetti che "sono quelli più in grado di ricercare detta prova nel loro ambito di attività".

¹⁹⁴ Si tratta di un'affermazione più volte ribadita dalla Corte di giustizia e che ha trovato, in particolare, sublimazione decisa in Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal SL*, punto 44, a partire dalla quale è stato esplicitamente sostenuto che la *single economic entity doctrine* comporterebbe una responsabilità "*ipso iure*" di tutti gli appartenenti alla medesima impresa antitrust. Simili affermazioni, perciò sembrano implicitamente suggerire che, su un piano sistematico, la prova richiesta al fine di confutare la *parental liability presumption* dovrebbe essere quella della dimostrazione che controllante e controllata non rappresentano una *single economic entity*.

concreti oltremodo limitati rischiano di rendere ogni giustificazione della stessa da parte della giurisprudenza eurounitaria una mera petizione di principio (ad esempio, quanto alla “vicinanza” della ipotetica prova contraria¹⁹⁵), trasformando la *parental liability presumption* in una sorta di responsabilità oggettiva della controllante per gli illeciti antitrust commessi dalla controllata.

1.5. L’espansione dell’ambito applicativo della *parental liability presumption*: il controllo quasi-totalitario e il controllo indiretto

A partire dalla sentenza *Akzo*, la Commissione europea – con il “consenso” delle corti UE in sede di impugnazione – ha applicato sempre più frequentemente la presunzione di influenza determinante¹⁹⁶, ampliandone altresì le maglie applicative, individuando talune fattispecie da ritenere, su un piano sostanziale, parificabili alla detenzione totalitaria del capitale della controllata (punto originale di emersione nella presunzione).

Anzitutto, tra le principali fattispecie “espansive” della *parental liability presumption* possono essere menzionate le seguenti, rispetto alle quali risulta alquanto intuitivo comprendere l’analogia di fattispecie – su un piano sostanziale nonché di razionali giustificatori – una volta ammessa l’applicazione della *parental liability presumption* nei termini delineati in *Akzo*.

La prima immediata conseguenza – di cui implicitamente si è già dato conto nel corso della trattazione – è stata così quella di estendere la presunzione in esame non solo a

¹⁹⁵ Il ragionamento che fornisce la Corte di giustizia sulla “vicinanza della prova” appare in via di principio condivisibile, ma si scontra con il dato empirico per cui: *i*) come si approfondirà *infra* al par. 3. e ss., pressoché qualsiasi prova dedotta dalla capogruppo non viene considerata sufficiente a confutare la presunzione; sicché, in via strettamente connessa, *ii*) non appare intuitivo quale sarebbe la prova da ricercare nello specifico ambito di attività della società controllante. Ciononostante, anche nelle più recenti pronunce, le corti UE hanno ribadito tale rilievo argomentativo, nell’escludere l’asserita contrarietà della presunzione ai principi fondamentali, tra cui quello di presunzione d’innocenza (si veda Tribunale UE, sentenza dell’11 luglio 2019, causa T-523/15, *Italmobiliare SpA e altri*, punto 71).

¹⁹⁶ Tra le pronunce più recenti a livello eurounitario, si veda Corte di giustizia, 15 aprile 2021, causa C-694/19 P, *Italmobiliare SpA e altri*.

fattispecie di controllo totalitario ma anche a quelle di partecipazioni estremamente prossime al 100%¹⁹⁷. Invero, in una simile fattispecie, la presunzione sarebbe applicabile perché, in via di principio, “gli azionisti minoritari non beneficiano [...] di alcun diritto speciale oltre al loro semplice interessamento agli utili della controllata”, sicché anche in casi siffatti si può presumere che la società madre abbia effettivamente esercitato un’influenza determinante sulla controllata, possedendone la quasi totalità del capitale sociale, senza che ciò possa eventualmente essere “ostacolato” dagli azionisti di minoranza.

Va a tal riguardo osservato che, sinora, le corti UE non hanno chiarito la “soglia” a partire dalla quale una partecipazione quasi totalitaria consenta di applicare la *parental liability presumption*¹⁹⁸. La rilevanza di eventuali “soglie”, anche per garantire uniformi applicazioni a livello nazionale, tuttavia, appare potenzialmente ridimensionata alla luce dei principi espressi nella sentenza *Goldman Sachs*, i quali, come si dirà *infra* al par. 2.3, potrebbero favorire un’ulteriore espansione dell’area applicativa della presunzione alle fattispecie di controllo meramente maggioritario.

¹⁹⁷ Si veda, ad esempio, Tribunale UE, sentenza del 17 maggio 2011, causa T-299/08, *Elf Aquitaine SA*, punti 56 – 59, nella quale la *parental liability presumption* è stata ritenuta applicabile in una fattispecie di partecipazione pari al 97,55%. La sentenza del Tribunale UE è stata confermata da Corte di giustizia, ordinanza del 2 febbraio 2012, causa C-404/11 P, *Elf Aquitaine SA*. Tra le prime, si veda Tribunale UE, sentenza del 30 settembre 2009, causa T-168/05, *Arkema SA*, punti 63 e ss., rispetto a una partecipazione pari al 98% (successivamente confermata da Corte di giustizia, sentenza del 29 settembre 2011, causa C-520/09 P, *Arkema SA*). Successivamente, si veda anche, fra le altre, Tribunale UE, sentenza del 15 luglio 2015, cause riunite T-413 e 414/10, *Socitrel – Sociedade Industrial de Trefilaria SA e altri*, punti 196 – 204, con una partecipazione variabile nel tempo tra il 91,8% e il 93,7%; Corte di giustizia, sentenza dell’8 maggio 2013, causa C-508/11 P, *ENI SpA*, punto 49, nella quale è stata confermata l’applicazione della *parental liability presumption* in un caso di partecipazione pari al 99,97%.

¹⁹⁸ L. SOLEK, S. WARTINGER, *Parental Liability - Rebutting the Presumption of Decisive Influence*, cit., p. 76, già in precedenza evidenziavano che “as far as can be seen it has not been settled by the courts, whether there is any lower limit to the application of this presumption as regards the percentage of shares. For instance, in the recent Commission Decision on the bathrooms fittings and fixtures cartel, the Commission applied the presumption based on an indirect 92–95 per cent shareholding in a subsidiary. However, as the Commission relied also on additional supporting evidence in this case, the General Court did not find it necessary to decide whether holding 92–95 per cent of a subsidiary’s share capital amounts to holding virtually all the shares within the meaning of the case law, and hence is sufficient to apply the presumption”. Si deve peraltro evidenziare che, a livello nazionale, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha di recente applicato la *parental liability presumption* anche in presenza di un grado di controllo prossimo al 70%; mentre, come già notato, la legge portoghese ha codificato l’applicazione della *parental liability presumption* in caso di partecipazioni pari almeno al 90% (probabilmente escludendone l’applicabilità in caso di detenzioni di quote percentualmente inferiori).

Un altro ambito di espansione della presunzione è stato quello di fattispecie nella quali la partecipazione – totalitaria o quasi – è detenuta in via “indiretta” mediante società interposta.

Risalendo la catena di controllo, pertanto, la *parental liability presumption* può essere applicata anche alla controllante “indiretta” (o, detto in altri termini, alla *holding* del gruppo la quale controlli l’autrice materiale dell’illecito indirettamente, per mezzo di un’altra società interposta, parte dello stesso gruppo). Ciò perché si può presumere che la *holding* eserciti effettivamente – ancorché indirettamente – un’influenza determinante sull’ultima controllata del gruppo e, insieme a questa, costituisca una *single economic entity*¹⁹⁹.

Astrattamente, dunque, l’autorità procedente avrebbe la facoltà di risalire sino all’ultimo livello della catena di controllo della *single economic entity*. In tal modo, potrebbe eventualmente persino imputare in via solidale la responsabilità antitrust anche a soggetti non qualificabili – se isolatamente considerati – come imprese, ma comunque da ritenere parte della *single economic entity* di cui faccia parte l’autore materiale dell’illecito oggetto di istruttoria²⁰⁰.

Appare dunque chiaro che, sulla scorta della sentenza *Akzo*, si sia potuta consolidare una prassi decisamente formalistica, sulla base della quale – ai fini dell’imputazione della responsabilità antitrust infragruppo di tipo “ascendente” – l’onere probatorio imposto all’autorità procedente è di carattere minimale, relativo alla sola prova di una

¹⁹⁹ Tra i primi precedenti si veda Corte di giustizia, sentenza del 20 gennaio 2011, causa C-90/09 P, *General Química SA*, punti 86 – 88 (“[...] non si può pertanto escludere che una holding possa essere considerata solidalmente responsabile delle infrazioni al diritto della concorrenza dell’Unione commesse da una controllata del suo gruppo di cui non detiene direttamente il capitale sociale, nei limiti in cui tale holding eserciti un’influenza determinante sulla detta controllata, anche se indirettamente mediante una società interposta. Ciò accade in particolare qualora la controllata non determini in modo autonomo il suo comportamento sul mercato rispetto a detta società interposta, la quale non agisce neanche in modo autonomo sul mercato, ma applica essenzialmente le istruzioni che le vengono impartite dalla holding. In tale situazione, infatti, la holding, la società interposta e l’ultima controllata del gruppo fanno parte di una stessa unità economica e costituiscono quindi una sola impresa ai sensi del diritto della concorrenza dell’Unione. Ne deriva che [...] esiste una presunzione relativa che detta holding eserciti un’influenza determinante sul comportamento della società interposta e, indirettamente, mediante quest’ultima, anche sul comportamento della società controllata”).

²⁰⁰ Corte di giustizia, sentenza dell’11 luglio 2013, causa C-440/11 P, *Stichting Administratiekantor Portielje*, punti 42 – 44. Nel caso di specie, la *parental liability presumption* era stata applicata nei confronti di una fondazione rispetto alla quale era incerta la possibilità di qualificarla come impresa ai fini antitrust.

partecipazione totalitaria (o quasi), eventualmente anche di carattere indiretto, nella controllata autrice materiale dell'illecito.

1.6. Ulteriori evoluzioni espansive: il caso *Goldman-Sachs*

Nel solco della giurisprudenza espansiva susseguente ad *Akzo*, che ha portato ad applicare la presunzione anche a fattispecie lievemente diverse da quella di controllo totalitario diretto sulla controllata, merita specifica attenzione il caso *Goldman Sachs*, nel quale sono stati affrontati due specifici profili rilevanti rispetto a (possibili) applicazioni espansive della *parental liability presumption*.

Si tratta, in particolare, dell'impiego della presunzione nel caso di capogruppo qualificabili come *holding* finanziarie e nel caso di controllanti che non detengano la totalità (o quasi) del capitale sociale della controllata ma la totalità dei diritti di voto nella controllata.

Infatti, nel caso *Goldman Sachs*, al fine di ribaltare la presunzione, la ricorrente si era appunto qualificata come *holding* finanziaria, che controllava indirettamente – ad assertito mero scopo d'investimento – le società autrici materiali dell'illecito antitrust accertato dalla Commissione, nel mercato della produzione dei cavi sotterranei e sottomarini. Tale controllo indiretto si era articolato, in una prima fase, nella detenzione del 100% del capitale sociale della controllata. La partecipazione era stata però successivamente ridotta, fino a scendere al 31,69%. Tuttavia, la *Goldman Sachs* aveva nondimeno nel tempo conservato la totalità dei diritti di voto nella controllata²⁰¹.

²⁰¹ Si veda la Decisione della Commissione europea del 2 aprile 2014, caso AT.39610 – *Cavi sottomarini*, spec. punti 739 – 781, ove vengono argomentate, per ciascuno dei periodi temporali rilevanti, le ragioni dell'imputazione in via di solidale della responsabilità alla Goldman Sachs. Per una dettagliata ricostruzione e analisi del caso della Commissione e dei successivi giudizi di impugnazione, si veda anche V. FASOULA, *Extending the presumption of decisive influence to impute parental liability to private equity firms for the anticompetitive conduct of portfolio companies*, cit.

1.6.1. L'applicazione della *parental liability presumption* nel caso di *holding* finanziarie

Prendendo le mosse dall'analisi del primo profilo, il quesito dell'applicabilità della *parental liability presumption* (e, ancora prima, della *single economic entity doctrine*) nel caso di *holding* finanziarie era emerso sin dai primi giudizi aventi ad oggetto la determinazione dei criteri di imputazione della responsabilità antitrust nell'ambito dei gruppi.

Già nel corso della causa *Commercial Solvents*, l'AG Warner, nelle proprie conclusioni, appariva implicitamente ipotizzare che per dimostrare l'autonomia commerciale di una controllata rispetto alla società madre potesse essere possibile dedurre la natura di mero veicolo di investimento della stessa²⁰².

Come anticipato *supra* al par. 1.3., persino nella decisione *Akzo* la Commissione appariva preconizzare una possibile non applicabilità della *parental liability presumption* agli investitori puramente finanziari. Infatti, incidentalmente, nel ritenere la presunzione applicabile alla capogruppo *Akzo Nobel NV*, veniva evidenziato come la società non fosse un mero veicolo di investimento, che deteneva partecipazioni nelle controllate al solo fine di trarne profitto (ad esempio, con lo scopo di dismettere l'investimento nelle controllate non appena fosse risultata più conveniente l'acquisizione di partecipazioni in altre società).

Sulla scorta di tale approccio, vi sono stati così procedimenti – invero non recenti – nei quali, effettivamente, la Commissione non ha applicato la *parental liability presumption* nei confronti di controllanti asseritamente qualificabili come investitori puramente finanziari²⁰³.

La rilevanza di tale argomento al fine di escludere l'applicazione della *parental liability presumption* è stata tuttavia limitata. Così, a fronte di un simile orientamento restrittivo della

²⁰² Conclusioni dell'AG Warner del 22 gennaio 1974, cause riunite 6 e 7/73, *Commercial Solvents*, nelle quali si afferma che una simile prova potrebbe essere fornita ad esempio nel caso di "una compagnia di assicurazioni o di una società che amministra un fondo pensioni, la quale acquista, sotto forma di investimento, una partecipazione in una società commerciale, oppure nel caso in cui l'affiliata apparente di una società risulta poi essere l'associata morganatica che ha semplicemente contribuito in realtà con una quota inferiore alla costituzione del capitale sociale".

²⁰³ Si veda ad esempio la Decisione della Commissione del 20 ottobre 2004, caso COMP/C.38.238/B.2 – *Tabacco greggio – Spagna*, punto 376. Dalla decisione, tuttavia, non è possibile evincere quali fossero gli elementi fattuali posti dalla Commissione alla base della qualificazione della partecipazione rilevante come puramente finanziaria.

Commissione, in sede di impugnazione le corti UE ne hanno costantemente confermato gli accertamenti, senza mai ritenere che la Commissione avesse erroneamente applicato la *parental liability presumption* nei confronti di controllanti asserite *holding* finanziarie.

Sul piano dei principi, la giurisprudenza eurounitaria ha comunque anzitutto riconosciuto che non è possibile imputare a una controllante che sia un mero investitore finanziario la responsabilità antitrust dell'illecito perpetrato da una partecipata. A tal riguardo, le corti UE hanno però costantemente soggiunto che possono essere qualificati come tali solo quegli investitori che detengono partecipazioni in una società al fine della realizzazione di un profitto finanziario, astenendosi da qualsiasi intervento nella gestione e nel controllo dell'affiliata²⁰⁴.

Infatti, le corti UE hanno anche rammentato che – in via di principio – non sussistono elementi giuridici idonei a distinguere le *holding* finanziarie dalle altre “tipologie” di controllanti. Pertanto, la circostanza che la società madre possa eventualmente essere qualificata come *holding* finanziaria non rappresenta un elemento tale da invertire l'onere probatorio sotteso all'applicazione della *parental liability presumption*. Del resto, persino il fatto che una *holding* operi secondo un modello di *business* fondato su un criterio di massima delegazione alle controllate rappresenterebbe una strategia di controllo, che anzi confermerebbe l'esercizio di un'influenza determinante sulla controllata²⁰⁵.

Poste tali premesse, ancorché senza negare l'assioma di partenza secondo il quale la *parental liability presumption* non sarebbe applicabile in caso di investitori puramente finanziari, le corti UE, nel caso *Goldman Sachs*, hanno confermato la debolezza di un simile argomento al fine di (provare a) confutare la *parental liability presumption*.

È stato infatti ribadito che la qualifica di investitore puramente finanziario non ha natura ontologica, né rappresenta una “categoria giuridica”. Pertanto, la deduzione di una simile “qualifica” rappresenta null'altro che uno dei possibili elementi fattuali – il cui onere

²⁰⁴ Si veda, ad esempio, Tribunale UE, sentenza del 12 dicembre 2012, causa T-392/09, 1. *garantovaná*, punti 50 – 52.

²⁰⁵ Corte di giustizia, sentenza del 3 maggio 2012, causa C-289/11 P, *Legris Industries SA*, punto 14, che ha integralmente confermato le valutazioni di Tribunale UE, sentenza del 24 marzo 2011, causa T-376/06, *Legris Industries SA*, punti 49 – 54.

della prova è in capo alle imprese – potenzialmente idoneo a confutare la presunzione di effettivo esercizio di un’influenza determinante.

Nel caso di specie, sono state quindi confermate le valutazioni della Commissione europea, che aveva adottato un approccio alquanto rigoroso nella valutazione della posizione della Goldman Sachs, concludendo che l’ingerenza in decisioni strategiche, ancorché non operative, fosse sufficiente ad escluderne la qualifica come investitore puramente finanziario²⁰⁶. In altri termini, l’ingerenza sulle decisioni strategiche non operative della controllata risultava sufficiente per identificare un’unica entità economica tra *holding* e controllata.

Ebbene, considerato che un investitore puramente finanziario – per essere qualificabile come tale – dovrebbe astenersi da qualunque coinvolgimento nella gestione e nel controllo delle società “in portafoglio” e che tale coinvolgimento rileverebbe anche al di là degli elementi relativi alla politica commerciale *stricto sensu* delle controllata, appare chiaro come i margini per confutare la *parental liability presumption* sulla base della qualifica della controllante come *holding* puramente finanziaria siano oltremodo ristretti²⁰⁷.

In dottrina è stato a tal riguardo evidenziato che, alla luce di un simile orientamento, è altamente probabile che qualsiasi forma di coinvolgimento dell’investitore nella gestione della controllata, anche se non relativo al coordinamento dell’attività *day-to-day*, sarà interpretato come una conferma dell’effettivo esercizio di un’influenza determinante. Ciò comporta il rischio che persino acquisti di partecipazioni funzionali a una successiva rivendita potrebbero non essere qualificati come investimenti puramente finanziari²⁰⁸. La

²⁰⁶ Decisione della Commissione europea del 2 aprile 2014, caso AT.39610 – *Cavi sottomarini*, spec. punto 779. Le decisioni strategiche specificamente menzionate, rispetto alle quali era emersa l’ingerenza della Goldman Sachs, erano la nomina dei “*massimi dirigenti*”, l’approvazione di piani aziendali e gestionali e la scelta in merito alla dismissione di rami aziendali della controllata.

²⁰⁷ Si veda Tribunale UE, sentenza del 12 luglio 2018, causa T-419/14, *The Goldman Sachs Group, Inc.*, punti 152 – 157, nella quale viene specificamente affrontata su un piano fattuale la potenziale rilevanza degli elementi adottati dalla *Goldman Sachs* per dimostrare la sua pretesa natura di investitore puramente finanziario. In appello, la Corte di giustizia ha precisato che l’imposizione di un simile onere probatorio alla pretesa *holding* finanziaria non equivale a richiedere una *probatio diabolica* (Corte di giustizia, sentenza del 27 gennaio 2021, causa C-595/18 P, *The Goldman Sachs Group Inc.*, punto 51).

²⁰⁸ Si veda V. FASOULA, *Extending the presumption of decisive influence to impute parental liability to private equity firms for the anticompetitive conduct of portfolio companies*, cit., p. 109 e ss., che aggiunge anche che a seguito di *Goldman-Sachs* gli investitori finanziari dovranno rimanere vigili “*in regards to management oversight by limiting*

posizione degli investitori finanziari offre lo spunto per una importante considerazione. Gli orientamenti giurisprudenziali relativi alla posizione delle *holding* finanziarie, sembrano implicare che persino il “mero” esercizio di prerogative di legge – espressamente previste (e talvolta imposte) dal diritto societario – possa costituire un elemento di per sé sufficiente a confermare la presunzione di effettivo esercizio di un’influenza determinante. Sembrerebbe allora quantomeno discutibile che il “mero” esercizio di prerogative di legge possa valere di per sé a escludere la qualifica di investitore puramente finanziario²⁰⁹.

I criteri di attribuzione della *parental liability* in presenza di asserite *holding* finanziarie sono dunque stati oggetto di valutazione critica in dottrina²¹⁰, sulla base dell’argomento che gli orientamenti della giurisprudenza eurounitaria ne ignorerebbero le specificità operative, paragonandole a un qualunque altro socio controllante. Ciò porrebbe in discussione il modello operativo degli investitori, fondato sulla gestione dei propri investimenti mediante la creazione di “valore” con una più efficace gestione e *governance* societaria per un periodo di tempo limitato²¹¹. Tale approccio, inoltre, come si avrà modo di osservare *infra* al par. 4.1.

their direct responsibility for board decisions and avoiding the receipt of any unnecessary financial and management information from portfolio companies that may be linked to day-to-day operations”; si vedano anche C. ANGELI, R. WILLIAMS, *Parental Liability, the Expansion of the Presumption of Decisive Influence to Full Ownership of Voting Rights: Case C-595/18 P Goldman Sachs Group*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 12, 2021, p. 2, che parimenti rilevano che in caso di acquisizioni a scopo di investimento dovrà essere posta una maggiore attenzione a evitare la ricerca di una crescente influenza sulle controllate, sia rispetto ai diritti di voto sia rispetto alla partecipazione capitalistica, onde evitare l’insorgere di responsabilità antitrust per le condotte di queste ultime. Secondo gli autori, il rischio si porrebbe parimenti nel caso di acquisiti a tempo limitato – come nel caso di una *IPO*, proprio come avvenuto in *Goldman-Sachs* – sicché anche questi potrebbero non essere qualificati come investimenti puramente finanziari; in precedenza A. WINCKLER, S. SAHLIN, *Parent’s Liability: New Case Attributing Exclusive Jurisdiction to the General Court in Respect of Cases Raising Decisive Influence and Corporate Control Issues under EU Competition Law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 3, 6, 2012, p. 549, avevano analogamente sostenuto che è tutt’altro che certo che una controllata in via totalitaria possa (o voglia) astenersi dalla condivisione di informazioni di carattere finanziario o sull’implementazione di piani strategici e commerciali, all’infuori di circostanze eccezionali quali “*receivership or trusteeship*”.

²⁰⁹ Anticipando la proposta interpretativa di parificazione analogica dell’attività di direzione e coordinamento e dell’effettivo esercizio di influenza determinante rilevante ai fini della *parental liability*, che verrà formulata a breve al par. 2.2., può intanto notarsi come ai fini di quanto dedotto nel testo è stato sostenuto che l’effettivo e concreto esercizio dell’attività di direzione e coordinamento, rispetto agli investitori finanziari, “*potrebbe non sussistere laddove la SGR abbia meri poteri di monitoraggio o di veto su specifiche decisioni o operazioni*” (F. NIEDDU ARRICA, *Partecipazioni di controllo, gestione «attiva» delle portfolio companies e attività di direzione e coordinamento*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 1-2, 2021, p. 289 e ss.

²¹⁰ V. FASOULA, *Extending the presumption of decisive influence to impute parental liability to private equity firms for the anticompetitive conduct of portfolio companies*, cit., p. 111.

²¹¹ Un simile approccio al dato del “controllo finanziario” ai fini dell’imputazione in via solidale di responsabilità potrebbe anche dar luogo a risultati non congruenti rispetto all’ambito della valutazione delle

e ss., appare essere anche parzialmente disatteso dalla giurisprudenza nazionale del Consiglio di Stato.

1.6.2. L'applicazione della *parental liability presumption* in caso di partecipazione maggioritaria al capitale votante

Quanto al secondo profilo sopra menzionato, nel contenzioso *Goldman Sachs* le corti UE hanno anche specificamente preso posizione nel senso di ritenere che la detenzione totalitaria dei diritti di voto nell'assemblea della controllata consenta in via di principio l'applicazione della *parental liability presumption*²¹².

Nella predetta situazione di fatto è comunque possibile presumere l'effettivo esercizio di un'influenza determinante da parte della controllante, alla luce del grado di "controllo" esercitato sull'affiliata, potendo la presunzione in questione essere applicata in ogni circostanza nella quale la società madre "*si trova in una situazione analoga a quella di un proprietario esclusivo*"²¹³.

Anche in simili fattispecie, infatti, la controllante appare in grado di esercitare un'influenza determinante sulla controllata senza che terzi possano controbilanciare tale potere.

operazioni di concentrazione. Si deve infatti rilevare che, affinché sia integrata una operazione di concentrazione, è necessaria una modifica duratura del controllo delle imprese interessate e nella struttura del mercato (si veda la *Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (2008/C 95/01)* punti 28 – 35). Ebbene, la giurisprudenza discussa in materia di (pretese) *holding* finanziarie porta a sostenere che l'effettivo esercizio di un'influenza determinante (eventualmente provato in via presuntiva) possa consentire l'applicazione della *parental liability* anche in fattispecie nondimeno inidonee a integrare una concentrazione.

²¹² Tribunale UE, sentenza del 12 luglio 2018, causa T-419/14, *The Goldman Sachs Group, Inc.*, punto 50, ove si afferma che in caso di detenzione di "*tutti i diritti di voto associati alle azioni della propria partecipata, in particolare in combinazione con una partecipazione largamente maggioritaria al capitale [...] tale società madre si trova in una situazione analoga a quella del proprietario esclusivo della partecipata, di modo che la società madre è in grado di determinare la strategia economica e commerciale della partecipata, pur non detenendo la totalità o la quasi totalità del capitale sociale di quest'ultima*". Nel caso di specie, nel corso del periodo rilevante, la partecipazione della Goldman Sachs era oscillata tra il 91,1% e l'84,4%. La posizione del Tribunale UE ha trovato conferma in sede di impugnazione, ove tuttavia non è stato replicato il richiamo alla partecipazione largamente maggioritaria nel capitale della controllata (Corte di giustizia, sentenza del 27 gennaio 2021, causa C-595/18 P, *The Goldman Sachs Group Inc.*, punti 34 – 36).

²¹³ Tribunale UE, sentenza del 12 luglio 2018, causa T-419/14, *The Goldman Sachs Group, Inc.*, punto 48.

Da ciò discende logicamente un'ulteriore precisazione, implicitamente ricavabile da tutta la giurisprudenza eurounitaria in materia di *parental liability*, ma "esplicitata" solo in Goldman Sachs: il fondamento della *parental liability presumption* deve correttamente essere identificato nel grado di controllo della società madre sulla controllata, piuttosto che nei vincoli capitalistici relativi alla partecipazione societaria²¹⁴.

Va comunque conclusivamente evidenziato che le affermazioni delle corti UE lasciano alcuni margini per taluni dubbi interpretativi.

Sotto un primo profilo, appare opportuno domandarsi se la condizione della "partecipazione largamente maggioritaria", valorizzata dal Tribunale UE in combinazione con la detenzione totalitaria del capitale votante, rappresenti un elemento essenziale ai fini dell'applicazione della presunzione in simili fattispecie oppure se la detenzione della totalità dei diritti di voto associati alle azioni della partecipata sia da sola in via di principio sufficiente a consentire l'applicazione della *parental liability presumption*. Invero, poiché tale elemento – ancorché non censurato espressamente – non è stato richiamato dalla Corte di giustizia, sembrerebbe condizione non essenziale, posta la sostenibile sufficienza della detenzione della totalità del capitale votante a quel "grado di controllo" richiesto dalla Corte di giustizia²¹⁵. Pertanto, in via di principio, non è possibile escludere che la presunzione trovi applicazione anche se la detenzione della totalità dei voti in assemblea si combini a partecipazioni al capitale sociale di livello inferiore²¹⁶.

²¹⁴ Corte di giustizia, sentenza del 27 gennaio 2021, causa C-595/18 P, *The Goldman Sachs Group Inc.*, punto 35. Si è successivamente espresso in questo senso anche l'AG Pitruzzella nella causa *Sumal* (Conclusioni dell'AG Pitruzzella del 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, punto 31), nonché Corte di giustizia sentenza del 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA*, punto 110.

²¹⁵ Peraltro, la tendenziale vaghezza della terminologia impiegata dal Tribunale UE (cosa deve intendersi per partecipazione largamente maggioritaria?) appare poco conciliabile con l'esigenza di certezza del diritto al cui rispetto la Corte di giustizia ricollega l'applicazione della *parental liability presumption* in caso di detenzione della totalità del capitale votante (Corte di giustizia, sentenza del 27 gennaio 2021, causa C-595/18 P, *The Goldman Sachs Group Inc.*, spec. punti 38 – 39).

²¹⁶ La Corte di giustizia ha del resto affermato che in tali casi la presunzione potrebbe essere applicata anche nel caso in cui la controllante non detenga "la totalità o la quasi totalità delle azioni della sua controllata", sicché ciò rappresenterebbe un ulteriore argomento nel senso di escludere la necessità del riscontro di una partecipazione capitalistica largamente maggioritaria (Corte di giustizia, sentenza del 27 gennaio 2021, causa C-595/18 P, *The Goldman Sachs Group Inc.*, punto 39).

Sotto altro profilo, anche se non espressamente affermato dalle corti UE, è lecito prevedere che, oltre ai casi nei quali una società madre detenga “tutti i diritti di voto associati alle azioni della propria partecipata”, la presunzione potrà invero trovare applicazione anche nei casi di detenzione di quasi tutti i diritti di voto in questione²¹⁷.

2. La rilevanza del “controllo” e dell’esercizio (effettivo) di un’influenza determinante sulla controllata

La ricostruzione sinora svolta della *parental liability*, lungo il suo corso evolutivo che ha portato all’elaborazione della *parental liability presumption*, permette di formulare alcune conclusioni preliminari in merito ai criteri di imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi di imprese.

Ricostruendo la nozione di impresa ai fini antitrust, si è detto che la possibile considerazione del “gruppo” come unica entità economica e, quindi, come unica impresa ai fini antitrust affondi le sue radici nella valutazione di fattispecie non specificamente afferenti al tema dell’imputazione di responsabilità.

Ben presto, però, la *single economic entity doctrine* è stata impiegata al fine di imputare la responsabilità di un illecito antitrust a soggetti distinti dagli autori materiali dello stesso.

Fin dall’inizio, dunque, a prescindere dalla natura del relativo onere probatorio, è emerso come un punto centrale ai fini dell’imputazione di responsabilità fosse quello della sussistenza di una situazione di controllo e della conseguente possibilità per la controllante di esercitare effettivamente un’influenza determinante sulla controllata.

Si tornerà *infra* al par. 6.1. a discorrere più puntualmente in merito alla specifica rilevanza dell’accertamento dell’effettivo esercizio di un’influenza determinante quale criterio generale per l’imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi, con particolare riguardo alla responsabilità “discendente”.

²¹⁷ Si esprimono in tal senso C. ANGELI, R. WILLIAMS, *Parental Liability, the Expansion of the Presumption of Decisive Influence to Full Ownership of Voting Rights: Case C-595/18 P Goldman Sachs Group*, cit., p. 2: “it is not difficult to foresee that the case law will soon broaden the application of the presumption further to cases where the parent have also ‘almost all’ of the voting rights. It remains to be seen where the CoJ will ultimately draw the line”.

Per ora, può essere sufficiente anticipare che le evoluzioni giurisprudenziali di cui si discorrerà sembrano suggerire che a rappresentare il fondamento dell'imputazione della responsabilità antitrust nei confronti dell'impresa di gruppo non sia, di per sé, tale elemento, ma l'accertamento dell'esistenza di un'unica entità economica sul piano antitrust. Ciò comporta che la verifica dell'effettivo esercizio di un'influenza determinante rappresenterebbe solamente uno step "preliminare" nell'ambito del test volto a determinare i soggetti giuridici che appartengono alla *single economic entity*, in relazione a una specifica violazione antitrust, e in quanto tali potenzialmente solidalmente responsabili dell'illecito, sia sul piano del *public enforcement* sia sul piano del *private enforcement*²¹⁸.

Ad ogni modo, in questa fase di analisi della responsabilità "ascendente" nel gruppo, una conclusione in merito a quanto sopra sarebbe superflua, perché entrambi gli approcci consentirebbero di giungere alla definizione – e legittimazione – della *parental liability*.

Ciò che però in questa sede preme evidenziare è che, quale che sia la rilevanza che si voglia attribuire all'elemento dell'influenza determinante, la Commissione e le corti UE hanno sempre – formalmente – evidenziato che ciò che rilevarebbe non sarebbe solo il potenziale esercizio di una simile influenza determinante, quanto l'effettivo esercizio della stessa²¹⁹.

²¹⁸ In altri termini, come si dirà più diffusamente *infra* al par. 7.1., la giurisprudenza eurounitaria rilevante appare interpretabile nel senso che la causa della "trasmissione" della responsabilità antitrust infragruppo dovrebbe essere individuata nell'appartenenza di più entità giuridiche distinte alla medesima *single economic entity*. La verifica dell'effettivo esercizio di un'influenza determinante, pertanto, sarebbe solo prodromica all'accertamento della *single economic entity* e non la causa diretta e immediata dell'imputazione in via solidale di responsabilità. Non si dovrebbe cioè poter sostenere che la responsabilità per l'illecito antitrust possa essere trasmessa in via solidale solo nei confronti del soggetto che abbia esercitato un'influenza determinante sull'autore materiale dell'illecito. Altrimenti, così ragionando, si ammetterebbero solo forme di responsabilità *bottom-up*. La questione è ben riassunta da C. KERSTING, *Liability of sister companies and subsidiaries in European competition law*, in *European Competition Law Review*, 41, 2020, che evidenzia che "it can be stated [...] that the ECJ in fact also emphasises the criterion of decisive influence of the parent company over the subsidiary when assessing group liability under competition law. [...] At the same time, however, the ECJ derives the liability of the parent company for its subsidiary from the notion of undertaking. [...]". Sulla base di tale premessa, l'autore risolve tale ipotetica contraddizione rilevando che il criterio dell'influenza determinante non è direttamente collegato al tema della responsabilità, ma è semplicemente necessario a identificare l'unità economica, dalla quale si può muovere per consentire l'imputazione di responsabilità nei confronti di specifiche entità giuridiche.

²¹⁹ F. DENOZZA, *La disciplina delle intese nei gruppi*, cit., p. 21, evidenzia che rappresenta "uno dei temi di fondo della ricerca relativa ai gruppi" "quello della distinzione tra gruppi in cui il potere di direzione è effettivamente esercitato e gruppi sottoposti al controllo di un unico centro, ma in cui ai singoli membri sono lasciati ampi margini di autonomia".

Dunque, l'autorità procedente non potrebbe limitarsi a osservare che la controllante è in una posizione tale da esercitare un'influenza determinante sulla controllata, ma dovrebbe altresì verificare se tale influenza determinante è stata effettivamente esercitata²²⁰.

Sebbene, come detto, tale rilievo dovrebbe essere prodromico all'accertamento dell'esistenza di una *single economic entity*, va chiarito che tale espressa precisazione risulta caratterizzante la sola valutazione dei criteri di imputazione di responsabilità nei gruppi. Di converso, in altri ambiti del diritto antitrust, ad esempio quello della valutazione degli accordi infragruppo, non è mai stato specificamente definito se sia necessario il riscontro di un esercizio effettivo – e non solo potenziale – di influenza determinante per identificare una *single economic entity*²²¹.

Ciò premesso, si deve considerare che, nel caso di fattispecie di *parental liability* nelle quali spetti all'autorità procedente fornire piena prova dell'esercizio di un'influenza determinante, la distinzione tra esercizio potenziale ed effettivo appare di limitata rilevanza.

Sebbene non manchino precedenti, come il caso *Toshiba Corp* di cui si dirà nel prossimo paragrafo, nel quale l'effettivo esercizio di un'influenza determinante è stato

²²⁰ Tra le prime, lo afferma esplicitamente Corte di giustizia, sentenza del 26 settembre 2013, causa C-179/12 P, *The Dow Chemical Company*, punto 55. Il principio è espressamente ricordato più di recente anche nelle Conclusioni dell'AG Pitruzzella del 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, punto 42. Per una diversa opinione in dottrina, si veda W. P. J. WILS, *The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons* cit., p. 108, che sostiene che “*Whether the decisive influence is actually exercised or not is irrelevant*”.

²²¹ Lo evidenzia anche N. I. PAUER, *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*, 2014, cit., p. 185, che rileva però come in *Christiani & Nielsen* la Commissione sia persa aderire a un orientamento sulla base del quale sarebbe stata sufficiente la potenzialità dell'esercizio di un'influenza determinante. L'autrice, peraltro, evidenzia che “*Exempting group-intern agreements based on a parent company's mere possibility to exert control is furthermore appropriate given that a subsidiary company's actions will regularly lie in its parent company's interest. [...] Restricting the exemption of group-intern agreements to the precondition of an 'actual exertion' of decisive influence would therefore seriously impact a corporate group's business strategy and discriminate decentralized corporate groups*”. Anche F. DENOZZA, *La disciplina delle intese nei gruppi*, cit., p. 107, nota 43, già evidenziava la mancanza di chiari principi guida circa la necessità, nell'ambito della valutazione delle intese infragruppo, della prova dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante. L'autore, tuttavia, aderiva alla tesi secondo cui, per la valutazione delle intese infragruppo, sarebbe stato necessario il riscontro di un esercizio effettivo di influenza determinante, adottandone peraltro un'interpretazione ben più restrittiva di quella successivamente sviluppata dalla giurisprudenza euorunitaria e richiedendo “*uno specifico intervento della capo-gruppo relativamente alla pratica incriminata*”. Infatti, secondo l'autore, se il fondamento dell'esenzione soggiace nell'assenza di autonomia della controllata, che non verrebbe meno per la mera sussistenza del rapporto di controllo “*ma solo in seguito all'effettivo esercizio del potere di direzione, la dimostrazione che tale poter venne esercitato proprio in relazione alla decisione di partecipare alla intesa intragruppo, mi sembra assolutamente indispensabile al fine di ottenere l'esenzione*”.

discutibilmente ritenuto accertato “solamente” in presenza di poteri di veto da parte della co-controllante, priva di reali poteri co-decisori, in via di principio, al fine di fornire la prova necessaria, l’autorità procedente si troverà generalmente ad addurre un insieme di elementi di fatto e/o di diritto, tali da dimostrare in via “positiva” l’effettiva sussistenza di un effettivo esercizio di influenza determinante.

In altri termini, nell’impossibilità di basarsi su alcuna presunzione, per applicare la *parental liability*, l’autorità procedente dovrà verificare – e conseguentemente provare – la sussistenza di elementi idonei a confermare l’effettivo esercizio di un’influenza determinante da parte della società controllante, in relazione alla definizione della politica commerciale della filiale, e con speciale riguardo alle principali decisioni commerciali strategiche.

Questione diversa si pone invece nel caso di applicazione della *parental liability presumption*.

In particolare alla luce della sostanziale impossibilità di confutare la presunzione e della sua applicazione “formalistica”, è stato sostenuto che, sebbene la presunzione avrebbe teoricamente ad oggetto l’effettivo esercizio di un’influenza determinante da parte della controllante, la Commissione avrebbe ormai sostanzialmente finito per annullare la distinzione tra capacità di esercitare una influenza determinante ed esercizio concreto della stessa²²².

²²² Si vedano F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra 'responsabilità personale' e finalità dissuasive*, cit., p. 1067, che forniscono a tal riguardo l'esempio “di gruppi decisamente vasti dove la capogruppo è ‘molto lontana’ dalla controllata”, nei quali nondimeno “la Commissione sostiene che una forma di controllo esista anche quando la capogruppo non abbia preso parte, istigato, sollecitato o, addirittura, avuto conoscenza della condotta illecita della controllata”. Si vedano, tra gli altri, anche B. LEUPOLD, *Effective Enforcement of EU Competition Law Gone Too Far? Recent Case Law on the Presumption of Parental Liability*, in *European Competition Law Review*, 34, 2013; J. TEMPLE LANG, *How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Price Fixing by a Wholly-Owned Subsidiary Be Resolved*, cit., pp. 1494 – 1496. Anche le affermazioni della stessa Corte di giustizia, a volte, hanno tradito l’implicito approccio di consentire l’applicazione della presunzione in presenza della mera potenzialità di esercizio di un’influenza determinante (Corte di giustizia, sentenza dell’8 maggio 2013, causa C-508/11 P, *ENI SpA*, punto 67). La contraddittorietà applicativa della *parental liability presumption* ha così portato a palesi – ma comprensibili – fraintendimenti interpretativi, sulla base dei quali è stato erroneamente sostenuto che per gli effetti della presunzione sia sufficiente una “mera ‘capacità’ di esercitare un’influenza dominante [rectius, determinante; nda]” (M. CAPPAL, *Appunti sulla parental liability presumption e sulla nozione di intesa restrittiva per oggetto: a proposito della decisione del TAR Lazio sul caso dei finanziamenti auto*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 3, 2021, p. 595).

In altri termini, è stato sostenuto che, ormai, la nozione di “controllo” rilevante ai fini dell'imputazione della *parental liability* sarebbe “appiattita” su quella, in certa misura, diversa propria delle valutazioni in materia di concentrazioni²²³. Ciò, però, comporterebbe pressoché sempre un'automatica responsabilità delle controllanti totalitarie (o quasi) per le condotte delle loro controllanti²²⁴.

Ciò nonostante il riscontro dell'effettivo esercizio di un'influenza determinante, piuttosto che di una mera potenzialità, sembrerebbe rappresentare il fondamentale razionale giustificativo dell'applicazione della *parental liability*.

Invero, in assenza di un coinvolgimento attivo nell'infrazione – neppure di tipo omissivo o istigativo –, l'accertamento seppur in via presuntiva di un esercizio effettivo di influenza determinante sembrerebbe essere l'unico elemento in grado di evitare che la *parental liability* si trasformi in una (inammissibile) responsabilità oggettiva, nonché di recuperare una – benché minima – forma di collegamento tra la controllante e l'illecito antitrust. Non a caso, in talune pronunce, la giurisprudenza eurounitaria ha parificato l'effettivo esercizio di un'influenza determinante a una forma di azione della controllata “in nome e per conto” della controllante²²⁵.

²²³ Si esprimono così F. AMATO, F. LIBERATORE, A. DELLA NEGRA, *La responsabilità delle capogruppo per le violazioni del diritto antitrust europeo commesse dalle controllate: presunzione relativa o, di fatto, assoluta?*, in *Contratto e Impresa / Europa*, 1, 2014, p. 344. Infatti, in relazione alle operazioni di concentrazione, nella *Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (2008/C 95/01)*, si evidenzia che “Il controllo è definito dall'articolo 3, paragrafo 2 del regolamento sulle concentrazioni come la possibilità di esercitare un'influenza determinante su un'impresa. Non è dunque necessario dimostrare che l'influenza determinante viene o verrà effettivamente esercitata. Tuttavia, la possibilità di esercitare tale influenza deve essere effettiva” (punto 16).

²²⁴ Si veda in senso conforme anche J. TEMPLE LANG, *How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Price Fixing by a Wholly-Owned Subsidiary Be Resolved*, cit., p. 1494, che osserva che “If it were enough that the parent could have exercised influence, the 100% parent would always be liable, unless there were contractual or other legal reasons (e.g. insolvency or receivership) which made any influence impossible”. L'autore aggiunge anche che se la presunzione potesse essere confutata solo in simili casi, sarebbe probabilmente illegittima e in contrasto con il principio di presunzione d'innocenza nonché contraria al diritto di difesa, perché “A presumption that can be 'rebutted' only in circumstances in which it could not apply can hardly be described as rebuttable. [...] The fact, if it were the fact, that there are a few extreme or unusual cases in which the presumption would not apply would presumably not be enough to make the presumption legal, if in most situations it could not be rebutted” (pp. 1519 – 1521).

²²⁵ Tribunale UE, sentenza del 12 dicembre 2018, causa T-677/14, *Biogaran*, punto 223.

Si tratta, del resto, di razionali opposti a quelli che suggeriscono, ai fini della valutazione *ex ante* delle concentrazioni, di attribuire rilievo alla sola potenzialità del controllo²²⁶.

La valutazione è resa viepiù problematica dal non aver la Commissione né le corti UE mai chiaramente definito, in positivo, cosa rappresenti un simile “effettivo esercizio di influenza determinante”, limitandosi – nei vari giudizi in cui si è tentato di censurare l’applicazione della *parental liability presumption* – a evidenziare in negativo cosa non valga a confutare la presunzione di effettivo esercizio di un’influenza determinante.

I precedenti in materia di *parental liability presumption* hanno però reso il concetto completamente avulso dal benché minimo collegamento con la fattispecie illecita e decisamente lontano dalla fattispecie “limite” ove può intendersi per effettivo esercizio di influenza determinante una condotta istigativa al limite della partecipazione nell’illecito²²⁷.

Ciò è reso particolarmente evidente dal fatto che, come si approfondirà in particolare *infra* al par. 3.2.1., l’esercizio effettivo di un’influenza determinante non è in via di principio escluso neppure dall’assenza di direttive impartite dalla capogruppo in merito alla politica commerciale da adottare; e, comunque, a tal fine appare sufficiente una supervisione e indirizzo di carattere generalissimo – tipica e quasi essenziale²²⁸ per ogni socio di maggioranza – senza che rilevi la gestione strategica o *day-by-day* della controllata.

²²⁶ Si veda in tal senso M. NOTARI, *La nozione di ‘controllo’ nella disciplina antitrust*, Giuffrè, 1996, p. 278, che evidenzia che “Attribuire rilevanza al concetto di controllo solo quando esso si concreti in una situazione effettiva e non meramente potenziale [...] significherebbe cioè attendere non solo una situazione di capacità (potenziale) di incidere sulle altre imprese, ma anche l’attuazione della modifica strutturale delle imprese e del mercato”, in disarmonia con le finalità della disciplina di controllo delle concentrazioni.

²²⁷ Si esprimono in senso conforme F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L’imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra ‘responsabilità personale’ e finalità dissuasive*, cit., pp. 1066 – 1067.

²²⁸ Si veda, tra le più recenti, Corte di giustizia sentenza del 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA*, spec. punti 112 e 122, ove sostanzialmente la nomina degli amministratori della controllata è ritenuta di per sé sufficiente al confermare il riscontro di effettivo esercizio di un’influenza determinante. In relazione al controllo codicistico, M. S. SPOLIDORO, *Questioni in tema di controllo di società*, in G. A., Rescio e M. Speranzin (a cura di), *Patrimonio sociale e governo dell’impresa – dialogo tra giurisprudenza, dottrina e prassi in ricordo di G. E. Colombo, Giappichelli*, 2020, p. 186, nota del resto “il controllo di diritto [quindi, anche quello di maggioranza; *nda*] prescinde dall’influenza dominante. Esso può quindi sussistere anche in capo a un socio che non voglia o non possa esercitare alcuna delle prerogative che gli derivano dal fatto di potere, in linea di principio da solo, assumere qualsiasi deliberazione di competenza dell’assemblea ordinaria”.

Sembrerebbe, dunque, che il criterio (fattuale) dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante sfumi integralmente nella nozione (formale) di controllo, di per sé automaticamente rilevante nel caso di applicazione della *parental liability presumption*²²⁹.

Se questo è lo "stato dell'arte" rispetto all'applicazione della responsabilità "ascendente", in relazione a quella "discendente" (che verrà trattata più nel dettaglio *infra* al par. 6.1.), neppure è stato espressamente chiarito se, ai fini della trasmissione in via solidale della responsabilità, sia necessario il riscontro di un esercizio effettivo o potenziale di influenza determinante.

Si può però anticipare la considerazione che l'attribuzione di responsabilità *top-down* appare fondarsi sulla sussistenza di elementi idonei, sul piano sostanziale, a dimostrare un ruolo della controllata quale "attuatrice" dell'illecito, ancorché eventualmente inconsapevole.

Tale elemento rende pertanto recessiva la valutazione circa la necessità, ai fini del test sotteso alla responsabilità *top-down*, del riscontro di un esercizio potenziale o effettivo di influenza determinante. Il predetto elemento fattuale, infatti, sembra in grado di recuperare in ogni caso una forma di collegamento della controllata con l'illecito. Diversamente, in

²²⁹ Si è evidenziato *supra* al par. 5.1. del I capitolo come la nozione d'impresa abbia, di recente, apparentemente travalicato l'ambito antitrust, trovando applicazione anche in altre branche del diritto, tendenzialmente di origine eurounitaria, quali, fra le altre, l'area degli aiuti di stato. Appare allora d'interesse citare una pronuncia della Corte di giustizia in materia di aiuti di stato, nella quale sembrerebbe essere stata negata la rilevanza di ogni automatismo tra il "mero" dato del controllo e l'esistenza di un'unica entità economica, in particolare laddove la situazione di controllo dia luogo semplicemente all'esercizio di prerogative previste generalmente dal diritto societario (si veda Corte di giustizia, sentenza del 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze contro Cassa di Risparmio di Firenze SpA e altri*, punti 111-112, dove si legge che "il semplice possesso di partecipazioni, anche di controllo, non è sufficiente a configurare un'attività economica del soggetto che detiene tali partecipazioni, quando tale possesso dà luogo soltanto all'esercizio dei diritti connessi alla qualità di azionista o socio nonché, eventualmente, alla percezione dei dividendi, semplici frutti della proprietà di un bene. Viceversa, un soggetto che, titolare di partecipazioni di controllo in una società, eserciti effettivamente tale controllo partecipando direttamente o indirettamente alla gestione di essa, deve essere considerato partecipe dell'attività economica svolta dall'impresa controllata"). L'orientamento, tuttavia, non appare aver trovato ulteriore seguito nella giurisprudenza delle corti UE (e, anzi, censure fondate su analoghi ragionamenti appaiono direttamente disattese; si veda Corte di giustizia, sentenza dell'8 maggio 2013, causa C-508/11 P, *ENI SpA*, punti 67-68). Potrebbe tuttavia sostenersi che la sentenza appena citata, di cui alla causa C-222/04, sia stata condizionata dalla circostanza che la controllante non esercitasse attività economica in via diretta (infatti, la pronuncia risulta richiamata e trovare apparente seguito nella sentenza del Tribunale UE *Stichting Administratiekantor Portielje* – nella quale si poneva analogo problema di valutazione della sussistenza di un'effettiva situazione di controllo – comunque successivamente annullata da Corte di giustizia).

relazione all'applicazione della *parental liability presumption*, che appare ormai consolidatasi nella forma di una presunzione di fatto inconfutabile, un affievolimento del riscontro della sussistenza di un effettivo esercizio di influenza determinante non sia controbilanciato da alcun elemento idoneo a garantire un più "solido" collegamento della controllante con l'illecito rilevante.

2.1. (segue) l'incidenza del diverso "grado" di controllo sullo standard probatorio e l'accertamento in concreto svolto dall'autorità procedente

Sebbene i casi di applicazione della *parental liability* in assenza dei presupposti per l'applicazione della presunzione rappresentino un numero limitato, è d'interesse soffermarsi sui casi in cui la *parental liability* è stata applicata in presenza di fattispecie di controllo interno di fatto (con partecipazioni capitalistiche minoritarie), per apprezzare in che termini rilevi il rapporto di controllo ai fini dell'imputazione di responsabilità ascendente.

Merita anzitutto riportare integralmente quanto osservato dal Tribunale UE nella sentenza *Fuji Electric*, ove si è precisato che *"una partecipazione minoritaria può consentire ad una società controllante di esercitare effettivamente un'influenza determinante sul comportamento della sua controllata sul mercato se è accompagnata da diritti più estesi rispetto a quelli normalmente attribuiti agli azionisti di minoranza al fine di tutelare i loro interessi finanziari e che, esaminati secondo il metodo della serie di indizi convergenti, di natura giuridica o economica, sono atti a dimostrare l'esercizio di un'influenza determinante sul comportamento della controllata sul mercato"*²³⁰.

²³⁰ Tribunale UE, sentenza del 12 luglio 2011, causa T-132/07, *Fuji Electric Co. Ltd*, punto 183, ove si precisa anche che *"La prova dell'effettivo esercizio di un'influenza determinante può quindi essere prodotta [...] mediante un insieme di indizi, anche qualora ciascuno di tali indizi considerato isolatamente non abbia sufficiente forza probatoria"*. Al punto 184, il Tribunale ha anche soggiunto che, ad esempio, l'effettivo esercizio di un'influenza determinante potrebbe in tali casi essere dimostrato dalla presenza di *interlocking directorates* che consentano un coordinamento delle rispettive strategie societarie, o da rapporti di affari intercorrenti tra le parti (e.g., di fornitura). Un analogo approccio – volto alla dimostrazione dell'effettivo esercizio di un'influenza determinante da parte del socio di minoranza – è rinvenibile più di recente nel caso *Goldman Sachs*, affrontato *supra* al par. 1.6. e ss. Per quanto qui rileva, in relazione a una parte del periodo rilevante dell'illecito, la condotta materialmente posta in essere dalla controllata era stata imputata alla Goldman Sachs ancorché questa detenesse nella controllata solamente una partecipazione minoritaria (si veda la breve sintesi fornita da

Altrettanto significativa appare poi la decisione emessa all'esito del procedimento COMP/39.437 – *TV and Computer Monitor Tubes*, successivamente confermata in sede di impugnazione²³¹, in particolare per quanto riguarda l'imputazione di responsabilità parentale in via solidale nei confronti della Toshiba Corp.

In quel caso, Toshiba Corp. Deteneva una partecipazione nella società autrice materiale dell'illecito pari solamente al 35,5%²³². Nondimeno, con valutazioni confermate dal Tribunale UE, la Commissione ha ritenuto Toshiba Corp. Solidalmente responsabile dell'illecito sulla base della considerazione che quest'ultima fosse in grado di esercitare un'influenza determinante sulla società autrice materiale dell'illecito, congiuntamente all'altra controllante, e, pertanto, costituisse con quest'ultima una *single economic unit*, alla luce dei poteri "strategici" esercitabili nei confronti della società controllata²³³.

V. FASOULA, *Extending the presumption of decisive influence to impute parental liability to private equity firms for the anticompetitive conduct of portfolio companies*, cit., p. 108: "In *Goldman Sachs*, the minority capital of the financial investor was coupled with management powers to (i) appoint the members of the subsidiary's boards of directors, (ii) call the subsidiary's shareholder meetings, (iii) propose the removal of board members or of all boards of directors of the subsidiary, (iv) have a relevant role in the boards of directors and (v) receive regular updates and monthly reports from the subsidiary".

²³¹ Per una breve ricostruzione del caso e, in particolare, della pronuncia del Tribunale UE si veda B. CSÉPAI, *Toshiba v. Commission: Parental Liability of a Minority Shareholder*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 7, 2, 2016, , p. 115.

²³² Il restante 64,5% del capitale sociale di tale società era invece detenuto da una terza società, anch'essa ritenuta solidalmente responsabile della violazione antitrust, in qualità di controllante congiunta.

²³³ Nella sentenza del Tribunale UE del 9 settembre 2015, causa T-104/13, *Toshiba Corp.*, era stato fra l'altro evidenziato come la Commissione avesse in particolare ritenuto che "veto rights in matter of strategic importance (para 106) in the adoption of business plans and major investment decisions (para 108) and rights concerning senior management approval and dismissal and budget approval (para 107) were sufficient to establish control and that Toshiba and MTPD formed the same economic unit for the purposes of Article 101 TFEU" (v. B. CSÉPAI, *Toshiba v. Commission: Parental Liability of a Minority Shareholder*, cit., p. 116). Le valutazioni del Tribunale UE hanno trovato conferma nella sentenza della Corte di giustizia del 18 gennaio 2017, causa C-623/15 P, *Toshiba Corp.* (si vedano in particolare i punti 60 – 85, nei quali viene dettagliatamente argomentato perché il Tribunale UE avesse correttamente ritenuto provata la capacità – e l'effettivo esercizio – di un'influenza determinante sulla controllata). Pur trattandosi di una fattispecie nella quale la Commissione ha specificamente individuato gli elementi di fatto sulla base dei quali, nel caso di specie, controllante e controllata rappresentavano una *single economic entity* – e, pertanto, la prima poteva essere ritenuta solidalmente responsabile per l'illecito antitrust commesso dalla seconda – appare d'interesse notare che, in dottrina, sono state espresse critiche alla valutazione svolta nel caso di specie, argomentando che gli elementi dedotti non sarebbero stati sufficienti a provare l'effettivo esercizio di un'influenza determinante sulla controllata, con argomenti analoghi a quelli con cui è oggetto di critica l'applicazione della *parental liability presumption* (B. CSÉPAI, *Toshiba v. Commission: Parental Liability of a Minority Shareholder*, cit., p. 117, sostiene, in particolare, che la valutazione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante sulla controllata non dovrebbe risultare "abstract and unconnected to the infringement under investigation but should also identify the nexus between the controlling capabilities of the minority shareholder and the constitutive elements of the cartel").

Il test applicato nelle fattispecie nelle quali, in presenza di una partecipazione capitalistica minoritaria – ma lo stesso varrebbe nel caso di controllo maggioritario e non totalitario – si debba fornire piena prova dell’effettivo esercizio di un’influenza determinante per applicare la *parental liability*, appare pertanto riconducibile al riscontro di una situazione di controllo. Purtuttavia deve evidenziarsi come l’analisi svolta appaia alquanto superficiale nel riscontro di un effettivo esercizio di influenza determinante, con un approccio che pare analogo a quello commentato criticamente appena sopra, relativo all’applicazione della presunzione. Anche in presenza di uno standard probatorio “pieno”, appare così assistersi a un appiattimento della nozione di controllo rilevante ai fini dell’attribuzione della responsabilità antitrust su quella “potenziale” propria della disciplina in materia di controllo delle concentrazioni.

2.2. La qualificazione dell’effettivo esercizio di influenza determinante come attività di direzione e coordinamento: proposte interpretative alla luce della nozione di controllo codicistica

Il rilievo dell’elemento del controllo nell’applicazione della *parental liability* merita pertanto alcune ulteriori riflessioni, per meglio inquadrare l’oggetto della relativa presunzione di effettivo esercizio di influenza determinante. Allo stesso tempo, si tenterà in tal modo di meglio definire come debba essere interpretato tale elemento, decisivo ai fini dell’imputazione alla società controllante della responsabilità antitrust per le infrazioni commesse da una sua controllata, a prescindere da quale sia il regime probatorio applicabile.

Giova muovere dai principi espressi dalle corti UE nell’ambito delle pronunce relative al caso *Goldman Sachs*, ove è stato precisato che anche la detenzione totalitaria dei diritti di voto nell’assemblea della controllata consente l’applicazione della *parental liability presumption*.

Se, dunque, la partecipazione capitalistica rileva solo quale parametro del riscontro di una situazione di controllo, è evidente che ai fini dell’applicazione della presunzione non è essenziale il riscontro di una partecipazione capitalistica totalitaria o quasi ove, in presenza

di partecipazioni inferiori, una determinata società disponga comunque della totalità del capitale votante e, quindi, abbia comunque un controllo assoluto dell'assemblea della controllata, potendone determinare la strategica economica e commerciale.

Tale approccio giurisprudenziale, pertanto, consente di ipotizzare una giustapposizione tra la nozione di controllo prevista dal codice civile e i presupposti per l'applicazione della presunzione, anche al fine di valutare i margini per un possibile sviluppo espansivo della presunzione.

Invero, muovendo dalla premessa che non esiste un'unica nozione di controllo e che, anzi, in via di principio la nozione di controllo antitrust appare entro determinati limiti potenzialmente più ampia di quella civilistica²³⁴, può notarsi che, quantomeno in relazione alle fattispecie di controllo "interno" cui ai nn. 1) e 2) dell'art. 2359 c.c., la nozione di controllo è direttamente connessa ai voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (nella prima fattispecie, la maggioranza; nella seconda, voti sufficienti a esercitare un'influenza dominante).

Ebbene, correttamente riconducendo l'applicazione della *parental liability presumption* alla detenzione della totalità del capitale votante, anzitutto si giunge, abbastanza ovviamente, a escludere l'applicazione della presunzione in tutti i casi in cui – a prescindere dalla partecipazione complessivamente detenuta nella controllata – non si disponga della (quasi) totalità del capitale votante.

Sotto altro profilo, ben più rilevante ai fini della presente analisi, il richiamo della nozione civilistica di controllo consente di formulare un'ipotesi interpretativa secondo la quale il concetto di "effettivo esercizio di un'influenza determinante", sinora discusso, sarebbe parificabile alla nozione di "direzione e coordinamento", prevista dal codice civile²³⁵.

Si tratta, del resto, di un'opzione interpretativa che, come si vedrà *infra* al par. 4.1.3., appare accolta anche da alcune pronunce del Consiglio di Stato e che, da un lato,

²³⁴ Sulla "pluralità" delle nozioni di controllo, si veda M. S. SPOLIDORO, *Questioni in tema di controllo di società*, cit., p. 166 e ss.

²³⁵ La parificazione appare operata anche da L. LA ROCCA, *Profili problematici dell'imputazione soggettiva della sanzione antitrust*, cit., p. 68 e ss.

consentirebbe di meglio definire come debba essere inteso tale “effettivo esercizio di influenza determinante”, anche al fine del superamento della presunzione; dall’altro, consentirebbe di preconizzare eventuali margini espansivi della presunzione di responsabilità della capogruppo, sulla base dell’ambito applicativo della nozione di direzione e coordinamento.

Traendo spunto dalle nozioni di diritto societario interno, si potrebbe conseguentemente sostenere una giustapposizione tra la “dicotomia” rappresentata, da un lato, dal rapporto tra esercizio potenziale di influenza determinante ed effettivo esercizio della stessa e, dall’altro, quella relativa al rapporto tra controllo e attività di direzione e coordinamento.

La dottrina, infatti, ha evidenziato come il controllo andrebbe ritenuto una fattispecie “potenziale”, mentre solo l’attività di direzione e coordinamento inverrebbe un’attività effettiva di indirizzo delle scelte strategiche e gestionali dell’azione complessiva della società. Secondo l’opinione prevalente, pertanto, l’attività di direzione e coordinamento andrebbe distinta e qualificata come un *quid pluris* rispetto al mero esercizio del controllo²³⁶ e sarebbe in via di principio da escludere, ad esempio, laddove la nomina degli amministratori esaurisca l’influenza concretamente esercitata sulla controllata, senza alcuna aspirazione di indirizzo della relativa attività²³⁷.

Dunque, analogamente alla caratterizzazione dell’esercizio di influenza determinante, rilevante per l’attribuzione della responsabilità antitrust nell’impresa di gruppo, anche l’attività di direzione e coordinamento si caratterizzerebbe per una specifica

²³⁶ Si veda, ad esempio, P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Rivista delle Società*, 2-3, 2007, p. 320. Per una diversa opinione, si veda G. SALATINO, *L’attività di direzione e coordinamento: nozione, «punti di equilibrio», parametri di «liceità» e di «dannosità», e altre questioni inerenti la responsabilità*, in *Rivista del Notariato*, 6, 2015, pp. 1331 e ss., spec. pp. 1337 – 1338, che, muovendo dalla considerazione per cui il controllo non è categoria unitaria, sostiene che il controllo interno e l’attività di direzione e coordinamento opererebbero su piani diversi, “il primo esclusivamente sul piano assembleare, la seconda, sul piano gestorio”; quanto al controllo esterno, la direzione e il coordinamento non rappresenterebbe un *quid pluris*, ma la stessa cosa del controllo esterno, che opera anch’esso a livello gestorio.

²³⁷ Si vedano, ad esempio, M. LAMANDINI, *Commento all’art. 2359*, in *Le società per azioni*, Giuffrè, 2016, p. 743 e ss., spec. 750 e L. A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell’attività di direzione e coordinamento*, in *Rivista delle Società*, 2013, 2-3, p. 430; già in passato, si veda P. MARCHETTI, *Sul controllo e sul potere della controllante*, in *Aa. Vv., I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi*, Venezia, 16-18 novembre 1995, Giuffrè, 1996, p. 1555.

scelta organizzativa quanto al modello di gestione dell'impresa di gruppo o, comunque, per un "principio di effettività, l'esigenza cioè, per riconoscere un'attività di direzione e coordinamento, che si guardi al suo effettivo esercizio e non ci si limiti a considerare le situazioni giuridiche che potrebbero consentirla"²³⁸. Non deve allora stupire che autorevole dottrina, già ben prima della compiuta elaborazione a livello eurounitario della *single economic entity doctrine*, qualificasse la direzione unitaria in termini sostanzialmente analoghi all'identificazione di un'unità economica sul piano antitrust²³⁹.

Ciò posto, dall'ipotizzata equiparazione sostanziale tra attività di direzione e coordinamento ed effettivo esercizio di influenza determinante, potrebbe anzitutto ricavarsi un inquadramento più chiaro del concetto di "effettivo esercizio di un'influenza determinante", traendo spunto dalle elaborazioni in materia di direzione e coordinamento

²³⁸ Si veda C. ANGELICI, *Direzione e coordinamento: casi e questioni* in *Giurisprudenza commerciale*, 6, 2022, p. 964 e giurisprudenza ivi citata. Non è questa la sede per affrontare il complesso problema relativo al se l'attività di direzione e coordinamento debba identificarsi con il principio di effettività anche per ciò che concerne la possibilità di qualificarla come situazione di mero fatto che preesiste e prescinde da specifiche scelte organizzative o se, al contrario, la direzione e il coordinamento richieda appunto la precisa elaborazione di regole di funzionamento e gestione dell'impresa di gruppo (per la prima interpretazione si veda la giurisprudenza tendenzialmente maggioritaria, tra cui si segnala Cass. Civ., Sez. I, sentenza del 7 ottobre 2019, n. 24943, nonché in dottrina, tra gli altri, R. PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in P. Abbadessa, G. B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, III, UTET, 2007, p. 899; S. BERTOLOTTI, L. SCACCAGLIA, *Responsabilità da direzione e coordinamento: un itinerario di giurisprudenza*, in *Le Società*, 1, 2022, spec. p. 100 e la relativa ricostruzione giurisprudenziale ivi svolta; per il secondo orientamento, sostenuto da autorevole dottrina, si veda G. SCOGNAMIGLIO, *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Rivista di Diritto Civile*, 6, 2009, p. 778 e ss. cit., ove l'orientamento è valorizzato anche ai fini dell'interpretazione dell'art. 2497-ter e rispetto alla rilevanza della motivazione delle decisioni "condizionate" dall'attività di direzione e coordinamento). Ciò che rileva è che entrambe le visioni identificano l'attività di direzione e coordinamento in un modello organizzativo (o comunque un *quid pluris*) più complesso rispetto al semplice controllo, così consentendo entrambe di sviluppare la proposta interpretativa analogica che si sta svolgendo nell'elaborato. Peraltro, ove si identificasse l'attività di direzione e coordinamento come una specifica scelta di implementazione e sviluppo di un determinato modello gestorio, si potrebbe identificare una più tangibile organizzazione policorporativa dell'impresa, alla quale ancorare, in maniera più garantista l'applicazione della *parental liability presumption* e, in senso connesso, della relativa presunzione.

²³⁹ P. G. JAEGER, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giurisprudenza Commerciale*, I, 4, 1981, p. 415, affermava infatti che la gestione unitaria intenderebbe che "le società controllate vengono usate come 'strumento' della politica aziendale della società controllante; o, in altri termini, che il 'gruppo' viene amministrato come se si trattasse di una sola impresa".

e impiegando i meccanismi pubblicitari in relazione a quest'ultima previsti, ad esempio dall'art. 2497-bis, per corroborare o meno l'applicazione della *parental liability presumption*²⁴⁰.

Così, sotto un primo profilo, dovrebbe comunque rammentarsi che, anche in caso di controllo totalitario, la gestione dell'impresa spetta agli amministratori in via esclusiva – seppur in termini relativi e non assoluti e salvo il potere di “autorizzazione” assembleare ai sensi dell'art. 2364, co. 1, n. 5)²⁴¹ – sicché, comunque, l'effettivo esercizio di influenza, come l'attività di direzione e coordinamento, dovrebbe arrestarsi a un livello programmatico, tali per cui gli amministratori della controllata sarebbero soggetti a obiettivi di massima, rispetto ai quali scegliere le modalità di raggiungimento²⁴². Come l'attività di direzione e coordinamento, l'effettivo esercizio di un'influenza determinante dovrebbe dunque concretarsi in una costante e stabile trasmissione di una pluralità di linee generali strategiche e di approvazione degli indirizzi economici della controllata²⁴³, in modo tale da inquadrare le specifiche scelte operative compiute dagli amministratori nell'ambito di un quadro coerente con le politiche di gruppo. Da ciò discenderebbe che, in caso di totale delegazione, ad esempio laddove il controllo si concretasse nella semplice attività di nomina degli amministratori della controllata, non vi sarebbe direzione e coordinamento o effettivo esercizio di un'influenza determinante. Tale considerazione, come si dirà *infra* al par. 3.2.1., trova però dissonante interpretazione nell'ambito del superamento della presunzione di

²⁴⁰ Resta inteso che anche la nozione di attività di direzione e coordinamento non trova una specifica definizione legislativa codicistica, potendo assumere modalità concrete esplicative mutevoli e legate a circostanze da verificare in concreto, risultando pertanto arduo inquadrarla entro granitici confini definitivi (tra i tanti, D. CORAPI, *La prova dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento di società*, in *Le società*, 1, 2015, p. 1409; si veda anche A. PAVONE LA ROSA, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Rivista delle società*, 4, 2003, pp. 773 – 774, che sostiene l'assenza, anche nella realtà socio-economica, di un modello unico di direzione unitaria, la quale può spaziare da semplici attività di consultazione tra gli organi gestori delle entità del gruppo, alla previsione di “*general programs and directives of group*”, ovvero, in caso di strutture maggiormente accentrate, a forme ancor più penetranti di ingerenza nella partecipata).

²⁴¹ Si veda, *ex multis*, G. SBISÀ, *Art. 2497*, in G. Sbisà (a cura di), *Direzione coordinamento*, in P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Egea-Giuffrè, 3, 2012, p. 19.

²⁴² G. SALATINO, *L'attività di direzione e coordinamento: nozione, «punti di equilibrio», parametri di «liceità» e di «dannosità», e altre questioni inerenti la responsabilità*, cit., p. 1337 e dottrina ivi citata.

²⁴³ Si veda L. A. BIANCHI, *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, cit., p. 424, che individua un tipico indice dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento “*l'approvazione dei budget o dei piani industriali e/o economico finanziari*”.

parental liability, ove invero anche la deduzione di una politica di “massima delegazione” alla controllata non sarebbe sufficiente a superare la presunzione.

Inoltre, sotto altro profilo, più direttamente relativo al superamento della presunzione, potrebbe trarsi la conseguente conclusione secondo cui ciò che varrebbe a confutare la presunzione di direzione e coordinamento dovrebbe altresì valere a confutare la *parental liability presumption*²⁴⁴.

Ancorché sul piano sostanziale la soluzione interpretativa potrebbe avere un limitato rilievo pratico, confermando la difficoltà di superare la presunzione²⁴⁵, la proposta equiparazione potrebbe fornire alcuni spunti interessanti, in particolare valorizzando alcune disposizioni di diritto societario.

Così, si potrebbe ipotizzare di valorizzare le disposizioni in materia di redazione del bilancio e, in particolare, l’art. 2424 c.c., deducendo che l’eventuale appostamento, da parte della controllante, della partecipazione nella controllata non tra le immobilizzazioni finanziarie dello stato patrimoniale, ma tra le attività finanziarie che non costituiscono immobilizzazioni, potrebbe confermare che la detenzione della partecipazione a un mero scopo di acquisto ai fini di rivendita²⁴⁶.

²⁴⁴ Si veda anche M. CAPPAL, *Appunti sulla parental liability presumption e sulla nozione di intesa restrittiva per oggetto: a proposito della decisione del TAR Lazio sul caso dei finanziamenti auto*, cit., p. 597, che sostiene che “L’unitarietà e la coerenza interna del sistema, in una con le fondamentali garanzie dell’incolpato, suggeriscono [...] di applicare alla parental liability presumption il medesimo standard richiesto dal giudice civile per superare la presunzione di direzione unitaria ex art. 2497-sexies c.c., consentendo alla holding di dimostrare, anche in presenza di partecipazioni prossime al 100%, l’assenza di un effettivo apporto in relazione ai fatti specificamente contestati alla controllata”. Si tornerà appena di seguito nel testo sull’ultimo profilo menzionato dall’autore, che, comunque, sembrerebbe sottendere un’interpretazione non del tutto corretta della nozione di direzione e coordinamento (che sembrerebbe più corretto inquadrare in un’ottica “generale” di indirizzo strategico, piuttosto che di indirizzo “specifico” verso condotte determinate).

²⁴⁵ Si veda D. CORAPI, *La prova dell’esercizio di attività di direzione e coordinamento di società*, cit., p. 1410, che sostiene la possibilità che venga fornita la relativa prova (negativa) è “molto remota”, nonché la dottrina ivi citata.

²⁴⁶ F. GALGANO - G. SBISÀ, *Direzione e coordinamento di società, art. 2497 – 2497-septies*, in G. De Nova (a cura di), *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja Branca Galgano*, II edizione, Zanichelli, 2014, p. 338.

2.3. Il rifiuto di fondare sulla nozione di controllo codicistico ulteriori estensioni dell'ambito applicativo della *parental liability presumption*

La possibilità di ricondurre la nozione dell'esercizio effettivo di influenza determinante a quella di direzione e coordinamento porta inoltre con sé spazi per ipotizzare il rischio di ulteriori estensioni applicative della *parental liability presumption*. L'art. 2497-*sexies* prevede infatti che si possa presumere che l'attività di direzione e coordinamento sia esercitata dalla società tenuta al consolidamento dei bilanci o che comunque esercita il controllo *ex art. 2359 c.c.*, ove ai fini della ricorrenza di una situazione di controllo è sufficiente quantomeno la detenzione della maggioranza dei voti in assemblea. Ebbene, tenuto conto anche che il parametro fissato dalla Corte di giustizia in *Goldman Sachs*, relativo ai diritti di voto in assemblea, riecheggia evidentemente, come detto, la nozione propria di "controllo societario"²⁴⁷, il margine per assistere a un'espansione dell'ambito applicativo della presunzione, al di là dei casi di controllo totalitario o quasi, anche a quelli di controllo meramente maggioritario, appare tangibile²⁴⁸.

In via di principio, infatti, la nozione di controllo societario si fonda su un'irrelevanza sostanziale del diverso grado di controllo esercitato nella società partecipata, vieppiù argomentabile a seguito della riforma del 2003 e della definitiva ammissibilità della costituzione di società di capitali unipersonali, seppure con il residuo di taluni ambiti di specialità della relativa disciplina.

Imperniando l'applicazione della *parental liability presumption* sull'esistenza di una situazione di controllo, nei termini previsti dalla legge, potrebbe astrattamente porsi

²⁴⁷ Così M. FILIPPELLI, *Abusi di posizione dominante (anno 2020)*, in *Concorrenza e mercato*, 28, 2021, p. 304.

²⁴⁸ Del resto, considerando la disciplina nazionale in materia di controllo delle concentrazioni, la nozione di controllo antitrust, recata dall'art. 7 della l. 287/90, reca un rinvio alla nozione di controllo codicistico, prevedendosi che si abbia controllo rilevante per la realizzazione di un'operazione di concentrazione, fra l'altro, nei casi di cui all'art. 2359 c.c. Il richiamo alla disciplina in materia di concentrazioni appare rilevare nella misura in cui, come accennato poco sopra, la nozione di controllo rilevante ai fini dell'attribuzione della *parental liability* appaia ormai sostanzialmente appiattita su quella rilevante in materia di concentrazioni. In dottrina, in relazione alla presunzione di direzione e coordinamento, è stato del resto osservato che, in via di principio, il dominio dell'assemblea sottintende l'obiettivo della gestione dell'impresa, pertanto sarebbe corretto "che l'esistenza di una posizione di controllo dia origine a una presunzione, ovviamente *iuris tantum*, di esercizio della direzione e coordinamento dell'impresa" (si veda M. S. SPOLIDORO, *Questioni in tema di controllo di società*, cit., p. 186) e, quindi, potenzialmente, anche di effettivo esercizio di influenza determinante.

l'ipotesi di un'estensione della presunzione, anche ai casi di controllo del capitale (quantomeno quello votante) maggioritario ma non totalitario.

La soluzione, ancorché teoricamente ipotizzabile, non appare però condivisibile (e, non solo, avendo riguardo alle conseguenze di inasprimento delle sanzioni che comporterebbe²⁴⁹).

Anzitutto, permane comunque un margine di differenziazione tra le conseguenze e i razionali sottostanti al rinvio alla nozione di controllo codicistico ai fini dell'applicazione della stessa a fattispecie diverse.

In via di principio, infatti, deve evidenziarsi che il collegamento esplicito di varie discipline (come quella dell'acquisto di azioni proprie) alle fattispecie di cui all'art. 2359 c.c. sottende una valutazione di opportunità circa l'applicazione della disciplina del controllo già in presenza del solo pericolo di influenza dominante, trattandosi fattispecie potenziali, rispetto alle quali, per escluderne l'applicazione, si dovrebbe dare piena prova che a prescindere della titolarità dei voti sia esclusa anche una potenzialità di controllo²⁵⁰.

Vero è che il richiamo all'art. 2359 è operato, come più volte notato, anche dall'art. 2497-*sexies*, relativo alla presunzione di direzione e coordinamento, che senz'altro riguarda un'influenza dominante effettiva sulla controllata, ma – ancorché appena sopra si sia tentato di formulare un'ipotesi di equivalenza sostanziale tra la presunzione di effettivo esercizio di influenza determinante e quella di direzione e coordinamento – alcune differenze meritano ora essere apprezzate, al fine di prevenire che dall'ipotizzata equiparazione possa essere avvalorata l'ipotesi di un'espansione dell'ambito applicativo della *parental liability presumption*.

In chiave generale, allora, deve notarsi che le conseguenze dell'applicazione della *parental liability presumption* appaiono invero ben più afflittive – anche e soprattutto per la partecipata stessa – rispetto a quelle conseguenti all'applicazione della presunzione di

²⁴⁹ Sulle conseguenze in termini di inasprimento della sanzione che conseguono all'applicazione della *parental liability*, si veda *passim* il capitolo III. Nell'ipotesi in discussione, tali conseguenze risulterebbero applicabili – grazie all'applicazione di un regime probatorio presuntivo – non solo in situazioni di controllo totalitario o quasi, ma anche in situazioni di controllo maggioritario.

²⁵⁰ M. LAMANDINI, *Commento all'art. 2359*, cit., spec. pp. 747 – 748.

direzione e coordinamento. Quest'ultima, infatti, mira principalmente a garantire un'efficace repressione dei casi di cattivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, oggetto della presunzione, al fine di tutelare i terzi e, in particolare, i creditori della partecipata nonché i soci di minoranza della stessa, anche al fine di agevolarne l'onere probatorio. È evidente, allora, che l'applicazione della *parental liability presumption* non sottenda affatto alcuna prerogativa di tutela di eventuali soci di minoranza, i quali – anzi – sono evidentemente pregiudicati dall'eventuale coinvolgimento della *parent company*, per la sanzione sensibilmente più alta che verrebbe irrogata anche nei confronti della partecipata (lo stesso dicasi per eventuali creditori di quest'ultima).

Alla luce di un diverso equilibrio della pluralità degli interessi in gioco, appare quindi necessario, in casi di partecipazione (solamente) maggioritaria, imporre all'autorità procedente un onere probatorio pieno, al fine dell'applicazione della *parental liability presumption*.

In effetti, in passato, autorevole dottrina era giunta alla conclusione secondo cui, in via di principio, solo in caso di controllo totalitario vi sia una perfetta coincidenza tra l'interesse della controllante e della controllata²⁵¹.

Sebbene non è questa la sede di approfondire il complesso tema dell'interesse di gruppo e nella consapevolezza che, comunque, in via di principio non si può escludere una simile coincidenza di interessi anche in presenza di un controllo di grado non totalitario²⁵², appare comunque giustificabile – al netto delle criticità applicative della presunzione che si stanno esaminando – la scelta di restringerla al solo in caso di controllo totalitario (o quasi), per le specificità sottostanti al rapporto tra controllante e controllata in una simile situazione, anche rispetto al profilo della comunanza d'interessi.

Del resto, suggerisce di limitare l'applicazione della presunzione a rapporti di controllo totalitario o (quasi) anche il rilievo che in presenza di un rapporto di controllo “meramente” maggioritario non si può automaticamente escludere che il controllo

²⁵¹ G. FERRI, *Le società*, UTET, 1987, p. 959.

²⁵² Si veda anche P. PETTITI, *Direzione e coordinamento, interesse e controllo analogo*, in *Rivista delle società*, 4, 2020, pp. 1110 – 1111.

esercitato dal socio di maggioranza, in particolare per quanto concerne la nomina degli amministratori della partecipata, risenta del “*mutevole gioco delle alleanze tra i soci*”²⁵³, così come solo in presenza di un rapporto di controllo totalitario (o quasi) si può presumere con un’altissima probabilità che il vantaggio economico conseguente all’infrazione antitrust sia traslato integralmente alla controllante²⁵⁴.

Invero, anche le pronunce in materia di *parental liability presumption* sembrano implicitamente sottendere la considerazione che solo situazioni di controllo totalitario (o quasi) renderebbero così altamente probabili l’esistenza di una comunanza strategica e d’interessi – anche economici – tra controllante e controllate, non rilevando gli interessi di terzi titolari di quote, tale da consentire di applicare la presunzione di influenza determinante²⁵⁵.

In effetti, la sussistenza di potenziali ambiti applicativi distinti tra la presunzione di direzione e coordinamento e quella di effettivo esercizio di influenza determinante appaiono emergere anche da alcune recenti pronunce nazionali del Consiglio di Stato.

Sebbene ai sensi dell’art. 2497-*sexies* c.c. si presume salvo prova contraria, fra l’altro, che l’attività di direzione e coordinamento di una società sia esercitata dalla società tenuta al consolidamento del suo bilancio, tale elemento non appare essere stato ritenuto dai giudici amministrativi idoneo, di per sé, a consentire inferire un’analogha presunzione di effettivo esercizio di influenza determinante e applicare la *parental liability presumption*,

²⁵³ M. LAMANDINI, *Commento all’art. 2359*, cit., spec. pp. 750.

²⁵⁴ Pur trattandosi di profilo in disarmonia con la costruzione della *parental liability* realizzata dalla giurisprudenza eurounitaria, in alcune pronunce, anche nazionali, appare emergere la considerazione per la quale l’estensione di responsabilità alla capogruppo sarebbe fondata proprio su un “*meccanismo, anche solo potenziale, di traslazione del vantaggio economico [...] e alla cui ricorrenza va subordinata l’estensione della base patrimoniale a cui commisurare la sanzione*” (TAR Lazio, sez. I, sentenza del 28 luglio 2017, n. 9062). Un analogo apparente richiamo all’interesse e al vantaggio della controllante emerge anche nella Decisione della Commissione dell’11 novembre 2009, caso COMP/38.589 – *Heat Stabilisers*, punto 645, ove si afferma che “*entities bearing the fruits of the anti-competitive behaviour should also bear responsibility for it*”.

²⁵⁵ Conclusioni dell’AG Kokott del 23 aprile 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV*, punto 73. In dottrina, si vedano anche O. ODUDU, D. BAILEY, *The single economic entity doctrine in EU competition law*, cit., spec. pp. 1729 – 1730. Gli autori muovono dalla premessa per cui il fondamento della comunanza di interessi debba essere identificato nel fatto che, in ultima analisi, ogni profitto si trasli all’unico controllante dell’autore dell’infrazione. Tale comunanza di interessi è dunque alquanto ovvia in presenza di un rapporto di controllo totalitario (o quasi), mentre – ovviamente – tale comunanza di interessi tende tanto più a sfumare quanto più diminuisca il grado di controllo.

identificando un'unica impresa sul piano antitrust. Diversamente, proprio in presenza di partecipazioni non totalitarie o quasi – bisognerebbe sempre analizzare “*se, e in che misura, le società attratte nell'area di consolidamento siano effettivamente soggette al controllo in senso antitrust*”²⁵⁶, posto che la “*delimitazione concettuale della nozione antitrust di gruppo*” non si estenderebbe necessariamente a tutte le “*società pure attratte nell'area del consolidamento*”²⁵⁷.

Pur mantenendo valida l'ipotesi di un'equiparazione sostanziale tra la nozione di attività di direzione e coordinamento e quella di effettivo esercizio di influenza determinante, sussistono dunque elementi per escludere la piena sovrapposibilità delle due relative presunzioni²⁵⁸ nonché un “totale” sconfinamento della *parental liability presumption* nella nozione di controllo codicistico.

Nonostante la giurisprudenza della Corte di giustizia – e, in particolare, i principi espressi dalla Corte di giustizia in *Goldman Sachs* – appaia ormai aver chiarito che la *parental liability presumption* trovi il suo fondamento non nella semplice detenzione del capitale della società autrice di un'infrazione antitrust²⁵⁹, ma nel grado di controllo della stessa, sembra quindi ragionevole respingere la pur plausibile ipotesi dell'applicabilità della presunzione al di fuori di casi di controllo totalitario o quasi²⁶⁰.

²⁵⁶ TAR Lazio, sez. I, sentenza del 28 luglio 2017, n. 9062.

²⁵⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 4 marzo 2019, n. 1487; nonché Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 19 marzo 2019, n. 1801 (ove più correttamente si fa riferimento alla nozione antitrust di “*impresa*” e non di “*gruppo*”). Sembrerebbe, invece, conferire rilevanza al consolidamento del bilancio di gruppo Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza dell'11 gennaio 2023, n. 376, ove tale elemento viene *incidenter tantum* qualificato come strumento per “*beneficiare [...] dei vantaggi derivanti dalla condotta illecita*”, comunque in un caso di controllo totalitario.

²⁵⁸ Si consideri, del resto, che la presunzione di direzione e coordinamento trova applicazione in relazione a tutte le fattispecie di cui all'art. 2359 c.c. e, quindi, anche a quelle di controllo interno di fatto (che eventualmente può coinvolgere anche una partecipazione capitalistica minoritaria nella controllata) ed esterno di cui ai nn. 2 e 3 del co. 1, rispetto alle quali pacificamente non trova applicazione la *parental liability presumption*.

²⁵⁹ Anche in relazione all'attribuzione di responsabilità per fatti degli ausiliari integrati, a cui si è accennato *supra* al par. 3.3. del I capitolo, del resto, i principi espressi dalla Corte di giustizia in particolare, da ultimo, nella sentenza Unilever, appaiono sostanzialmente ricondurre l'area dell'attribuzione della responsabilità alle fattispecie di controllo esterno, di cui all'art. 2359, co. 1, n. 3) c.c.

²⁶⁰ Del resto, oltre alle considerazioni di sistema espresse sopra, deve notarsi che sul piano terminologico le corti UE hanno sempre affermato l'applicabilità della presunzione ai soli casi di controllo totalitario o quasi, isolando la posizione della controllante che possa atteggiarsi a “proprietario esclusivo” (Tribunale UE, sentenza del 12 luglio 2018, causa T-419/14, *The Goldman Sachs Group, Inc.*, punto 48). Si veda anche Corte di giustizia sentenza del 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA*, punto 110, ove si evidenzia proprio che “*la detenzione, da parte di una società, della quasi totalità del capitale sociale di un'altra società,*

Resta inteso che, comunque, ai fini dell'applicazione della presunzione dovrebbe quindi, in termini generali, dovrebbe farsi più correttamente riferimento al principio della detenzione della totalità (o quasi) del capitale votante della controllata, dovendosi escludere l'applicazione della *parental liability presumption* in caso di mancata detenzione della totalità (o quasi) dello stesso.

3. Il superamento della presunzione di *parental liability*

Corollario dell'elaborazione della *parental liability presumption* è la sua natura di presunzione relativa, teoricamente superabile dalle società controllanti che deducano che, nelle specifiche fattispecie, non abbiano effettivamente esercitato alcuna influenza determinante sulle controllate autrici materiali dell'illecito.

Se rispetto al profilo dell'onere probatorio imposto all'autorità procedente le ricadute applicative della *parental liability presumption* appaiono pertanto alquanto lineari – essendo “semplicemente” richiesto all'autorità procedente di provare il rapporto di controllo nei termini sinora descritti, senza la necessità fornire neppure indizi di un'ingerenza nelle politiche commerciali della controllata – la principale attenzione dell'elaborazione giurisprudenziale in materia si è diretta verso l'individuazione di elementi di fatto e/o di diritto astrattamente idonei a consentire di confutare la presunzione in esame.

L'analisi dei precedenti giurisprudenziali rilevanti ha tuttavia portato larga parte della dottrina a sostenere che, ancorché in via di principio configurata quale “presunzione relativa”, la *parental liability presumption* si riveli in concreto una presunzione assoluta, pressoché impossibile da confutare nel merito²⁶¹. Le valutazioni caso per caso nel merito

pur costituendo un indizio molto forte a favore della detenzione di un simile controllo, non consente di escludere con certezza che una o più altre persone possano detenere, da sole o congiuntamente, il potere decisionale, poiché, in particolare, la proprietà del capitale sociale può essere stata dissociata dai diritti di voto”. A livello nazionale, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha peraltro espressamente escluso l'applicabilità della presunzione in una fattispecie di detenzione del 60% del capitale sociale dell'affiliata responsabile dell'infrazione (si veda Prov. AGCM. n. 29981 del 1 febbraio 2022 – proc. 1835 – MERCATO DEI CONTATTORI D'ACQUA, §699).

²⁶¹ Invero, ad oggi, eccezion fatta per la sentenza del Tribunale UE *Gosselin-Portielje*, comunque oggetto di successivo annullamento da parte della Corte di giustizia, non appare sussistere neppure un precedente nel quale le corti UE abbiano accolto, per ragioni di merito, le deduzioni delle società controllanti volte a confutare la presunzione (si vedano anche le Conclusioni dell'AG Pitruzzella del 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, punto 43, nota 49). Rispetto alla giurisprudenza UE, A. KALINTIRI, *Revisiting Parental Liability in EU Competition*

della sussistenza di un effettivo esercizio di un'influenza determinante della controllante sulla controllata, infatti, hanno portato sempre a confermare la corretta applicazione della presunzione e l'assenza di elementi idonei a confutarla.

A tal riguardo, va osservato che l'onere della prova contraria posto in capo alle società controllanti richiederebbe, in via di principio, la deduzione di una serie di elementi probatori concordanti e seri che indichino che la controllata ha agito indipendentemente, determinando autonomamente la propria politica commerciale, nonostante il controllo della società madre. Come si approfondirà, non è tuttavia sufficiente la semplice dimostrazione che, con riferimento specifico alla condotta anticoncorrenziale, la controllata ha agito in maniera indipendente²⁶².

Un simile onere probatorio discende direttamente dall'oggetto della presunzione in esame che non pertiene alla partecipazione diretta della controllante nell'illecito, bensì all'esistenza di un'unica impresa, composta da controllante e controllata, alla luce dell'influenza determinante che, si presume, sia stata effettivamente esercitata dalla prima sulla seconda²⁶³. Del resto, se, come si sosterrà nell'elaborato, specialmente al par. 7 e ss., si assume che il diritto eurounitario vivente abbia preso posizione nel senso di stabilire che il rationale della responsabilità antitrust dell'impresa di gruppo riposa sull'esistenza di un'unica entità economica, l'oggetto della presunzione in esame dovrà riguardare, appunto, l'esistenza di elementi idonei a confermare l'esistenza di un'unica impresa e non già a dimostrare in via presuntiva un coinvolgimento, eventualmente di tipo omissivo, della controllante nell'illecito.

Law, cit., p. 152, osserva che ciò sia avvenuto nonostante “almost every action for annulment that reaches the EU Courts these days against Commission cartel decisions includes a plea that the authority has unlawfully imputed liability to the parent company for the anticompetitive acts of its subsidiaries”. A livello nazionale, con specifico riferimento alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, sembrano invece riscontrarsi segnali di maggiore apertura e discontinuità con i precedenti UE, dei quali si darà conto *infra* al par. 4.1. e ss.

²⁶² L. SOLEK, S. WARTINGER, *Parental Liability - Rebutting the Presumption of Decisive Influence*, cit., pp. 76 – 77 e giurisprudenza ivi citata.

²⁶³ L. SOLEK, S. WARTINGER, *Parental Liability - Rebutting the Presumption of Decisive Influence*, cit., pp. 77. Gli autori evidenziano infatti che “It should not be forgotten that the parent company is rebutting the existence of a single undertaking and not its direct participation in the infringement. Against this background it is clear that the subsidiary's autonomy must be established for the whole subsidiary and not merely a business unit active on the market which is the subject matter of the cartel”.

Tale impianto teorico, chiaro su un piano formale, svela nondimeno contraddittorietà sul piano applicativo al momento del tentativo di superamento della presunzione, soprattutto laddove si volesse valorizzare quelle pronunce nazionali ed europee nelle quali implicitamente viene postulata in capo alla controllante una responsabilità indiretta o, quantomeno, da mancato impedimento²⁶⁴.

Ad ogni modo, poste tali premesse, la valutazione della Commissione delle possibili prove contrarie offerte dalle parti non si concentra sulla rilevanza “atomistica” di singoli elementi probatori, ma considera – olisticamente e nel suo complesso – tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti²⁶⁵.

3.1. I (rarissimi) casi di accoglimento di censure di carattere procedurale

Poste tali premesse, va però evidenziato che, invero, ad oggi, i precedenti nei quali le ricorrenti hanno con successo confutato l’applicazione della *parental liability presumption* rappresentano giudizi nei quali, oggetto di accoglimento, sono state censure di carattere procedurale.

Tali precedenti possono essere raggruppati in due distinte categorie. Da un lato, i casi nei quali le corti UE hanno accolto le deduzioni delle ricorrenti volte a censurare la violazione del principio di parità di trattamento; dall’altro quelli nei quali oggetto di accoglimento sono state le censure relative alla pretesa violazione dell’obbligo di motivazione imposto all’autorità procedente (in particolare, per la carenza di motivazione sul perché gli elementi addotti dalla controllante per confutare la presunzione, nel corso del procedimento antitrust, non siano stati a tal fine sufficienti).

Quanto al primo gruppo di precedenti, relativi alla pretesa violazione del principio di parità di trattamento, le corti UE – nelle primordiali fasi di applicazione della *parental liability presumption* – hanno ritenuto che, nel caso in cui nel corso del procedimento antitrust l’autorità procedente rinunci ad attenersi all’applicazione della sola presunzione

²⁶⁴ Tra i precedenti nazionali, si veda, ad esempio, TAR Lazio, sez. I, sentenza del 6 marzo 2023, n. 3699

²⁶⁵ L. SOLEK, S. WARTINGER, *Parental Liability - Rebutting the Presumption of Decisive Influence*, cit., p. 77. Si tornerà a breve sulle “categorie” di elementi probatori che – nei vari precedenti – non hanno consentito di confutare la presunzione.

d'influenza determinante, adducendo per talune controllanti ulteriori elementi atti a corroborare la mera presunzione, tale regime probatorio deve allora essere adottato nei confronti di tutte le controllanti chiamate, nel corso di un medesimo procedimento, a rispondere solidalmente di un illecito antitrust materialmente posto in essere dalle proprie controllante, in applicazione della *single economic entity doctrine*²⁶⁶.

In tali casi, l'autorità procedente è tenuta a rispettare per tutte le controllanti, parti del procedimento, un "onere della prova dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante più vincolante di quello che sarebbe stato considerato sufficiente, in linea di principio [in applicazione della *parental liability presumption*]", avendolo essa stessa "imposto a sé stessa" (c.d. metodo della "duplice base")²⁶⁷.

Diversamente, infatti, si sarebbe come anticipato in presenza di una violazione del principio di parità di trattamento, idonea di per sé a determinare l'annullamento della decisione nella parte in cui ha imputato la responsabilità (solidale) anche nei confronti delle controllanti rispetto alle quali nessun ulteriore indice fosse stato addotto per corroborare la presunzione²⁶⁸.

Quanto al secondo gruppo di precedenti, le corti UE hanno dato vita a un filone di precedenti nei quali l'applicazione della *parental liability presumption* è stata censurata per ragioni procedurali, connesse al mancato soddisfacimento, da parte della Commissione, del proprio onere di esporre adeguatamente le ragioni per le quali gli indizi addotti, caso per

²⁶⁶ Si veda, in particolare, Corte di giustizia, sentenza del 19 luglio 2012, cause riunite C-628/10 P e C-14/11 P, *Alliance One International Inc. e altri*, punti 42 – 67, che ha confermato sul punto la sentenza di primo grado del Tribunale UE. Nella citata sentenza, viene infatti fra l'altro evidenziato che la giurisprudenza in materia di *parental liability presumption* non richiede che, ai fini dell'imputazione alla controllante dell'illecito antitrust della controllata, "la Commissione sia tenuta a fondarsi esclusivamente su detta presunzione. Infatti, nulla impedisce a tale istituzione di accertare l'esercizio effettivo, da parte di una società controllante, di un'influenza determinante sulla sua controllata attraverso altri elementi di prova o attraverso una combinazione di siffatti elementi con detta presunzione" (punto 49). Nel caso di specie, la Commissione non aveva del resto contestato di aver applicato, in relazione a talune controllanti, il metodo della "duplice base" (punto 56).

²⁶⁷ Corte di giustizia, sentenza del 19 luglio 2012, cause riunite C-628/10 P e C-14/11 P, *Alliance One International Inc. e altri*, punto 53.

²⁶⁸ Corte di giustizia, sentenza del 19 luglio 2012, cause riunite C-628/10 P e C-14/11 P, *Alliance One International Inc. e altri*, punto 57: "il principio di parità di trattamento esige che, quando la Commissione adotta un metodo come quello in questione per determinare se occorra affermare la responsabilità delle società controllanti le cui controllate hanno partecipato ad una medesima intesa, essa deve fondarsi, salvo circostanze particolari, sugli stessi criteri in relazione a tutte le società controllanti".

caso, dalle società controllanti non fossero stati sufficienti a confutare la *parental liability presumption*²⁶⁹.

Infatti, sebbene la Commissione (*rectius*, l'autorità procedente) non abbia l'onere di prendere una specifica posizione su ogni singolo elemento fattuale e/o di diritto dedotto dalle parti nel caso in cui questi siano manifestamente irrilevanti o insignificanti o, comunque, di secondaria importanza, in presenza di deduzioni non qualificabili come tali – anche alla luce del loro livello di dettaglio argomentativo – è onere della Commissione chiarire perché le stesse non siano idonee a confutare la *parental liability presumption*. In tal modo, ad avviso delle corti UE, verrebbe fatto salvo il diritto di difesa delle ricorrenti²⁷⁰, considerato che, se non fosse imposto all'autorità procedente un simile onere motivazionale, la presunzione diverrebbe effettivamente inconfutabile. Infatti, secondo le corti UE, la richiesta di un simile onere motivazionale è diretta conseguenza della natura di presunzione relativa della *parental liability presumption*²⁷¹.

²⁶⁹ In via di principio, in tali precedenti, le deduzioni mosse dalle controllanti per confutare la *parental liability presumption* avevano ad oggetto l'asserito ruolo delle controllanti di "meri" investitori finanziari non operativi (lo evidenziava P. MERLINO, *Edison: A Glimpse of Hope for Parent Companies Seeking to Rebut the Parental Liability Presumption?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 5, 2014, p. 466, ipotizzando anche che simili precedenti "might have provided some room for non-operating financial holding companies of industrial groups to escape liability for the infringements committed by their subsidiaries"; come già notato, tuttavia, i margini per confutare l'applicazione della *parental liability presumption* sulla base della deduzione del ruolo della controllante quale *holding* finanziaria pura appaiono tuttavia limitati). Con specifico riguardo al caso *Edison*, le deduzioni della società consistevano anche nell'asserire che il "controllo" esercitato sulla società materialmente autrice dell'illecito fosse invero consistito nella sola verifica dei risultati finanziari della stessa, attraverso attività di *audit* interna ed esterna, senza alcuna determinazione delle condotte di mercato (si vedano più nel dettaglio, sul punto, F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra 'responsabilità personale' e finalità dissuasive*, cit., p. 1103).

²⁷⁰ Più correttamente, sebbene tale considerazione emerga implicitamente dalle argomentazioni delle corti UE, va evidenziato che – su un piano formale – le decisioni nelle quali è stata censurata l'applicazione della *parental liability presumption* per pretese carenze motivazionali non hanno mai esplicitamente affermato la sussistenza di una violazione del diritto di difesa delle ricorrenti (anzi, a volte, sono espressamente stati rigettati i motivi di ricorso relativi ad asserite violazioni del diritto di difesa; si veda Tribunale UE, sentenza del 16 giugno 2011, causa T-185/06, *L'Air liquide, société anonyme pour l'étude et l'exploitation des procédés Georges Claude*). In precedenza, M. BRONCKERS, A. VALLERY, *No Longer Presumed Guilty The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law*, in *World Competition*, 34, 2011, p. 558, avevano sostenuto che l'espresso riconoscimento di ipotetiche violazioni del diritto di difesa delle ricorrenti nell'applicazione della *parental liability presumption* avrebbe potuto avere riflessi non solo sull'onere motivazionale imposto alle autorità procedenti ma – più in generale – sulla "tenuta" della presunzione stessa.

²⁷¹ Si veda anche il "commento" al contenzioso *Edison* offerto da P. MERLINO, *Edison: A Glimpse of Hope for Parent Companies Seeking to Rebut the Parental Liability Presumption?*, cit., p. 465.

La mancanza di un'adeguata motivazione, come sopra brevemente ricostruita, determinerà quindi l'annullabilità delle decisioni nei quali si sia fatta applicazione della *parental liability presumption*, senza che a ciò possa giovare una "motivazione postuma" eventualmente fornita nel corso del procedimento di impugnazione²⁷².

3.2. I tentativi (infruttuosi) di superamento della presunzione nel merito

Quanto alle valutazioni di merito – sulla base delle quali, come anticipato, sinora non è stata mai confutata la presunzione in esame – il profilo di analisi risulta ben più complesso, tanto che in dottrina è stato sostenuto che non solo non vi sarebbero precedenti nei quali la presunzione è stata confutata con successo nel merito, ma – del tutto – i precedenti in materia di *parental liability presumption* non fornirebbero alcuna precisa indicazione a tal riguardo²⁷³.

Ad ogni modo, in dottrina²⁷⁴, vari autori hanno tentato di "raggruppare" categorie di fattispecie rispetto alle quali – sulla base dei precedenti delle corti UE – fosse possibile

²⁷² Si veda in particolare Tribunale UE, sentenza del 16 giugno 2011, causa T-185/06, *L'Air liquide, société anonyme pour l'étude et l'exploitation des procédés Georges Claude*, punto 82.

²⁷³ F. AMATO, F. LIBERATORE, A. DELLA NEGRA, *La responsabilità delle capogruppo per le violazioni del diritto antitrust europeo commesse dalle controllate: presunzione relativa o, di fatto, assoluta?*, cit., p. 339. Anche J. TEMPLE LANG, *How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Price Fixing by a Wholly-Owned Subsidiary Be Resolved*, cit., p. 1502, evidenzia come "In Parker the Court said "the applicants are not required to adduce direct and irrefutable evidence of the subsidiary's independent conduct on the market, but, failing that, they must submit a body of precise and consistent evidence showing that the subsidiary acted independently". This is the closest that the Court have come to explaining the burden of proof, but it is not clear what the 'precise and consistent' evidence needs to prove". L'autore evidenzia anche che il principio di certezza del diritto imporrebbe che una società debba essere consapevole di quali siano gli elementi di fatto e di diritto necessari per confutare una presunzione ad essa applicabile, in particolare alla luce delle gravi conseguenze (sanzionatorie) che dalla stessa possono discendere (p. 1522). Rispetto a tale necessità, appare interessante richiamare la Risoluzione del Parlamento europeo del 9 marzo 2010 sul *Report on Competition Policy 2008 (2009/2173(INI))*, punto 50, nel quale la Commissione veniva invitata a definire criteri specifici sulla base dei quali le società controllanti potessero essere ritenute solidalmente responsabili per gli illeciti concorrenziali delle loro controllate. Va comunque osservato che, pur potendo la risoluzione essere interpretata nel senso di aver richiesto una maggiore chiarezza sugli specifici criteri di confutazione della *parental liability presumption* (trattandosi invero di un atto successivo alla sentenza *Akzo*), non si può escludere che mirasse semplicemente a suggerire un consolidamento dell'applicazione della *parental liability presumption* secondo i criteri delineati in *Akzo*, i quali, in effetti, erano stati da taluni ritenuti aver posto fine a un contrasto giurisprudenziale. Inoltre, nella stessa causa *Akzo*, l'AG Kokott aveva sostenuto che la presunzione avrebbe perseguito, fra l'altro, proprio lo scopo di garantire la certezza del diritto.

²⁷⁴ Fra i tanti, si vedano ad esempio F. AMATO, F. LIBERATORE, A. DELLA NEGRA, *La responsabilità delle capogruppo per le violazioni del diritto antitrust europeo commesse dalle controllate: presunzione relativa o, di fatto, assoluta?*, cit.; J. TEMPLE LANG, *How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Price Fixing by a Wholly-Owned Subsidiary Be Resolved*, cit., spec. p. 1491 e ss.; L. SOLEK, S. WARTINGER, *Parental Liability - Rebutting the*

identificare quali tipologie di deduzioni siano state nel tempo ritenute inidonee a superare la *parental liability presumption*.

Prendendo spunto da simili “categorizzazioni” offerte dalla dottrina, possono allora analizzarsi le principali categorie di argomenti che le controllanti hanno nel tempo dedotto nel tentativo di confutare la presunzione, con la precisazione che, tra tali fattispecie, saranno pretermessi gli argomenti relativi alla pretesa qualifica della controllante come *holding* finanziaria pura, già oggetto di disamina *supra* al par. 1.6.1.

3.2.1. (segue) gli argomenti fondati sull’assenza di ingerenza diretta della controllante o sulla specifica autonomia *day-by-day* della controllata

Anzitutto, la deduzione di fatti negativi – quali ad esempio l’assenza di istruzioni impartite dalla controllante alla controllata in merito a eventuali specifiche politiche commerciali da adottare – non è sufficiente a escludere la sussistenza di un esercizio (effettivo) di influenza determinante (*rectius*, a dimostrare – seppur in via presuntiva – l’autonomia commerciale della controllata)²⁷⁵.

Lo stesso dicasi per il generico riferimento al fatto che la controllata svolga attività economica distinta dalla controllante²⁷⁶ (elemento al quale, come si dirà *infra* al par. 6 e ss., è conferito un opposto rilievo nell’ambito della determinazione dei criteri di imputazione della responsabilità *top-down*).

A tal riguardo, le corti UE hanno anche più volte sostenuto che la possibilità di esercitare un’influenza determinante sulla controllata non esige la dimostrazione di una interferenza sulla gestione *day-to-day* della politica commerciale di questa, né

Presumption of Decisive Influence, cit.; A. KALINTIRI, *Revisiting Parental Liability in EU Competition Law*, cit.; V. FASOULA, *Extending the presumption of decisive influence to impute parental liability to private equity firms for the anticompetitive conduct of portfolio companies*, cit.

²⁷⁵ Si vedano ad esempio, Tribunale UE, sentenza del 16 settembre 2013, cause riunite T-379/10 e T-381/10, *Keramag Keramische Werke e altri*, successivamente oggetto di conferma *in parte qua* dalla Corte di giustizia; Tribunale UE, sentenza del 13 settembre 2013, causa T-566/08, *Total Raffinage Marketing*, anch’essa successivamente oggetto di conferma da parte della Corte di giustizia.

²⁷⁶ Si veda, ad esempio, Corte di giustizia, sentenza dell’8 maggio 2013, causa C-508/11, *Eni SpA*, punto 65. J. TEMPLE LANG, *How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Price Fixing by a Wholly-Owned Subsidiary Be Resolved*, cit., p. 1498, osserva che “*It would not seem natural to describe companies in entirely different product markets as forming one enterprise, but that leaves open the question of financial supervision*”.

necessariamente che oggetto di influenza sia la politica commerciale *stricto sensu* – relativa ad esempio alla strategia di distribuzione o ai prezzi –. Ciò che rileva è, invero, la possibilità di incidere sulla strategia generale che definisce gli orientamenti della società²⁷⁷.

Tale considerazione identifica un profilo particolarmente critico, perché, a monte, la costruzione del gruppo come realtà unitaria si fonda sul parametro della mancata autonomia decisionale, che si dovrebbe misurare con riguardo al *day-by-day management*. Mostra dunque qualche contraddittorietà sostenere che, da un lato, tale rilievo possa rappresentare un fattore costitutivo del gruppo / unità economica, ma, dall'altro, che dall'assenza di tale riscontro non si possa trarre alcuna conclusione in termini di imputazione di responsabilità.

Nel caso *Bitume Paesi Bassi*, la Commissione europea è comunque parsa identificare alcune aree di determinazione di una simile strategia generale ove potrebbero sussistere spazi di un efficace superamento della presunzione. Segnatamente, si tratterebbe della scelta della *line of business*; delle decisioni strategiche relative a operazioni di fusione; di quelle relative al se e in quale ambito effettuare investimenti; dell'individuazione dei fornitori / distributori; della determinazione degli amministratori della controllata; della previsione di obblighi di reportistica in capo alla controllata, nei confronti di altre società del gruppo; dell'area di attività della controllata, nell'ambito degli obiettivi strategici del gruppo²⁷⁸.

In concreto, però, non emergono precedenti in cui la deduzione di simili “ambiti di autonomia della controllata” sia risultata idonea a superare la presunzione. Tanto più che, con riferimento al profilo della sussistenza di eventuali obblighi di reportistica in capo alla controllata, le corti UE hanno più volte sostenuto che anche se limitati alla condivisione di

²⁷⁷ Fra le altre, si veda ad esempio Tribunale UE, sentenza del 9 settembre 2015, causa T-104/13, *Toshiba Corp*, confermata in sede di impugnazione dalla Corte di giustizia. Di recente, si veda anche Tribunale UE, sentenza dell'11 luglio 2019, causa T-523/15, *Italmobiliare SpA e altri*, punto 59, ove il Tribunale chiaramente esprime la tesi dell'irrelevanza della “*indipendenza operativa*” rispetto alla controllante, posto che la delega della gestione delle attività correnti alle varie direzioni locali sarebbe prassi abituale “*delle imprese di grandi dimensioni composte da un numero elevato di controllate*”. Si veda anche la Decisione della Commissione europea, caso COMP.38456, *Bitume – Paesi Bassi*, punto 200, dove si legge che “*it is not, in respect of normal day-to-day operations, that the subsidiary has to rebut the presumption by proving its autonomy, but precisely in respect of the most important strategic decisions as a company can face*”.

²⁷⁸ Si veda Decisione della Commissione europea, caso COMP.38456, *Bitume – Paesi Bassi*, punto 200.

informazioni sui risultati finanziari della controllata sono idonei a confermare la presunzione di effettivo esercizio di influenza determinante²⁷⁹.

In un simile contesto valutativo, si è giunti a sostenere che l'esercizio effettivo di un'influenza determinante sarebbe riscontrabile persino nel caso in cui alla controllata fosse conferita una completa e totale autonomia delegata di scelta. Secondo la Commissione e le corti UE, anche tale configurazione dei rapporti controllante / controllata confermerebbe in ogni caso l'effettivo esercizio di un'influenza determinante, sebbene inquadrabile in una scelta di non ingerenza nelle politiche della controllata²⁸⁰.

Tale argomento, però, appare poco condivisibile perché equivale a confermare implicitamente che la responsabilità della capogruppo sorga automaticamente dalla potenzialità di un esercizio di influenza determinante (e non dall'effettivo esercizio), imponendo alla *holding* un sostanziale dovere di monitoraggio²⁸¹, in ogni caso, della

²⁷⁹ Si veda Tribunale UE, sentenza dell'11 luglio 2019, causa T-523/15, *Italmobiliare SpA e altri*, punti 55 – 56, confermata da Corte di giustizia, 15 aprile 2021, causa C-694/19 P, *Italmobiliare SpA e altri*, ove in particolare si afferma che simili obblighi confermerebbero la supervisione, da parte della controllante, dell'attività della controllata, ciò consentendo alla controllante di “*intervenire in qualsiasi momento nella gestione e nella politica commerciale*” della controllata, in caso di necessità.

²⁸⁰ Fra le altre, si veda Tribunale UE, sentenza del 16 settembre 2013, causa T-496/07, *Repsol Lubricantes y Especialidades SA*, punto 179: “*Selon la jurisprudence, l'application d'un modèle d'organisation fondé sur une philosophie de délégation maximale aux filiales ne constitue pas un élément de preuve susceptible de démontrer l'autonomie de ces dernières. Au contraire, l'introduction et l'application d'une telle stratégie ou de toute autre stratégie de management attestent plutôt l'existence d'un pouvoir de contrôle effectif de la société mère sur ses filiales. En tout état de cause, la délégation de l'autorité à la direction des filiales à 100 % est une pratique fréquemment utilisée et de ce fait ne prouve pas l'autonomie réelle des filiales*”. La predetta pronuncia appare d'interesse anche rispetto alla puntuale analisi di uno degli argomenti dedotti dalla controllante per confutare la *parental liability presumption*, ovvero la – asserita e apparentemente non contestata – sussistenza di una delegazione “massima” di poteri all'amministratore unico della controllata, al fine della gestione e determinazione della politica commerciale di quest'ultima. Invero, secondo il Tribunale, tale argomento non sarebbe sufficiente a confutare la presunzione di responsabilità parentale giacché, in ogni caso, la controllante disporrebbe di un potere di revoca dell'amministratore che, come tale, integrerebbe una forma di esercizio di influenza determinante su questi. La controllante, pertanto, avrebbe dovuto dimostrare la sussistenza di ipotetiche misure “protettive” dell'indipendenza decisionale dell'amministratore al fine di confutare la presunzione.

²⁸¹ Invero, la rilevanza conferita all'eventuale autonomia della controllata appare il principale punto di discontinuità nel parallelismo ipotizzato *supra* al par. 2.2. tra “effettivo esercizio di influenza determinante” e “attività di direzione e coordinamento”. Se, mutuando le parole di autorevole dottrina, l'attività di direzione può essere definita come “*l'esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali*” (P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, cit., p. 320), potrebbe in effetti ammettersi che la confutazione della *parental liability presumption* non dovrebbe avere ad oggetto l'autonomia della controllata rispetto alla sua politica commerciale *stricto sensu*. Nondimeno, per controbilanciare tale possibile ampia applicazione della presunzione, dovrebbe

condotta della controllata. Al contrario, sembrerebbe ben più ragionevole e coerente con la perdurante distinta soggettività giuridica di controllante e controllata ritenere che l'autonomia di quest'ultima dovrebbe rilevare se inquadrabile in un plausibile disegno strategico di direzione e coordinamento del gruppo, stabile nel tempo e, in via di principio, relativo a tutte le controllate²⁸².

3.2.2. (segue) gli argomenti fondati su sforzi di *compliance* antitrust della capogruppo e/o insubordinazione della controllata

Anche la menzione dell'esistenza di programmi di *compliance antitrust* di gruppo, implementati dalla capogruppo e coinvolgenti anche la controllata, non è stata ritenuta sufficiente a confutare la presunzione. Anzi, secondo le corti UE denoterebbe *per tabulas* l'ingerenza della controllante e l'effettivo esercizio di un'influenza determinante²⁸³.

Nonostante un diverso orientamento che pareva emergere dal Tribunale UE in *Akzo*²⁸⁴, persino l'espressa "insubordinazione" della controllata alle direttive della controllante non è sufficiente a confutare la *parental liability presumption*. Il ragionamento delle corti UE è invero quello che, in simili fattispecie, rileverebbe non l'insubordinazione della controllata, bensì le direttive (disattese) trasmesse dalla controllante. Ciò, infatti, dimostrerebbe l'effettivo esercizio di un'influenza determinante, ancorché non oggetto di

però garantirsi un'effettiva rilevanza all'eventuale riscontro dell'autonomia strategica della controllata, concludendo che in tal caso al mero dato del controllo non corrisponderebbe l'effettivo esercizio di influenza determinante (né di attività di direzione e coordinamento).

²⁸² Si esprime in tal senso M. LIBERTINI, *Brevi note sulle responsabilità nel diritto antitrust*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 3, 2012, pp. 327 – 328, che infatti sostiene che un dovere di vigilanza sussista solo nella misura in cui sia effettivamente esercitato un "potere di direzione e coordinamento", sicché si dovrebbe semplicemente fornire indizi idonei a escludere che l'autonomia della controllata rappresenti un "espediente opportunistico", sicché la *holding* dovrebbe dimostrare di non essere incorsa in "colpa organizzativa".

²⁸³ Si veda in particolare Corte di giustizia, sentenza del 18 luglio 2013, causa C-501/11 P, *Schindler Holding Ltd e altri*, punto 114.

²⁸⁴ Su un piano formale, infatti, il Tribunale UE aveva sostenuto che la presunzione avrebbe potuto essere superata nel caso in cui fosse stato provato che la controllata "non applica sostanzialmente le direttive che [la capogruppo] impartisce e si comporta, pertanto, in maniera autonoma nel mercato" (Tribunale UE, sentenza del 12 dicembre 2007, causa T-112/05, *Akzo Nobel NV e altri*, punto 62). Un'interpretazione testuale di tale affermazione, pertanto, pareva suggerire una maggiore rilevanza dell'insubordinazione della controllata ai fini del superamento della presunzione.

seguito (*rectius*, del tutto disatteso) dalla società controllata (c.d. *rogue subsidiary*)²⁸⁵. Infatti, per confutare la presunzione, occorrerebbe fornire la prova che la controllante disponga di un'autonomia non solo su un piano puramente fattuale, ma anche su un piano oggettivo.

Invero, quantomeno sul piano formale dei principi espressi, bisogna precisare che la giurisprudenza eurounitaria ha comunque sostenuto che l'insubordinazione della controllata potrebbe invero rilevare solo qualora risulti costante e ripetuta nel tempo.

Perciò, sebbene l'effettivo esercizio di un'influenza determinante non implichi che la controllata debba applicare tutte le direttive impartite dalla controllante, qualora la "regola" fosse rappresentata dall'insubordinazione a tali direttive si dovrebbe allora ritenere insussistente l'effettivo esercizio di un'influenza determinante²⁸⁶.

Sembra tuttavia che simili principi identifichino un "caso limite", posto che invero non risultano sinora precedenti nei quali sia effettivamente stata riconosciuta la sussistenza di una simile "regolare" insubordinazione.

²⁸⁵ Si veda Tribunale UE, sentenza del 17 maggio 2013, causa T-146/09, *Parker ITR Srl e altri*, punti 185 – 194 (si veda in particolare il punto 187, dove il Tribunale evidenziava come "le ricorrenti, in sostanza, affermano al contempo che la Parker-Hannifin non ha esercitato alcuna influenza determinante sulla Parker ITR, ma che essa non ha mai smesso di intervenire nella gestione di quest'ultima e non vi sarebbe riuscita solo a causa dei raggiri del sig. P."). La sentenza è stata oggetto di successiva conferma *in parte qua* anche in sede di impugnazione. Si veda anche Corte di giustizia, sentenza del 16 giugno 2016, causa C-155/14 P, *Evonik Degussa GmbH e altri*, punto 41. Va comunque evidenziato che le istruzioni "disattese" dalle controllate nei casi di specie non riguardavano *stricto sensu* scelte di politica commerciale, bensì – genericamente – indicazioni di *compliance* antitrust. Appare peraltro interessante notare che, prima della compiuta elaborazione della *parental liability presumption*, nella Decisione della Commissione del 23 dicembre 1977, n. 78/155/CEE, procedimento IV/29.146/BMW, la controllante totalitaria della società materialmente autrice dell'infrazione non era stata ritenuta solidalmente responsabile l'illecito presumibilmente proprio per l'insubordinazione della controllata, dalla quale era stata dedotta la pretesa autonomia commerciale di quest'ultima (si veda sul punto anche Corte di giustizia, sentenza del 12 luglio 1979, cause riunite 32/78, da 36/78 a 82/78, *BMW Belgio e altri*; anche R. BURNLEY, *Group Liability for Antitrust Infringements: Responsibility and Accountability*, cit., p. 607, sostiene che il mancato coinvolgimento della controllante sarebbe in quel caso conseguito alla qualifica di *rogue subsidiary* della controllata, evidenziando che in quel caso la controllata non si fosse limitata ad agire senza l'approvazione della controllante, ma avesse disatteso specifiche istruzioni; secondo l'autore, in generale, la possibilità di qualificare una controllata come *rogue subsidiary* dovrebbe consentire di confutare la *parental liability presumption*: tuttavia, come sostenuto nel testo, la successiva giurisprudenza delle corti UE ha sconfessato una simile interpretazione).

²⁸⁶ Il principio è stato originariamente affermato in Corte di giustizia, sentenza del 24 giugno 2015, causa C-293/13 P, *Fresh Del Monte Produce Inc.*, punti 96 – 97, invero fattispecie relativa all'applicazione della *parental liability* ma non della relativa presunzione. Con specifico riguardo alla confutazione della *parental liability presumption*, si veda Corte di giustizia, sentenza del 16 giugno 2016, causa C-155/14 P, *Evonik Degussa GmbH e altri*, punto 41.

Inoltre, la valutazione sul piano fattuale dell'insubordinazione della controllata appare, rispetto al predetto rilievo, alquanto contraddittoria.

Invero, sembra ragionevole sostenere che o – come sostenuto in alcuni precedenti – sia la mera impartizione di direttive, ancorché tutte disattese, a rilevare di per sé quale indice di un effettivo esercizio di un'influenza determinante oppure l'insubordinazione della controllata dovrebbe ragionevolmente sempre poter rilevare, anche se isolata, nella misura in cui riguardi specificamente la realizzazione di una condotta anticoncorrenziale, che però rappresenti inosservanza a direttive della capogruppo.

3.2.3. (segue) gli argomenti basati sui principi di diritto societario e quelli fondati sull'autonomia della rispettiva strategia difensiva

Parimenti, inidonee a confutare la presunzione sono state ritenute le deduzioni volte a valorizzare principi generali di diritto societario – eventualmente diretti a far valere il principio di responsabilità limitata o di separatezza delle personalità giuridiche tra diverse entità societarie –. In particolare, simili deduzioni sono in via di principio irrilevanti proprio alla luce della nozione di impresa propria del diritto antitrust²⁸⁷.

Su un piano della composizione degli organi statuari, l'assenza di *interlocking directorates* e l'esistenza di un (diverso) *management* locale posto a gestione dell'affiliata di per sé non valgono a confutare l'applicazione della *parental liability presumption*²⁸⁸ (anzi,

²⁸⁷ Tra le prime, si veda Corte di giustizia, sentenza dell'8 maggio 2013, causa C-508/11, *Eni SpA*, punto 81, dove censure di tale natura vengono persino definite “manifestamente infondat[e]”.

²⁸⁸ Si veda ancora Corte di giustizia, sentenza dell'8 maggio 2013, causa C-508/11, *Eni SpA*, punto 65, dove la Corte di giustizia evidenzia che, in relazione al caso di specie, “il coordinamento degli investimenti all'interno del gruppo poteva essere assicurato dall'ENI anche in mancanza di una sovrapposizione siffatta o di un suo coinvolgimento diretto nella gestione operativa delle sue controllate, cosa che essa non confuta”. Si veda anche Tribunale UE, sentenza del 12 ottobre 2011, causa T-38/05, *Agroexpansion sa*, punto 173, dove si legge che “il fatto che la ricorrente dispone di una sua propria direzione locale, [...] non prova, di per sé, che essa definisca il suo comportamento sul mercato in maniera autonoma rispetto alla sua società madre”. La sentenza è stata oggetto di successiva conferma in sede di impugnazione. In relazione ai rapporti tra gli organi statuari di controllante e controllata, sul piano degli elementi fattuali potenzialmente rilevanti ai fini della confutazione o meno della *parental liability presumption* è d'interesse anche quanto osservato dalla Corte di giustizia nella sentenza *General Química*, ben riassunta da A. WINCKLER, *Parent's Liability: New case extending the presumption of liability of a parent company for the conduct of its wholly owned subsidiary*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 3, 2, 2011, p. 233: “the ECJ held that (i) the existence of important delegations of powers to the executive of GQ [la società controllata; nda] was not sufficient to rebut the presumption since other evidence in the file showed, by contrast, the existence of significant interference on the part of RQ [la società controllante, chiamata a rispondere solidalmente dell'illecito antitrust

all'opposto, è la loro sussistenza che può rappresentare un *quid pluris* idoneo a confermare la corretta applicazione della presunzione in esame).

Peraltro, come emergerà a breve analizzando il caso *Stichting Administratienkantoor Portielje*, l'approccio della giurisprudenza eurounitaria alla contestualizzazione di norme e principi di diritto societario, quali elementi per superare la presunzione, appare alquanto rigido e volto in ogni caso a negarne ogni rilievo, riconducendoli – sbrigativamente – a deduzioni di carattere formalistico.

Seguendo tale linea di pensiero, pertanto, anche l'ipotizzata possibilità di dedurre l'appostamento della partecipazione nella controllata con attività finanziaria che non costituisce immobilizzazione quale elemento per superare la presunzione (si veda quanto osservato *supra* al par. 2.2.) rischierebbe di essere semplicisticamente – e, probabilmente, erroneamente – pretermesso e ricondotto a una difesa di carattere formale.

Analogamente, l'autonomia delle strategie difensive della controllata e della controllante non vale a confutare la presunzione (ad esempio, qualora le stesse non si siano presentate come un unico interlocutore nel corso del procedimento antitrust e della successiva fase di impugnazione²⁸⁹). Tuttavia, l'elemento opposto (cioè la “sovrapposizione” delle strategie legali della società) è ripetutamente stato individuato come un significativo *quid pluris*, idoneo a corroborare l'applicazione della presunzione (si vedano in tal senso i precedenti citati *supra* al par. 1.2. e ss., circa la “seconda fase” della presunzione).

in applicazione della *parental liability presumption*; nda] in several aspects of GQ's strategy and commercial policy, (ii) the existence of a director in common between GQ and RQ constituted a link between those two companies, and (iii) the fact of providing information on the implementation stage of strategic and commercial plans constitutes an additional indication that RQ exercised control over the decisions drawn up and executed by GQ's executives”.

²⁸⁹ Si veda, ad esempio, Tribunale UE, sentenza del 14 luglio 2011, causa T-190/06, *Total e Elf Aquitaine SA*, punto 75, oggetto di successiva conferma in sede di impugnazione.

3.2.4. (segue) il caso *Stichting Administratienkantoor Portielje* e la rilevanza dei principi di diritto societario: un esempio specifico di applicazione formalistica

Una specifica attenzione merita poi la sentenza *Stichting Administratienkantoor Portielje*. Infatti, in questo caso – piuttosto risalente – il Tribunale UE aveva invero accolto le censure di merito delle ricorrenti, ritenendo che la Commissione avesse fatto cattiva applicazione della *parental liability presumption*. Le valutazioni di merito della sentenza del Tribunale sono state tuttavia successivamente annullate dalla Corte di giustizia.

Più nel dettaglio, secondo il Tribunale UE, la Commissione aveva erroneamente ritenuto che controllante e controllata costituissero un'unica impresa ai fini antitrust, pertanto, aveva illegittimamente imputato in via solidale alla prima la responsabilità dell'illecito antitrust della seconda, in applicazione della *parental liability presumption*. Inoltre, secondo il Tribunale UE, nel caso di specie la Commissione avrebbe dovuto ritenere che – anche a voler considerare le due società un'unica impresa ai fini antitrust – la controllante avesse addotto elementi idonei a confutare la *parental liability presumption*. In particolare, perché la prima riunione del consiglio di amministrazione successiva all'acquisizione del controllo dell'autrice materiale dell'illecito aveva avuto luogo successivamente al periodo di commissione dell'illecito²⁹⁰.

Evidentemente, la pronuncia del Tribunale avrebbe potuto dar vita a un indirizzo giurisprudenziale ben più garantista in materia di *parental liability presumption*, sulla base del quale – potenzialmente – costruire un solco di precedenti di tenore analogo nei quali giungere a una più accurata valutazione nel merito degli elementi (eventualmente) idonei a confutare la presunzione, così da aumentare i precedenti di effettivo superamento della presunzione.

²⁹⁰ Si veda in particolare Tribunale UE, sentenza del 16 giugno 2011, cause riunite T-208/08 e T-209/08, *Gosselin Group NV e Stichting Administratiekantoor Portielje*, punti 40 – 42 e 54 – 57. Il Tribunale UE aveva peraltro negato l'ipotetica rilevanza della sussistenza di *interlocking directorates* tra controllante e controllata perché i membri del consiglio di amministrazione della controllata erano stati nominati prima dell'acquisizione del controllo di quest'ultima da parte della controllante. Per un breve commento e sintesi del caso, si veda fra gli altri M. STANEVICIUS, *Portielje - Bar Remains High for rebutting parental liability presumption* in *Journal of European Competition Law & Practice* 5:2014.

In sede di impugnazione, la Corte di giustizia ha però completamente sovvertito il ragionamento del Tribunale, prefigurando l'approccio che effettivamente sarebbe stato poi adottato dalle corti UE, di strenua "difesa" di un'applicazione alquanto formalistica della *parental liability presumption*.

Paradossalmente, peraltro, la Corte di giustizia ha censurato le valutazioni del Tribunale sulla base della considerazione che sarebbero asseritamente state fondate su un approccio eccessivamente formalistico.

Più nel dettaglio, la Corte di giustizia ha in quel caso sostenuto che, ai fini della determinazione dell'eventuale autonomia della controllata, il "test legale" richiesto avrebbe richiesto una disamina dell'insieme degli elementi relativi ai vincoli economici, organizzativi e giuridici intercorrenti tra controllante e controllata, affinché si potesse debitamente tener conto della loro "realtà economica". Nel caso di specie, il Tribunale UE avrebbe invece escluso la sussistenza di un esercizio effettivo di influenza determinante esclusivamente basandosi su argomentazioni "formalistiche" di diritto societario, tali per cui l'effettivo esercizio di influenza determinante sarebbe potuto sussistere solo in caso di decisioni formali di gestione dell'ente controllante. Invero, l'accertamento di un'unità economica tra controllante e controllata avrebbe altresì potuto essere accertato "in modo informale", eventualmente – come nel caso di specie – alla luce dell'esistenza di rapporti di carattere personale tra gli enti giuridici componenti la *single economic entity*²⁹¹.

È parso d'interesse conferire specifica rilevanza al caso *Stichting Administratiekantoor Portielje*, per la particolare importanza nell'ambito dello sviluppo della *parental liability presumption*, soprattutto in relazione alla determinazione di uno standard probatorio decisamente alto al fine di confutare la presunzione²⁹². Peraltro, pur giungendo

²⁹¹ Corte di giustizia, sentenza dell'11 luglio 2013, causa C-440/11 P, *Stichting Administratiekantoor Portielje e altri*, punti 64 – 68. La citazione all'inizio del capoverso si riferisce al punto 66. Alla luce di quanto sopra, nello statuire definitivamente sulla controversia alla luce dell'annullamento della sentenza del Tribunale UE, la Corte di giustizia ha ritenuto che la ricorrente non avesse addotto elementi idonei a confutare la *parental liability presumption*. In particolare, non avrebbe fornito – oltre a elementi asseritamente formali pertinenti al diritto societario – "alcun elemento concreto tale da comprovare che, nonostante detta confusione di interessi risultante, segnatamente, dall'esistenza di rapporti personali particolarmente forti e dall'obiettivo perseguito dalla Portielje, la Gosselin aveva avuto un comportamento autonomo sul mercato durante il periodo in questione".

²⁹² A riprova di ciò, M. STANEVICIUS, *Portielje - Bar Remains High for rebutting parental liability presumption*, cit., p. 26, osservava che "The Portielje judgment is a landmark judgment in the field of parental liability, which can be put

all'annullamento della sentenza del Tribunale UE sulla base di una postulata esigenza di una revisione maggiormente "sostanzialista" degli elementi dedotti per confutare la *parental liability presumption*, il ragionamento della Corte di giustizia sembra imporre una *probatio diabolica* ai fini della confutazione della presunzione.

Invero, nel caso di specie, sarebbe parso ragionevole ritenere che la ricorrente non avesse dedotto "meri" argomenti di diritto societario. Diversamente, i principi di diritto societario erano stati ponderati sulla base delle specifiche circostanze del caso, in relazione alla data di (prima) riunione del consiglio di amministrazione a seguito dell'acquisizione del controllo, per dimostrare che la controllante non avesse avuto alcuna concreta possibilità di esercitare effettivamente un'influenza determinante sulla controllata.

Tenendo a mente i precedenti della Corte di giustizia nei quali, su un piano procedurale, l'applicazione della *parental liability presumption* è stata censurata per la carenza di motivazione in replica alle deduzioni della controllante, sarebbe allora parso ragionevole che, nel caso di specie, al fine di confermare la corretta applicazione della *parental liability presumption*, la Corte di giustizia avesse impiegato un apparato motivazionale "rafforzato" per dimostrare la corretta applicazione della presunzione. Invece, la pretesa motivazione "formale" della Tribunale UE appare essere stata censurata sulla base di un'applicazione altrettanto formalistica della *parental liability presumption*²⁹³.

on the same shelf with the Akzo Nobel judgment. It supplements the Akzo Nobel judgment, confirms yet again the legality of the parental liability presumption and provides further guidance on what is required for a successful rebuttal. The bar is set very high".

²⁹³ Corte di giustizia, sentenza dell'11 luglio 2013, causa C-440/11 P, *Stichting Administratiekantoor Portielje e altri*, punti 80 – 87. Invero, in particolare al punto 85 della sentenza, la Corte di giustizia ha richiamato alcuni elementi asseritamente idonei a corroborare l'applicazione della *parental liability presumption* e cioè che durante il periodo dell'infrazione, la direzione della controllante e quella della controllata erano assicurate dalle medesime persone, come confermato dalla controllante. La Corte di giustizia giungeva a tale conclusione evidenziando che "le tre persone che disponevano della maggioranza dei diritti di voto in seno al consiglio di amministrazione della [controllante], nel quale le decisioni sono adottate, in linea di principio, a maggioranza semplice, componevano al contempo, esse stesse, tutto il consiglio di amministrazione della [controllata]". Tuttavia, a fronte di tale deduzione, la Corte di giustizia non pare aver affrontato nel merito perché la valutazione del Tribunale UE non avesse fatto corretta applicazione dei principi sottesi alla *parental liability presumption*, limitandosi a sostenere l'illegittimo "formalismo" delle valutazioni svolte – come detto – perché asseritamente fondate solamente su argomenti di diritto societario. Anche F. AMATO, F. LIBERATORE, A. DELLA NEGRA, *La responsabilità delle capogruppo per le violazioni del diritto antitrust europeo commesse dalle controllate: presunzione relativa o, di fatto, assoluta?*, cit., p. 345, osservavano criticamente che nel giudizio in questione la Corte avesse ritenuto insufficiente a confutare la presunzione persino la dimostrazione che gli organi direttivi della controllante non

3.3. Le critiche all'adozione di una presunzione che appare assoluta

La giurisprudenza – peraltro ormai alquanto consolidata²⁹⁴ – in materia di *parental liability presumption* ha dato mostra di come le possibilità di confutare la presunzione siano decisamente limitate e, apparentemente, ridotte a casi limite, tendenzialmente di natura procedurale.

Emblematico di un simile stato dell'arte è anche il rilievo che, anzi, talune “fattispecie” che astrattamente avrebbero potuto essere ritenute idonee a confutare la presunzione, dimostrando l'autonomia operativa della controllata (ad esempio, la provata “insubordinazione” di quest'ultima rispetto a ipotetiche direttive della controllante) sono state invece espressamente ritenute una prova dell'effettivo esercizio di un'influenza determinante da parte della società madre²⁹⁵.

Siffatti orientamenti in materia di *parental liability presumption* hanno pertanto portato ampia dottrina²⁹⁶ a esprimersi criticamente nei confronti di tale presunzione, elaborata –

fossero operativi nel periodo rilevante dell'infrazione. Gli autori, pur riconoscendo che nel giudizio avesse rivestito un ruolo determinante la circostanza che le medesime persone fisiche che assicuravano la direzione della società madre fossero anche membri del consiglio di amministrazione della filiale, sostenevano anche che tale circostanza avrebbe “forse potuto costituire un indizio che la controllante e la controllata costituivano un'unica impresa”, ma non già risultare di per sé idonea a giustificare “la conclusione secondo cui la prova effettiva dell'assenza di qualsiasi decisione di indirizzo e/o gestione da parte di una società madre nei confronti della figlia (prova già difficilissima da fornire, ma sussistente nel caso di specie, data l'inoperatività degli organi direttivi della Portielje nel breve periodo fra l'acquisto del suo controllo sulla Gosselin e la cessazione della partecipazione di quest'ultima all'infrazione) non sarebbe mai, di per sé sufficiente a confutare la presunzione”. Come sostenuto anche nel testo, anche secondo gli autori sarebbe allora stato più opportuno riconoscere che, almeno in tali circostanze fattuali, la presunzione fosse stata superata, sicché l'onere di provare l'effettivo esercizio di un'influenza determinante fosse così ritornato in capo alla Commissione.

²⁹⁴ M. STANEVICIUS, *Portielje - Bar Remains High for rebutting parental liability presumption*, cit., p. 26, aveva evidenziato che la scelta della Corte di giustizia di pronunciarsi, già in quegli anni, su alcuni appelli aventi ad oggetto deduzioni in materia di *parental liability presumption* con ordinanze, denotasse la volontà di adottare una “fast-track way”, sintomo di un'apparente consolidata giurisprudenza in materia.

²⁹⁵ F. AMATO, F. LIBERATORE, A. DELLA NEGRA, *La responsabilità delle capogruppo per le violazioni del diritto antitrust europeo commesse dalle controllate: presunzione relativa o, di fatto, assoluta?*, cit., p. 11 e ss., commentano in maniera particolarmente critica tali precedenti (nello specifico, le citate sentenze *Schindler* e *Parker*). Invero, ad avviso degli autori, “tali sentenze vengono ad erodere, quantomeno ai fini della confutazione della presunzione, qualsiasi distinzione pratica fra la nozione di controllo ai sensi del regolamento sulle concentrazioni e la nozione di controllo ai fini dell'applicazione dell'art. 101 TFUE” (ovverosia, ancorché sia richiesto un esercizio “effettivo” di influenza determinante sulla controllata, ad avviso degli autori tali sentenze, implicitamente, a dispetto di tali petizioni di principio, riterrebbero sufficiente anche la mera potenzialità di un simile esercizio di un'influenza determinante, secondo quanto già sostenuto anche *supra* al par. 2.2.).

²⁹⁶ *Ex multis*, si veda S. THOMAS, *Guilty of a fault that one has not committed. The limits of the group-based sanction policy carried out by the Commission and the European Courts in EU-antitrust law*, in *Journal of European*

necessariamente – quale presunzione relativa, ma tramutatasi implicitamente in presunzione assoluta, addossante alla capogruppo una responsabilità oggettiva.

Tali critiche sottendono del resto la preoccupazione pratica che l'applicazione della presunzione, con simili modalità discutibili, comporti non solo una mera estensione dei destinatari della sanzione, ma di per sé incida – e anche in maniera sensibile – sulla quantificazione della sanzione, con il rischio concreto di realizzare fenomeni di *over-deterrence*, sulla base di una prassi poco condivisibile.

Le principali critiche hanno così evidenziato come l'applicazione pratica della presunzione la renda difficilmente compatibile con i principi di presunzione d'innocenza e personalità della responsabilità²⁹⁷.

Giova infatti rammentare che, per giurisprudenza ormai consolidata²⁹⁸, nel *public enforcement* del diritto della concorrenza, l'afflittività delle sanzioni antitrust consente di qualificarle – ancorché previste da norme amministrative e irrogate all'esito di procedimenti amministrativi – come sanzioni di natura “quasi-penale” (o sostanzialmente penale). Ciò comporta che nei procedimenti antitrust, ancorché di natura amministrativa e non diretti all'applicazione di norme e sanzioni penali, si richiede di tener conto di taluni principi fondamentali di matrice penalistica, in particolare in termini di garanzie e onere della prova simili a quelli dei procedimenti penali sulla base di quanto previsto dalla CEDU, quali quelli appena sopra menzionati²⁹⁹.

Competition Law & Practice, 3, 1, 2012, che sostiene che la *parental liability presumption* sia una “finzione”, effettivamente non confutabile.

²⁹⁷ M. LEDDY, A. VAN MELKEBEKE, *Parental liability in EU competition law*, in *European Competition Law Review*, 40, 9, 2019, p. 415 evidenziano che “*The European Court of Human Rights (the ‘ECtHR’) has not yet analysed the compatibility of the presumption of decisive influence with the ECHR. However, it has established strict criteria for criminal law presumptions more generally to be deemed compatible with the presumption of innocence set out in art.6(2) of the ECHR*”.

²⁹⁸ Si veda, in particolare, la sentenza *Menarini* della Corte EDU (Corte EDU, sentenza del 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics/Italia*, ricorso n. 43509/08).

²⁹⁹ Anche la Corte di giustizia ha del resto evidenziato, da un diverso angolo visuale ma con principi sostanzialmente sovrapponibili, che il rispetto dei diritti di difesa nei procedimenti che possano concludersi con l'irrogazione di sanzioni rappresenta un “*principio fondamentale*” del diritto UE, che va pienamente osservato anche se si tratti di un procedimento di natura amministrativa (Corte di giustizia, sentenza del 5 marzo 2015, cause riunite C-93/13 P e C-123/13 P, *Versalis SpA*, punto 94).

Ebbene, quanto alla presunzione d'innocenza, è stato ad esempio sostenuto che la *parental liability presumption* darebbe luogo a una inversione dell'onere probatorio, sicché non è l'autorità procedente a dover dimostrare l'effettivo esercizio di un'influenza determinante da parte della società madre, ma quest'ultima a dover dimostrare la sua innocenza, ovvero sia il mancato esercizio effettivo di un'influenza determinante. Ciò sarebbe vieppiù problematico in ragione della difficoltà di riconciliare con la presunzione d'innocenza l'imposizione di una "prova contraria" fondata sulla dimostrazione di un fatto negativo³⁰⁰.

In effetti, ancorché in astratto la prova contraria dovrebbe riguardare l'autonomia commerciale della controllata, di per sé tale ipotetica prova non pare ritenuta sufficiente a confutare la presunzione³⁰¹. Come sinora discusso diffusamente, persino l'implementazione di un strategia di massima delegazione non apparirebbe sufficiente a confutare la presunzione.

La conclusione alla quale giungono, sul punto, le corti UE appare invero poco condivisibile. Così ragionando, invero, il mero dato del controllo sarebbe di per sé già sufficiente a determinare l'estensione della responsabilità parentale, in via solidale, perché ogni forma di delega decisoria sarebbe comunque elemento connotante quell'effettivo esercizio di un'influenza determinante, rilevante al fine dell'esercizio della presunzione. In tale ottica, la scelta di "massima delegazione delle scelte decisorie" sarebbe in ogni momento revocabile, in un'ottica di una diversa allocazione delle responsabilità decisorie all'interno del gruppo e – implicitamente – condizionerebbe la controllata ad adottare politiche commerciali implicitamente condivise dalla controllante.

³⁰⁰ J. TEMPLE LANG, *How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Price Fixing by a Wholly-Owned Subsidiary Be Resolved*, cit., p. 1490, e giurisprudenza citata. Si vedano anche F. AMATO, F. LIBERATORE, A. DELLA NEGRA, *La responsabilità delle capogruppo per le violazioni del diritto antitrust europeo commesse dalle controllate: presunzione relativa o, di fatto, assoluta?*, cit., p. 346, che evidenziano come la mancanza di "esempi positivi" di circostanze idonee a confutare la presunzione abbia contribuito a rendere la *parental liability presumption* una presunzione che di fatto non ammette prova contraria. P. MANZINI, *Rethinking the Parental Liability for Antitrust Infringements*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 4, 2016, p. 7, ancorché commentando criticamente l'asserita contraddittorietà degli orientamenti della giurisprudenza eurounitaria in materia di *parental liability*, sostiene invece che la presunzione in esame non contrasterebbe con il principio di presunzione d'innocenza.

³⁰¹ M. LEDDY, A. VAN MELKEBEKE, *Parental liability in EU competition law*, cit., p. 414.

Tale rilievo appare una surrettizia conseguenza della già segnalata apparente parificazione tra la “suddivisione di compiti” all’interno delle società del gruppo a una suddivisione di rispettive competenze fra le varie divisioni di un’unica società, sicché da ciò discendere la considerazione del gruppo quale unica impresa³⁰².

L’argomento, portato alle sue estreme conseguenze, appare invero circolare e applicato in maniera alquanto formalistica. Se, infatti, appare astrattamente coerente con i principi ispiratori antitrust, allo stesso tempo una simile “parificazione” richiederebbe però che – quantomeno in presenza della dimostrata “scelta” della controllante di conferire massima autonomia alle proprie filiali – spetti a quel punto all’autorità procedente fornire (quantomeno) un principio di prova dell’esistenza di una linea strategica dettata dalla capogruppo e oggetto di seguito da parte delle filiali “indipendenti” rispetto alla fattispecie rilevante (in tal modo, apparendo forse più coerente e ragionevole la parificazione delle filiali a divisioni interne di un’unica società).

Alla luce delle suesposte considerazioni, pertanto, seguendo la logica sopra discussa, alla controllante resterebbe – forse – solamente dimostrare di aver effettivamente adottato specifici “meccanismi protettivi” dell’autonomia decisionale della controllata, tali da proteggerne la reale indipendenza³⁰³, non solo operativa ma anche finanziaria.

Peraltro, rispetto a tale ultimo profilo, la Corte di giustizia sembra ritenere confermativo dell’effettivo esercizio di un’influenza determinante anche un grado minimo di supervisione finanziaria, come quello richiesto dalla semplice *compliance* con la normativa

³⁰² È affermazione ricorrente nelle pronunce UE quella secondo la quale “*Dans un groupe de sociétés, la division des tâches constitue un phénomène normal qui ne suffit pas à renverser la présomption en cause*” (v. ad esempio Tribunale UE, sentenza del 16 settembre 2013, causa T-496/07, *Repsol Lubricantes y Especialidades SA*, punto 182).

³⁰³ La tesi è fondata su una interpretazione analogica del punto 184 di Tribunale UE, sentenza del 16 settembre 2013, causa T-496/07, *Repsol Lubricantes y Especialidades SA* (“*De plus, l’existence d’une large délégation de compétence accordée à l’administrateur unique de RPA/Ryleya ne permet pas de renverser la présomption en cause, car elle ne permet pas d’établir l’indépendance de cet administrateur à l’égard de Repsol Petróleo, laquelle, par le simple fait qu’elle dispose d’un pouvoir de révocation de l’administrateur, ce qui n’est pas contesté, est susceptible d’exercer une influence déterminante sur lui. À cet égard, les requérantes n’établissent pas, ni même n’allèguent, par exemple, que des mesures auraient été prises afin de garantir l’indépendance de l’administrateur unique de RPA/Ryleya à l’égard de Repsol Petróleo et donc, par voie de conséquence, de Repsol YPF*”). Si veda in senso conforme anche J. TEMPLE LANG, *How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Price Fixing by a Wholly-Owned Subsidiary Be Resolved*, cit., p. 1519 e ss.

rilevante di diritto societario o di “mera approvazione” degli investimenti della controllata³⁰⁴.

Tali ulteriori precisazioni in merito all’applicazione della presunzione, portano a confermare la tesi secondo cui la stessa assumerebbe caratteri non proporzionati e, di fatto, incompatibili con il principio di presunzione di innocenza configurando una implicita forma di responsabilità oggettiva – o meglio da “posizione”³⁰⁵ – della capogruppo / socio unico, nella misura in cui la controllata agire necessariamente nell’interesse di questa.

³⁰⁴ In Corte di giustizia, sentenza dell’8 maggio 2013, causa C-508/11 P, *ENI SpA*, §68, si afferma espressamente che “per rovesciare la presunzione di cui trattasi, [la controllante] avrebbe dovuto dimostrare che la [controllata] poteva agire in piena autonomia non solo sul piano operativo, ma anche sul piano finanziario”. Particolarmente critico di un simile approccio è J. TEMPLE LANG, *How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Price Fixing by a Wholly-Owned Subsidiary Be Resolved*, cit., pp. 1515-1517, che in particolare evidenzia come possa essere intuitivo perché un certo grado di supervisione sia comunque giustificato e necessario, sicché non si comprenderebbe perché “its exercise should involve the parent in the subsidiary’s conduct in any way that should make the two companies into one economic enterprise, or make the parent liable to fines”. Anche da ciò l’autore deduce che, secondo la Commissione, persino un minimo grado “normale” di supervisione finanziaria sarebbe sufficiente per applicare la presunzione, elemento che porterebbe a concludere che sia di fatto impossibile riuscire a confutarla.

³⁰⁵ Appare d’interesse evidenziare le argomentazioni espresse dal Tribunale UE nella sentenza *Total SA*, dalla quale in particolare appare emergere limpidamente la considerazione di una responsabilità da “posizione” della controllante, anche alla luce degli strumenti di diritto a disposizione di questa; la controllante, invero, è nella condizione di determinare gli obiettivi che il *top management* è chiamato a raggiungere, nonché di condizionare implicitamente il raggiungimento, da parte della controllata, di simili obiettivi nell’interesse e vantaggio della controllante (Tribunale UE, sentenza del 13 settembre 2013, causa T-548/08, *Total SA*, in particolare punti 41 – 42, ove si sostiene che l’applicazione della presunzione sarebbe giustificata dal fatto che la controllante, se azionista unico, ha a disposizione ogni strumento necessario per determinare l’allineamento delle condotte commerciali della controllata con le sue, in particolare, potendo in via di principio stabilire “l’étendue de l’autonomie de la filiale par l’établissement du statut de celle-ci, qui choisit ses gestionnaires et qui prend ou approuve les décisions commerciales stratégiques de la filiale, le cas échéant par la présence de ses représentants au sein des organes de celle-ci” ; tale unità economica, secondo il Tribunale, sarebbe vieppiù salvaguardata dalle disposizioni di diritto societario, quali la tenuta di una contabilità consolidata, l’obbligo per la controllata di riferire periodicamente sulla propria attività o per l’approvazione dei propri bilanci da parte del socio unico, sicché la capogruppo si troverebbe a controllare “au moins dans les grandes lignes, les activités commerciales de la filiale”; in aggiunta, per il Tribunale, in caso di partecipazioni totalitarie o quasi sussisterebbe in via di principio un solo interesse commerciale, perseguito dai membri degli organi della controllata nominati dal socio unico, in grado di dare quantomeno istruzioni informali e imporre “critères de performance” ; secondo il Tribunale da ciò discenderebbe quindi un necessario rapporto di fiducia tra i dirigenti delle due società, sicché quelli della controllata agirebbero necessariamente perseguendo il solo interesse commerciale rilevante, cioè quello del socio unico: ciò comporterebbe anche un’unità di comportamento sul mercato a prescindere dall’eventuale autonomia a disposizione degli amministratori della controllata nella sola gestione operativa e *stricto sensu* commerciale; del resto, solo il socio unico potrebbe stabilire, a suo piacimento, il grado di autonomia della controllata, che può pertanto nel tempo variare formalmente o informalmente).

Quanto al profilo del possibile contrasto con il principio di personalità della responsabilità, sotteso all'art. 6 della CEDU, la *parental liability presumption* è stata ritenuta potenzialmente non compatibile con tale principio perché idonea a comportare l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti di un soggetto diverso dal responsabile materiale della violazione antitrust.

Infatti, il principio della responsabilità personale, quale corollario del principio di colpevolezza, comporta che ciascuno sia responsabile solo delle proprie azioni e, in maniera logicamente collegata, la sanzione non possa essere irrogata a una persona diversa dal "colpevole".

Ebbene, dalla *parental liability presumption* discenderebbe però la responsabilità solidale di un soggetto dotato di personalità giuridica distinta dall'autore materiale della violazione del diritto della concorrenza. In altri termini, la società controllante sarebbe sanzionata per un fatto altrui.

Si è per questo sostenuto che la *parental liability presumption* configurerebbe una forma di responsabilità oggettiva per un fatto altrui³⁰⁶. Ciò comporterebbe anche una sostanziale violazione del diritto di difesa delle società controllanti, sottoposte a una presunzione di fatto inconfutabile. A tal riguardo, è stato infatti osservato che la presunzione – tenuto anche conto della giurisprudenza formatasi in maniera di (ipotetica) prova contraria – addosserebbe alla controllante una responsabilità senza colpa alcuna, neppure di tipo omissivo o di "colpa organizzativa".

Anzitutto, infatti, sarebbe irrilevante l'ipotetica non consapevolezza dell'illecito da parte della controllante, né tantomeno il fatto che la stessa non abbia contribuito – eventualmente anche in forma "istigativa" – alla commissione dell'illecito.

Come visto *supra* al par. 3.2.2., se l'illecito fosse stato perpetrato dalla controllante nonostante gli sforzi di quest'ultima di implementare sistemi di *compliance* all'interno del

³⁰⁶ Nondimeno, le corti UE hanno sostenuto che, sulla base della nozione eurounitaria di impresa, la *parental liability* sia una responsabilità per colpa e di carattere personale, sicché non potrebbe essere qualificata come "responsabilità oggettiva" perché fondata sull'effettivo esercizio di un'influenza determinante sulla controllata (si veda Tribunale UE, sentenza del 27 giugno 2012, causa T-372/10, *Bolloré*, punti 51 – 52).

gruppo, la *parental liability presumption* sarebbe comunque applicabile, perché – anzi – il (tentativo) di “imporre” il rispetto della normativa antitrust sarebbe visto come sintomo confermativo dell’effettivo esercizio di un’influenza determinante.

Pertanto, gli orientamenti giurisprudenziali eurounitaria giungono all’estremo di non apparire neppure fondati sull’implicita ricerca di una “colpa organizzativa” della *parent*, perché – in quanto tale – tale responsabilità rivestirebbe comunque carattere oggettivo. Infatti, non varrebbe a confutare la *parental liability presumption* la prova di aver adottato tutti gli sforzi necessari per garantire il rispetto da parte della controllata della normativa antitrust.

Anche in seno alle stesse istituzioni UE, del resto, è stata posta in discussione la compatibilità della *parental liability presumption* con la presunzione d’innocenza e il diritto di difesa della società controllante.

Il riferimento è, in particolare, alle conclusioni rassegnate dall’AG Bot nella causa *ArcelorMittal Luxembourg SA*. L’AG Bot ha infatti in quel caso evidenziato che la *parental liability presumption* rappresenterebbe, per sua stessa natura, un’eccezione al principio della presunzione d’innocenza.

Più precisamente, secondo l’AG Bot, il mero dato del controllo totalitario non consentirebbe di presumere l’effettivo esercizio di un’influenza determinante da parte della controllante sulla controllata e, conseguentemente, la Commissione dovrebbe essere onerata di provare un *quid pluris*, se si vuole garantire i diritti fondamentali delle società controllanti. Per come articolata, la presunzione sarebbe di fatto inconfutabile³⁰⁷.

Colpisce, tuttavia, che, a fronte di tali premesse, l’AG Bot abbia comunque ritenuto che la Commissione avesse in quel caso correttamente imputato la responsabilità solidale

³⁰⁷ Conclusioni dell’AG Bot del 26 ottobre 2010, cause riunite C-201/09 P e C-216/09 P, *ArcelorMittal Luxembourg SA*, punti 204 – 213. L’AG Bot ricorda che, anche secondo la CEDU, l’inversione dell’onere della prova che conduce alla presunzione di responsabilità è in via generale accettabile solo se “contenuta ‘in limiti ragionevoli che tengano conto della gravità dell’offesa e che rispettino i diritti della difesa’” (si veda il §207). Anche l’AG Wahl si è espresso in senso critico nei confronti della presunzioni, in alcuni suoi scritti “extra-giudiziali” (N. WAHL, *Parent company liability – A question of facts or presumption?*, 19th St. Gallen International Competition Law Forum ICF, 2013, disponibile su SSRN al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2206323).

dell'illecito anche alla capogruppo, perché la *parental liability presumption* era stata effettivamente corroborata con ulteriori elementi fattuali³⁰⁸.

Le corti UE, chiamate a pronunciarsi su tali censure, le hanno sempre respinte evidenziando, quanto al principio di presunzione d'innocenza, che – ancorché difficile da confutare – la presunzione conservasse la sua natura “relativa” e, in quanto tale, oggetto di possibile confutazione.

Tanto più che l'onere della prova dell'effettivo esercizio di un'influenza determinante sarebbe comunque stato posto in capo all'autorità precedente che, semplicemente, avrebbe potuto giovare di una “semplificazione probatoria”, quale è la presunzione. Conseguentemente, la *parental liability presumption* non configurerebbe alcuna presunzione di colpevolezza³⁰⁹.

In senso collegato, la Corte di giustizia ha anche sostenuto che, in chiave generale, “una presunzione resta entro limiti accettabili fintantoché è proporzionata al legittimo scopo perseguito, che esiste la possibilità di apportare la prova contraria e che i diritti della difesa sono garantiti”. Tutti questi elementi ricorrerebbero nel caso della *parental liability presumption*. Invero, secondo la Corte di giustizia, la natura di pretesa presunzione – di fatto – assoluta non potrebbe essere inferita né dal fatto che sia ipoteticamente difficile fornire la prova contraria né tantomeno dal fatto che, in specifiche fattispecie, il soggetto tenuto a confutare la presunzione non riesca a soddisfare l'onere probatorio a ciò necessario.³¹⁰

Quanto al principio della responsabilità personale, sarebbe parimenti rispettato dalla necessaria considerazione che, nel diritto antitrust, la “persona” responsabile dell'illecito –

³⁰⁸ Conclusioni dell'AG Bot del 26 ottobre 2010, cause riunite C-201/09 P e C-216/09 P, *ArcelorMittal Luxembourg SA*, punto 203, nota 80, nella quale vengono menzionati i seguenti elementi fattuali rilevanti: i) la società controllata si occupava dei prodotti oggetto dell'infrazione, prodotti dalla capogruppo, “*intervenendo o in qualità di agente, nel qual caso la vendita era fatturata direttamente dalla [controllante] al cliente, o in qualità di agente mandatario, nel qual caso la vendita era fatturata al cliente dalla [controllata] in nome della [controllante]*”, e percependo la controllata una provvigione su quanto venduto; ii) nel corso di tutto il procedimento amministrativo capogruppo e controllata avevano indistintamente risposto alle richieste di chiarimenti inviate dalla Commissione alla sola controllata; iii) la capogruppo “*si era spontaneamente ritenuta destinataria della comunicazione degli addebiti formalmente notificata alla [controllata]*”.

³⁰⁹ *Ex multis*, Corte di giustizia, sentenza del 26 gennaio 2017, causa C-625/13 P, *Villeroy & Boch*, punto 149 e giurisprudenza ivi citata.

³¹⁰ Corte di giustizia, sentenza dell'11 luglio 2013, causa C-440/11 P, *Stichting Administratiekantoor Portielje*, punto 71.

e della sanzione – è la *single economic entity*. Anzi, in tale ottica, sarebbe proprio il principio della responsabilità personale a comportare la necessaria applicazione della *parental liability presumption*. La stessa ne rappresenterebbe corretta applicazione involgendo la responsabilità personale della *single economic entity* (a prescindere dalle articolazioni soggettive della stessa), ovverosia il “soggetto” del diritto antitrust³¹¹.

Dunque, ogni considerazione circa una forma di “responsabilità personale colposa” viene quindi recuperata solamente con riferimento alla *single economic entity*, olisticamente responsabile della violazione antitrust.

Riemerge dunque la considerazione delle singole società componenti la *single economic entity* come “divisioni” di un’unica impresa. Quel che conta, dunque, è che all’interno dell’impresa in senso antitrust almeno una “divisione” avesse consapevolezza dell’illecito, ad essa ascrivibile in termini colposi.

Sul punto, però, in dottrina è stato replicato che l’argomento delle corti UE sarebbe potenzialmente fuorviante, nella misura in cui l’art. 6 della CEDU non proteggerebbe un’unità economica, ancorché “personificata”, quanto piuttosto specificamente persone fisiche e giuridiche³¹².

³¹¹ I principi appaiono espresso con particolare chiarezza e dovizia di argomentazioni dall’AG Mengozzi, nella causa *Siemens* (conclusioni dell’AG Mengozzi del 19 settembre 2013, cause riunite C-231/11 P, C-232/11 P e C-233/11 P, *Commissione europea c. Siemens Österreich e altri*, punti 74 – 82).

³¹² Si vedano, ad esempio, M. LEDDY, A. VAN MELKEBEKE, *Parental liability in EU competition law*, cit., p. 414. Gli autori evidenziano peraltro come la nozione di *single economic entity* risulta estranea alla giurisprudenza della Corte EDU; nonché C. KOENIG, *An economic analysis of the single economic entity doctrine in EU Competition Law*, cit., p. 287. Si veda anche P. MANZINI, *Rethinking the Parental Liability for Antitrust Infringements*, cit., p. 6; l’autore ritiene contraddittori gli orientamenti della giurisprudenza eurounitaria appena menzionati, evidenziando in particolare il paradosso per cui, considerando l’impresa quale “persona” asseritamente titolare dei diritti fondamentali in esame, il soggetto titolare di siffatti diritti non sarebbe “*capable of claiming any rights*”, sicché, ancorché l’impresa potrebbe astrattamente beneficiare della protezione dei “propri” diritti fondamentali, non potrebbe in concreto tutelarli. Complessivamente e conclusivamente, tuttavia, l’autore sembra esprimersi favorevolmente rispetto all’elaborazione della *parental liability presumption*.

4. Accenni agli orientamenti degli Stati membri in materia di *parental liability presumption*: la giurisdizione italiana

A valle della ricostruzione del panorama in materia di *parental liability* (e, specificamente, di *parental liability presumption*) a livello eurounitario, è opportuno volgere qualche brevissima osservazione circa gli approcci adottati dalle autorità garanti nazionali in merito all'applicazione della presunzione.

Va invero osservato che – *a fortiori* con la “codificazione” della nozione di impresa ai fini antitrust ad opera della direttiva ECN+ – non sussista alcun dubbio sul fatto che la nozione di impresa debba essere applicata uniformemente non solo in caso di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE ma anche quando le autorità garanti nazionali applichino le corrispondenti disposizioni nazionali di diritto antitrust.

Si è già detto *supra* al par. 5 del I capitolo che, prima del definitivo consolidarsi della giurisprudenza *Akzo*, in alcune giurisdizioni, come quella tedesca e quella portoghese, si sia assistito a una certa ritrosia all'applicazione della *single economic entity doctrine*, in particolare rispetto ai suoi riflessi sul piano sanzionatorio, con particolare riguardo alla *parental liability presumption*.

A fronte di tali “esperienze dissonanti” – nelle quali si era inizialmente assistito a una più o meno esplicita presa di posizione avverso gli orientamenti eurounitari – nella gran parte delle altre giurisdizioni è stata spesso fatta pedissequa applicazione della *single economic entity doctrine* (e, con essa, della *parental liability presumption* o, comunque, non è mai stata presa specifica posizione contraria rispetto agli orientamenti UE³¹³).

In questa sede, con specifico riferimento alla giurisdizione italiana, si può brevemente accennare alla prassi applicativa fatta propria dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

³¹³ Per le giurisdizioni francese e belga, si veda S. DEMEYERE, *Liability of a Mother Company for Its Subsidiary in French, Belgian, and English Law*, in *European Review of Private Law*, 3, 2015, p. 410. Per un'applicazione della *parental liability* a società di *private equity*, non automaticamente qualificabili come investitori puramente finanziari, coerente con la prassi UE, si veda P. VAN OSCH, *Private Equity Companies and Parental Liability – Appeal Court Hands Down Judgement in the Dutch Flour Cartel* in *Journal of European Competition Law & Practice*, 9, 1, 2018, p. 37 e ss.

Come evidenziato da un'attenta dottrina, l'emersione della *parental liability presumption* è stata invero tendenzialmente lenta. Ancorché senza esplicitamente prendere posizione contraria all'applicazione della presunzione, prima di *Akzo* e anche in una prima fase appena successiva alla citata sentenza, l'orientamento predominante è stato quello di non imputare in via solidale alla società controllante la responsabilità antitrust per gli illeciti materialmente commessi dalle società operative³¹⁴.

L'orientamento successivo dell'AGCM – una volta consolidatasi la presunzione a livello UE – è stato tuttavia quello di una costante applicazione della *parental liability presumption*, sebbene con modalità inizialmente apparentemente più vicine alla “prima fase” applicativa della giurisprudenza delle corti UE in materia di *parental liability*.

Invero, in alcuni precedenti, seppur formalmente applicando la presunzione *Akzo*, l'AGCM ha operativamente applicato quella che, in *Alliance One*, era stata definita la “duplice base”, adducendo ulteriori elementi fattuali – ancorché dichiarandosi a ciò non tenuta – atti a corroborare la presunzione³¹⁵. Un simile approccio, peraltro, era stato

³¹⁴ P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Terza edizione, Il Mulino, 2019, p. 67, che menzionano espressamente il provvedimento AGCM del 13 marzo 2003 – *Variazioni di prezzo di alcune marche di tabacchi*, nel quale “l'Autorità ha imputato l'infrazione a tutte quelle società che, nell'ambito del gruppo Philip Morris, hanno concorso alla realizzazione delle varie condotte, ponendo in essere un progetto e un'azione di gruppo sostanzialmente unitaria, ma non ha coinvolto la holding”; si vedano anche F. GHEZZI, G. D. PINI, *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Rivista delle Società*, 6, 2015, nota 259. Anche F. AMATO, F. LIBERATORE, A. DELLA NEGRA, *La responsabilità delle capogruppo per le violazioni del diritto antitrust europeo commesse dalle controllate: presunzione relativa o, di fatto, assoluta?*, cit., p. 341, nel 2014 notavano che la presunzione fosse stata applicata dall'Autorità in un numero limitato di casi, avuto riguardo al periodo 2009 – 2013. Così, in materia di intese, su 24 provvedimenti sanzionatori la stessa sarebbe stata applicata solo in 3 casi, mentre negli altri o non è stata coinvolta nel procedimento la capogruppo o ne è stato dimostrato il coinvolgimento diretto nell'illecito. Nei procedimenti per abuso, la presunzione era stata applicata solo in un provvedimento su dodici.

³¹⁵ Si veda, ad esempio, il Procedimento I740 - *Comune Casalmaggiore - affidamento fornitura del gas*, nel quale in applicazione della *parental liability presumption* l'infrazione era stata imputata sia alle controllate (E.On Rete S.r.l. e Linea Distribuzione S.r.l.) sia alle controllanti (E.On Italia S.p.A. e Linea Group Holding S.r.l.). Da un'attenta lettura del provvedimento conclusivo del procedimento, emergeva come l'illecito fosse stato imputato alle controllanti non solo in ragione del controllo esercitato sulle società autrici materiali dell'illecito, ma anche per aver l'AGCM accertato ulteriori indici di responsabilità in capo alle stesse società madri (segnatamente, in relazione all'effettiva capacità decisionale in merito agli investimenti compiuti dalle controllate, le quali stabilmente informavano delle loro intenzioni strategiche la controllante; si veda il provv. AGCM n. 22899 del 18 ottobre 2011 – proc. I740 – *Comune di Casalmaggiore – Gara per l'affidamento del Servizio di Distribuzione del Gas*). Si veda anche il procedimento I760 - *Roche-Novartis/farmaci Avastin e Lucentis*, nel quale l'illecito era stato imputato in via solidale sia alle controllate italiane (La Roche S.p.A. e Novartis Farma S.p.A.) sia alle controllanti (Hoffman La Roche Ltd. E Novartis AG), accertando però l'AGCM, nei confronti di queste ultime, anche ulteriori indici di responsabilità, oltre alla “mera” applicazione della *parental liability presumption*.

espressamente avallato dal TAR Lazio, che, nel pronunciarsi sulla compatibilità della *parental liability presumption* con i principi fondamentali del nostro ordinamento, aveva ritenuto che – nel caso di specie – proprio la circostanza che nel provvedimento impugnato fosse stata fornita un’adeguata dimostrazione di condotte anticoncorrenziali poste in essere sia dalla controllante sia dalla controllata avesse garantito il rispetto dell’art. 6 della l. 689/1981³¹⁶.

In altri casi, all’applicazione della *parental liability presumption* ha fatto seguito l’imputazione dell’illecito, in via esclusiva, alla sola controllante quale gerente dell’impresa di gruppo (e non anche alla controllata autrice materiale della violazione e alla controllante in via solidale)³¹⁷.

Ben presto, comunque, l’applicazione della *parental liability presumption* nei tratti elaborati a seguito della sentenza *Akzo* si è consolidata ed è stata costantemente oggetto di applicazione nel corso dei procedimenti AGCM; peraltro – soprattutto negli ultimi anni – in maniera estremamente formalistica, adducendo argomentazioni estremamente limitate anche in replica alle difese delle società controllanti.

Anzi, non sembrerebbe azzardato sostenere che – in molti casi – le repliche fornite dall’Autorità alle deduzioni delle parti, volte a confutare la presunzione di esercizio di un’influenza determinante, siano state puramente formali.

Appare emblematico di un simile indirizzo il provvedimento conclusivo del procedimento *I821 – Affidamenti vari di servizi di vigilanza privata*, dove, nel replicare alle deduzioni di una capogruppo alla quale era stata imputata in via solidale la violazione

³¹⁶ Si veda TAR Lazio, sentenza del 7 giugno 2017, n. 9065. La sentenza aveva ad oggetto l’impugnazione del provvedimento AGCM n. 26064 dell’8 giugno 2016 – proc. I783 – *Accordo tra Operatori del Settore Vending*, nel quale – rispetto al gruppo di appartenenza della ricorrente – l’AGCM aveva sottolineato la sussistenza di taluni specifici legami commerciali di gruppo idonei a dimostrare il concreto esercizio di un’influenza determinante da parte della controllante sulle controllate, consentendo di identificare un’unica impresa sul piano antitrust (si veda, in particolare, il §402).

³¹⁷ Si veda, ad esempio, il Procedimento I723 - *Intesa nel mercato delle barriere stradali*: sulla base della *parental liability*, la società Marcegaglia S.p.A. è stata ritenuta l’unica responsabile dell’infrazione, che non è stata imputata alle controllate. In sede di impugnazione, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 29 maggio 2018, n. 3197, ha sul punto evidenziato che “*Correttamente, quindi, l’Autorità ha ritenuto di potere ricondurre alla stessa le attività del gruppo nel mercato di riferimento, sia direttamente (per il biennio 2003-2004), sia per il tramite di entità controllate (per il periodo 2005-2007)*”.

antitrust della controllata, sulla base della *parental liability presumption*, l'AGCM si è apoditticamente e tautologicamente limitata a osservare che la società madre non avesse "fornito elementi idonei ad escludere l'esercizio di un'influenza determinante"³¹⁸. In una sostenibile non coerenza, sul piano sostanziale, con l'onere di replica posto in capo all'autorità procedente dalla giurisprudenza eurounitaria menzionata *supra* al par. 3.1., la prassi AGCM è apparsa nel tempo sempre più appiattirsi su un'applicazione formalistica e meccanica della presunzione, che ha permesso il consolidarsi e la stabile applicazione anche nel nostro ordinamento della *parental liability presumption*.

Solo in alcune - rare - decisioni l'AGCM si è premurata di fornire una effettiva replica alle deduzioni delle controllanti, come avvenuto nel proc. 1835, nel quale l'Autorità ha specificamente argomentato, perché, diversamente da quanto sostenuto dalla controllante, sussistessero elementi idonei a confermare l'esercizio effettivo di un'influenza determinante sulla società autrice materiale dell'illecito, nell'ambito delle procedure di gara nel quale era asseritamente stato perpetrato l'illecito antitrust³¹⁹. È interessante comunque citare che nello stesso provvedimento l'Autorità non abbia però fornito replica a tutte le deduzioni mosse dalle varie controllanti. Il riferimento è in particolare all'argomento di una controllante che lamentava una disparità di trattamento rispetto a un'altra impresa parte del procedimento, rispetto alla quale la *parental liability presumption* era stata applicata senza risalire integralmente la catena di controllo dell'autrice dell'illecito³²⁰.

Ma non solo. In aggiunta a tale approccio formalistico sul piano della motivazione, i più recenti orientamenti dell'AGCM hanno dato mostra altresì di un atteggiamento espansivo anche quanto alle possibili fattispecie applicative, dissonante con l'auspicio espresso *supra* al par. 2.3. di una limitazione dell'espansione dell'ambito applicativo della presunzione. Invero, l'AGCM è giunta ad applicare la presunzione in esame anche in fattispecie di controllo ampiamente maggioritario ma tutt'altro che totalitario e senza fornire giustificazione di una simile applicazione difforme rispetto agli orientamenti UE (nei quali

³¹⁸ Provv. AGCM n. 27993 del 12 novembre 2019, procedimento 1821 - AFFIDAMENTI VARI DI SERVIZI DI VIGILANZA PRIVATA, §305.

³¹⁹ Provv. AGCM. n. 29981 del 1 febbraio 2022 - proc. 1835 - MERCATO DEI CONTATORI D'ACQUA, §697.

³²⁰ Provv. AGCM n. 29981 del 1 febbraio 2022 - proc. 1835 - MERCATO DEI CONTATORI D'ACQUA, §482.

la presunzione è generalmente applicata in fattispecie di partecipazioni superiori al 90%). Così, l'AGCM ha ritenuto di poter applicare la presunzione in presenza di partecipazioni pari al 70% del capitale sociale della controllata³²¹.

4.1. Nuove prospettive giurisprudenziali del Consiglio di Stato: verso un'applicazione meno rigida della presunzione?

Il riferimento alla prassi applicativa dell'AGCM in materia di *parental liability presumption* appare particolarmente rilevante anche al fine di dar conto di taluni orientamenti del Consiglio di Stato che, di recente, ha assunto posizioni idonee a porre in discussione – ancorché in modo limitato – il consolidato formalismo applicativo delle corti UE in materia di *parental liability presumption*.

Come si dirà a breve, il Consiglio di Stato – in particolare, con le sentenze nn. 1101 del 5 febbraio 2021; 6214 del 6 settembre 2021 e 3570 del 2022 – appare aver avviato un indirizzo interpretativo diretto a rifuggire applicazioni eccessivamente formalistiche della *parental liability presumption*, soprattutto per quanto riguarda la posizione delle *holding* finanziarie pure.

4.1.1. La sentenza n. 1101/2021: tra circostanze fattuali “eccezionali” e i primi impliciti rifiuti di orientamenti formalistici

Si può muovere, secondo un ordine cronologico, dalla sentenza n. 1101/2021³²².

³²¹ Il riferimento è al provv. AGCM n. 30205 del 21 giugno 2022 – proc. A536 – REGIONE TOSCANA / GARA PER L’AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI TRASPORTO PUBBLICO LOCALE, §342. Nel caso più “estremo”, una partecipazione pari al 68,6%. Nel provv. n. 29981 del 1 febbraio 2022 – proc. I835 – MERCATO DEI CONTATORI D’ACQUA, come anticipato, l’AGCM ha imputato a una controllante al 60% la responsabilità parentale per l’illecito della controllata, tuttavia senza fare applicazione della presunzione, ma deducendo elementi asseritamente idonei a dimostrare l’effettivo esercizio di un’influenza determinante (si veda, fra gli altri, il §699).

³²² Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 5 febbraio 2021, n. 1101.

La pronuncia trae origine da un provvedimento nel quale, invero, l'AGCM aveva fatto ondivaga applicazione della *parental liability presumption*.

Infatti, su un piano della giustificazione dell'imputazione a Ferrovie dello Stato S.p.A. (i.e., la controllante) dei comportamenti di RFI e Trenitalia (i.e., le controllate), l'AGCM aveva evidenziato che ciò fosse avvenuto in ragione della detenzione totalitaria del capitale sociale di queste ultime e, quindi, apparentemente in applicazione della *parental liability presumption*, secondo l'elaborazione e applicazione fattane a partire da *Akzo*³²³. Tuttavia, su un piano terminologico, in vari punti del provvedimento l'AGCM ha poi diffusamente qualificato la strategia escludente oggetto di accertamento come realizzata dal gruppo nel suo complesso, per il tramite delle controllate³²⁴ (in sostanza, ricalcando l'approccio delle corti UE in quella che è stata definita la "prima fase" di applicazione della *parental liability*, ancorché giungendo a sanzionare solidalmente tutte le società del gruppo e non solo la controllante).

Tale precisazione non appare irrilevante, in quanto il ragionamento del Consiglio di Stato muove dalla considerazione che, proprio per le suesposte ragioni, l'AGCM avrebbe nel caso di specie operato una "*inversione logica della presunzione semplice di responsabilità della Capogruppo*".

Se, forse, tale profilo potrebbe allora aver condizionato la sentenza in esame³²⁵, appare comunque d'interesse evidenziare come, nel caso di specie, il Consiglio di Stato sia rifuggito

³²³ Si veda, ad esempio, il §249 del provvedimento.

³²⁴ Si veda ad esempio il §240 del provvedimento conclusivo. Invero, sul piano terminologico, il provvedimento AGCM risulta non del tutto chiaro e coerente con il quadro UE. Anzitutto, nel caso in esame, l'AGCM ha ambigualmente qualificato la *parental liability presumption* come una forma di "*responsabilità oggettiva*", in evidente dissonanza con gli orientamenti UE che, proprio per "difendere" la legittimità della presunzione, la qualificano come forma di responsabilità personale. Inoltre, l'AGCM è persa ricollegare il fondamento applicativo della presunzione non tanto alla nozione antitrust di impresa, quanto alla realizzazione di un "beneficio e vantaggio" in favore della controllante grazie all'illecito delle controllate ("*[FS] ha chiaramente beneficiato delle condotte delle proprie controllate*"). Sembra ragionevole ipotizzare che tali "peculiarità" argomentative siano fra l'altro state conseguenza dell'essere il provvedimento stato adottato a ridosso dell'avvio di quella che è stata qualificata come "terza fase" di applicazione della *parental liability presumption* (e, quindi, quando la giurisprudenza in materia non si appalesava ancora del tutto "matura").

³²⁵ Nonostante argomentazioni alquanto ardite in materia di *parental liability presumption*, potenzialmente in controtendenza rispetto agli orientamenti UE, la sentenza appare fondarsi su premesse metodologiche non del tutto chiare, anche rispetto alla possibile rilevanza delle deduzioni al di là della specifica fattispecie oggetto di esame (invero, non appare perfettamente chiaro se le deduzioni recate dalla sentenza siano state condizionate dalle specificità del caso, in particolare relative alle peculiarità della regolamentazione di settore

da un'applicazione formalistica della presunzione, come evidenziato in particolare da talune affermazioni offerte incidentalmente dalla pronuncia in discussione.

Il Consiglio di Stato, infatti, partiva dal presupposto che non fosse corretto sostenere che *“la controllante, per il sol fatto di detenere il controllo su un'impresa del Gruppo, per forza eserciti in ogni singolo aspetto dell'attività di quest'ultima un'influenza determinante”*. Pertanto, sarebbe stato onere dell'autorità procedente trascendere la *“responsabilità di posizione”* e verificare se *“vi sia stata effettivamente l'influenza nel caso concreto, al di là, quindi del mero vincolo del controllo”*³²⁶. Pertanto, secondo il Consiglio di Stato, la semplice appartenenza a un gruppo non è sufficiente a concludere che tutte le società che ne sono parte – anche quelle che non abbiano materialmente posto in essere la condotta abusiva – abbiano concorso nell'illecito.

Si tratta di principi potenzialmente di grande impatto, alla luce della loro evidente incompatibilità con la *parental liability presumption* come elaborata a partire dalla più volte citata sentenza *Akzo*³²⁷.

La possibile innovatività e rilevanza della sentenza è però temperata dalle successive precisazioni fornite dal Consiglio di Stato, che – sia concesso sostenere – a causa della loro scarsa chiarezza rendono difficile una rigorosa interpretazione dei principi espressi nella pronuncia.

Il riferimento è in particolare al passaggio nel quale si evidenzia come *“una cosa è che l'ANR constati le condotte delle imprese controllate ed estenda l'area della relativa responsabilità anche alla Capogruppo, grazie al dato del controllo totalitario ed alla citata presunzione –vincibile, però, dalla prova contraria, più facile nei casi di condotta pretesa omissiva –, ben altra è voler predicare la personale responsabilità [della capogruppo] per violazione dell'art. 102 TFUE,*

rilevante – trasporto ferroviario – applicabile nel caso di specie; del resto, come sostenuto da R. BURNLEY, *Group Liability for Antitrust Infringements: Responsibility and Accountability*, cit., p. 606, la deduzione di limitazioni di carattere legale o regolamentare che impediscano a una controllata di esercitare un'influenza determinante sulla sua controllata dovrebbero essere ritenute sufficienti a confutare la *parental liability presumption*).

³²⁶ Si tratta di un test che, però, non appare richiesto dalla giurisprudenza UE, che apparentemente sposta la verifica dell'effettivo esercizio di un'influenza determinante a un livello “programmatico” e non relativo allo specifico illecito.

³²⁷ Sembrerebbe invero richiedersi un *quid pluris* oltre al mero dato del controllo, come in quella che è stata definita la “seconda fase” di applicazione della *parental liability*.

imputandogliela a cagione d'un suo ruolo strategico, all'uopo occorrendo almeno lo stesso tipo di indizi raccolti nei riguardi delle imprese operative".

Tali ultime osservazioni, dunque, sembrerebbero astrarre l'oggetto della pronuncia dal filone in materia di *parental liability presumption* nonostante, come sopra precisato, l'Autorità avesse predicato l'imputazione di responsabilità alla capogruppo proprio sulla base della presunzione in esame.

Prescindendo da tali affermazioni – che, comunque, colpiscono per il richiamo a una “*condotta pretesa omissiva*”, quale asserito oggetto della *parental liability presumption* – sembra però potersi comunque implicitamente evincere dalla pronuncia un orientamento contrario ad applicazioni formalistiche della *parental liability presumption*.

Appare altresì degno di nota che, nella pronuncia in esame, il Consiglio di Stato appaia sovrapporre l'esercizio di influenza determinante (della controllante sulla controllata) con una forma di coordinamento infra-gruppo rilevante non già in ottica di potenziale contrasto con il divieto di intese restrittive della concorrenza, quanto ai fini della determinazione della *single economic entity*.

In altri termini, con la sentenza in esame, il Consiglio di Stato è parso offrire una originale rielaborazione valutativa, volta a tener conto del criterio dell'unità di condotta sul mercato, potenzialmente rilevante ai fini dell'identificazione di una *single economic entity*, quale unica forza competitiva sul mercato.

Appare in tal senso significativo il passaggio della pronuncia nel quale, ai fini dell'imputazione di una forma di responsabilità solidale fra le varie imprese del gruppo, il Consiglio di Stato ha sostenuto che non fosse sufficiente “*dimostrare un parallelismo cosciente, sia pur non collusivo, delle imprese infra-gruppo*”. La prova “*seppur indiretta*” avrebbe invece dovuto riguardare “*una concreta vicenda di coordinamento e strumentalità e, dall'altro, l'efficiente coinvolgimento della controllante quale promotrice o compartecipe attiva dell'abuso*”³²⁸.

³²⁸ L'approccio seguito dal Consiglio di Stato appare invero echeggiare i criteri valutativi della collusione tacita nell'ambito di mercati oligopolistici, rispetto alla fattispecie dell'abuso di posizione dominante collettiva. Ebbene, posto che l'abuso di posizione dominante del gruppo è, ai fini antitrust, comunque condotta unilaterale di una sola impresa, mantenendo il parallelismo tracciato dal Consiglio di Stato, non appare corretto ritenere necessario il riscontro di una simile vicenda di coordinamento e strumentalità. Al contrario, anche ai fini dell'abuso di posizione dominante collettiva, dovendosi ritenere più propriamente corretto anche

Il Consiglio di Stato ha quindi evidenziato, nel caso di specie, che la disciplina di settore del comparto ferroviario impedisse alla capogruppo di esercitare un “*reale potere di direzione e di coordinamento sulle specifiche funzioni gestorie [delle controllate]*”. Sicché ancorché non risultasse elisa “*ogni possibile intesa abusiva tra gestore e Capogruppo, [...] non basta la mera presunzione, occorrendo dimostrare, al di là della sola funzione direttiva della Capogruppo stessa, un suo specifico ed efficiente ruolo autonomo assunto per assumere la scelta abusiva, da attuare per mezzo [delle controllate]*”.

La sentenza in esame, pertanto, fornisce un’interpretazione della *parental liability* alquanto peculiare, anche in termini di test richiesto ai fini dell’identificazione di una *single economic entity*. Nondimeno, sembra richiamare razionali effettivamente interessanti anche ai fini dell’applicazione della *parental liability presumption*, fra l’altro nella parte in cui evidenzia che, ai fini dell’applicazione di qualsivoglia forma di *parental liability*, non andrebbero confusi “*il chiaro interesse generale della Capogruppo [sulla vicenda oggetto d’istruttoria] e la necessità d’esserne informata con l’esercizio d’un suo potere d’indirizzo sulle due imprese infra-gruppo verso l’obiettivo illecito*”³²⁹.

4.1.2. La sentenza n. 6214/2021: l’esplicito rifiuto di orientamenti formalistici

È con la sentenza n. 6214/2021³³⁰ che il Consiglio di Stato ha però – ben più chiaramente ed esplicitamente – offerto argomentazioni idonee a sovvertire potenzialmente i principi elaborati dalle corti UE in materia di ripartizione dell’onere probatorio sotteso alla

il riscontro di un parallelismo cosciente, quale *plus-factor* derivato dall’analisi economica (per un approfondimento sul tema si veda M. FILIPPELLI, *Il problema dell’oligopolio nel diritto antitrust europeo: evoluzione, prospettive e implicazioni sistematiche*, in *Rivista delle Società*, 2/3, 2018, p. 567 ss.). Così, sempre seguendo il parallelismo tracciato dal Consiglio di Stato, l’unitaria condotta strategica dell’impresa e l’esistenza di un’unità economica potrebbe ben essere rilevata da un parallelismo cosciente fra società appartenenti al medesimo gruppo.

³²⁹ Appaiono di potenziale interesse anche ulteriori passaggi della pronuncia nei quali – apparentemente – il Consiglio di Stato sembrerebbe aver identificato alcuni elementi fattuali / di diritto idonei a confermare l’applicazione della presunzione. Il riferimento è in particolare all’apparente introduzione di una nozione di “vantaggi compensativi” per la capogruppo, la cui eventuale assenza potrebbe eventualmente giustificare la confutazione della presunzione (“*Né vi fu un serio indizio, in capo alla stessa FS s.p.a., sull’esistenza di vantaggio compensativi o del saldo finale positivo per il complesso del gruppo societario per il sol fatto dell’attività abusiva delle controllate*”).

³³⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 6 settembre 2021, n. 6214.

parental liability presumption, nonché circa il relativo onere motivazionale imposto all'autorità procedente (*rectius*, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato).

In questa pronuncia, il ragionamento seguito dal Consiglio di Stato prende le mosse dai principi consolidati anche nella giurisprudenza UE (ad esempio, nella citata sentenza *Edison*), sulla base dei quali affinché la presunzione non si tramuti da relativa in assoluta l'autorità procedente è tenuta a dare “*succinta, ma seria e proporzionata*” spiegazione del perché gli elementi di fatto e/o di diritto dedotti dalla società madre non siano sufficienti a confutare l'applicazione della *parental liability presumption*.

Ebbene, nel caso di specie³³¹, nel corso del procedimento istruttorio dal quale traeva origine il giudizio di impugnazione, la controllante si era “qualificata” come *holding* di partecipazioni statica, che asseritamente non avrebbe svolto “*attività operative, né di gestione, né di coordinamento amministrativo o finanziario, tali, cioè, da indirizzare ogni singola scelta della controllante*”. Inoltre, l'acquisizione del controllo della società materialmente autrice dell'illecito sarebbe avvenuta molti anni dopo l'asserito inizio dell'intesa anticoncorrenziale oggetto di accertamento³³².

Dal canto suo, nel corso del procedimento, l'AGCM si era limitata a evidenziare, in replica alle deduzioni della controllante, un duplice elemento di commistione con la controllata. Da un lato, la sussistenza di *interlocking directorates*; dall'altro, una commistione tra sedi e locali delle due società.

Ad avviso del Consiglio di Stato, tuttavia, simili deduzioni non sarebbero state sufficienti a confermare la corretta applicazione della *parental liability presumption*.

³³¹ Il giudizio trae origine dal procedimento AGCM 1806 – AFFIDAMENTO APPALTI PER ATTIVITÀ ANTINCENDIO BOSCHIVO, chiuso con l'accertamento dell'illecito antitrust con provvedimento n. 27265 dell'11 luglio 2018.

³³² Invero, non appaiono del tutto chiare le ragioni del richiamo di tale profilo da parte della sentenza del Consiglio di Stato. Il verificarsi di una situazione di controllo solo per una parte dell'arco temporale rilevante dell'illecito antitrust oggetto di accertamento dovrebbe rilevare solamente quanto all'applicazione *pro rata temporis* della *parental liability presumption*. Se ciò sicuramente può avere un diretto impatto sulla quantificazione della sanzione, anche in termini di ripartizione interna tra controllante e controllata (si veda in particolare quanto si osserverà *infra* il par. 5.2. del III capitolo), non vale di per sé a escludere la possibilità di applicare la *parental liability presumption*. Anche lo stesso Consiglio di Stato afferma in effetti, successivamente, incidentalmente, che la responsabilità per la condotta della controllata dovrebbe rilevare “*per il solo segmento temporale dell'acquisizione*”.

Riprendendo la terminologia impiegata dal Consiglio di Stato, se la *parental liability presumption* può far presumere l'effettività del potere di gestione commerciale della controllata, “non ne è prova certa”, in particolare nel caso di partecipazioni essenzialmente finanziarie. Va infatti rammentato, come ha soggiunto il Consiglio di Stato, che nel caso di *holding* la *parental liability presumption* dovrebbe trovare applicazione solo se questa, insieme alla controllata, rappresenti un'unica impresa ai fini antitrust, ossia “non si limiti a detenere partecipazioni e ad esercitare i diritti ad esse connessi”.

Pur menzionando espressamente la giurisprudenza *Goldman Sachs*, il Consiglio di Stato è però parso ritenere che non sia possibile applicare la *parental liability presumption* nel caso di *holding* che si limitino a un “mero” esercizio di diritti connessi alla partecipazione da loro detenuta. In altri termini, il semplice esercizio di diritti previsti dalla disciplina di diritto societario – in particolare nel caso di *holding* – non può essere sufficiente a sostenere l'applicazione della *parental liability presumption*.

Soprattutto in casi, come quello di specie, nei quali la *holding* si riduca a un'entità priva di personale dipendente e sedi operative (e, magari, avente un unico socio corrispondente con l'amministratore unico) la *parental liability* non dovrebbe trovare applicazione.

Con simili argomentazioni, pertanto, il Consiglio di Stato è parso andare oltre la mera imposizione di un onere motivazionale “di replica” all'autorità precedente, giungendo a statuire che in simili casi verrebbe del tutto meno l'inversione dell'onere probatorio sotteso alla *parental liability presumption*, al fine di non comprimere il diritto di difesa della società *holding*³³³.

Ecco che pertanto, in fattispecie connotate da un simile “contesto” fattuale, non si può fare meccanica applicazione della presunzione, limitandosi a fondare l'applicazione della presunzione sul dato formalistico del controllo³³⁴.

³³³ “Scolorano in tal caso le questioni sull'applicabilità nella specie della predetta presunzione, in quanto l'inversione dell'onere della prova, che essa implica, si riverbera sul e comprime direttamente il diritto di difesa delle imprese coinvolte” (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 6 settembre 2021, n. 6214).

³³⁴ “Pure in sede sanzionatoria antitrust l'uso di presunzioni è ammesso sì, ma sempreché sia ragionevolmente diretto al perseguimento di un obiettivo di politica generale, non sia applicato in maniera meccanica e sia confutabile in maniera effettiva [...]. Non si può in via automatica prescindere dal principio per cui ogni impresa è responsabile di illeciti da essa

In sostanza, la sentenza n. 6214/2021 appare portare con sé l'insegnamento secondo il quale in presenza di *holding* finanziarie – anche alla luce di una interpretazione apparentemente “ampia” di tale categoria adottata dal Consiglio di Stato – l'onere probatorio ritorni a essere quello “ordinario”, sulla base del quale spetta all'autorità procedente provare l'effettivo esercizio di un'influenza determinante³³⁵.

4.1.3. La sentenza n. 3579/2022: la conferma del precedente orientamento

I principi espressi nella sentenza n. 6214/2021 hanno trovato poi ulteriore seguito nella sentenza n. 3570/2022³³⁶, nella quale il Consiglio di Stato ha confermato la necessità di evitare applicazioni della *parental liability presumption* formali, meccaniche e avulse dal reale contesto fattuale rilevante.

commessi, né da quello secondo cui non basta inferire dal controllo finanziario di un'impresa su un'altra l'estensione alla prima della responsabilità della seconda su illeciti antitrust, se non a fronte di indizi gravi, precisi e concordanti di coinvolgimento nel medesimo illecito” (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 6 settembre 2021, n. 6214). Appare peraltro significativo che, in punto di potenziale conflitto della *parental liability presumption* con i principi supremi del nostro ordinamento, il Consiglio di Stato abbia conseguentemente ritenuto assorbite le questioni di legittimità costituzionale relative all'applicazione dei principi della *single economic entity* e della *parental liability presumption*. Se si considera però la nozione di *holding* finanziaria apparentemente più ampia e formalistica adottata dalle corti UE, sembrerebbe potersi sostenere che – in simili casi di meccanica applicazione formalistica della presunzione – sussisterebbero implicitamente per il Consiglio di Stato rischi di potenziali contrasti con il nostro ordinamento. Nel contesto di simili valutazioni, appare peraltro rilevante un'affermazione incidentale del Consiglio di Stato, secondo cui una *holding* sarebbe “puramente” finanziaria quando non indirizzi “ogni singola scelta della controllante [sembra doversi correttamente leggere “controllata”; nda]. Infatti, da ciò traspare un orientamento non del tutto coerente con i precedenti europolitani nei quali si afferma che non sarebbe sufficiente dimostrare che la controllante non abbia influenzato ogni singola scelta operativa della controllata per confutare la *parental liability presumption* (presupponendo la valutazione dell'effettivo esercizio di un'influenza determinante un'analisi maggiormente “di sistema” e non relativa a singole specifiche scelte commerciali).

³³⁵ Sembra dunque che l'approccio del Consiglio di Stato si distingua rispetto a quello delle corti UE, da ultimo espresso nella sentenza *Goldman-Sachs*, anzitutto perché apparentemente amplia la categoria delle *holding* puramente finanziarie, fornendone una qualificazione lievemente diversa rispetto a quella delle corti UE. Ad avviso del Consiglio di Stato il semplice esercizio di diritti connessi alla partecipazione azionaria, unito eventualmente a caratteristiche strutturali della controllante, è sufficiente a ribaltare la presunzione.

³³⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 9 maggio 2022, n. 3570.

In tale pronuncia, il Consiglio di Stato ha infatti offerto una sintetica ma accurata ricostruzione della presunzione, dei suoi razionali e dei suoi elementi costitutivi³³⁷, rammentando anche – in ciò in parte discostandosi dalla sentenza n. 6214/2021 – che la circostanza che una controllante sia una *holding finanziaria* di per sé non influisca sull'applicazione della presunzione.

Inoltre, il Consiglio di Stato ha poi offerto un interessante parallelismo, in termini di rilevanza delle disposizioni di diritto societario nazionale. In particolare, ha evidenziato come la *parental liability presumption* presenti punti di contatto con le disposizioni nazionali di diritto commerciale (e, in particolare, con gli artt. 2359, co. 1, e 2497-*sexies* c.c.) secondo cui una situazione di controllo azionario di diritto o di fatto fa presumere *ex lege* un'attività di direzione e coordinamento (*quid pluris* rispetto al dato del “mero” controllo)³³⁸. Al di fuori delle ipotesi di controllo societario, l'attività di direzione e coordinamento deve invece essere dimostrata in concreto (il Consiglio di Stato richiama, in particolare, l'art. 2497-*septies* c.c.).

Sulla base di tali considerazioni, il Consiglio di Stato ha quindi sostenuto che “*la presunzione di influenza mira a raggiungere un equilibrio tra l'importanza, da un lato, dell'obiettivo consistente nel reprimere i comportamenti contrari alle regole di concorrenza e prevenirne la ripetizione e, dall'altro, delle esigenze poste da taluni principi generali del diritto dell'Unione come, in particolare, i principi della presunzione di innocenza, della personalità delle pene e della certezza del diritto nonché i diritti della difesa, ivi compreso il principio della parità delle armi*”.

Per tali ragioni, considerato che l'autorità procedente deve sempre offrire spiegazioni esaurienti dei motivi atti a giustificare l'imputazione di responsabilità dalla controllata alla controllante, nel caso l'imputazione avvenga esclusivamente sulla base della *parental liability*

³³⁷ In particolare, quanto ai razionali della presunzione, il Consiglio di Stato ha espressamente affermato che la presunzione ha lo “scopo di garantire la massima applicazione utile delle norme che sanzionano i comportamenti contrari alla realizzazione del mercato unico e di aumentarne l'efficacia deterrente”. Il Consiglio di Stato ha evidenziato poi che affinché “*possa dirsi che un gruppo corrisponde ad un'unica entità economica e affinché si possa così imputare alla capogruppo il comportamento concorrenziale della controllata*” non è sufficiente solamente che la società madre abbia la capacità di esercitare una influenza determinante sulla controllata, ma anche che “*soprattutto, essa deve aver esercitato in concreto questo potere*”.

³³⁸ Il parallelismo con l'art. 2497-*sexies* c.c. compare invero anche in Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 29 maggio 2018, n. 3197.

presumption – non essendo, ad esempio, addotta una “duplice base”, in presenza del riscontro di un *quid pluris* corroborativo della presunzione – al fine di non rendere la presunzione *de facto* assoluta devono sempre essere chiarite le ragioni del perché le difese della controllante non siano sufficienti a confutare la presunzione.

Il piano logico seguito dal Consiglio di Stato è solo apparentemente analogo a quello fatto proprio dalle corti UE. Infatti, con dovizia di particolari, nella pronuncia in esame il Consiglio di Stato non si è limitato ad affermare simili principi, ma è passato ad affrontare effettivamente i plurimi elementi fattuali rilevanti nel caso di specie, idonei a confermare la corretta applicazione della *parental liability presumption* (anche alla luce dell’attività di direzione e coordinamento esercitata dalla controllante sulla società autrice materiale dell’illecito)³³⁹.

Nel caso di specie, dunque, l’applicazione della *parental liability presumption* veniva confermata solo a seguito del compiuto riscontro della sussistenza di elementi atti a corroborare la presunzione.

Sembra allora che gli orientamenti del Consiglio di Stato offrano un duplice spunto di riflessione. Da un lato, suggeriscono una rimediazione maggiormente garantista della *parental liability presumption*, soprattutto laddove applicata nel caso di *holding* finanziarie³⁴⁰.

Dall’altro, appaiono corroborare l’ipotesi interpretativa formulata *supra* al par. 2.2. sulla base della quale, sul piano sostanziale, in un’ottica di reciproco condizionamento interpretativo, la *parental liability presumption* potrebbe essere parificata alla presunzione di

³³⁹ Il Consiglio di Stato ha in particolare conferito rilevanza ai seguenti elementi: i) una situazione di controllo equivalente al 90%; ii) la circostanza che all’epoca dell’illecito risultava amministratore unico e socio di maggioranza della controllante la stessa persona fisica alla quale era riconducibile tutto il gruppo rilevante; iii) la condivisione di strutture operative; iv) appunto, la soggezione della controllata all’attività di direzione e coordinamento della controllante. In particolare gli elementi *sub ii)* e *iii)* avrebbero secondo il Consiglio di Stato implicato “necessariamente una forma intensa di commistione e ingerenza della controllante nella gestione e nelle scelte strategiche della controllata, corroborando (unitamente alla partecipazione quasi totalitaria del capitale sociale) la prova dell’unicità del centro decisionale”.

³⁴⁰ Invero, altre più recenti pronunce del Consiglio di Stato appaiono ben meno garantiste di quelle sinora esaminate. In tali sentenze, la *parental liability presumption* è applicata pedissequamente rispetto agli orientamenti eurounitari e, in particolare, è ribadito il principio che anche in caso di *holding* finanziarie non è sufficiente dimostrare l’autonomia commerciale *stricto sensu* della controllata e l’assenza di un’interferenza nella gestione *day-by-day* di questa, risultando invece necessario dimostrarne la totale autonomia decisionale (si veda Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza dell’11 gennaio 2023, n. 376).

esercizio di attività di direzione e coordinamento, implicitamente ciò consentendo di inferire, in via analogica, esempi di modalità di confutazione della *parental liability presumption* dai possibili criteri di confutazione della presunzione di cui all'art. 2497-*sexies* c.c..

SEZIONE B. L'elaborazione nell'ambito del *private enforcement*: l'apertura alla responsabilità *top-down* e i possibili nuovi sviluppi applicativi

5. Introduzione allo sviluppo espansivo della responsabilità dei componenti della *single economic entity* nel *private enforcement*: le pronunce delle corti nazionali dopo *Skanska*

Come già esaminato *supra*, al par. 4 del I capitolo che, con la sentenza *Skanska*, la Corte di giustizia ha definitivamente chiarito che la nozione d'impresa, ai fini antitrust, è un concetto autonomo del diritto dell'Unione europea, da interpretare coerentemente sia nel *private enforcement* sia nel *public enforcement*.

La sentenza *Skanska* ha così rappresentato il punto di partenza per una ulteriore evoluzione della discussione sui criteri di attribuzione della responsabilità antitrust nei gruppi.

Sotto un primo e più "immediato" profilo, *Skanska* ha comportato una "trasposizione" dell'elaborazione giurisprudenziale in materia di nozione di impresa e *single economic entity doctrine* dal *public* al *private enforcement*. Si è così escluso che, nell'ambito delle azioni di danno antitrust, il profilo potesse rappresentare una questione di mera legittimazione passiva, come tale di carattere procedurale, e perciò rimesso alla disciplina dei singoli Stati membri.

Invero, si tratta(va) di una conclusione non ovvia, tenuto conto che – prima della sentenza *Skanska* – in dottrina era diffusa l’opinione secondo la quale, ad esempio, la *parental liability presumption* non avrebbe dovuto trovare applicazione nell’ambito del *private enforcement*³⁴¹. Tale opinione era del resto corroborata da quelle pronunce dei giudici degli Stati membri nelle quali, implicitamente, veniva respinta la possibilità di applicare la nozione antitrust d’impresa nell’ambito del *private enforcement* (ad esempio, rigettando azioni di danno promosse nei confronti delle società controllanti l’autore materiale dell’illecito, sostenendo l’inapplicabilità in sede civilistica della *parental liability*)³⁴². Tanto era diffuso un simile orientamento che, anche nell’immediato seguito di *Skanska*, in dottrina si era provato a dubitare della rilevanza della pronuncia al di là dell’applicazione del principio di continuità economica³⁴³.

Sotto altro – e, forse, inatteso – profilo, la pronuncia *Skanska* ha permesso di approfondire ulteriori criteri di imputazione “direzionale” della responsabilità antitrust nei gruppi. In particolare, la sentenza *Skanska* ha rappresentato il punto di partenza per più approfondite discussioni circa forme di trasmissione della responsabilità diverse da quella

³⁴¹ B. CORTESE, *Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability*, cit., p. 93. L’autore aveva sostenuto che la *parental liability presumption* non sarebbe stata giustificata dalla necessità di garantire la piena effettività dell’art. 101 TFUE, considerato che tale risultato sarebbe stato ottenuto solo indirettamente, mediante il perseguimento del vero obiettivo sotteso alla stessa, ovvero sia agevolare l’onere probatorio delle autorità procedenti, di modo da consentire di irrogare sanzioni più alte. Pertanto, simili razionali non sarebbero stati pertinenti rispetto al *private enforcement*, nell’ambito del quale la presunzione non avrebbe dovuto trovare applicazione. Invero, anche dopo la sentenza *Skanska*, con specifico riguardo alla *parental liability presumption*, potrebbe astrattamente ancora arditamente sostenersi che ciò che è stato imposto nell’ambito del *private enforcement* è soltanto l’applicazione della nozione antitrust di impresa e non ogni susseguente determinazione in punto di onere probatorio, quale la *parental liability presumption*. Ad ogni modo, in dottrina si ritiene diffusamente – se non pacificamente – che, a seguito di *Skanska*, la *parental liability presumption* debba trovare applicazione anche nell’ambito del *private enforcement* (si veda B. FREUND, *Reshaping Liability – The Concept of Undertaking Applied to Private Enforcement of EU Competition Law*, in *GRUR International – Journal of European and International IP Law*, 70, 8, 2021, p. 737).

³⁴² Si veda C. KOENIG, *Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law*, cit., p. 75, che menziona in particolare precedenti dei giudici civili olandesi (Corte distrettuale di Midden-Nederland, sentenza del 20 luglio 2016) e tedeschi (*Landgericht* di Berlino, sentenza del 6 agosto 2013).

³⁴³ B. FREUND, *Reshaping Liability – The Concept of Undertaking Applied to Private Enforcement of EU Competition Law*, cit., p. 732 e dottrina ivi citata. Secondo l’autore, “One of the main points for restricting *Skanska* to cases of economic continuity seems to be that the operative part of the judgment is limited to the case of successor liability. [...] Yet, restricting *Skanska* only to constellations as mentioned in the operative part seems short-sighted as it does not take into account how the CJEU actually reached its conclusion”. L’autore evidenzia comunque che in alcune giurisdizioni, come quella austriaca, già prima di *Skanska* la nozione antitrust di impresa avesse trovato applicazione anche nel *private enforcement* (p. 733).

c.d. *bottom-up*. Invero, nell'ambito del *private enforcement*, avrebbe trovato altresì ragioni d'essere anche la necessità di pervenire a diverse forme di trasmissione della responsabilità, quale in particolare quella *top-down* (cioè, dalla controllante alla controllata).

Infatti, se in via di principio tali diverse "direzioni trasmissive" della responsabilità non producono risvolti pratici degni di nota nell'ambito del *public enforcement* (non avendo impatti significativi in termini di determinazione della sanzione³⁴⁴), appare diverso il profilo d'analisi nell'ambito delle azioni di danno antitrust. Infatti, mediante l'applicazione della *single economic entity doctrine*, i pretesi danneggiati possono in ipotesi vedere considerevolmente ampliata la platea dei legittimati passivi rispetto alle azioni risarcitorie promosse.

Entrambi i profili di discussione hanno quindi trovato sviluppo nella giurisprudenza delle corti nazionali susseguente a *Skanska*, in materia di azioni di danno antitrust.

Di particolare interesse appaiono gli orientamenti inglesi, olandesi, tedeschi e spagnoli.

A seguito di *Skanska* la nozione d'impresa elaborata dalle corti UE ha infatti trovato "espansione" costante anche nell'ambito delle azioni di *private enforcement*. Ciò ha prodotto, appunto, contrasti giurisprudenziali sulla sussistenza di eventuali limiti alla trasmissione in via solidale della responsabilità antitrust nell'ambito della *single economic entity* (implicitamente, per determinare possibili legittimati passivi, nell'ambito delle azioni per il risarcimento del danno antitrust, diversi dagli autori materiali dell'illecito).

Va infatti evidenziato che la possibilità di fondare forme di trasmissione infra-gruppo della responsabilità "ulteriori" rispetto alla *parental liability*, soprattutto a seguito della sentenza *Skanska*, aveva sospinto intensi contrasti non solo giurisprudenziali, ma anche dottrinali, dando luogo a orientamenti divergenti³⁴⁵.

³⁴⁴ Allo stesso tempo, comunque, potrebbero consentire di ampliare la platea dei destinatari della decisione e quindi obbligati al pagamento della sanzione.

³⁴⁵ Prima della sentenza *Sumal*, infatti, anche in dottrina erano altresì state espresse opinioni contrarie all'applicazione della responsabilità *top-down* (si veda, ad esempio, A. LÓPEZ USATORRE, *Should children be punished for the acts of their parents? At odds with the single economic entity*, in *Global Competition Law Review*, 14, 2, 2021, p. 75).

Emblematico in tal senso è il giudizio olandese *Cogelex*, nel quale la Corte d'appello di Arnhem-Leeuwarden, fondando espressamente le proprie considerazioni sulla sentenza *Skanska*, ha fatto pedissequa applicazione, nell'ambito del *private enforcement*, della nozione di impresa antitrust. Più nel dettaglio, premesso che i principi espressi in *Skanska* avrebbero dovuto essere ritenuti applicabili anche in fattispecie diverse da quelle in cui fosse venuto in rilievo il principio della continuità economica, la corte olandese ha ritenuto responsabile per il risarcimento del danno antitrust una società, *Cogelex*, controllata dall'autrice materiale dell'illecito antitrust dal quale traeva origini l'azione *follow-on*. Ad avviso della Corte d'appello, infatti, controllante e controllata avrebbero costituito un'unica impresa perché la prima poteva esercitare un'influenza determinante sulla seconda³⁴⁶.

La possibilità di imputare alla controllata l'illecito della controllante è stata invece generalmente esclusa dalla maggioranza delle pronunce delle corti inglesi e tedesche³⁴⁷.

In altre giurisdizioni, come quella spagnola, la questione interpretativa ha invece dato luogo a un deciso contrasto giurisprudenziale³⁴⁸.

³⁴⁶ La pronuncia appare particolarmente rilevante perché si pone in discontinuità anche con gli orientamenti precedenti delle corti olandesi, che avevano generalmente respinto la possibilità di condannare al risarcimento del danno antitrust la controllante dell'autrice materiale dell'illecito (C. CAUFFMAN, *Beyond Skanska. The Court of Appeal of Arnhem Leeuwarden's latest decision in TenneT*, p. 2, disponibile su SSRN al link <https://ssrn.com/abstract=3512364>). La convenuta nel giudizio *Cogelex* aveva provato a difendersi sostenendo che una sua eventuale condanna al risarcimento del danno si sarebbe posta in contrasto con l'art. 16 del Regolamento UE 1/2003, che – in sintesi – come noto impone ai giudici nazionali di non adottare decisioni in contrasto con precedenti provvedimenti della Commissione. A tal riguardo, secondo *Cogelex*, il fatto che non fosse stata menzionata tra i “destinatari” della decisione della Commissione “presupposta”, avrebbe impedito di ritenerla responsabile per l'illecito dal quale traeva l'azione risarcitoria *follow-on* rilevante. Infine, appare un ulteriore profilo d'interesse che la corte olandese abbia ritenuto sufficiente la mera potenzialità dell'esercizio di un'influenza determinante, mentre il “test” elaborato dalle corti UE richiede la dimostrazione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante (il profilo è evidenziato anche da C. CAUFFMAN, *Beyond Skanska. The Court of Appeal of Arnhem Leeuwarden's latest decision in TenneT*, p. 2, disponibile su SSRN al link <https://ssrn.com/abstract=3512364>).

³⁴⁷ Per una ricostruzione maggiormente dettagliata dei precedenti in tal senso rilevanti si veda B. FREUND, *Reshaping Liability – The Concept of Undertaking Applied to Private Enforcement of EU Competition Law*, cit., p. 733, che, quanto al panorama tedesco, specificamente evidenzia in senso difforme un precedente del *Landgericht* di Dortmund, dell'8 luglio 2020, nel quale è stato affermato in termini estremamente ampi che l'illecito antitrust di una società parte di un gruppo comporta la responsabilità di tutte le altre componenti della *single economic unit*.

³⁴⁸ Si veda ancora B. FREUND, *Reshaping Liability – The Concept of Undertaking Applied to Private Enforcement of EU Competition Law*, cit., p. 733, per un elenco dei precedenti rilevanti in relazione a ciascuno dei due orientamenti.

Va precisato che il contrasto giurisprudenziale nelle corti spagnole non ha avuto ad oggetto l'applicabilità della *single economic entity doctrine* nell'ambito del *private enforcement*. Piuttosto, oggetto del contrasto è stata appunto la possibilità di procedere all'applicazione di forme di responsabilità *top-down*, sulla base delle quali ammettere che il preteso danneggiato da un'intesa anticoncorrenziale potesse agire anche nei confronti della controllata dell'autrice materiale della violazione³⁴⁹.

Non appare casuale che, proprio da un giudizio *follow-on* spagnolo, tragga origine il rinvio pregiudiziale relativo alla causa *Sumal*, con la quale è stato definitivamente fornita soluzione al quesito dell'ammissibilità della responsabilità *top-down*.

Al fine di giungere a una soluzione del contrasto giurisprudenziale che era in corso nelle corti spagnole, l'*Audiencia Provincial de Barcelona* ha infatti sollevato una serie di quesiti pregiudiziali, volti in sintesi a chiarire la possibilità di dar luogo a forme di estensione di responsabilità *top-down*, oltre alla tradizionale *bottom-up*, ed eventualmente in presenza di quali presupposti³⁵⁰.

³⁴⁹ Il profilo viene evidenziato anche nelle Conclusioni dell'AG Pitruzzella del 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, punto 8. L'AG osserva in particolare che alcuni tribunali spagnoli avrebbero respinto la (sola) responsabilità *top-down*, "basandosi sulla considerazione che [la *single economic entity doctrine*], se consente di imputare la responsabilità civile per il comportamento anticoncorrenziale di una controllata alla controllante, non consente l'operazione inversa in assenza di controllo da parte della prima sulla seconda". È interessante evidenziare come gli attori nei vari giudizi civili spagnoli rilevanti, in taluni casi, avessero sostenuto che l'estensione di responsabilità *top-down* sarebbe stata resa necessaria anche per garantire la piena efficacia dell'art. 101 TFUE e il diritto degli attori a una "full compensation". Invero, ad avviso degli attori, sarebbe per loro stato economicamente maggiormente sostenibile agire nei confronti di una controllata stabilita nel loro medesimo Stato, piuttosto che agire nei confronti di una controllante stabilita in un diverso Stato Membro, anche al fine di evitare potenziali ritardi del giudizio, dovuti ad esempio dalla necessità di tradurre gli atti di causa (si veda anche A. LÓPEZ USATORRE, *Should children be punished for the acts of their parents? At odds with the single economic entity doctrine*, cit., p. 74).

³⁵⁰ Nel giudizio *a quo*, in primo grado, la domanda attorea era stata rigettata sull'assunto della carenza di legittimazione passiva della convenuta (*Juzgado de lo Mercantil No. 7 de Barcelona*, sentenza del 23 gennaio 2019). La corte di primo grado aveva rigettato la domanda perché proposta contro la società controllata dall'autrice materiale dell'illecito sanzionato dalla Commissione, in quanto tale non destinataria della decisione dalla quale traeva origine l'azione risarcitoria *follow-on*.

6. Le tendenze espansive della *single economic entity doctrine*: a) dalla responsabilità c.d. *bottom-up* alla responsabilità c.d. *top-down*: la sentenza *Sumal*

Come anticipato, il punto di sbocco della giurisprudenza elaborata dalle corti nazionali a partire dalla sentenza *Skanska* è stato rappresentato dal rinvio pregiudiziale della *Audiencia Provincial* di Barcellona, dal quale ha tratto origine la sentenza *Sumal*.

Nella sentenza *Sumal*, la Corte di giustizia ha avuto l'occasione di precisare, al di là della *parental liability*, i possibili criteri di imputazione (*rectius*, trasmissione in via solidale) della responsabilità antitrust nell'ambito dei gruppi, sancendo altresì definitivamente l'applicabilità della *single economic entity doctrine* rispetto a ogni profilo del *private enforcement*.

È allora preliminarmente interessante evidenziare come, a differenza delle elaborazioni in materia di *parental liability*, il *private enforcement* abbia rappresentato – con la sentenza *Sumal* – la sede di definizione dei criteri di possibile imputazione della responsabilità c.d. “*top-down*”.

Il profilo, comunque, per quanto d'interesse, non appare caratterizzare l'analisi nel senso di renderla irrilevante rispetto all'ambito del *public enforcement*.

La precisazione appare necessaria perché l'applicazione del principio di piena efficacia dell'art. 101 TFUE al *private enforcement* avrebbe potuto – quantomeno in linea puramente teorica – giustificare applicazioni della *single economic entity doctrine* più “ampi” nel *private enforcement*, al fine di non ostacolare o rendere eccessivamente gravoso l'esercizio dei diritti degli ipotetici danneggiati.

Come già osservato, del resto, in taluni giudizi gli attori / pretesi danneggiati avevano infatti tentato di giungere all'applicazione della responsabilità discendente proprio quale corollario asseritamente necessario alla garanzia di una *full-compensation*.

Si tratta di un tema che aveva invero trovato seguito anche nelle conclusioni dell'AG Pitruzzella, ma che non ha avuto spazio argomentativo particolarmente approfondito nella

sentenza della Corte di giustizia, sicché la relativa ipotetica rilevanza può qui essere pretermessa.

Ebbene, la chiara rilevanza della sentenza *Sumal* anche per il *public enforcement* è anzitutto frutto della considerazione che l'interpretazione dei principi espressi in *Sumal*, insieme alla giurisprudenza *Skanska*, supporta la conclusione per cui la nozione unitaria d'impresa ai fini antitrust debba trovare identica applicazione sia nell'ambito del *private enforcement* sia nell'ambito del *public enforcement*, in una dialettica circolare per cui l'elaborazione realizzata in un ambito del diritto antitrust si trasmette in via di principio automaticamente anche nell'altro.

Pertanto, in considerazione del fatto che la giustificazione dei criteri di imputazione della responsabilità antitrust nell'ambito dei gruppi soggiace ed è diretta conseguenza della nozione d'impresa, ne discende quale corollario che i principi espressi in *Sumal* – astrattamente – dovranno poter trovare applicazione altresì nell'ambito del *public enforcement*.

A ciò si aggiunga che, come si dirà a breve, in *Sumal* sembrano riecheggiare alcuni principi espressi nella sentenza *Biogaran*, dalla quale – proprio nell'ambito del *public enforcement* – può essere ragionevole individuare le primigenie fondamenta della responsabilità *top-down*³⁵¹

Scendendo più nel dettaglio dell'analisi dei principi espressi nella sentenza *Sumal*, la Corte di giustizia ha consentito di chiarire se – ed entro quali condizioni – la *single economic*

³⁵¹ In relazione a un potenziale riscontro dei principi espressi in *Sumal* in precedenti della Commissione, appare interessante che, nel corso del giudizio *Sumal*, la Commissione abbia assunto una posizione ondivaga circa la possibilità di ammettere forme di responsabilità *top-down*. Come ben ricostruito dall'AG Pitruzzella nelle sue conclusioni, in una prima fase la Commissione aveva in linea di principio escluso tale possibilità, anche alla luce della giurisprudenza rilevante, perché la controllata non “*esercita nessuna influenza determinante sul comportamento della seconda sul mercato*”, salve le fattispecie di applicazione del principio di continuità economica. Tuttavia, nelle risposte ai quesiti posti dalla Corte di giustizia, la Commissione ha successivamente parzialmente “rivisto” la propria posizione, suggerendo di rispondere ai quesiti pregiudiziali “*nel senso che l'articolo 101 TFUE non si oppone a che il comportamento illecito della madre sia imputato alla controllata quando le due società fanno parte della stessa impresa e il giudice nazionale constata che il comportamento della filiale è legato a un elemento costitutivo dell'infrazione o, in ogni caso, quando le due società fanno parte della stessa impresa ed è impossibile o eccessivamente difficile per i soggetti lesi ottenere direttamente dalla società madre la riparazione integrale del danno subito*” (Conclusioni dell'AG Pitruzzella del 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, punto 21). Si evidenzia che l'ultimo dei due elementi costitutivi menzionati dalla Commissione non ha trovato alcun seguito nella sentenza della Corte di giustizia.

entity doctrine giustifichi l'estensione a una società controllata della responsabilità antitrust per un illecito materialmente commesso dalla (sola) controllante.

La sentenza pregiudiziale trae origine da un rinvio della *Audiencia Provincial* di Barcellona, del 24 ottobre 2019, diretto a risolvere il conflitto giurisprudenziale tra varie corti spagnole in merito all'incidenza della *single economic entity doctrine* sulla determinazione dei possibili legittimati passivi nell'ambito di azioni risarcitorie *follow-on*³⁵². La soluzione del quesito discende, quale necessaria conseguenza, dalla determinazione della possibilità o meno di ritenere una società controllata responsabile in solido per l'illecito antitrust materialmente commesso dalla propria controllante.

La risposta ai quesiti pregiudiziali forniti dalla Corte di giustizia trova la sua ragion d'essere nella *single economic entity doctrine*, che – forse per la prima volta così esplicitamente – viene identificata come l'elemento costitutivo dei criteri di imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi. Infatti, in particolare, il ragionamento della Corte di giustizia si fonda sull'assioma che la *single economic entity doctrine* sottenda una responsabilità solidale *ipso iure* di tutte le società che la compongono al momento della commissione di una violazione antitrust da parte di una delle persone giuridiche che la compongono.

Dunque, poiché è l'unità economica a violare il diritto antitrust e, conseguentemente, a rispondere della violazione sul piano sanzionatorio, ciò può comportare sia forme di

³⁵² Il quesito ha assunto preponderante rilevanza perché, nell'ambito delle azioni *follow-on* relative al c.d. cartello dei camion, numerosi pretesi danneggiati dal cartello, per "aggirare" le difficoltà di agire direttamente nei confronti delle società "cartelliste" stabilite in diversi Stati Membri, hanno citato in giudizio le società spagnole da queste controllate. La giustificazione della scelta di agire nei confronti di soggetti distinti dagli autori materiali dell'illecito destinatari del provvedimento della Commissione è stata individuata, appunto, nella tesi secondo cui tali controllate avrebbero rappresentato un'unica impresa, ai fini antitrust, insieme alle controllanti autrici materiali dell'illecito. Parafrasando le chiare parole dell'AG Pitruzzella nelle conclusioni rassegnate nella sentenza *Sumal*, viene in rilievo la nozione di unità economica che può valere "non solamente quando la Commissione individua il perimetro dell'impresa responsabile per l'infrazione alle regole di concorrenza e i soggetti giuridici che, all'interno di tale perimetro, rispondono congiuntamente e solidalmente delle sanzioni inflitte", ma anche nel determinare i legittimati passivi delle azioni di danno antitrust; in ragione di tali premesse, la determinazione dei confini dell'unità economica responsabile di un illecito consente ai pretesi danneggiati di "scegliere verso quale entità giuridica di cui si compone tale unità indirizzare la loro azione di risarcimento danni" (Conclusioni dell'AG Pitruzzella del 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, punto 66).

trasmissione della responsabilità *bottom-up* (come la *parental liability*) sia, in via di principio, *top-down* (ovverosia, dalla controllante alla controllata).

Quindi – in relazione all’oggetto del rinvio pregiudiziale – in via di principio, il presunto danneggiato da un illecito antitrust potrà promuovere un’azione risarcitoria anche nei confronti di una controllata dall’autrice materiale della violazione antitrust.

Le argomentazioni di una simile conclusione da parte della Corte di giustizia si mostrano originali e, risultando fondate sulla *single economic entity doctrine*, consentono di formulare alcune osservazioni critiche su potenziali ricadute dei principi espressi rispetto ai criteri di imputazione della *parental liability*.

La premessa della Corte di giustizia è che la realtà economica dei gruppi di società denota articolazioni variabili e diverse da caso a caso. In particolare, la Corte di giustizia evidenzia l’esistenza di gruppi di società di tipo “conglomerato”, “attivi in vari settori economici che non presentano alcun legame tra loro”³⁵³.

Da ciò discenderebbe che, ai fini della determinazione della responsabilità *top-down*, non potrebbe automaticamente farsi valere una forma di responsabilità delle società figlie per condotte delle controllanti. Diversamente, bisognerebbe verificare l’area economica nella quale la controllata risulti attiva. Ciò perché “la medesima società madre può far parte di diverse unità economiche costituite, a seconda dell’attività economica interessata, da essa stessa e da varie combinazioni delle sue società figlie, tutte appartenenti allo stesso gruppo di società”³⁵⁴.

A tal fine, la Corte di giustizia si è tuttavia premurata di chiarire lo standard probatorio richiesto. Più nel dettaglio, oggetto di prova dovrebbe essere, anzitutto, il “tradizionale” elemento rappresentato dalla sussistenza di “vincoli economici, organizzativi e giuridici” tra controllante e controllata.

³⁵³ Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal SL*, §45. B. FREUND, *Heralds of Change: In the Aftermath of Skanska (C-724/17) and Sumal (C-882/19)*, in IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law, 53, 2022, p. 254, interpreta tale passaggio nel senso che la Corte di giustizia avrebbe così chiarito che “several legal entities within one corporate group may form separate undertakings”.

³⁵⁴ Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal SL*, punto 47. La Corte di giustizia aggiunge che, diversamente ragionando, “una società figlia appartenente a un siffatto gruppo rischierebbe di essere ritenuta responsabile di infrazioni commesse nell’ambito di attività economiche che non presentano alcun legame con la propria attività e nelle quali essa non era affatto coinvolta, neppure indirettamente”.

Inoltre, dovrebbe fornirsi prova della “esistenza di un legame concreto tra l’attività economica di tale società figlia e l’oggetto dell’infrazione di cui la società madre è ritenuta responsabile”. Più specificamente, nel tentativo di meglio contestualizzare simili affermazioni, secondo la Corte di giustizia a tal fine sarebbe invero necessario che “l’accordo anticoncorrenziale concluso dalla società madre per il quale essa è stata condannata riguarda gli stessi prodotti commercializzati dalla società figlia”. Solo così le due società potrebbero essere ragionevolmente ritenute rappresentare la specifica *single economic entity* responsabile della violazione³⁵⁵.

In merito al test delineato dalla Corte di giustizia sembra allora opportuno dar conto di come lo stesso appaia, in qualche misura, ancora oscuro e di difficile trasposizione in fattispecie più complesse. Non è in particolare chiaro se il riferimento all’identità dei prodotti commercializzati vada inteso in senso “tecnico”, in relazione al mercato rilevante del prodotto – in tal caso, allora, non sarebbe chiaro perché la Corte di giustizia non abbia

³⁵⁵ Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal SL*, punto 52. Come più volte ribadito, una simile prova dovrebbe venire in rilievo non solo ai fini del *private enforcement* e della determinazione dell’eventuale legittimazione passiva delle società controllate nell’ambito di eventuali azioni di danno, ma anche nell’ambito del *public enforcement* qualora l’autorità procedente volesse imputare l’illecito solidalmente alla capogruppo – autrice materiale dell’illecito – e a una sua controllata. Va altresì evidenziato che, come si ribadirà, simili principi appaiono potenzialmente incoerenti con l’elaborazione in materia di *parental liability*, nell’ambito della quale – in particolare – è stato sostenuto che non sarebbe possibile confutare la *parental liability presumption* semplicemente sulla base della considerazione che la società controllante e la società controllata sono attive in settori economici diversi (si veda *supra* il par. 3.2.1.). B. FREUND, *Heralds of Change: In the Aftermath of Skanska (C-724/17) and Sumal (C-882/19)*, cit., p. 261, accoglie favorevolmente tale diverso orientamento apparentemente fatto proprio in relazione alla responsabilità *top-down*, alla luce dei timori di una eccessiva dilatazione della nozione di impresa che sarebbe potuta scaturire nel determinare i criteri di trasmissione di responsabilità infragruppo (“*Yet, the Court’s understanding of the concept of undertaking shown in Sumal should at least partially dispel these fears as it requires that the subsidiary must in some way give effect to the anticompetitive conduct – the “specific link”. Therefore, liability might not be ascribed to a subsidiary, which is not active – or only in a minor and negligible manner – on the affected market*”). Anche C. REICHOW, *The Court of Justice’s Sumal Judgment: civil liability of a subsidiary for its parent’s infringement of EU Competition law*, in *European Papers*, 6, 3, 2021, p. 1329, ritiene che, correttamente, la Corte di giustizia abbia ancorato l’imputazione della responsabilità *top-down* all’identità dei “prodotti commercializzati”. In particolare, l’autore evidenzia che “*if the subsidiary is active in the product sector in which the agreements were made, corresponding price agreements are effectively applied through its sales activities. Under this condition, it is not necessary, and in fact irrelevant, that the subsidiary [...] is in some form responsible for or has knowledge of the anticompetitive practice. It follows from the logic of the “eco-nomic unit” that being part of the undertaking suffices to take part in the liability vis-à-vis victims*”.

impiegato un maggior tecnicismo terminologico – oppure se tale espressione possa eventualmente avere significati più ampi³⁵⁶.

Peraltro, l'approccio al tema che era stato adottato dall'AG Pitruzzella risultava, quantomeno sul piano puramente terminologico, lievemente distinto. Nelle sue conclusioni, l'Avvocato Generale aveva infatti sostenuto che nel caso di imputazione di responsabilità discendente la *“unitarietà di condotta economica”* rilevante per l'identificazione della *single economic entity* e l'imputazione di responsabilità a (tutti i membri di) quest'ultima sarebbe dovuta risultare, da un lato, dall'influenza determinante della controllante sulla controllata; dall'altro, *“dal fatto che l'attività della controllata è, in qualche modo, necessaria alla realizzazione della condotta anticoncorrenziale (per esempio perché la filiale vende i beni oggetto del cartello)”*³⁵⁷.

L'AG Pitruzzella, quindi, sembrava richiedere più chiaramente un contributo della controllata *“causalmente collegato”* all'illecito.

6.1. Tratti comuni e differenze nei test per l'applicazione della responsabilità ascendente e discendente

Ad ogni modo, il test elaborato dalla Corte di giustizia, in via di principio sostanzialmente sovrapponibile a quello suggerito dall'AG Pitruzzella, risulta a ben vedere non del tutto coerente – ma non necessariamente inconciliabile – con quello previsto ai fini dell'imputazione di responsabilità *bottom-up*. Ai fini dell'applicazione della *parental liability*, infatti, risulta in via di principio sufficiente la dimostrazione, eventualmente in via presuntiva mediante l'applicazione della *parental liability presumption*, dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante della controllante sulla controllata. Ciò a prescindere dalla

³⁵⁶ Si esprime in tal senso C. REICHOW, *The Court of Justice's Sumal Judgment: civil liability of a subsidiary for its parent's infringement of EU Competition law*, cit., p. 1330. L'autrice, richiamando sul punto concorde dottrina, ipotizza anche che *“Further case law will have to show whether the subsidiary's economic activity in the market in which the parent company has engaged in an anti-competitive manner is necessary, or whether it suffices that the subsidiary benefits from the infringement within the framework of intragroup asset transfers”*.

³⁵⁷ Conclusioni dell'AG Pitruzzella del 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, punto 57.

circostanza che, eventualmente, società “madre” e “figlia” siano attive in settori merceologici diversi.

Il profilo era stato specificamente posto in risalto nelle conclusioni rassegnate dall’AG Pitruzzella. L’Avvocato Generale, infatti, aveva espressamente affermato che *“I criteri che consentono di affermare [la responsabilità top-down] sono [...] diversi da quelli che permettono di imputare alla società madre la responsabilità per le infrazioni commesse dalle filiali. Ciò che non è essenziale ai fini della prima operazione può esserlo ai fini della seconda”*³⁵⁸.

Tale discrasia è resa vieppiù evidente dal fatto che in *Sumal* la Corte di giustizia non ha affatto chiarito quale possa essere la rilevanza dell’elemento dell’esercizio di una influenza determinante ai fini dell’applicazione della responsabilità discendente.

In altri termini, la Corte di giustizia non ha chiarito se, in tal caso, come nella *parental liability*, sia comunque richiesto che la controllante autrice materiale dell’infrazione eserciti effettivamente un’influenza determinante sulla controllata, oppure se sia sufficiente la potenzialità di tale esercizio di influenza determinante.

Se si ritenesse che, nell’ambito della responsabilità *top-down*, non sia necessaria la verifica della sussistenza di un esercizio effettivo di influenza determinante, risultandone sufficiente una mera potenzialità, apparirebbe sussistere il rischio di esiti incongrui.

Infatti, si rischierebbe che, anche laddove fosse possibile dimostrare l’effettivo esercizio di un’influenza determinante della controllante sulla controllata – senza che, beninteso, ciò sfoci in una forma di compartecipazione nell’illecito – sarebbe sempre impossibile ritenere la controllata solidalmente responsabile dell’illecito della controllante qualora le stesse fossero attive in diversi settori merceologici.

Da quanto sopra discende altresì che, due società impegnate in attività economiche diverse potrebbero costituire allo stesso tempo un’unica impresa (nel caso di applicazione

³⁵⁸ Conclusioni dell’AG Pitruzzella del 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, punto 59, dove aggiunge anche che, per la *parental liability* non si ritiene *“necessaria la prova che la controllante influenzi la politica della controllata nel settore specifico oggetto dell’infrazione, al contrario, ai fini del riconoscimento di una responsabilità discendente è determinante che la controllata operi nello stesso settore in cui la società madre ha posto in essere il comportamento anticoncorrenziale e che, con la sua condotta sul mercato, abbia reso possibile la concretizzazione degli effetti dell’infrazione”*.

della *parental liability*) o due imprese diverse (nel caso di applicazione della responsabilità *top-down*)³⁵⁹.

Sembrerebbe potersi allora auspicare che la giurisprudenza che, necessariamente, seguirà e chiarirà meglio i principi espressi in *Sumal*, possa favorire una revisione del test per l'imputazione della responsabilità nei gruppi, al fine di ricondurre a sistema tutte le fattispecie potenzialmente rilevanti, magari mitigando il rigore applicativo della *parental liability presumption*.

Più specificamente, potrebbe immaginarsi che il test rilevante debba in ogni caso richiedere una dimostrazione dell'effettivo esercizio di un'influenza determinante rispetto alla politica commerciale sottesa alla condotta anticompetitiva rilevante³⁶⁰. Sarebbe in altri termini in ogni caso necessario accertare (eventualmente in via presuntiva, in presenza dei presupposti per l'applicazione della *parental liability presumption*) che tale effettivo esercizio di influenza determinante abbia riguardato – *lato sensu* – gli indirizzi strategici, finanziari e/o commerciali relativi all'area di attività della controllata nella quale la fattispecie anticoncorrenziale rilevante si è realizzata.

Del resto, un simile test sembrerebbe, da un lato, consentire di giungere a un'applicazione della *parental liability presumption* meno formalistica; dall'altro, il riscontro della sussistenza di un'influenza determinante rispetto all'area di attività nella quale la specifica condotta anticompetitiva si è realizzata apparirebbe in ogni caso garantire una forma di "collegamento" ai fini dell'applicazione della responsabilità discendente, a

³⁵⁹ Lo afferma implicitamente l'AG Pitruzzella, sostenendo che, ai fini della responsabilità "discendente", se "una controllata, anche in caso di partecipazione totalitaria o quasi totalitaria, svolge un'attività estranea all'ambito economico in cui la società che la detiene ha adottato i comportamenti anticoncorrenziali siamo al di fuori della nozione 'funzionale' di impresa" (Conclusioni dell'AG Pitruzzella del 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, punto 58).

³⁶⁰ Quanto alla responsabilità parentale, il test in questione, di fatto, comporterebbe che – ai fini della prova contraria della *parental liability presumption*, si dovrebbe dimostrare che società "madre" e "figlia" non costituiscono una entità non in assoluto, ma in relazione al caso concreto. Si tratta di un test auspicato in dottrina da M. BERETTA, P. M. FERRARI, *La presunzione di responsabilità delle società madri per le infrazioni alle regole di concorrenza commesse dalle proprie controllate*, cit., p. 352 e condiviso anche da M. CASORIA, *L'imputabilità infragruppo delle violazioni antitrust. (Ir)responsabilità e presunzioni*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2, 2014, p. 379, la quale aggiunge che un simile test "consentirebbe, infatti, di garantire una qualche forma di collegamento tra la società madre che si vuole sanzionare e l'infrazione commessa".

prescindere dalla presenza o meno della controllata nella stessa area merceologica di attività della controllante³⁶¹.

Dall'asserita attuale discrasia tra i "test" per l'imputazione della responsabilità nei gruppi discenderebbe un'ulteriore importante conseguenza.

Da *Sumal* pare potersi trarre la conseguenza che la nozione di *single economic entity* rappresenti un concetto potenzialmente dinamico e non statico, da valutare eventualmente anche alla luce della fattispecie antitrust rilevante nel caso di specie. Secondo la Corte di giustizia, infatti, come anticipato, una stessa controllante può far parte di una pluralità di unità economiche diverse.

In ciò, allora sembrerebbe soggiacere un'ulteriore aporia creata da *Sumal*, idonea a suffragare l'ipotesi dell'esistenza di una nozione di impresa "variabile" a seconda della fattispecie nella quale la stessa debba essere applicata.

6.2. La sentenza *Biogaran*: niente di nuovo nel test elaborato in *Sumal*?

Come anticipato, appare d'interesse dar conto di come i principi espressi in *Sumal*, sembrerebbero echeggiare quanto già era stato incidentalmente espresso dalla Commissione prima e, in particolare, dal Tribunale UE in sede di impugnazione, nel caso *Biogaran*.

L'analisi di tale precedente potrà quindi fornire spunti utili sia a una più puntuale interpretazione e contestualizzazione dei principi espressi in *Sumal* sia a prendere atto di come, invero, già in passato le corti UE abbiano avallato un test apparentemente a sé stante per l'imputazione "discendente" di responsabilità.

In particolare, nella decisione oggetto di impugnazione in quel giudizio, la Commissione appariva aver fatto una primigenia applicazione dell'estensione di responsabilità *top-down*, sebbene in una fattispecie nella quale sussisteva comunque una

³⁶¹ Secondo tale ipotesi, si ammette che potrebbero darsi fattispecie nelle quali la controllata attiva in un settore merceologico diverso potrebbe comunque contribuire causalmente all'attuazione dell'illecito posto in essere dalla capogruppo.

qualche forma di partecipazione diretta della controllata nell'illecito³⁶². Ad ogni modo, in quella sentenza, il Tribunale premetteva alle sue valutazioni la precisazione che le corti UE non si fossero prima di allora mai pronunciate sulle condizioni costitutive dell'imputazione, in via solidale, a una controllata della responsabilità antitrust per la partecipazione diretta alla condotta illecita della controllante.

Nel caso *Biogaran*, il Tribunale UE ha in primo luogo fatto leva sulla *parental liability presumption* per giungere alla conclusione che controllante e controllata costituissero un'unica impresa ai fini antitrust e la controllata non agisse in maniera autonoma sul mercato. Sulla base di tale considerazione, anzitutto, il Tribunale ha rilevato che correttamente la Commissione avesse allora irrogato in via solidale alle due società una (unica) sanzione, ancorché la violazione dell'art. 101 TFUE derivasse in parte dalle condotte della controllata e in parte dalle condotte della controllante³⁶³.

³⁶² Nella sentenza del Tribunale UE – attualmente *sub iudice* alla luce dell'impugnazione innanzi alla Corte di giustizia, di cui alla causa C-207/19 P – viene evidenziato che “la Commissione, nella decisione impugnata, non ha attribuito alla *Biogaran* gli atti contestati alla sua società madre. [...]. La Commissione ha infatti indicato [...] che la *Servier* deteneva il 100% della sua controllata al momento della sottoscrizione dell'accordo e costituiva, pertanto, un'unica impresa con la propria controllata. Parimenti, la Commissione ha ritenuto la responsabilità in solido della *Biogaran* in quanto l'accordo *Biogaran* e l'accordo di transazione stragiudiziale erano stati ‘conclusi tra le medesime imprese’, vale a dire il gruppo *Servier* da un lato, e la *Nichel/Unichem* dall'altro” (Tribunale UE, sentenza del 12 dicembre 2018, causa T-677/14, *Biogaran*, punti 209-210). In estrema semplificazione, la Commissione aveva infatti ritenuto che l'intesa anticompetitiva rilevante nel caso di specie fosse stata conclusa anche per il tramite di talune condotte poste in essere dalla controllata dell'autrice “principale” dell'illecito. Più nel dettaglio, come sintetizzato dal Tribunale UE, le condotte della controllata rappresentavano “un incentivo supplementare destinato a convincere la *Niche* a non fare ingresso sul mercato ed evidenziava la partecipazione diretta della *Biogaran* all'infrazione commessa dalla *Servier*, sua società controllante” (punto 41). Secondo A. LÓPEZ USATORRE, *Should children be punished for the acts of their parents? At odds with the single economic entity*, cit. p. 75, il precedente non sarebbe rilevante ai fini della determinazione dei criteri di imputazione della responsabilità *top-down*, perché nel caso di specie non ci sarebbe alcuna “*extension of liability from parent company to subsidiary [...], but a joint and several liability of both companies for an infringement in which both have participated*”. In senso contrario, l'AG Pitruzzella nelle conclusioni rassegnate proprio nella causa *Sumal*, nelle quali, ancorché premettendo che la giurisprudenza non si fosse ancora mai pronunciata sull'imputazione di responsabilità *top-down*, ha rinvenuto “qualche segnale in tal senso”, fra l'altro, proprio nella sentenza *Biogaran*, nella quale sembra essere stata prospettata “l'ammissibilità di un'attribuzione di responsabilità in senso discendente alla luce della nozione di ‘unità economica’” (Conclusioni dell'AG Pitruzzella del 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, punto 53).

³⁶³ Il Tribunale ha infatti evidenziato che “se è possibile imputare ad una società madre la responsabilità di un'infrazione commessa dalla sua controllata e, di conseguenza, rendere le due società responsabili in solido dell'infrazione commessa dall'impresa che esse costituiscono, senza violare il principio di responsabilità personale, ciò vale a maggior ragione quando l'infrazione commessa dall'unità economica costituita da una società controllante e dalla sua controllata derivi dal concorso dei comportamenti delle due società” (Tribunale UE, sentenza del 12 dicembre 2018, causa T-677/14, *Biogaran*, punto 218).

Dunque, nonostante – come visto – nel caso *Biogaran* l'imputazione solidale di responsabilità *top-down* fosse fondata anche su una forma di partecipazione diretta della controllata all'illecito, il punto di connessione con *Sumal* trae origine dalla difesa spesa dalla *Biogaran*, che aveva nel corso del procedimento innanzi al Tribunale dedotto che la sua inconsapevolezza delle condotte della società madre avrebbe determinato l'illegittimità dell'imputazione di responsabilità in via solidale.

Nel disattendere una simile difesa, il Tribunale ha significativamente precisato che se la Commissione fosse tenuta a dimostrare “*la conoscenza, da parte della controllata, dei comportamenti della società madre per poter imputare l'infrazione al gruppo, la nozione di unità economica risulterebbe compromessa*”. Diversamente, la condizione per imputare “*all'insieme dei membri dell'impresa i diversi comportamenti illeciti che costituiscono la totalità dell'intesa ricorre laddove ogni membro dell'impresa abbia contribuito alla sua attuazione, anche se in via subordinata, accessoria o passiva*”³⁶⁴.

Si tratta, a ben vedere, di conclusioni coerenti con i principi espressi in *Sumal*³⁶⁵.

³⁶⁴ Tribunale UE, sentenza del 12 dicembre 2018, causa T-677/14, *Biogaran*, punto 225. Appare d'interesse evidenziare che il Tribunale ha sostenuto che principi analoghi sarebbero stati già in precedenza espressi nelle sentenze *Duravit* (Corte di giustizia, sentenza del 26 gennaio 2017, causa C-609/13, *Duravit e altri*) nonché *AC-Treuhand* (Tribunale UE, sentenza dell'8 luglio 2008, causa T-99/04, *AC-Treuhand*). Non si può allora non osservare che il richiamo delle predette pronunce appaia non del tutto pertinente, nella misura in cui le stesse apparivano riferirsi a partecipazioni “subordinate, accessorie o passive” non per l'imputazione, in via solidale, della responsabilità tra le varie componenti del gruppo; bensì per l'imputazione in via autonoma a ciascuna distinta impresa dell'illecito complesso e continuato oggetto di accertamento (ovverosia, veniva espresso il principio secondo cui ai fini della responsabilità per un illecito antitrust per fatto proprio è sufficiente anche una partecipazione “subordinata, accessoria o passiva”).

³⁶⁵ In dottrina, tuttavia, vi è chi ha apparentemente sostenuto una (quantomeno parziale) diversità di approccio tra *Biogaran* e *Sumal* (si veda C. VIEIRA PERES, *Don't Blame the Children. Why Inverted and Horizontal Liability for Antitrust Infringements Should Be Rejected*, cit., pp. 34 – 35: “*the GC seems tempted to recognise liability of the subsidiary solely because it belongs to the same economic unit, but being afraid to take this step, the GC relies on the argument that, in any case, the subsidiary was directly involved and knew about the unlawful nature of the conduct*”). Sembra invece sostenere, implicitamente, la coerenza tra *Biogaran* e *Sumal* B. FREUND, *Reshaping Liability – The Concept of Undertaking Applied to Private Enforcement of EU Competition Law*, cit., p. 739: “*Biogaran leaves room for two conclusions. One is that the subsidiary does not necessarily have to be aware of the fact that it is actually engaged in anticompetitive behaviour. The other conclusion is that a subsidiary must have formed part of the infringement, even though its role assumed therein can be of minor importance, even in a manner of subordinate, accessory or passive nature*”. L'autore sottolinea altresì che analoghe conclusioni emergerebbero anche dalla pronuncia del *Competition Appeal Tribunal* inglese, nel caso *Sainsbury's Supermarkets Ltd v. Mastercard Inc.* Invero, va evidenziato come la sentenza *Sainsbury's* giunga effettivamente, come *Sumal*, alla medesima conclusione sulla base della quale la responsabilità della controllante non può essere estesa a quelle controllate attive in mercati diversi da quello influenzato dall'illecito della controllante. Tuttavia, tale “limite” all'estensione di responsabilità non comporterebbe necessariamente che controllante e controllata non facciano parte della

7. b) La possibile espansione della *single economic entity doctrine* nelle relazioni orizzontali tra società “sorelle”

Come anticipato, una delle conseguenze della sentenza *Skanska* è stata quella di sospendere una discussione circa i criteri “espansivi” della responsabilità antitrust tra i componenti della *single economic entity*. Ciò non solo rispetto al profilo della responsabilità discendente, compiutamente affrontato in *Sumal*; ma anche in relazione ad altre forme di “trasmissione orizzontale”, tra società soggette al controllo del medesimo soggetto giuridico.

Né la sentenza *Sumal* né le precedenti e approfondite conclusioni dell’AG Pitruzzella hanno però specificamente preso posizione sull’ammissibilità di modalità di trasmissione della responsabilità infragruppo diverse da quelle *bottom-up* e *top-down*.

Una rigorosa applicazione della *single economic entity doctrine*, tuttavia, potrebbe gettare le basi per una ulteriore espansione “poli-direzionale”, non solo “verticale” ma altresì orizzontale della responsabilità all’interno della *single economic entity*.

Invero, in dottrina, è stato evidenziato che, in effetti, il riferimento alla trasmissione di responsabilità “ascendente” e “discendente” sarebbe improprio. L’estensione di responsabilità solidale tra i componenti di un’unità economica, più che una formale determinazione delle “direzioni” nelle quali sia possibile, richiederebbe invero di individuare un’uniformità strategica della condotta sul mercato in termini di “apparenza esterna” tra tali soggetti³⁶⁶.

stessa *single economic entity*. Anzi, in quel caso, i giudici inglesi avevano proprio osservato che “*a person is not ipso facto liable for an infringement of [Article] 101 by reason only of the fact that he, she or it is a member of an undertaking responsible as a matter of EU law for the infringement*”. In sostanza, pur non ponendo in discussione l’appartenenza alla *single economic entity* responsabile della violazione, la pronuncia inglese appare “selezionare” i soggetti potenzialmente responsabili all’interno della stessa.

³⁶⁶ Si vedano C. KERSTING, J. OTTO, *The Civil Liability of the Economic Unit*, p. 5, disponibile su SSRN al link <https://ssrn.com/abstract=4032719>.

Ciò posto, è bene comunque muovere dalla sentenza *Sumal*, che, ancorché non pronunciandosi espressamente sul profilo in esame, ha implicitamente posto le basi per un approfondimento della questione³⁶⁷. Nel rispondere ai quesiti pregiudiziali, la Corte di giustizia ha infatti dichiarato che l'art. 101 TFUE – ma, deve leggersi, anche l'art. 102 TFUE – osterebbe a una normativa nazionale che preveda la possibilità di imputare la responsabilità del comportamento di una società a un'altra solo nel caso in cui la seconda società controlli la prima società.

Il principio parrebbe dunque principalmente orientato a garantire la possibilità di applicare, all'interno della *single economic entity*, forme di imputazione della responsabilità "discendenti"³⁶⁸. Tuttavia, forse per una eterogenesi dei fini, il principio potrebbe aprire gli spazi per ulteriori espansioni applicative della trasmissione di responsabilità fra i componenti della *single economic unit*, al di là dei legami di gruppo e, per quanto qui più rileva, anche rispetto a legami di tipo orizzontale³⁶⁹.

³⁶⁷ Il tema della trasmissione di responsabilità fra società sorelle appare di interesse non solo puramente teorico. Si veda C. KERSTING, *Liability of sister companies and subsidiaries in European competition law*, cit., che individua plurimi profili di rilevanza pratica della questione. A tacer d'altro, va quantomeno evidenziato quanto affermato dall'autore in merito ai rischi di *forum-shopping*, che si approfondiranno in termini generali *infra* al par. 6 del III capitolo, posto che "*Joint liability of the innocent sister company or subsidiary may also lead to the creation of an additional legal venue with respect to tort law. If, for example, the innocent sister company is liable due to civil law group liability, the entire cartel may be sued at the innocent sister company's domicile (see Art. 8(1) Brussels Ia Regulation 1215/2012)*". Sul piano del *public enforcement*, invece, in via di principio, tale approccio inciderebbe perlopiù sulla platea dei possibili coobbligati solidali per la sanzione (in linea di massima, infatti, tutte le eventuali conseguenze sul piano del *quantum* della sanzione sembrerebbero poter essere assorbite dalla possibilità di coinvolgere nel procedimento la capogruppo.

³⁶⁸ Si veda, in particolare, Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal SL*, punto 69.

³⁶⁹ Anche alla luce di una lettura a posteriori della sentenza, alla luce di Corte di giustizia, sentenza del 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations Srl*, potrebbe portare a domandarsi se con ciò la Corte di giustizia volesse appunto riferirsi a ulteriori fattispecie di trasmissione della responsabilità nell'ambito dell'unità economica, oppure a possibili fattispecie di imputazione a prescindere dal riscontro di un'unità economica, come ipotizzato nella pronuncia *Unilever*. Ad ogni modo, si deve tener conto che le affermazioni espresse dalla Corte di giustizia potrebbero essere state implicitamente condizionate – e calibrate – sulla disposizione spagnola rilevante nel caso di specie, e cioè l'art. 71 della legge sulla concorrenza di cui si è dato conto *supra* al par. 5. del I capitolo, che ha tentato di codificare la nozione di impresa e i criteri di imputazione della responsabilità antitrust all'interno della stessa. La disposizione, al co. 2, lett. b), prevede in particolare che "*La actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas*". Per come formulata, dunque, tale disposizione avrebbe potuto essere interpretata nel senso di consentire solo la responsabilità "ascendente", negando invece quella "discendente". Secondo la Corte di giustizia, si tratta di un aspetto che avrebbe dovuto essere oggetto di verifica da parte del giudice del rinvio, tenuto comunque conto che, secondo il governo spagnolo, le disposizioni nazionali non vieterebbero la responsabilità "discendente", che sarebbe ricavabile in

7.1. Alla ricerca di un test unitario per determinare i responsabili solidali della violazione antitrust

Ancora pendente il rinvio pregiudiziale *Sumal*, in dottrina era a tal riguardo stato evidenziato che la soluzione della questione avrebbe dovuto dipendere da una rigorosa determinazione dei criteri sui quali è costruita la responsabilità solidale di più società per violazioni del diritto antitrust³⁷⁰.

Ebbene, una prima ipotesi è sostenere che, a tal fine, sia decisivo il criterio dell'effettivo esercizio di un'influenza determinante, tale per cui sarebbe in via di principio configurabile solo la *parental liability*, perché – eccetto casi limite – l'effettivo esercizio di un simile potere potrebbe essere dimostrato solo in senso verticale, da una controllante a una controllata³⁷¹.

Alternativamente, se il fondamento dell'imputazione della responsabilità solidale tra società appartenenti a un medesimo gruppo fosse, di per sé, l'appartenenza alla medesima unità economica, in via di principio da ricercare nell'unità di condotta sul mercato, per cui "*joint action triggers joint liability*"³⁷², sarebbe in via di principio possibile ammettere anche la trasmissione di responsabilità *top-down* o "orizzontale" fra società sorelle.

via interpretativa dall'art. 71, co. 2, lett. a) della legge sulla concorrenza spagnola (Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal SL*, punto 74).

³⁷⁰ Il riferimento è, in particolare, a C. KERSTING, *Liability of sister companies and subsidiaries in European competition law*, cit.. Si veda anche C. VIEIRA PERES, *Don't Blame the Children. Why Inverted and Horizontal Liability for Antitrust Infringements Should Be Rejected*, cit., p. 25, che – oltre a menzionare i due divergenti orientamenti di cui si darà a breve conto nel testo – richiama la principale dottrina a sostegno dell'una e dell'altra tesi.

³⁷¹ Tale orientamento è sostenuto da autorevole dottrina: si vedano O. ODUDU, D. BAILEY, *The single economic entity doctrine in EU competition law*, cit., 1747, che osservano che "*Whilst use of the single economic doctrine to determine liability would entail that any legal entity within the undertaking may be held liable for any infringement committed by any other entity forming part of the same economic entity, it is clear that liability is not attributed in this manner*"; si veda anche C. KOENIG, *The Boundaries of the Firm and the Reach of Competition Law: Corporate Group Liability and Sanctioning in the EU and the US* pp. 30 – 31, fondandosi sullo scopo di deterrenza perseguito con la *parental liability* e non riscontrabile in altre fattispecie.

³⁷² La citazione è tratta da C. KERSTING, *Liability of sister companies and subsidiaries in European competition law*, cit.. L'autore aderisce appunto a tale "opzione" interpretativa, evidenziando che "*Although the jurisprudence often uses both the criterion of decisive influence and the criterion of being a constituent part of the economic unit, a thorough analysis shows that liability ultimately depends solely on the criterion of being a constituent part of the economic*

Ebbene, i principi espressi dalla Corte di giustizia in *Sumal* appaiono implicitamente confermare la preferenza per tale seconda opzione interpretativa, ancorché con un approccio che non pretermette la rilevanza del profilo dell'effettivo esercizio di un'influenza determinante³⁷³.

Più nel dettaglio, infatti, il criterio dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante non sarebbe di per sé autonomamente rilevante, nel senso di consentire solamente di estendere la responsabilità dal soggetto sul quale l'influenza determinante è esercitata a quello esercente tale influenza.

Diversamente, tale profilo rilevarebbe – in primo luogo – quale elemento per determinare i soggetti componenti la *single economic entity*; successivamente, una volta identificata la *single economic entity* responsabile dell'illecito antitrust, si potrebbe procedere a estendere la responsabilità antitrust a tutti i soggetti che la compongono, a prescindere dall'autore materiale dell'illecito.

Dunque, l'influenza determinante rappresenterebbe solo indirettamente l'elemento sul quale fondare i criteri di allocazione della responsabilità antitrust nell'impresa di gruppo, rappresentando l'elemento tramite il quale viene garantita quell'uniformità strategica di condotta sul mercato, necessaria e sufficiente per identificare la *single economic entity*.

Detto altrimenti, l'esistenza di una *single economic entity* sarebbe conseguenza di una condotta strategica unitaria sul mercato, la quale – a sua volta – sarebbe conseguenza dell'effettivo esercizio di un'influenza determinante di una società su un'altra.

Del resto, proprio nelle conclusioni rassegnate nella causa *Sumal*, l'AG Pitruzzella aveva chiaramente sostenuto che “L'unitarietà di azione sul mercato di più imprese e l'influenza

unit”. Secondo l'autore, il criterio dell'influenza determinante servirebbe solo per definire “*the economic unit in a first and to determine the natural or legal persons*” che vi appartengono.

³⁷³ In dottrina, è stato infatti evidenziato che nella sentenza *Sumal* sia stata respinta un'interpretazione della nozione di unità economica “*according to which the “economic unit” serves as a tool to attribute liability among its legal entities considering that the parent company commits the infringement by exercising its decisive influence*”. Al contrario, la Corte di giustizia avrebbe confermato che la responsabilità degli appartenenti all'impr185niti gruppo “*follows from their affiliation to the economic unit as such, which is characterised by uniform economic action on the market*” (C. REICHOW, *The Court of Justice's Sumal Judgment: civil liability of a subsidiary for its parent's infringement of EU Competition law*, cit., 1328).

determinante della società madre diventano, nella ricostruzione sopra proposta della teoria dell'unità economica, non tanto due fondamenti alternativi della responsabilità della società madre, ma due passaggi logicamente necessari nel processo di attribuzione della responsabilità di una condotta anticoncorrenziale"³⁷⁴.

Va invero precisato che il rigore sistematico che aveva caratterizzato le conclusioni dell'AG Pitruzzella ha trovato un'apparente semplificazione nella sentenza della Corte di giustizia.

Colpisce infatti che nella sentenza pregiudiziale, ancorché la nozione di *single economic entity* sia ripetutamente richiamata dalla Corte di giustizia per fornire risposta ai quesiti ricevuti, su un piano formale e lessicale non venga fatto, neppure in un'occasione, riferimento alla nozione di "influenza determinante". Come visto, anzi, la Corte di giustizia si è limitata soltanto a interpretare l'art. 101 TFUE nel senso che osterebbe "a una normativa nazionale che prevede la possibilità di imputare la responsabilità del comportamento di una società a un'altra società soltanto nel caso in cui la seconda società controlli la prima società".

La considerazione appare ad ogni modo secondaria, non infirmando quanto sopra osservato³⁷⁵.

I principi espressi in *Sumal* consentono di sviluppare alcune riflessioni, in particolare, sulla possibilità che – in futuro – sia esplicitamente ammessa anche la possibilità di trasmissione di responsabilità fra società "sorelle" (*rectius*, imputazione della responsabilità antitrust, in via solidale, a due società sottoposte al controllo del medesimo soggetto).

Le considerazioni sinora esposte vanno tuttavia conciliate con ulteriori elementi necessari a sviluppare l'interpretazione suggerita, verso la quale appare tendere la Corte di giustizia.

³⁷⁴ Conclusioni dell'AG Pitruzzella del 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, punto 48.

³⁷⁵ Si esprime in tal senso anche C. REICHOW, *The Court of Justice's Sumal Judgment: civil liability of a subsidiary for its parent's infringement of EU Competition law*, cit., 1330, che evidenzia che "By declaring the very existence of an economic unit to be the decisive factor for the determination of the liability of one or the other companies making up that undertaking, the CJEU shares the view of AG Pitruzzella that the decisive influence of the parent company over the subsidiary is only relevant to establish that an economic unit exists". Sulla base di tale considerazione, l'autrice ipotizza appunto che *Sumal* potrà rappresentare il punto di partenza per l'estensione di responsabilità fra società "sorelle".

Anzitutto, il punto di partenza del ragionamento è che non appare chiaro se l'appartenenza a un medesimo gruppo valga automaticamente a qualificare tutte le società che vi appartengono come unità economica.

Anzi, sul punto la giurisprudenza UE sembrerebbe orientarsi verso una risposta negativa³⁷⁶.

Infatti, con specifico riferimento alle società "sorelle", in *Aristrain* la Corte di giustizia aveva espressamente sostenuto che la circostanza che due società distinte siano sottoposte al controllo del medesimo soggetto non è di per sé sufficiente a ritenerle parte della medesima *single economic entity*³⁷⁷.

Quanto espresso in *Aristrain* appare, in effetti, pienamente riconciliabile con i principi espressi in *Sumal*. Come visto, in questa sentenza la Corte di giustizia ha escluso, piuttosto esplicitamente, la possibilità di configurare un automatismo "gruppo / *single economic entity*", tale da ricomprendere indistintamente tutte le società del gruppo, potendo invece la capogruppo appartenere a una pluralità di "imprese", ciascuna con una o più controllate diverse.

Quanto sopra, sembra consentire di formulare le seguenti conclusioni preliminari.

In primo luogo, sebbene la giurisprudenza rilevante delle corti UE appaia ormai poter essere interpretata anche nel senso, netto, che la responsabilità solidale delle società componenti una *single economic entity* derivi *ipso iure* dal costituire le stesse un'unica impresa ai fini antitrust³⁷⁸, non è allo stesso tempo sostenibile che la "mera" appartenenza al

³⁷⁶ Lo stesso vale in relazione alla prassi applicativa della Commissione europea, nella quale appaiono rinvenirsi precedenti nei quali società parte di un medesimo gruppo sono state ritenute costituire imprese distinte (Decisione della Commissione del 3 settembre 2004, COMP/E-1/38.069 – *Tubi idrotermosanitari in rame*, punto 564, comunque caratterizzata da un contesto fattuale piuttosto complesso).

³⁷⁷ Corte di giustizia, sentenza del 2 ottobre 2003, causa C-196/99 P, *Siderúrgica Aristrain Madrid SL c. Commissione*, punto 99.

³⁷⁸ Tale considerazione emerge appunto, principalmente, da Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal SL*, punto 44. In tutte le versioni linguistiche della sentenza, del resto, emerge un simile "automatismo" nell'attribuzione della responsabilità solidale. Così, si legge che la *single economic entity doctrine* "automatically entail the application of joint and several liability amongst the entities of which the economic unit is made up at the time that the infringement was committed" nella versione inglese; "entraînent de plein droit une responsabilité solidaire entre les entités qui composent l'unité économique au moment de la commission de l'infraction" nella versione francese; "conlleven de pleno derecho la responsabilidad solidaria de las entidades que componen la unidad económica en el momento de la comisión de la infracción" nella versione spagnola; "führen von Rechts wegen

medesimo gruppo – o, più precisamente, la soggezione al controllo di una medesima società – sia automaticamente sufficiente per identificare un'unica *single economic entity*.

D'altro canto, però, il percorso giurisprudenziale in materia di responsabilità antitrust della *single economic entity* non appare neppure consentire di escludere a priori la trasmissione di responsabilità fra “società sorelle”.

A tal fine, dunque, in dottrina, è stato ipotizzato che, preliminarmente, si dovrebbe dimostrare che entrambe le società siano sottoposte all'effettivo esercizio di un'influenza determinante da parte del medesimo soggetto³⁷⁹.

Inoltre – in continuità con i principi espressi in *Sumal* – sembrerebbe ragionevole ritenere che si debba individuare una connessione economica tra le attività della società autrice materiale dell'illecito e quella “innocente”. In particolare, se il mercato del prodotto in cui fossero attive le due società fosse lo stesso, queste potrebbero essere effettivamente ritenute appartenere alla medesima unità economica, da ciò discendendo la potenziale responsabilità solidale di entrambe per la violazione antitrust³⁸⁰.

In altri termini, riprendendo i principi espressi dal Tribunale UE in *Biogaran*, discussi *supra* al par. 6.2.), sarebbe necessario verificare se la società “sorella” abbia, in qualche modo, contribuito all'attuazione della condotta anticompetitiva, anche se in via subordinata, accessoria o passiva – e a prescindere dalla consapevolezza dell'illecito “principale” o dello stare apportando un contributo causale allo stesso –.

Va da ultimo fornita una precisazione conclusiva. La possibilità di impiegare la *single economic entity doctrine* al fine di imputare a una società l'illecito antitrust materialmente

zu einer gesamtschuldnerischen Haftung der Einheiten, die zum Zeitpunkt der Begehung der Zuwiderhandlung die wirtschaftliche Einheit bilden” nella versione tedesca.

³⁷⁹ Si veda B. FREUND, *Reshaping Liability – The Concept of Undertaking Applied to Private Enforcement of EU Competition Law*, cit., p. 740, che – in termini generali – evidenzia che il “principio guida” ai fini della determinazione dei responsabili solidali all'interno della *single economic entity* dovrebbe consistere nella dimostrazione che la società non materialmente autrice dell'illecito “*was under decisive influence of another component of the undertaking, which had knowledge of the infringement or had decisive influence over the infringing subsidiary*”.

³⁸⁰ B. FREUND, *Heralds of Change: In the Aftermath of Skanska (C-724/17) and Sumal (C-882/19)*, cit., p. 259. L'autore osserva esemplificativamente che la responsabilità solidale potrebbe appunto giustificarsi se la società “sorella” dia “*in a not insignificant manner, effet to the anticompetitive conduct, for example, by providing customer services regarding the cartel product sold by [l'autrice materiale dell'illecito]*”.

commesso da una diversa società, perché entrambe sottoposte al controllo del medesimo soggetto, non è stata sinora compiutamente affrontata dalle corti UE³⁸¹.

Oltre alla menzionata causa *Aristrain*, la questione è, invero, stata solo implicitamente affrontata dalle sentenze del Tribunale UE *HFB* e *Jungbunzlauer*.

Tuttavia, entrambi i precedenti non appaiono del tutto pertinenti al fine di determinare la potenziale trasmissibilità della responsabilità antitrust fra società sorelle.

Quanto alla prima controversia, in effetti, società dotate di personalità giuridica distinta erano state ritenute dalla Commissione costituire in realtà un “gruppo di fatto”, perché sottoposte al controllo del medesimo soggetto. In quanto tali, costituendo le stesse una *single economic entity* ai fini del diritto antitrust, la Commissione – con valutazioni integralmente oggetto di conferma da parte del Tribunale UE – le ha ritenute solidalmente responsabili l’una per le condotte illecite dell’altra³⁸².

Pur trattandosi di una fattispecie di evidente trasmissione di responsabilità fra società sorelle, non può tacersi che, allo stesso tempo, in quel caso, entrambe le società avessero direttamente preso parte all’illecito antitrust, sicché nessuna delle due era stata chiamata a rispondere solidalmente dell’illecito solo in ragione dell’applicazione della *single economic entity doctrine*.

Anche nel caso *Jungbunzlauer*, il Tribunale ha confermato l’accertamento della Commissione sulla base del quale una società sostanzialmente estranea all’illecito era stata ritenuta responsabile della condotta anticoncorrenziale posta in essere da una società

³⁸¹ WAGENER sostiene, tuttavia, che sussisterebbero precedenti di giudici civili spagnoli che avrebbero ammesso azioni risarcitorie promosse nei confronti della società “sorella” dell’autrice materiale dell’illecito (H. M. WAGENER, *Claiming Cartel Damages against the Economic Unit: One for All and All for One?*, disponibile su SSRN al seguente link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3574508; traduzione inglese dell’originale tedesco *Die wirtschaftliche Einheit als Schuldner im Zivilprozess: Eine für alle und alle für eine?* in *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 5, 2020).

³⁸² Si veda Tribunale UE, sentenza del 20 marzo 2002, causa T-9/99, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG e altri*, spec. punti 44 – 68. In particolare, il Tribunale ha evidenziato come fosse “a ragione che la Commissione ha considerato le attività in seno all’intesa delle società di distribuzione [...] e delle società di produzione [...] come il comportamento di un’unica entità economica, sotto un controllo unico e che perseguiva stabilmente un fine economico comune. Inoltre, l’esistenza di un’entità economica unica che persegue interessi comuni è confermata da documenti interni delle società in questione” (si vedano, specificamente, i punti 61 – 62). La sentenza del Tribunale è stata confermata da Corte di giustizia, sentenza del 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri A/S e altri*, punti 112 – 131.

“sorella”. Ciò, tuttavia, era avvenuto perché – alla luce delle specifiche circostanze del caso – la prima era stata ritenuta in grado di esercitare effettivamente un’influenza determinante sulla seconda³⁸³.

Pertanto, se su un piano formale il caso è riconducibile a un’ipotesi trasmissione di responsabilità fra società sorelle, in concreto sembra invero integrare una fattispecie di *parental liability*.

I precedenti in materia lasciano pertanto irrisolto il quesito della possibile trasmissione della responsabilità antitrust fra società sorelle³⁸⁴.

L’evoluzione della giurisprudenza successiva a *Sumal* consentirà presumibilmente di chiarire tale aspetto, sul presupposto che, per le ragioni argomentate sopra, i vigenti principi in materia di responsabilità antitrust della *single economic entity* sembrerebbero – forse in maniera non condivisibile – consentire anche tale forma di responsabilità solidale, che, ad esempio, potrebbe trovare terreno fertile applicativo rispetto ai gruppi orizzontali c.d. paritetici³⁸⁵ (si veda l’art. 2497-*septies* c.c. e, per i gruppi cooperativi paritetici l’art. 2545-*septies* c.c.), nei quali l’integrazione economico-strategica tra società indipendenti è raggiunta non sulla base di preesistenti relazioni di controllo, ma tramite un accordo vincolante preordinato alla concertazione della direzione unitaria strategica delle associate, in assenza di vincoli di subordinazione reciproci.

³⁸³ Tribunale UE, sentenza del 27 settembre 2006, causa T-43/02, *Jungbunzlauer AG*. Si veda anche C. KERSTING, *Liability of sister companies and subsidiaries in European competition law*, cit., che evidenzia come tale precedente “does not allow for the conclusion that the General Court has recognized the liability of sister companies by deriving liability from the sister being a constituent part of a single economic unit. In this specific case, the sister company that was held liable exceptionally had a decisive influence over the sister company that had committed the infringement”.

³⁸⁴ I precedenti appena analizzati nel testo erano invero già in passato stati posti a fondamento della tesi dell’ammissibilità della trasmissione di responsabilità fra società “sorelle” (si veda R. BURNLEY, *Group Liability for Antitrust Infringements: Responsibility and Accountability*, cit., p. 612).

³⁸⁵ Che i gruppi paritetici possano essere qualificati, sul piano antitrust, come unica entità economica alla luce di una comune direzione unitaria, è considerazione già in passato espressa, principalmente però con la finalità di determinare se la creazione di un gruppo paritetico sia soggetta alla disciplina del divieto di intese anticoncorrenziali o al controllo preventivo *ex ante* delle concentrazioni (si veda, anche per una trattazione approfondita della fattispecie R. SANTAGATA, *I “gruppi paritetici” nella disciplina antimonopolistica*, in Riv. soc., 1, 2003, p. 254 e ss.).

8. L'imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi nel diritto antitrust statunitense

La *single economic entity doctrine* e le relative ricadute sulla determinazione dei criteri di imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi, sinora oggetto di ricostruzione, meritano di essere incidentalmente valutate anche secondo una prospettiva comparatistica, tenendo conto dell'approccio *in subiecta materia* seguito nel diritto antitrust statunitense. Infatti, la disamina circa l'eventuale elaborazione di un analogo orientamento nell'ambito del diritto antitrust statunitense appare di potenziale interesse tenuto dell'ampia convergenza tra le nozioni sostanziali antitrust a livello UE e US³⁸⁶.

Su un piano interpretativo, deve anzitutto muoversi dalla considerazione per cui la *single economic entity doctrine* trae origine, in particolare, dalla nozione di "impresa" ("*undertaking*"), quale soggetto destinatario dei precetti antitrust. Diversamente, lo *Sherman Act*, che rappresenta come noto la fonte rilevante per il diritto antitrust americano per quanto d'interesse, individua rispetto al destinatario dei relativi precetti la nozione di "*person*".

Al di là di tale riscontro terminologico, a partire dal quale è stata comunque elaborata la *single economic entity doctrine* europea, l'identificazione "sostanzialistica" ed "economica" del soggetto destinatario delle norme antitrust comporta, sul piano applicativo, solo una parziale sovrapposizione dei criteri valutativi del gruppo tra il diritto antitrust dell'Unione europea e quello statunitense.

Anzitutto, infatti, appare applicato anche nel diritto antitrust statunitense un criterio valutativo degli accordi infra-gruppo, ai fini della loro esenzione dal divieto di intese restrittive della concorrenza, analogo a quello impiegato dal diritto antitrust dell'Unione europea, a cui si è accennato *supra* al par. 3.1. del I capitolo.

³⁸⁶ C. KOENIG, *Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law*, cit., p. 72. Sulla comparazione tra il diritto antitrust dell'Unione europea e quello antitrust sul tema in esame, si vedano tra gli altri anche VAN CLEYNENBREUGEL P., *Single Entity Tests in US Antitrust and EU Competition Law*, cit.; e S. FERNANDES, *Should have scolded your kids: holding foreign-parent corporations responsible for their subsidiaries' price-fixing behavior in the United States, Canada, and the European Union*, in *Wisconsin International Law Journal*, 34, 1, 2016, che affronta la comparazione anche dalla prospettiva del diritto antitrust canadese.

Infatti, sin dal *leading case Copperweld*, la Corte Suprema statunitense ha sostenuto che una società madre e la controllata totalitaria sono “*incapable of conspiring with each other for purposes of §1 of the Sherman Act*”³⁸⁷. In piena analogia con i razionali sottesi all’applicazione in ambito UE della *single economic entity doctrine* per esentare gli accordi infra-gruppo dal divieto di intese restrittive della concorrenza, in *Copperweld* la maggioranza della Corte Suprema statunitense ha infatti evidenziato come una controllante e la sua controllata totalitaria debbano essere ritenute avere una completa unità di interessi, sicché le loro “*general corporate actions are guided or determined not by two separate corporate consciousness, but one*”³⁸⁸. Sulla base di tali considerazioni, pertanto, sin dal caso *Copperweld* le corti US hanno respinto la possibilità di elaborare una c.d. “*intra-enterprise conspiracy doctrine*”, che avrebbe consentito di applicare il §1 dello *Sherman Act* ad intese tra una società controllante e la sua controllata totalitaria. Al contrario, la “*intra-enterprise conspiracy doctrine* avrebbe erroneamente conferito maggior rilevanza alla “*form of an enterprise’s structure and ignores the reality*”³⁸⁹.

Il punto di convergenza tra ordinamento UE e US nella rilevanza del gruppo, quale unica entità economica, appare però arrestarsi al profilo della valutazione degli accordi infra-gruppo di cui si è appena dato conto.

In via di principio e salvo quanto si preciserà a breve, è infatti estraneo al diritto antitrust statunitense qualsiasi orientamento volto ad applicare una responsabilità solidale tra tutte le società appartenenti a un gruppo per un’infrazione del diritto della concorrenza materialmente commessa solo da una delle società del gruppo. In particolare, appare estranea al diritto antitrust statunitense qualsiasi forma di *parental liability*, sulla base della quale la controllante possa essere chiamata a rispondere in via solidale dell’illecito

³⁸⁷ *Copperweld Corp v. Independence Tube Corp*, 467 U.S. 752 (1984), §777.

³⁸⁸ *Copperweld Corp v. Independence Tube Corp*, 467 U.S. 752 (1984), §771.

³⁸⁹ *Copperweld Corp v. Independence Tube Corp*, 467 U.S. 752 (1984), §772. Appare peraltro utile evidenziare che, come visto *supra* al par. 3.1. del I capitolo, la giurisprudenza eurounitaria sull’esenzione degli accordi infra-gruppo dal divieto di intese restrittive della concorrenza appare avere un ambito e presupposti applicativi non del tutto sovrapponibili alla giurisprudenza US elaborata sin dal caso *Copperweld*. In particolare, la *single economic entity doctrine* europea appare in via di principio poter trovare applicazione anche al di là della fattispecie di controllo totalitario, al fine di giungere all’esenzione degli accordi infra-gruppo dal divieto di intese restrittive della concorrenza.

commesso da una sua controllata, solamente in ragione della sussistenza di un rapporto di controllo.

Va peraltro evidenziato a tal riguardo che orientamenti analoghi a quello sviluppato dalle corti UE avrebbero potuto fondarsi proprio sul caso *Copperweld* appena sopra citato. In un passaggio della sentenza *Copperweld* si precisava invero che la valutazione antitrust delle intese infra-gruppo fosse fra l'altro fondata sulla considerazione che “[a]ntitrust liability should not depend on whether a corporate subunit is organized as an unincorporated division or a wholly owned subsidiary”³⁹⁰.

Ebbene, in via teorica, simili affermazioni ben avrebbero potuto essere poste a fondamento dell'elaborazione di una dottrina sulla base della quale la responsabilità antitrust dovesse essere oggetto di imputazione tenuto conto dell'entità economica responsabile dell'infrazione.

Tuttavia, anche per l'esplicita limitazione del campo applicativo dei principi espressi in *Copperweld* al solo ambito della valutazione delle intese infra-gruppo, a differenza di quanto avvenuto nel diritto antitrust dell'Unione europea, l'enucleazione di specifici criteri valutativi delle intese infra-gruppo non ha rappresentato il punto di partenza per un'espansione “generalizzata” della *single economic entity doctrine*³⁹¹.

Peraltro, talune corti distrettuali statunitensi hanno fondato proprio sulla sentenza *Copperweld* interpretazioni della nozione di *enterprise* rilevanti ai fini dell'imputazione della responsabilità antitrust prossime alla nozione di *single economic entity* fatta propria dal diritto antitrust dell'Unione europea. Anche in questi casi, tuttavia, la giurisprudenza delle

³⁹⁰ *Copperweld Corp v. Independence Tube Corp*, 467 U.S. 752 (1984), §772. Anche dalla giurisprudenza eurounitaria in materia di *single economic entity doctrine*, funzionale all'applicazione della *parental liability*, appare potersi dedurre un parallelismo tra controllo totalitario e organizzazione in divisioni interne, quale scelta di organizzazione del gruppo. Anche C. KOENIG, *Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law*, cit., p. 77 osserva infatti che il passaggio citato avrebbe potuto essere interpretato nel senso di richiedere “a functional approach whenever courts deal with antitrust cases involving corporate groups (potentially allowing also for parent company liability)”.

³⁹¹ C. KOENIG, *Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law*, cit., p. 78, evidenzia infatti come per il diritto antitrust UE i criteri di valutazione delle intese infra-gruppo e l'imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi di imprese sono due facce di una stessa medaglia, proprio in virtù di un approccio funzionale e non formalistico, atto a valorizzare l'unità di interessi tra le società appartenenti a un medesimo gruppo, specificamente valorizzata anche in *Copperweld* dalla Corte Suprema statunitense.

corti statunitensi sembra dover essere sempre interpretata nel senso di escludere qualsiasi forma di responsabilità puramente indiretta (cioè, fondata solamente su una situazione di controllo o sull'appartenenza al medesimo gruppo), richiedendo ai fini dell'imputazione della sanzione anche alla *parent company* comunque una forma di responsabilità diretta, quantomeno nella forma di una condotta istigativa e/o direttiva con specifico riferimento alla fattispecie anticompetitiva rilevante³⁹².

Nel diritto antitrust statunitense, pertanto, l'unica possibile eccezione a una simile esclusione di forme di responsabilità indiretta potrebbe essere l'applicazione della dottrina del c.d. *piercing corporate veil*. I presupposti applicativi di simili dottrine appaiono però del tutto diversi da quelli propri della *single economic entity doctrine* europea. Infatti, la dottrina del *piercing corporate veil* si fonda su un utilizzo improprio e abusivo dello schermo della responsabilità limitata. In sintesi, il relativo test involge fra l'altro una disamina dei rapporti in concreto tra controllante e controllata, eventualmente alla luce di una commistione di fatto di fatto tra gli *assets* della *parent company* e quelli della società controllata, tenendo anche conto del riscontro di possibili conseguenze inique per potenziali danneggiati dall'applicazione del principio di responsabilità limitata³⁹³.

La breve comparazione con i principi del diritto antitrust statunitense sinora svolta svela dunque la peculiarità dell'approccio europeo nella determinazione dei criteri di

³⁹² Sul tema, si veda più diffusamente anche C. KOENIG, *Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law*, cit., p. 78 – 82. L'autore, in particolare, sostiene che i precedenti statunitensi rappresentativi di un simile orientamento non possano essere affatto interpretati nel senso di ritenere soddisfatti i requisiti di responsabilità diretta sulla base del riscontro di un generico potere di direzione e controllo delle politiche commerciali della filiale da parte della società madre (in sostanza, con un orientamento pienamente sovrapponibile alla *single economic entity doctrine* europea). L'autore fonda le proprie conclusioni anche sulla pronuncia della Corte Suprema del 1998 *United States v. Bestfoods*, ancorché relativa a una fattispecie di condotte illecite non relative all'ambito antitrust. In tale precedente viene infatti espresso il principio secondo cui forme di *parental liability* fondate generalmente su un rapporto di controllo rispetto al soggetto autore di un illecito rappresenterebbero illegittime forme di responsabilità indiretta. Tali rilievi consentono di muovere l'ipotesi secondo cui, al più, la giurisprudenza statunitense in materia di responsabilità antitrust dei gruppi di imprese possa essere giustapposta a quella europea solamente in relazione alla "prima fase" di quest'ultima, come sopra definita. Pertanto, affinché una società controllante possa essere chiamata a rispondere dell'illecito antitrust di una sua controllata sarebbe sempre necessaria una forma di coinvolgimento nell'infrazione: vuoi di tipo diretto vuoi, al più, di tipo istigativo.

³⁹³ C. KOENIG, *Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law*, cit., p. 76 – 77.

imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi, come elaborati a partire dalla *single economic entity doctrine*.

Tale diverso approccio potrebbe risultare complessivamente giustificato da una considerazione olistica e sistematica della disciplina antitrust delle due diverse giurisdizioni.

In dottrina è stato infatti evidenziato che lo scopo della *parental liability* è anzitutto quello di deterrenza, sicché l'assenza di dottrine analoghe nel diritto antitrust statunitense sarebbe controbilanciata da un sistema efficace e compiutamente applicato di imputazione della responsabilità antitrust anche nei confronti delle persone fisiche³⁹⁴. In entrambe le giurisdizioni potrebbero pertanto raggiungersi analoghi obiettivi di deterrenza, ancorché con mezzi diversi: da un lato, nel diritto antitrust statunitense, "responsabilizzando" le persone fisiche verso la prevenzione di illeciti antitrust, mediante la previsione di sanzioni individuali; dall'altro, nell'ordinamento UE, incentivando la *parent company* alla supervisione delle proprie controllate.

Allo stesso tempo, però, non può negarsi che la comparazione sopra svolta con la giurisdizione americana conforta la tesi secondo cui i criteri di imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi di società, sulla base della *single economic entity doctrine*, sono idonei a dar vita a forme di responsabilità indiretta e oggettiva.

In particolare, il diverso approccio americano evidenzia che un approccio sostanzialista ed economico alle fattispecie rilevanti antitrust dovrebbe essere applicato comunque quale eccezione (ad esempio, nel caso degli accordi infra-gruppo, dal divieto di intese restrittive della concorrenza) e non come regola, rinvigorendo i dubbi circa l'opportunità di consentire forme di responsabilità indiretta, pura e semplice, senza la ricerca di un *quid pluris*, idoneo a corroborare la scelta di imputare la responsabilità per una violazione del diritto della concorrenza a un soggetto che però non sia in alcun modo coinvolto nella violazione stessa.

³⁹⁴ I diversi approcci adottati nelle giurisdizioni UE e US rispetto all'imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi appaiono pertanto entrambi giustificati, tenuto conto del contesto in cui operano, sicché uno non potrebbe essere ritenuto maggiormente efficiente dell'altro.

I criteri di imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi elaborati a livello eurounitario, lungi dal rappresentare un precipitato necessario di un approccio sostanzialista ed economico alle fattispecie antitrust, appaiono dunque una specifica scelta di politica sanzionatoria, fondata su ragioni di opportunità e deterrenza.

Tale rilievo non appare puramente teorico, ma dovrebbe essere tenuto in considerazione su un piano applicativo, in particolare affinché, da un lato, si tenti di prevenire applicazioni eccessivamente formalistiche della *parental liability presumption*; dall'altro, si elaborino criteri certi, oggettivi e verificabili al fine della trasmissione della responsabilità in direzione diversa da quella "verticale ascendente".

CAPITOLO III. Le conseguenze “procedimentali” e sanzionatorie della “responsabilità personale” per le violazioni del diritto antitrust da parte del gruppo quale *single economic entity*

1. Il principio della “continuità economica”: l’applicazione della *single economic entity doctrine* nel caso di “estinzione giuridica” dell’autore dell’illecito antitrust

L’analisi svolta sinora ha avuto precipuamente ad oggetto, da un lato, l’enucleazione dei criteri di massima per identificare i “confini” di una *single economic entity*; dall’altro, le conseguenze sul piano dell’imputazione della responsabilità antitrust dell’appartenenza a un gruppo (*rectius*, a una *single economic entity*) di un soggetto materialmente autore di una violazione del diritto antitrust, sia quanto ai profili relativi al *public enforcement* sia quanto a quelli relativi al *private enforcement*.

Sulla base di quanto sinora esaminato, appare necessario sviluppare i concetti sinora espressi, determinando le conseguenze “procedimentali” e “sanzionatorie” dei principi e degli orientamenti rilevanti in materia di responsabilità antitrust nei gruppi di imprese.

Precipitato della nozione d’impresa, funzionale ed economica, sin qui ricostruita e dei peculiari criteri di imputazione della responsabilità antitrust che ne conseguono è infatti il c.d. principio della continuità economica.

Ebbene, e sotto un profilo “statico” dell’organizzazione di gruppo, la *single economic entity doctrine* porta con sé specifici criteri di imputazione e trasmissione della responsabilità antitrust all’interno del gruppo, in un percorso bidirezionale dalla controllante alla controllata, si può sostenere che il principio della continuità economica si pone nell’ottica della determinazione dei criteri di imputazione della responsabilità antitrust in senso

"dinamico", in caso di mutamenti del soggetto gerente l'impresa responsabile della violazione antitrust.

Può in particolare porsi il caso in cui la persona giuridica responsabile dell'infrazione non sia più giuridicamente esistente nel momento in cui debba essere emesso un provvedimento di accertamento della responsabilità antitrust. Ciò può avvenire per le più svariate ragioni, ad esempio per operazioni di ristrutturazione aziendale (quali operazioni di fusione³⁹⁵ o di modifica della forma giuridica del soggetto³⁹⁶) o anche in ipotesi di liquidazione del patrimonio sociale dell'impresa. In tali casi, ancora una volta, le eventuali disposizioni nazionali di diritto societario che regolano il trasferimento delle responsabilità debitorie "passive" in tali fattispecie risultano pretermesse ai fini del "trasferimento" della responsabilità per violazioni del diritto antitrust, anche sul piano economico della responsabilità per la sanzione.

Ciò significa che la considerazione economica e autonoma dell'impresa permane anche nel caso in cui, sul piano della veste giuridica del soggetto di diritto "sottostante", questo sia stato coinvolto in trasformazioni, fusioni – o persino eventi liquidativi – che ne abbiano mutato la veste giuridica³⁹⁷. Da ciò, pertanto, non consegue il venir meno dell'imputabilità della responsabilità antitrust, che verrà trasferita e cirolerà unitamente alle sorti dell'impresa, intesa come soggetto economico³⁹⁸.

³⁹⁵ Per una ricostruzione dei principali precedenti rilevanti relativi a fattispecie di coinvolgimento della società autrice dell'illecito antitrust in operazioni di fusione, si rinvia a E. GAMBARO, F. MAZZOCCHI, *Successione di imprese e imputazione della responsabilità in materia di concorrenza. Il caso Ente Tabacchi Italiani*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2, 2008, p. 333 e ss., che evidenziano fra l'altro che, in tali casi, "appaiono numerose le decisioni in cui la Commissione, in caso di fusione, ha in concreto verificato la sussistenza anche della continuità economica, vale a dire il passaggio al soggetto risultante dalla fusione degli 'elementi materiali e umani' che hanno concorso alla commissione dell'infrazione".

³⁹⁶ Per una ricostruzione dei principali precedenti rilevanti relativi a fattispecie di estinzione della società autrice dell'illecito antitrust con conseguente modifica della sua ragione sociale o della sua forma giuridica, si rinvia a E. GAMBARO, F. MAZZOCCHI, *Successione di imprese e imputazione della responsabilità in materia di concorrenza. Il caso Ente Tabacchi Italiani*, cit., p. 332 e ss., che evidenziano fra l'altro che, in tali casi, "la Corte di giustizia ha costantemente imputato l'infrazione alla società che ne ha assunto i diritti e gli obblighi e ne ha proseguito le attività".

³⁹⁷ V. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., p. 74 e ss.

³⁹⁸ Tra le prime pronunce della Corte di giustizia in tal senso, si vedano Corte di giustizia, sentenza del 16 dicembre 1975, cause riunite 40 – 48, 50, 54 – 56, 111, 113 – 114/73, *Suiker Unie UA e altri c. Commissione*; Corte di giustizia, 28 marzo 1984, cause riunite C-29 e C-30/83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA e Rheinzink GmbH c. Commissione*, punto 9 dove in particolare si legge che "il cambiamento della forma giuridica del nome

Anche in simili fattispecie, la rilevanza della personalità giuridica dell'autore materiale dell'illecito antitrust sfuma, tanto che eventuali modifiche dell'assetto giuridico e/o organizzativo, in via di principio, non possono in alcun modo permettere la creazione di un nuovo soggetto di diritto esente da responsabilità sul piano antitrust³⁹⁹.

Infatti, anche nel caso in cui l'autore di un illecito antitrust cessi di esistere giuridicamente, sarà chiamato a rispondere dell'illecito il soggetto giuridico che, su un piano funzionale ed economico, rappresenti il successore dell'autore dell'illecito⁴⁰⁰.

L'eventuale estinzione del soggetto autore di un illecito, che intervenga *medio tempore* tra il momento di commissione della violazione del diritto antitrust e quello dell'accertamento, comporta perciò la necessità di svolgere una valutazione in concreto al fine di "localizzare l'insieme degli elementi materiali ed umani che hanno concorso alla commissione dell'infrazione"⁴⁰¹. In tal modo, si potrà identificare la nuova persona giuridica responsabile della gestione dell'attività economica e, così, l'impresa ai fini antitrust. Conseguentemente, si potrà individuare l'esatta corrispondenza tra forza competitiva, sul piano economico – che ha commesso la violazione del diritto antitrust – e il corrispondente soggetto di diritto "gestore" al momento dell'accertamento dell'illecito.

Ciò che conta, pertanto, non è la veste formale della soggettività giuridica o le disposizioni di diritto societario che regolano la fattispecie dell'estinzione del soggetto giuridico, anche se, eventualmente, le stesse permetterebbero in astratto di creare un nuovo

dell'impresa non ha l'effetto di creare una nuova impresa esente dalla responsabilità di comportamenti anticoncorrenziali della precedente, qualora, sotto l'aspetto economico, vi sia identità fra le due". Successivamente, il principio è stato riaffermato più volte. Vedasi, ad esempio, Corte di giustizia, sentenza del 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e altri c. Commissione*, punto 59; Corte di giustizia, 11 dicembre 2007, causa C-280/06, *ETI e altri*, dove fra l'altro al §43 si aggiunge che "le forme giuridiche rispettive dell'ente che ha commesso un'infrazione e del suo successore sono irrilevanti. L'applicazione a tale successore della sanzione per l'infrazione non può dunque essere esclusa per il solo fatto che [...] questo possiede un altro status giuridico e opera con modalità diverse rispetto all'ente cui è succeduto"; più di recente, si veda anche Corte di giustizia, sentenza del 14 marzo 2019, causa C-724/17, *Skanska Industrial Solutions Oy e altri*, punto 48.

³⁹⁹ Si vedano C. KERSTING, J. OTTO, *The Civil Liability of the Economic Unit*, cit., che affermano che "a new legal entity within the economic unit that acquires the shares of an entity involved in a cartel, dissolves this entity and continues its business activities, is also liable". L'affermazione ricalca i principi espressi dalla Corte di giustizia, nella sentenza del 14 marzo 2019, causa C-724/17, *Skanska Industrial Solutions Oy*, punto 51.

⁴⁰⁰ Si vedano anche R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, cit. p. 102.

⁴⁰¹ Si esprime così il Tribunale UE, sentenza del 17 dicembre 1991, causa T-6/89, *Enichem ANIC S.p.A. c. Commissione*, punto 237.

soggetto di diritto al quale non possa essere trasferita la responsabilità economica per la violazione antitrust (sul piano sanzionatorio nonché, eventualmente, risarcitorio).

Tali disposizioni, come detto, non possono in ogni caso impedire di dimostrare la sussistenza di un'identità e continuità economica tra due diverse persone giuridiche, tale per cui dovrà rispondere delle conseguenze della violazione del diritto antitrust un soggetto diverso dall'autore materiale della violazione.

La *ratio* sottesa all'elaborazione di tali principi è, ancora una volta, far sì che il precetto antitrust si applichi e condizioni il "soggetto economico", piuttosto che quello giuridico. Inoltre, un simile orientamento previene manovre strumentali che possano pregiudicare l'effetto utile delle norme antitrust. Ciò potrebbe ad esempio conseguire a modifiche apportate, a fini puramente elusivi, all'organizzazione sul piano formale-giuridico dei soggetti di diritto⁴⁰².

Tale approccio ha un importante corollario, anche in termini di "elemento soggettivo" richiesto in capo al "successore economico" per imputare a quest'ultima entità la responsabilità per la violazione antitrust.

Infatti, ciò che conta è che – su un piano oggettivo – il soggetto economico che abbia preso parte alla violazione del diritto antitrust sia ancora esistente senza soluzione di continuità, sebbene sia identificabile con un diverso soggetto di diritto.

Quest'ultimo rappresenterà perciò la medesima impresa, ai fini antitrust, del diverso soggetto giuridico materialmente autore dell'illecito e, pertanto, sarà chiamato a rispondere

⁴⁰² V. P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit., p. 68. Gli autori evidenziano che tale *ratio* è espressamente evidenziata anche dalla giurisprudenza UE e nazionale rilevante (v. ad esempio Corte di giustizia, 28 marzo 1984, cause riunite C-29 e C-30/83, *Companie Royale Asturienne des Mines SA e Rheinzink GmbH/Commissione*; Consiglio di Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199). Sul punto, in Corte di giustizia, sentenza del 5 dicembre 2013, causa C-448/11 P, punto 25, si evidenzia che "può rivelarsi necessario, ai fini dell'efficace attuazione delle norme in materia di concorrenza, imputare la responsabilità di un'infrazione a dette norme all'acquirente dell'impresa che ha commesso detta infrazione, quando quest'ultima impresa cessa di esistere a seguito dell'assorbimento ad opera di detto acquirente il quale subentra, come società che ha operato l'assorbimento, nelle posizioni attive e passive della società assorbita, e quindi anche nelle responsabilità ad essa incombenti a causa di una violazione del diritto dell'Unione".

delle conseguenze sanzionatorie e risarcitorie della violazione, a prescindere dalla sua consapevolezza del (precedente) illecito⁴⁰³.

È evidente che una simile valutazione sulla sussistenza o meno di una fattispecie di continuità economica debba essere oggetto di una valutazione caso per caso, alla luce delle specifiche circostanze fattuali rilevanti. Ciò comporta che nei casi in cui l'autorità procedente ritenga opportuno irrogare la sanzione in capo al successore economico dell'autore materiale dell'illecito dovrà fornire un'adeguata motivazione dell'analisi svolta a tal fine⁴⁰⁴, idonea a dimostrare che il soggetto sanzionato rappresenti la stessa impresa, ai fini antitrust, dell'autore materiale dell'illecito, del quale rappresenta il successore funzionale ed economico⁴⁰⁵.

2. Quando determinare la *single economic entity* responsabile dell'illecito antitrust e i soggetti che la compongono?

Un altro elemento procedimentale da definire di carattere "temporale" riguarda il momento in cui "cristallizzare" l'esistenza della *single economic entity* da ritenere personalmente responsabile di un determinato illecito antitrust.

Sotto un profilo sincronico, è d'uopo comprendere come determinare quali soggetti giuridici all'interno del gruppo possano essere chiamati a rispondere di un illecito antitrust, alla luce della *single economic entity* nonché della *parental liability*. Su un piano diacronico, invece, bisogna determinare il momento nel quale si debba stabilire secondo tali criteri quali siano le singole persone giuridiche componenti la *single economic entity*, sempre al fine di

⁴⁰³ V. W. WURMNEST, *Liability of 'undertakings' in damages actions for breach of Articles 101, 102 TFEU: Skanska*, in *Common Market Law Review*, 57, 2020, p. 928. V. anche B. CORTESE, *Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability*, cit., p. 80.

⁴⁰⁴ Lo afferma ad esempio Tribunale UE, sentenza del 28 aprile 1994, causa T-38/92, *All Weather Sports Benelux BV c. Commissione*, punti 26 e ss.

⁴⁰⁵ È stato evidenziato in dottrina che una simile analisi potrebbe prestarsi a indubbi profili di complessità e difficoltà, al fine di determinare se si sia in presenza di una "nuova impresa" ai fini antitrust o di un successore economico della predetta entità giuridica (v. A. ROBERTSON, *Skanska Industrial Solutions: What does the Court of Justice's landmark judgement mean for cartel damages litigation?*, in *European Competition Law Review*, 40, 8, 2019, p. 350).

determinare – in caso di mutamenti nel tempo dei componenti della singola unità economica – quali siano i soggetti responsabili in via solidale per l'illecito antitrust.

Il piano diacronico di identificazione della *single economic entity* appare invero rilevante e in grado di incidere sensibilmente anche sulla quantificazione dell'irroganda sanzione. Infatti, come si avrà modo di approfondire *infra* al par. 5.4. e ss., dalla determinazione dei soggetti che compongono la *single economic entity* responsabile di uno specifico illecito antitrust discende altresì la determinazione del fatturato che può essere preso in considerazione ai fini, in senso lato, della quantificazione della sanzione. Ciò comporta che la determinazione del momento in cui identificare i soggetti che compongono l'impresa responsabile dell'illecito rappresenta un esercizio di fondamentale importanza, perché idoneo a incidere anche sulle dimensioni finanziarie del "soggetto economico" da ritenere autore dell'infrazione, ciò riverberandosi sulle valutazioni relative al piano sanzionatorio.

Ebbene, in particolare in presenza di "ristrutturazioni" societarie o di modifiche nella catena di controllo del soggetto materialmente autore dell'illecito, i mutamenti nella composizione del gruppo potrebbero altresì riflettersi sui soggetti da poter ritenere solidalmente responsabili di un'infrazione, in quanto appartenenti alla *single economic entity* che l'ha commessa. Tali modifiche potrebbero rilevare rispetto a una pluralità di piani temporali rilevanti: ad esempio, se avvenute nel corso del periodo di durata dell'infrazione; o, eventualmente, nel lasso temporale intercorrente tra la violazione antitrust e il suo accertamento; o, infine, persino nel tempo intercorso tra l'infrazione e una eventuale successiva proposizione di azioni risarcitorie asseritamente causate dall'illecito⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ In particolare rispetto al profilo del *private enforcement*, appare importante tenere presente che le considerazioni relative al momento in cui determinare la *single economic entity* responsabile di un'infrazione – e, quindi, le specifiche persone giuridiche chiamate a risponderne – dovrebbero altresì tener conto della rilevanza del "principio di effettività" e del principio di "effetto utile" delle disposizioni eurolunitarie di diritto della concorrenza. Inoltre, le valutazioni che si svolgeranno appresso dovranno necessariamente essere riconciliate con quanto già notato in relazione all'applicazione del principio di continuità economica in fattispecie nelle quali il soggetto che "gestiva" l'impresa responsabile dell'illecito antitrust al momento della violazione – diverso dal "gestore" al momento dell'accertamento – non abbia cessato di esistere giuridicamente.

Le difficoltà sottese alla soluzione del quesito relativo al momento in cui determinare la *single economic entity* responsabile dell'illecito antitrust risentono delle problematiche relative al fatto che, sul piano giuridico, non esiste un soggetto di diritto corrispondente alla *single economic entity* cui dà corpo il gruppo di imprese, dovendo le sanzioni essere sempre irrogate nei confronti delle singole persone giuridiche che eventualmente compongono l'impresa, ivi incluso ovviamente il soggetto direttamente partecipante nell'illecito.

Ciò premesso circa l'oggetto dell'analisi, secondo l'approccio che appare maggiormente condiviso sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza – e che, invero, appare maggiormente meritevole di seguito, in quanto più “rigoroso” – la *single economic entity* responsabile della violazione antitrust dovrebbe, appunto, essere determinata, anche quanto alla sua composizione soggettiva, al momento della commissione dell'illecito antitrust⁴⁰⁷.

Da ciò discende che eventuali modifiche nella struttura della *single economic entity* successiva alla conclusione dell'illecito antitrust non dovrebbero incidere sull'identificazione dei soggetti potenzialmente responsabili in via solidale. In altri termini, le persone giuridiche che non facevano parte della *single economic entity* nel periodo in cui l'illecito ha avuto luogo non dovrebbero poterne essere chiamate a rispondere. Nondimeno, come si osserverà *infra* al par. 5.5.1., eventuali modifiche nella “composizione” della *single economic entity* potrebbero invece rilevare ai fini dell'applicazione del massimo edittale pari al 10% del fatturato, che potrebbe potenzialmente venir diversamente calcolato con specifico riguardo a ciascuna singola società destinataria del provvedimento sanzionatorio⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ In dottrina, aderisce a tale orientamento J. OTTO (C. KERSTING, J. OTTO, *The Civil Liability of the Economic Unit*, cit., p. 11). Conseguentemente, secondo l'autore, solo “*the legal entities that were part of the economic unit during the infringement period can validly represent the economic unit in the administrative proceedings*”.

⁴⁰⁸ In particolare, come si dirà, il massimo edittale potrebbe essere parametrato al 10% del fatturato del gruppo responsabile dell'illecito solo per quelle società che, alla data di adozione della decisione dell'autorità garante, risultino ancora appartenere a quella *single economic entity*. Solo rispetto a tali società potrebbe quindi, in via di principio, consentirsi un “superamento” del massimo edittale del rispetto 10% del fatturato, purché entro il limite del 10% del fatturato del gruppo. Di converso, nel caso in cui alla data di adozione della decisione dell'autorità garante le società che appartenevano alla *single economic entity* responsabile dell'illecito non facciano più parte del medesimo gruppo (*rectius*, della medesima impresa), il massimo edittale del 10% dovrebbe essere diversamente parametrato rispetto al fatturato di ogni singola persona giuridica.

Diversamente, eventuali mutamenti nella composizione del gruppo, nel corso del periodo in cui una società appartenente allo stesso abbia preso parte a un illecito antitrust, dovrebbero comportare una diversa imputazione *pro rata temporis* dell'infrazione nei confronti di ciascuna delle società che abbiano fatto parte del gruppo. Infatti, una diversa durata dell'appartenenza alla *single economic entity* si rifletterebbe implicitamente su una diversa durata della partecipazione all'illecito (il profilo verrà esaminato più diffusamente *infra* al par. 5.2., tra l'altro per la potenziale incidenza sulla differenziazione della sanzione da irrogare in via solidale rispetto a ciascuna delle società componenti l'unità economica).

Su un piano formale e terminologico, il rilievo per cui la *single economic entity* responsabile dell'illecito – anche quanto alla sua composizione soggettiva – debba essere identificata al momento della commissione dell'illecito antitrust è ricorrente nelle decisioni della Commissione⁴⁰⁹ nonché nelle sentenze della Corte di giustizia, nelle quali è stato più volte sostenuta la responsabilità solidale delle entità che fanno parte della *single economic entity* “al momento della commissione dell'infrazione”⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ Si veda, ad esempio, la Decisione della Commissione del 29 novembre 2006, caso COMP/F/38.638 – *Gomma butadiene e gomma stirene e butadiene del tipo emulsione*, punto 336, dove si legge che “Quando viene riscontrata un'infrazione all'articolo 81 del trattato è necessario individuare la persona fisica o giuridica che era responsabile dell'operato dell'impresa all'epoca dell'infrazione in modo che possa risponderne”. Simili affermazioni, implicitamente, portano a escludere che l'entità responsabile della gestione dell'impresa successivamente all'illecito antitrust possa risponderne.

⁴¹⁰ Tra le più recenti, si veda Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal SL*, punto 44. Si veda altresì Corte di giustizia, sentenza del 25 novembre 2020, causa C-823/18 P, *GEA Group AG*, punto 65, dove significativamente si osserva che “the Commission's determination of the amount of [the] fine – in so far as it is based, in any particular case, on the concept of an undertaking, which is a concept of EU law – is subject to certain limitations, which require due account to be taken of the characteristics of the undertaking concerned, as constituted during the period in which the infringement was committed”. In senso analogo, si veda Corte di giustizia, sentenza del 10 aprile 2014, causa C-231/11 P, *Siemens AG Österreich*, punto 81. Si veda altresì Corte di giustizia, sentenza del 16 novembre 2000, causa C-279/98 P, *Cascades SA*, punto 78. Tale ultima pronuncia riguardava una fattispecie di mutamento del soggetto “gestore” dell'impresa materialmente responsabile della violazione antitrust, nel corso dell'illecito oggetto del procedimento rilevante. Tale pronuncia appare rilevante perché sostiene in termini espliciti che, in via di principio, una società controllante non può essere ritenuta responsabile degli illeciti materialmente commessi da società da questa controllate, per il periodo anteriore all'acquisizione del loro controllo (si veda il punto 80 della sentenza *Cascades SA*; in senso analogo, sul punto, si veda successivamente anche Tribunale UE, sentenza del 14 dicembre 2006, cause riunite da T-295/02 a T-264/02 e T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e altri*, punto 333; Tribunale UE, sentenza del 30 settembre 2009, causa T-161/2005, *Hoechst GmbH c. Commissione*, ove si soggiunge che tale principio resta valido anche nel caso in cui al momento dell'accertamento dell'infrazione “la gestione dell'impresa era stata posta sotto la responsabilità di un'altra persona”; tra le più recenti si veda Corte di giustizia, sentenza del 4 settembre 2014, causa C-408/12 P, *YKK Corporation e altri*, punto 65).

Tuttavia, in dottrina, altri autori si sono espressi nel senso opposto e hanno sostenuto che i soggetti potenzialmente responsabili in via solidale di un illecito, perché appartenenti all'impresa che lo ha commesso, possano essere individuati a prescindere da chi facesse parte della *single economic entity* nel periodo in cui l'infrazione veniva commessa. Infatti, oltre a tali persone giuridiche, potrebbero eventualmente e indistintamente risponderne solidalmente i soggetti che ne facevano parte al momento del pagamento della sanzione o della proposizione di un'azione risarcitoria⁴¹¹.

Tale interpretazione "alternativa" si fonda sulla considerazione che è la *single economic unit* autonomamente considerata – a prescindere dalle società che la compongono e che eventualmente hanno commesso un illecito – a dover rispondere delle sanzioni e delle obbligazioni risarcitorie per la violazione del diritto antitrust.

Dunque, la circostanza che un determinato soggetto giuridico abbia fatto "ingresso" nella *single economic entity* successivamente alla commissione della violazione del diritto antitrust non sarebbe di per sé sufficiente a escluderne la potenziale responsabilità solidale sul piano sanzionatorio e/o risarcitorio per tale illecito anteriore.

Tale visione, sostanzialmente, ha l'effetto di "personificare" un soggetto – invero non esistente sul piano giuridico – rappresentato dall'unica entità economica, a discapito della

⁴¹¹ Aderisce a tale orientamento C. KERSTING (C. KERSTING, J. OTTO, *The Civil Liability of the Economic Unit*, cit., p. 12). In particolare, ad avviso dell'autore, le corti UE non avrebbero mai affermato che "solo" le persone giuridiche appartenenti all'impresa al momento dell'illecito possano essere chiamate a risponderne sul piano sanzionatorio e/o risarcitorio. Inoltre, secondo l'autore, si dovrebbe ritenere che la responsabilità solidale dei componenti dell'unica entità economica discende dalla "*liability of the economic unit as such*", che quindi "*relates to those entities that make up the economic unit at the time the liability of the economic unit is asserted, meaning the economic unit and its liability remain constant, while the accessory liability affects the current constituent parts of the economic unit. Therefore, subsequently joining constituent parts of the economic unit are also liable for claims for damages that already existed before the new constituent parts joined the economic unit*". Sembra ragionevole sostenere che appaiono implicitamente rappresentative di un simile orientamento anche quelle opinioni secondo cui l'estensione dell'ambito applicativo della *single economic entity doctrine* ai fini dell'imputazione della responsabilità antitrust comporterebbe maggiori rischi nell'ambito delle operazioni di *merger* (si veda ad esempio C. CAUFFMAN, *Case C-882/19 Sumal SL v. Mercedes Benz Trucks España SL*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 29, 4, 2022, p. 518: "*take-overs of subsidiaries will become more hazardous transactions. The acquirer not only runs the risk of being held liable for fines and damages in case the subsidiary itself had subsidiary's been involved in anticompetitive behaviour before the take-over, but also in case the parent company or a sibling company has been involved in anticompetitive behaviour that is specifically linked to the economic activities*"). Invero, rischi di tal fatta potrebbero sussistere, in via di principio, soltanto qualora si aderisca all'opinione che la *single economic entity* responsabile di un'infrazione al diritto della concorrenza – e i relativi componenti – possano essere identificati al momento dell'accertamento dell'illecito.

distinta personalità dei soggetti che nel tempo ne abbiano fatto parte e che rimarranno (o diverranno) solidalmente responsabili per un'infrazione per il sol fatto di essere appartenuti alla stessa *single economic unit*⁴¹².

La valutazione in merito a quale orientamento, tra i due espressi, possa essere maggiormente condivisibile appare strettamente connessa alla corretta applicazione del principio della continuità economica. Infatti, i sostenitori del "secondo" approccio lo ritengono potenzialmente idoneo ad assorbire e superare lo stesso principio di continuità economica⁴¹³, sicché se ne dovrà approfondire ora la relativa applicazione.

2.1. La posizione del "successore economico" dell'autore materiale di un illecito antitrust che continui ad esistere giuridicamente

Rispetto alla possibile applicazione del principio della continuità economica nel caso in cui l'autore materiale dell'illecito abbia cessato di esistere giuridicamente, ben più complessa è la fattispecie nella quale un'impresa commetta una violazione del diritto antitrust, salvo poi cedere a terzi l'attività economica (*rectius*, il ramo d'azienda) coinvolto nella violazione del diritto antitrust.

Si pone perciò il quesito se, in tali casi, la persona giuridica autrice dell'illecito "conservi" la responsabilità per l'illecito antitrust oppure la stessa si trasferisca e circoli unitamente all'attività economica sottostante. In tale seconda ipotesi, infatti, sarebbe chiamato a rispondere della violazione antitrust il gestore dell'impresa al momento dell'accertamento della violazione, il quale però non corrisponderebbe al gestore dell'impresa al momento della violazione.

In via di principio, il principio della "responsabilità personale" comporta (*rectius*, dovrebbe comportare) infatti che, se il soggetto giuridico gestore dell'impresa al momento della commissione dell'illecito è ancora esistente, sarà costui a continuare a rispondere della

⁴¹² Si vedano C. KERSTING, J. OTTO, *The Civil Liability of the Economic Unit*, cit., p. 14: "If one considers [...] the economic unit as the (primary) debtor of the competition law damages claim, the liability of the economic unit as such remains undisturbed by any changes among its constituent part".

⁴¹³ In C. KERSTING, J. OTTO, *The Civil Liability of the Economic Unit*, cit., pp. 12 – 13, si evidenzia infatti che un simile approccio "allows the successor liability to be absorbed into the liability of the legal entities, which form the economic unit".

violazione antitrust e non l'acquirente/nuovo gestore⁴¹⁴. Ciò dovrebbe valere anche nel caso in cui gli elementi materiali e umani che abbiano concorso alla commissione della violazione siano stati appunto ceduti successivamente a un terzo, che alla data dell'accertamento della violazione antitrust sia identificabile come il (nuovo) gestore dell'impresa⁴¹⁵.

Tuttavia, tale "regola" soffre plurime eccezioni, applicate nel tempo con approccio sempre più elastico dalle corti UE. Infatti, dall'applicazione del principio della continuità economica come eccezione al principio della responsabilità personale, si è passati, di fatto, a un approccio per il quale il test della continuità economica pare rappresentare una delle opzioni a disposizione della Commissione per garantire la piena effettività del diritto della concorrenza dell'Unione europea⁴¹⁶.

Una prima categoria fattispecie è quella della società autrice dell'infrazione ancora esistente, ma incapace, sul piano finanziario, di pagare la sanzione amministrativa⁴¹⁷. La casistica sviluppatasi sul punto è originata dal caso *NMH Stahlwerke*, avente ad oggetto una fattispecie di incapacità oggettiva di pagare la sanzione, trovandosi il "precedente" gestore dell'impresa in una situazione di liquidazione⁴¹⁸.

In simili fattispecie, l'irrogazione della sanzione in capo al successore economico è resa necessaria per garantire il rispetto del principio dell'effetto utile. Analogamente, perciò, lo stesso approccio dovrebbe essere adottato nel caso in cui analogo approccio sia funzionale a evitare che operazioni infra-gruppo risultino preordinate a sottrarsi, indebitamente, alla responsabilità antitrust⁴¹⁹.

⁴¹⁴ Si vedano ad esempio R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, cit., p. 102 e i precedenti ivi citati.

⁴¹⁵ E. GAMBARO, F. MAZZOCCHI, *Successione di imprese e imputazione della responsabilità in materia di concorrenza. Il caso Ente Tabacchi Italiani*, cit., p. 335.

⁴¹⁶ V. B. CORTESE, *Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability*, cit., p. 80.

⁴¹⁷ Per una ricostruzione dei principali precedenti relativi a questa fattispecie, si vedano più diffusamente E. GAMBARO, F. MAZZOCCHI, *Successione di imprese e imputazione della responsabilità in materia di concorrenza. Il caso Ente Tabacchi Italiani*, cit., p. 338.

⁴¹⁸ Tribunale UE, sentenza dell'11 marzo 1999, causa T-134/94, *NMH Stahlwerke c. Commissione*. Si veda in particolare il punto 46.

⁴¹⁹ È stato infatti sostenuto che la *ratio* delle sentenze che hanno applicato il principio di continuità economica appare essenzialmente riconducibile all'esigenza di "dotare l'autorità di concorrenza di uno strumento flessibile, al fine di evitare che l'originario gestore dell'impresa possa, a seguito di una ristrutturazione interna del gruppo, ridursi a una 'scatola vuota'" (v. E. GAMBARO, F. MAZZOCCHI, *Successione di imprese e imputazione della responsabilità in materia di concorrenza. Il caso Ente Tabacchi Italiani*, cit., p. 342). V. anche M. BOTTA, *The Economic Succession*

Ancor più complessa e d'interesse è invece la fattispecie per cui, sebbene ancora giuridicamente esistente, la persona giuridica che gestiva l'impresa al momento della commissione dell'illecito antitrust cessi successivamente di svolgere attività economiche nel mercato rilevante in cui sia stato commesso l'illecito e, inoltre, sussistano legami strutturali (tendenzialmente, di gruppo) tra il gestore precedente e quello successivo⁴²⁰.

Nel caso *ETI*, la Corte di giustizia ha espressamente affermato che *“qualora due enti costituiscano lo stesso ente economico, il fatto che l'ente che ha commesso l'infrazione esista ancora non impedisce, di per sé, che venga sanzionato l'ente a cui esso ha trasferito le sue attività economiche”*⁴²¹. Secondo la Corte di giustizia, ciò in particolare dovrebbe essere ritenuto consentito quando il gestore precedente e quello successivo rappresentino di fatto la medesima forza competitiva sul mercato, avendo applicato le direttive commerciali del medesimo soggetto⁴²². Ciò è in particolare vero nel caso in cui le due entità in questione

Doctrine in Private Enforcement of EU Competition Law: 'Nothing Extraordinary' after Skanska Industrial?, cit., p. 176. Il profilo è preconizzato anche nella giurisprudenza delle corti UE: si veda, in particolare, Tribunale UE, sentenza del 6 dicembre 2018, causa T-531/15, *Coveris Rigid France*, punto 50, dove si legge che *“For the sake of completeness, it should be noted that, where there is a risk that the effective implementation of the EU competition rules might be being circumvented, an exception to the principle of personal liability could indeed, if closely circumscribed, be justified, including situations where assets are transferred between two independent undertakings and the legal entity responsible for the infringement has not ceased to exist in law or economically”*

⁴²⁰ In particolare, nella sentenza *Aalborg Portland e altri c. Commissione*, la Corte di giustizia ha sostanzialmente rielaborato e rivisitato i principi espressi nella sentenza *ANIC Partecipazioni S.p.A. c. Commissione* (Corte di giustizia, sentenza dell'8 luglio 1999, causa C-49/92). In particolare, in *Aalborg Portland*, pur riconoscendo che nel caso *ANIC Partecipazioni S.p.A. c. Commissione* *“la Corte ha dichiarato che può esservi continuità economica solo nel caso in cui la persona giuridica responsabile della gestione dell'impresa abbia cessato di esistere giuridicamente dopo la commissione dell'infrazione”*, ha soggiunto che *“[t]ale causa riguardava tuttavia il caso di due imprese esistenti ed operative, una delle quali aveva semplicemente ceduto all'altra una certa parte delle sue attività, e che non avevano tra di esse nessi strutturali”* (Corte di giustizia, sentenza del 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e altri c. Commissione*, §359). Diversamente, laddove non ricorrano i predetti elementi, il principio della continuità economica può ben essere applicato anche nel caso in cui il soggetto giuridico responsabile della gestione dell'impresa non si sia estinto successivamente alla commissione dell'illecito antitrust. Nella sentenza *Hoechst GmbH*, il Tribunale UE ha delimitato il campo applicativo del principio della continuità economica sostenendo che *“Il principio di responsabilità personale non può essere rimesso in discussione da quello della continuità economica nel caso in cui [...] un'impresa coinvolta nell'intesa abbia ceduto una parte delle sue attività ad un terzo indipendente e non esistano collegamenti strutturali tra il vecchio gestore ed il nuovo”* (Tribunale UE, sentenza del 30 settembre 2009, causa T-161/2005, *Hoechst GmbH c. Commissione*).

⁴²¹ Corte di giustizia, sentenza dell'11 dicembre 2007, causa C-280/06, *ETI*, punto 48. Si veda successivamente, tra le più recenti, Tribunale UE, sentenza del 6 dicembre 2018, causa T-531/15, *Coveris Rigid France*, punti 40 e ss.

⁴²² Corte di giustizia, sentenza dell'11 dicembre 2007, causa C-280/06, *ETI*, punto 49, dove si legge che *“una tale configurazione della sanzione è ammissibile qualora tali enti siano stati sotto il controllo della stessa persona e, considerati*

risultino sottoposte al controllo del medesimo soggetto e si trovino ad applicare sostanzialmente le stesse direttive commerciali, tenuto conto dei legami tra le stesse intercorrenti sul piano economico e organizzativo⁴²³.

Riecheggiano in tale approccio i principi sottesi alla *single economic entity doctrine*⁴²⁴, nella misura in cui il riferimento ai “legami strutturali” sembra poter essere inteso nel senso che la persona giuridica responsabile della gestione dell’impresa al momento dell’illecito e quella responsabile al momento dell’accertamento debbano far parte della medesima *single economic unit* e, quindi, della medesima impresa⁴²⁵.

Quel che pare più rilevante, tuttavia, è che ad oggi alla luce della sentenza *ETI* non possa più sostenersi che il criterio della continuità economica rappresenti un’eccezione rispetto a quello della responsabilità personale e potrà essere applicato in coerenza con la *single economic entity doctrine*⁴²⁶. Resta peraltro fermo che, solo la “prima categoria” di

gli stretti legami che li uniscono sul piano economico e organizzativo, abbiano applicato in sostanza le stesse direttive commerciali”.

⁴²³ Tra le più recenti si vedano Corte di giustizia, sentenza del 24 settembre 2020, causa C-601/18 P, *Prysmian SpA*, punto 87; nonché Corte di giustizia, sentenza del 5 marzo 2015, cause riunite C-93/13 P e C-123/13 P, *Versalis SpA*, punto 53.

⁴²⁴ V. M. BOTTA, *The Economic Succession Doctrine in Private Enforcement of EU Competition Law: ‘Nothing Extraordinary’ after Skanska Industrial?*, cit., p. 176, che afferma che “*Besides the joint parent-subsidiary liability, another important consequence of the single economic entity doctrine is the extension of the antitrust liability in case of corporate restructuring*”. Lo esprime chiaramente anche Tribunale UE, sentenza del 6 dicembre 2018, causa T-531/15, *Coveris Rigid France*, punti 40 – 43, dove fra l’altro si rammenta che, se sul piano sostanziale “*two entities constitute one and the same economic entity, the fact that the entity that committed the infringement still exists does not as such preclude imposing a penalty on the entity to which its economic activities were transferred*”. In particolare, ciò potrà avvenire nel caso in cui, come visto, tali entità siano (state) sottoposte al controllo del medesimo soggetto.

⁴²⁵ Si esprime in tal senso B. CORTESE, *Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability*, cit., p. 82, che afferma che l’approccio valutativo alle operazioni di ristrutturazione adottato dalla Corte di giustizia in *ETI* lascia, di fatto, aperte due possibili opzioni applicative: o sanzionare l’entità materialmente responsabile dell’infrazione o il suo successore economico, qualora legami economici e organizzativi consentano il riscontro di un’unità economica tra precedente e successivo gestore. L’autore aggiunge anche che “[t]his latitude of choice is not confined to cases of restructuring operations, but is rather the expression of the Commission’s generalized approach in the framework of group of companies”. L’affermazione appare di particolare interesse, considerato che – come si avrà modo di approfondire *infra* al par. 3 – in materia di imputazione della responsabilità antitrust all’interno dei gruppi le autorità garanti della concorrenza appaiono perseguire un *enforcement* estremamente discrezionale e che, sotto taluni profili, non permette di garantire una predicibilità dei soggetti potenzialmente destinatari dell’intervento sanzionatorio.

⁴²⁶ In tal senso anche B. CORTESE, *Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability*, cit., p. 80, che afferma che “*the ANIC judgment defines the economic continuity test as a true exception [...], however, later developments of the case law will dismantle this reasoning and make it clear that the economic continuity test is just one of the options open to the Commission in order to make EU competition law more enforceable*”. E. GAMBARO, F. MAZZOCCHI, *Successione di imprese e imputazione della responsabilità in materia*

fattispecie rappresenterebbe un'eccezione in senso stretto al principio della responsabilità personale (ovverosia, la responsabilità antitrust sarebbe in effetti imputata a un'impresa diversa da quella autrice dell'illecito).

Ciò introduce senz'altro significativi fattori di complessità nell'analisi: infatti, non sembra comunque sostenibile la conclusione opposta, per cui il principio della continuità economica sia applicabile in ogni caso di ristrutturazione societaria⁴²⁷.

Posto che tale principio discende direttamente dalla nozione di impresa ai fini antitrust, tale principio appare infatti rappresentare la base per l'attribuzione in senso "diacronico" della responsabilità antitrust della *single economic entity*⁴²⁸.

2.2. La preferenza per l'accertamento al momento dell'infrazione

Dall'indagine svolta appare emergere, quindi, che la responsabilità antitrust dovrebbe seguire il trasferimento degli *assets* (*rectius*, rami di azienda) a cui sia riferibile una violazione antitrust solo in casi eccezionali, nei quali il "gestore" abbia cessato di esistere giuridicamente o abbia cessato ogni attività economica. Farebbero eccezione a tale principio solo due macro-categorie di fattispecie: o il caso in cui il "precedente gestore" dell'impresa e il suo successore economico risultino appartenere alla medesima unità economica (trattandosi, come visto, di operazioni qualificabili come di per sé "infragruppo") oppure il caso in cui il "trasferimento" di responsabilità sia necessario a prevenire il rischio di

di concorrenza. Il caso Ente Tabacchi Italiani, cit., p. 353, commentando la sentenza *ETI*, hanno affermato criticamente che "Tale mutamento di rotta rischia, a nostro avviso, di invertire il rapporto regola-eccezione esistente tra i criteri della responsabilità personale e della continuità economica, a danno della certezza del diritto".

⁴²⁷ V. anche M. BOTTA, *The Economic Succession Doctrine in Private Enforcement of EU Competition Law: 'Nothing Extraordinary' after Skanska Industrial?*, cit., p. 186, che in particolare a partire dai principi espressi nella sentenza *Skanska*, segnala come "the CJEU might be called, in the coming years, to clarify *Skanska Industrial* case law, further explaining the conditions where a corporate restructuring indeed leads to a 'new undertaking' free from the antitrust liability acquired from the predecessor".

⁴²⁸ Secondo C. KERSTING, J. OTTO, *The Civil Liability of the Economic Unit*, cit., p. 16, tuttavia, non ci sarebbe ancora una piena sovrapposizione tra *single economic entity doctrine* e principio della continuità economica, elemento che creerebbe alcune problematiche applicative. Gli autori affermano infatti che "if the further development of the concept of succession of liability aligns its prerequisites to those of affiliation to the economic unit [...] succession of liability would take place only, but always, if the potential legal successor becomes a constituent part of the economic unit". A fronte di simili premesse, concludono però che "Currently, the case law on the succession of liability is based upon individual legal entities. However, if the ECJ were to go beyond this and base the criterion of economic continuity on the economic unit instead of the individual legal entities, it would recognise the legal independence of the economic unit".

condotte elusive dell'applicazione della normativa antitrust (ad esempio, trasformando il soggetto giuridico materialmente responsabile dell'illecito in una "scatola vuota", pur tuttavia ancora esistente sul piano giuridico).

In tali casi, la responsabilità antitrust – anche risarcitoria – può quindi in via di principio essere posta in capo all'entità alla quale siano state trasferite le attività economiche responsabili dell'alterazione del libero gioco concorrenziale.

Ebbene, nella necessità di ricondurre a sistema i presupposti applicativi del principio di continuità economica con il momento in cui determinare la *single economic entity* responsabile dell'illecito, si possono formulare argomenti utili a risolvere tale ultima questione, ancorché, come visto, il predetto principio sia generalmente impiegato per imputare un determinato illecito antitrust, in via "autonoma", a un'entità giuridica diversa dall'autorità materiale dell'illecito⁴²⁹, mentre la *single economic entity doctrine* è in via di principio impiegata per imputare la responsabilità antitrust, in via solidale, a più soggetti dotati di personalità giuridica distinta.

Ebbene, deve infatti evidenziarsi che i principi sottesi al principio di continuità economica appaiono riconciliabili solo con l'orientamento maggioritario, secondo cui la *single economic entity* responsabile della violazione del diritto antitrust dovrebbe essere identificata avuto riguardo al periodo di durata della violazione, senza tener conto di eventuali mutamenti successivi.

⁴²⁹ La Decisione della Commissione del 29 novembre 2006, caso COMP/F/38.638 – *Gomma butadiene e gomma stirene e butadiene del tipo emulsione* è emblematica di un simile approccio. In quel procedimento, infatti, la Commissione aveva, tra le altre, sanzionato l'impresa composta dalle società Polimeri Europa S.p.A. (poi divenuta Versalis S.p.A.) ed Eni S.p.A. Originariamente, nel procedimento era stata coinvolta anche la Syndial S.p.A. (già EniChem S.p.A.), ulteriore controllata di Eni S.p.A. che aveva inizialmente preso parte all'illecito antitrust oggetto del procedimento, trasferendo successivamente gli *assets* coinvolti nella condotta anticoncorrenziale – inclusi i principali elementi umani e materiali – alla Polimeri Europa S.p.A. La Commissione ha così deciso di chiudere il procedimento nei confronti della Syndial S.p.A., imputando le condotte anticoncorrenziali solamente al successore economico della stessa, parte del medesimo gruppo, cioè Polimeri Europa S.p.A. (nonché alla Eni S.p.A., in qualità di società controllante). Si veda anche Corte di giustizia, sentenza del 13 giugno 2013, causa C-511/P, *Versalis SpA*, punti 52 – 53, che in sede di impugnazione della predetta decisione ha evidenziato come "la Commissione [...] ha ritenuto che l'ENI SpA, la Versalis e la Syndial avessero formato, per la durata dell'infrazione di cui trattasi, una sola impresa. [...] Alla luce di tali elementi, si deve rilevare che la Commissione era legittimata ad imputare alla Versalis tutte le condotte illecite della Syndial, nonostante il fatto che la Syndial continui ad esistere".

Al contrario, l'orientamento minoritario comporterebbe un'applicazione "estensiva" del principio di continuità economica – obliterandone i limiti applicativi e assorbendolo integralmente nella *single economic entity doctrine* – essendo altrimenti preclusa e incoerente con il principio di continuità economica la conclusione per cui la *single economic entity* responsabile della violazione del diritto antitrust possa essere identificata in un momento successivo alla commissione dell'illecito (ad esempio, al momento dell'avvio del procedimento istruttorio o, nel caso di azioni risarcitorie, al momento della proposizione dell'azione risarcitoria).

Tale interpretazione, peraltro, conduce a possibili criticità applicative e valutative nel caso in cui a essere oggetto di trasferimento sia solo il ramo d'azienda a cui sia materialmente imputabile la violazione del diritto della concorrenza e ciò avvenga successivamente alla conclusione dell'illecito e a un soggetto riferibile a diversa unità economica⁴³⁰. Invero, in tali ipotesi, non si verificherebbe un mutamento soggettivo dei componenti della *single economic entity*, ma sarebbe la "forza competitiva" sostanzialmente responsabile dell'infrazione – tenuto conto dei pertinenti elementi umani, materiali ed economici – ad essere oggetto di trasferimento tra due unità economiche diverse⁴³¹. In simili

⁴³⁰ Una simile valutazione è intrinsecamente complicata dal fatto che, come evidenziato in dottrina anche da S. CINQUE, *Il principio della continuità economica e la determinazione dei soggetti tenuti al risarcimento dei danni da illecito antitrust. Il caso Skanska (C-724/17): quale impatto sul private enforcement?*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2020, "non è chiaro in quali casi una ristrutturazione infragruppo porti in concreto alla costituzione di una 'nuova impresa' immune dalla responsabilità per le infrazioni eventualmente poste in essere dal predecessore o in quali casi possa discorrersi di trasferimento tra imprese indipendenti".

⁴³¹ Sebbene, come evidenziato da C. KERSTING, *Private law liability of the undertaking pursuant to Art. 101 TFEU Consequences of ECJ, 14 March 2019, Case C-724/17 – Skanska –*, p. 12, disponibile su SSRN al link <https://ssrn.com/abstract=3439973> "the ECJ has not yet decided whether an asset deal involving a transfer of (almost) all assets can establish economic continuity outside the economic unit", il problema sembra astrattamente ipotizzabile perché, come ricordato anche dall'AG Wahl nelle conclusioni rassegnate nella causa *Skanska*, nel diritto della concorrenza la responsabilità è da ricollegare a uno specifico "patrimonio" piuttosto che a una determinata persona giuridica ("liability is attached to assets, rather than to a particular legal personality"; Conclusioni dell'AG Wahl del 6 febbraio 2019 nella causa C-724/17, *Skanska Industrial*, punto 80). La tesi di KERSTING, secondo il quale la Corte di giustizia non si sarebbe pronunciata sulla predetta fattispecie, non appare invero convincente. Come detto, le corti UE hanno in effetti precisato che, in caso di mutamenti nel controllo di una società autrice di un illecito antitrust, "l'acquirente potrà essere considerato responsabile del comportamento della sua controllata soltanto a partire dalla sua acquisizione, se la controllata prosegue nell'infrazione e se la responsabilità della nuova società capogruppo può essere dimostrata" (si veda Tribunale UE, sentenza del 3 marzo 2011, cause riunite da T-122/07 a T-124/07, *Siemens AG Österreich e altri*, punto 139; la sentenza è stata successivamente oggetto di annullamento da parte della Corte di giustizia, pur tuttavia senza involgere "rimeditazioni" del principio appena espresso). Simili affermazioni appaiono quindi escludere la possibilità

fattispecie sembrerebbe dunque incongruo non ancorare la determinazione della *single economic entity* responsabile dell'infrazione al momento di commissione della stessa: altrimenti, si giungerebbe al paradosso di poter imputare in via solidale la responsabilità per un'infrazione a soggetti appartenenti a un'impresa diversa dall'autore dell'infrazione, il quale nondimeno anche al momento dell'accertamento sarebbe ancora giuridicamente esistente e appartenente a una diversa unità economica⁴³².

Le discrasie applicative che l'orientamento minoritario in discussione porta con sé suggeriscono che l'approccio maggiormente corretto e idoneo a garantire la certezza del diritto dovrebbe essere quello di individuare la *single economic entity* responsabile della violazione antitrust solamente in relazione al momento della commissione dell'illecito e alle

di applicare estensivamente il principio di continuità economica tra società non appartenenti alla medesima unità economica. Seppur in una pronuncia antecedente alla sentenza *ETI* – che, come detto, ha meglio chiarito l'ambito applicativo del principio di continuità economica –, il Tribunale UE aveva del resto evidenziato che *“Fintanto che continua ad esistere la persona giuridica responsabile della gestione dell'impresa al momento in cui è stata commessa l'infrazione, la responsabilità del comportamento illecito dell'impresa deve accompagnarla, anche se gli elementi materiali ed umani che hanno concorso alla commissione dell'infrazione sono stati ceduti a terzi dopo il periodo dell'infrazione stessa”* (Tribunale UE, sentenza del 14 dicembre 2006, cause riunite da T-295/02 a T-264/02 e T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e altri*, punto 324). Analogamente, sempre prima della sentenza *ETI*, la Corte di giustizia aveva censurato una decisione della Commissione in cui la società acquirente di un soggetto coinvolto in un'infrazione del diritto della concorrenza era stata ritenuta solidalmente responsabile per l'illecito da quest'ultimo commesso, anche per il periodo antecedente all'acquisizione (si veda Corte di giustizia, sentenza del 16 novembre 2000, causa C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags AB*, punti 37 – 39, nei quali la Corte di giustizia ha evidenziato che neppure la consapevolezza della partecipazione delle società oggetto di acquisizione a un'infrazione potrebbe bastare per imputare alla “nuova” controllante *“la responsabilità degli illeciti commessi [...] prima della loro acquisizione”*).

⁴³² Si precisa che la presente analisi prescinde sia dalla considerazione di eventuali regolamentazioni pattizie tra cedente e cessionario del trasferimento della responsabilità in esame sia dalla considerazione delle soluzioni a cui si giungerebbe sul punto applicando solamente i principi di diritto societario in materia di sorti delle pendenze attive e passive in caso di trasferimento di ramo di azienda o di operazioni straordinarie. Quanto al primo profilo, peraltro, sembrerebbe poter persino rilevare ai fini dell'esercizio del potere sanzionatorio dell'autorità procedente nei confronti del successore economico, pur esistendo ancora giuridicamente il precedente gestore dell'impresa. È quello che ha infatti sostenuto Tribunale UE, sentenza del 13 dicembre 2001, cause riunite T-45798 e T-47/98, *Krupp Thyssen Stainless GmbH e altri*, punto 62, ove si afferma che la Commissione avesse certamente titolo per imputare alla dichiarante la responsabilità per l'infrazione commessa dalla società ceduta, tenuto conto che una siffatta dichiarazione risponderebbe a *“considerazioni di carattere economico tipico delle operazioni di concentrazione tra imprese”*, così implicando che la persona giuridica *“sotto la cui responsabilità sono state poste le attività di un'altra persona giuridica”*, successivamente all'illecito, ne debba rispondere ancorché in via di principio ciò spetti a chi dirigeva l'impresa al momento dell'illecito (si veda anche, a contrario, Tribunale UE, sentenza del 30 settembre 2009, causa T-161/2005, *Hoechst GmbH c. Commissione*, punti 65 – 66).

entità che in quel momento ne facevano parte. Le uniche possibili eccezioni a tale principio sarebbero rappresentate dai casi in cui, sulla base dei principi elaborati dalla giurisprudenza eurounitaria rilevante, possa trovare applicazione il principio di continuità economica. Conseguentemente, in caso di trasferimenti di *assets* infragruppo, in applicazione di tali principi l'illecito potrebbe eventualmente essere imputato (esclusivamente) a entità giuridiche purtuttavia non materialmente partecipanti all'illecito⁴³³.

Da ultimo, l'orientamento maggioritario appare implicitamente il più coerente con quelle decisioni nelle quali la Commissione europea ha dovuto valutare le conseguenze sul piano dell'imputazione della responsabilità antitrust nei casi di coinvolgimento del soggetto giuridico materialmente responsabile della violazione antitrust, lungo il periodo di durata della violazione, in complesse fattispecie di mutamento della propria catena di controllo o di "incorporazione" in altre imprese prima di quel momento ad alcun titolo coinvolte nell'illecito.

Come si dirà *infra* al par. 5.2., in tali fattispecie, la Commissione ha in via di principio individuato distinte *single economic entities* per ciascun arco temporale rilevante, ripartendo in via solidale *pro rata temporis* tra le varie controllanti / incorporanti la sanzione da irrogare complessivamente alla società direttamente partecipante nell'infrazione.

Pertanto, una società controllante può essere ritenuta solidalmente responsabile dell'illecito antitrust di una sua controllata solo se le condotte rilevanti siano perdurate anche successivamente all'acquisizione del controllo e solo per le condotte successive all'acquisizione; per il periodo antecedente l'acquisizione, la controllata potrà essere ritenuta responsabile autonomamente o in solido con la precedente controllante⁴³⁴, cosicché

⁴³³ Come evidenziato nella Decisione della Commissione del 24 gennaio 2007, caso COMP/F/38.899 – *Gas Insulated Switchgear*, punto 377 “*The reallocation of activities amongst legal entities within the same group does not prevent the Commission from holding liable for the whole period the legal entities to which the activities have been transferred*”.

⁴³⁴ Si veda, ad esempio, la Decisione della Commissione del 24 gennaio 2007, caso COMP/F/38.899 – *Gas Insulated Switchgear*, punto 377: “*Legal entities within an undertaking having participated in their own right in an infringement and which have subsequently been acquired by another undertaking continue to bear responsibility themselves for their unlawful behaviour prior to their acquisition, when they had not been absorbed by the acquirer, but continued their activities as subsidiaries (that is to say they retain their legal personality). In such a case, the acquirer may only be liable for the conduct of the subsidiary from the moment of its acquisition, if the latter persists in the*

eventualmente la responsabilità solidale per l'illecito della controllata dovrà essere ripartita tra cedente e cessionario, sulla base del rispettivo periodo di controllo.

Tali rilievi appaiono pertanto confermativi della tesi secondo cui la determinazione della *single economic entity* responsabile di un'infrazione antitrust nonché delle società che la compongono deve essere svolta in via di principio con esclusivo riguardo al momento dell'illecito e dei rapporti di controllo in quel momento sussistenti.

In caso di successione nel controllo, va però riconosciuto che l'analisi diviene viepiù complessa se si volge a valutarne le ricadute applicative rispetto al *private enforcement*. In fattispecie del tipo sopra ipotizzato, apparirebbe ragionevole ritenere che nei confronti delle società che, nel corso del periodo di durata di un'infrazione, abbiano controllato per un determinato tempo il soggetto direttamente partecipante nell'illecito, costituendo con questi un'unica impresa, il risarcimento potrebbe essere parimenti richiesto solamente *pro rata temporis* (cioè, solo in relazione a quei danni causati nel periodo nel quale è stato esercitato il controllo sull'autrice materiale dell'illecito). Ciascuna società, pertanto, dovrebbe poter essere chiamata a risarcire solo i danni effettivamente cagionati nel periodo di appartenenza all'impresa responsabile dell'illecito antitrust. Nei confronti della società controllata, autrice materiale dell'illecito, invece, il risarcimento sembrerebbe poter essere domandato per l'intero, perché in simili fattispecie sarebbe comunque sempre stata parte dell'impresa responsabile dell'infrazione produttiva di danno.

3. La discrezionalità dell'autorità procedente nel determinare i soggetti del gruppo destinatari della sanzione

Sul piano procedurale, un altro elemento che merita particolare attenzione è quello dell'eventuale onere, in capo all'autorità procedente, di individuare nella decisione di

infringement and liability of the new parent company can be established. If the undertaking which has acquired the assets infringes Article 81 of the Treaty and/or Article 53 of the EEA Agreement, liability for the infringement should be apportioned between the seller and the acquirer of the infringing assets”.

accertamento di un illecito antitrust tutte le persone giuridiche che compongono la *single economic entity* responsabile della violazione del diritto della concorrenza.

Va infatti tenuto a mente che, ancorché la nozione di impresa propria del diritto antitrust non coincida necessariamente con quella di persona giuridica, i destinatari dei provvedimenti delle autorità garanti (e delle relative sanzioni) devono necessariamente essere soggetti dotati di personalità giuridica. In altri termini, posta l'inesistenza sul piano della personalità giuridica di un soggetto qualificabile come "unica entità economica", la *single economic entity doctrine* non potrebbe mai giungere al paradosso di ignorare completamente che le entità che compongono l'impresa sono dotate di distinta personalità giuridica⁴³⁵.

A tal riguardo, la giurisprudenza delle corti UE appare essersi sviluppata nel senso di garantire all'autorità procedente un margine di discrezionalità nel determinare nei confronti di quali tra le persone giuridiche che compongono l'impresa responsabile dell'infrazione indirizzare la decisione di accertamento dell'illecito⁴³⁶.

Ad avviso delle corti UE, infatti, *in subiecta materia* la giurisprudenza rilevante si sarebbe limitata a ritenere che destinataria delle norme antitrust, nonché delle sanzioni per le relative violazioni, sia l'impresa, come definita in ambito antitrust. Ferma tale premessa, la giurisprudenza eurounitaria che ha elaborato tale nozione non avrebbe però mai espresso

⁴³⁵ Si veda C. VIEIRA PERES, *Don't Blame the Children. Why Inverted and Horizontal Liability for Antitrust Infringements Should Be Rejected*, cit., p. 17. Anche nella Decisione della Commissione del 29 novembre 2006, caso COMP/F/38.638 – *Gomma butadiene e gomma stirene e butadiene del tipo emulsione*, ad esempio, viene significativamente evidenziato che "Per ogni impresa da considerare responsabile dell'infrazione all'articolo 81 del trattato [...], occorre pertanto individuare una o più persone giuridiche come soggetti giuridicamente responsabili della violazione" (punto 334). Come precisato, ad esempio, nella sentenza *Akzo*, infatti, nonostante la nozione di impresa antitrust debba essere intesa nel senso che di riferirsi a un'unità economica, anche se composta da più entità dotate ciascuna di personalità giuridica distinta, ogni illecito antitrust deve essere imputato "in maniera inequivocabile alla persona giuridica alla quale potranno essere inflitte ammende e la comunicazione degli addebiti dev'essere inviata a quest'ultima [...]. È parimenti necessario che la comunicazione degli addebiti indichi a che titolo a una persona giuridica vengano addebitati i fatti invocati" (Corte di giustizia, sentenza del 10 settembre 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel NV*, punto 57).

⁴³⁶ In dottrina, tale approccio veniva già caldeggiato da W. P. J. WILS, *The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, cit., pp. 113 – 114 e 116. L'autore sosteneva che "In making its choice, the Commission should take into account possible risks of some companies not being able to pay the fine, as well as possible difficulties in establishing control relationships". Di fatto, dunque, secondo l'autore una simile discrezionalità riposerebbe su esigenze di economia procedimentale e garanzia di effettivo recupero della sanzione irrogata (p. 113).

alcun principio sulla base del quale si possa inferire che l'autorità procedente ha l'obbligo di ritenere responsabile della violazione antitrust e della relativa sanzione una specifica persona giuridica, tra quelle che compongono l'impresa⁴³⁷.

Pertanto, in presenza di una impresa di gruppo, quindi composta da una pluralità di soggetti giuridici, in via di principio l'autorità procedente non avrebbe mai l'onere di indirizzare la decisione nei confronti di tutte queste entità. L'autorità procedente, pertanto, disporrebbe di un potere discrezionale nel decidere se sanzionare solo la persona giuridica che ha partecipato all'illecito; solo la capogruppo che l'ha controllata nel corso del periodo di partecipazione all'illecito; oppure, in via solidale, una pluralità di soggetti appartenenti a tale unità economica⁴³⁸.

⁴³⁷ Secondo le corti UE, con specifico riguardo alle decisioni della Commissione europea, sarebbe rilevante che simili obblighi di "imputazione" non discenderebbero neppure dall'art. 23, para. 2, lett. a), del Regolamento (CE) n. 1/2003. Sul punto, si veda ad esempio Corte di giustizia, sentenza dell'11 luglio 2013, causa C-444/11 P, *Team Relocations NV*, punto 159: "*It thus follows both from Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 2004 and from the case-law referred to in the preceding paragraphs that, while the Commission may impose fines on undertakings which infringe Article 81 EC and may, where the necessary conditions are satisfied, impute responsibility for the offending conduct of a subsidiary to its parent, these are mere options [...]. Neither that provision nor the case-law, in so far as they employ the verb 'may' and refer to the concept of an undertaking, lay down which legal or natural person the Commission is obliged to hold responsible for the infringement or to sanction by the imposition of a fine*". Più di recente, si vedano anche Corte di giustizia, sentenza del 27 aprile 2017, causa C-516/15 P, *Akzo Nobel NV e altri*, punto 51; Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal SL*, punto 62.

⁴³⁸ Si vedano in tal senso le Conclusioni dell'AG Mengozzi del 19 settembre 2013, cause riunite C-231/11 P, C-232/11 P e C-233/11 P, *Commissione europea c. Siemens Österreich e altri*, punto 81. Il principio era già stato affermato, ad esempio, da Tribunale UE, sentenza del 29 aprile 2004, cause riunite T-236/01, T-239/01, da T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, *Tokai Carbon Co. Ltd.*, punto 281; nonché da Tribunale UE, sentenza del 14 dicembre 2006, cause riunite da T-295/02 a T-264/02 e T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e altri*, punto 331: "*poiché la facoltà di sanzionare la società capogruppo per il comportamento di una controllata non incide sulla legalità di una decisione rivolta alla sola controllata che ha preso parte all'infrazione, la Commissione può decidere di sanzionare o la filiale che ha partecipato all'infrazione, o la società capogruppo che l'ha controllata durante tale periodo*" (la pronuncia è stata confermata in parte qua da Corte di giustizia, sentenza del 24 settembre 2009, cause riunite C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, punti 81 - 83). Si veda, ad esempio, anche Tribunale UE, sentenza del 16 giugno 2011, cause riunite T-204/08 e T-212/08, *Team Relocations NV*, punto 156, confermata dalla già citata Corte di giustizia, sentenza dell'11 luglio 2013, causa C-444/11 P, *Team Relocations NV*. Più di recente, si veda anche Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal SL*, punto 63. In relazione al giudizio da ultimo menzionato, si vedano anche le Conclusioni dell'AG Pitruzzella del 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, punto 73, che sostiene che una simile scelta discrezionale possa essere operata "*essenzialmente per ragioni di opportunità legate a esigenze di economia della procedura o alla base probatoria a disposizione*" dell'autorità procedente. Tra le decisioni della Commissione, si veda esemplificativamente la Decisione della Commissione dell'11 novembre 2009, caso COMP/38.589 - *Heat Stabilisers*, punto 640: "*[...] It should also be noted that the Commission has the discretion to determine (as long as the conditions for liability are fulfilled) what particular legal entities from an undertaking it holds liable for the infringement*". A livello nazionale, sintomo di una simile discrezionalità si rinviene anche nella delibera AGCM del 22 ottobre 2014, n. 25152, recante *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie*

Una simile discrezionalità comporterebbe che non si possa imporre all'autorità procedente di ricostruire in ogni caso la "catena di controllo" del soggetto giuridico coinvolto nell'illecito antitrust, al fine di condannare in via solidale quantomeno la *parent company*⁴³⁹. Neppure sussisterebbe un onere di identificare tutti i componenti della *single economic entity* responsabile dell'illecito, ai quali imputare solidalmente l'infrazione⁴⁴⁰.

In via di principio, l'autorità procedente potrebbe persino operare scelte difformi tra diversi procedimenti nei confronti della medesima unità economica, ad esempio potendo estendere il procedimento alla *parent company* anche se in casi precedenti non avesse optato per tale estensione soggettiva nel caso di un'infrazione commessa dalla medesima controllata⁴⁴¹.

Inoltre, a tal riguardo, l'autorità procedente non sarebbe neppure onerata di fornire spiegazioni sul piano giuridico circa le ragioni per le quali, ad esempio, non abbia ritenuto solidalmente responsabile per l'infrazione oggetto d'istruttoria la *parent company* della società direttamente partecipante nell'illecito. Ciò sarebbe vero persino ancorché sussistano eventualmente elementi di fatto e di diritto idonei a ritenere entrambe le società appartenenti alla medesima *single economic entity* e, quindi, responsabili in via solidale⁴⁴².

irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, al cui §32 si prevede che "Nel caso in cui all'infrazione abbiano preso parte più società appartenenti al medesimo gruppo, l'Autorità può irrogare la sanzione in solido a tali società".

⁴³⁹ Si veda, ad esempio, Tribunale UE, sentenza del 14 dicembre 2006, cause riunite da T-295/02 a T-264/02 e T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e altri*, punti 331 e 335; le tesi del Tribunale sono state condivise, in sede di impugnazione, da Corte di giustizia, sentenza del 24 settembre 2009, cause riunite C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, punto 82. Si veda anche Tribunale UE, sentenza del 13 luglio 2011, causa T-42/07, *The Dow Chemical Company e altri*, punto 75 ("[...] l'imputazione dell'infrazione alla controllante è una facoltà il cui esercizio è rimesso alla discrezionalità della Commissione").

⁴⁴⁰ Si veda Corte di giustizia, sentenza del 10 aprile 2014, causa C-231/11 P, *Siemens AG Österreich*, punto 50, dove si sostiene che la Commissione non sarebbe "tenuta a condannare in solido ad un'ammenda tutti i soggetti che possono essere ritenuti personalmente responsabili della partecipazione a un'infrazione commessa da una sola ed unica impresa". La sentenza *Siemens* è richiamata anche dall'AG Pitruzzella, nelle conclusioni rassegnate nella causa *GEA Group*, per evidenziare che la condanna in solido delle società che appartengono alla medesima impresa rappresenta per l'autorità procedente una "facoltà" (Conclusioni dell'AG Pitruzzella del 4 giugno 2020, causa C-823/18 P, *Commissione europea c. GEA Group AG*, punto 44). In senso analogo, si veda anche la Decisione della Commissione europea, caso COMP.38456, *Bitume – Paesi Bassi*, punto 203.

⁴⁴¹ Evidenzia questo profilo R. BURNLEY, *Group Liability for Antitrust Infringements: Responsibility and Accountability*, cit., p. 607.

⁴⁴² Si veda Tribunale UE, sentenza del 29 aprile 2004, cause riunite T-236/01, T-239/01, da T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, *Tokai Carbon Co. Ltd.*, punto 285.

Peraltro, una simile discrezionalità dell'autorità procedente sussisterebbe anche nell'applicazione del principio di continuità economica o in caso di modifiche nella catena di controllo della società partecipante all'illecito, nel corso dello stesso.

Ciò comporta, fra l'altro, che – in caso di mutamenti nel controllo – l'autorità procedente non sarebbe obbligata a imputare le condotte dell'entità coinvolta nella violazione (anche) a una società che la controllava in precedenza, a illecito già in corso, beninteso purché la “nuova” controllante non venga ritenuta responsabile anche per tali condotte, antecedenti all'acquisizione del controllo⁴⁴³.

Corollario, talvolta esplicito, di una simile discrezionalità è che, in ogni caso, l'autorità procedente è tenuta a esercitarla nel rispetto dei principi generali di diritto UE, ivi incluso il principio di parità di trattamento⁴⁴⁴.

Il rilievo, apparentemente chiaro, si risolve in talune difficoltà applicative, in particolare per quanto concerne il rispetto del principio di parità di trattamento. Deve peraltro preliminarmente tenersi conto che il rispetto del principio di parità di trattamento deve essere valutato anche sul piano “intrinseco”, nel senso di non discriminazione nell'ambito di uno specifico e medesimo procedimento istruttorio⁴⁴⁵.

⁴⁴³ Tribunale UE, sentenza del 14 dicembre 2006, cause riunite da T-295/02 a T-264/02 e T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e altri*, punti 332 – 334, dove si afferma che la discrezionalità dell'autorità procedente sussiste “anche in caso di successione economica nel controllo della filiale. In questo caso, la Commissione può – è vero – imputare il comportamento della filiale alla precedente società capogruppo per il periodo anteriore alla cessione e alla nuova società capogruppo per quello successivo [...], ma non è tenuta a farlo, e può decidere di sanzionare unicamente la controllata per il suo comportamento”. Tuttavia, soggiungeva il Tribunale UE, il principio di responsabilità personale impone che non sia imputata “all'acquirente di una società la responsabilità del comportamento che quest'ultima ha tenuto prima dell'acquisizione, poiché tale responsabilità va imputata alla società stessa fintanto che esiste [...]. Non è invece incompatibile con tale principio imputare alla controllata la responsabilità per il proprio comportamento, anche se, nel caso in cui la controllata abbia perduto la personalità giuridica dopo l'infrazione, questo comporti che la sanzione venga inflitta all'acquirente, estraneo all'infrazione”. Tali principi sono stati successivamente confermati, fra le altre, anche da Corte di giustizia, sentenza dell'11 luglio 2013, causa C-444/11 P, *Team Relocations NV*, punto 160.

⁴⁴⁴ Corte di giustizia, sentenza dell'11 luglio 2013, causa C-444/11 P, *Team Relocations NV*, punto 162.

⁴⁴⁵ Si veda, ad esempio, la Decisione della Commissione europea del 15 ottobre 2014, caso COMP/39.523 – *Slovak Telekom*, punto 1382. Si veda anche Tribunale UE, sentenza del 13 luglio 2011, causa T-42/07, *The Dow Chemical Company e altri*, punto 75 (“occorre considerare che il solo fatto che la Commissione abbia valutato, nell'ambito della sua precedente prassi decisionale, che le circostanze di una causa non giustificavano l'imputazione del comportamento della controllata alla sua controllante non vuol dire che essa sia obbligata a effettuare la medesima valutazione in occasione dell'adozione di una successiva decisione”). Si veda anche M. LIBERTINI, *Brevi note sulle responsabilità nel diritto antitrust*, cit., pp. 330 – 331.

Sotto un primo profilo, infatti, come anticipato, le corti UE hanno escluso che il principio di parità di trattamento possa ritenersi violato nel caso in cui, nel corso del periodo di durata della violazione, la partecipazione di controllo nell'autore materiale dell'illecito sia oggetto di trasferimento, ma solo talune delle società che lo abbiano controllato nel corso dell'infrazione siano ritenute con lo stesso solidalmente responsabili *pro rata temporis*.

Inoltre, sembrerebbe non sussistere una violazione del principio di parità di trattamento neppure qualora l'autorità procedente decida di non "risalire" integralmente la catena di controllo solo per talune imprese coinvolte nel procedimento, ma non per altre⁴⁴⁶.

I rilievi circa il rispetto del principio di parità di trattamento e di non discriminazione appaiono peraltro involgere considerazioni viepiù delicate circa il corretto bilanciamento di interessi ai quali l'autorità procedente è tenuta ad attenersi, anche al fine di garantire il principio di certezza del diritto.

Invero, non sembra irragionevole affermare che la discrezionalità impiegata dalle autorità procedenti nel determinare a quali tra le entità appartenenti all'impresa imputare l'illecito possa sfociare in scelte meramente arbitrarie: in mancanza di principi-guida, di natura legislativa o giurisprudenziale, idonei a identificare *ex ante* quali componenti dell'impresa responsabile della violazione antitrust saranno destinatari della sanzione dell'autorità procedente, tale valutazione non potrà che essere rimessa a una scelta caso per caso⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ In altri termini, posta la società Alfa quale autrice materiale dell'illecito, la società Beta quale controllante della società Alfa e la società Gamma quale controllante della società Beta, e posto che Alfa, Beta e Gamma rappresentino un'unica impresa ai fini antitrust, il principio di parità di trattamento non sarebbe violato qualora l'autorità procedente decida di indirizzare la decisione e la sanzione, in via solidale, solamente ad Alfa e Beta. Si veda in tal senso Tribunale UE, sentenza del 16 giugno 2011, cause riunite T-204/08 e T-212/08, *Team Relocations NV*, punto 157, confermata da Corte di giustizia, sentenza dell'11 luglio 2013, causa C-444/11 P, *Team Relocations NV*.

⁴⁴⁷ Un simile approccio, peraltro, appare idoneo a risultare esso stesso foriero di distorsioni concorrenziali, nella misura in cui taluni soggetti potrebbero andare irragionevolmente esenti da una sanzione che potrebbe nondimeno essere loro irrogata. In tal senso, si veda anche M. LIBERTINI, *Brevi note sulle responsabilità nel diritto antitrust*, cit., pp. 330 – 331, che, seppur rispetto a profili parzialmente diversi, evidenzia le criticità degli orientamenti relativi principio di parità di trattamento. Secondo l'autore, un'applicazione discriminatoria delle ammende potrebbe infatti risultare fonte di ulteriori distorsioni della concorrenza nel mercato rilevante (ad esempio, quando l'autorità procedente individui e sanzioni solo una parte dei responsabili dell'infrazione antitrust).

Va peraltro evidenziato che la discrezionalità dell'autorità procedente nell'imputare e sanzionare per un illecito qualsiasi entità giuridica tra quelle che appartengano all'impresa responsabile della violazione antitrust comporta anche che, rispetto a quei soggetti non destinatari del provvedimento e quindi della sanzione, non possa comunque ipotizzarsi una sorta di "accertamento negativo" di non appartenenza alla *single economic entity*⁴⁴⁸.

Tale considerazione appare implicare due fondamentali conseguenze.

Quanto ai rapporti interni alla *single economic entity*, sembra in effetti sostenibile che anche se l'autorità procedente ha indirizzato una propria decisione nei confronti di specifiche entità giuridiche componenti l'impresa, in via di principio non appare esclusa la possibilità di agire in regresso per il pagamento della sanzione nei confronti di altre società del gruppo, ancorché non destinatarie del provvedimento sanzionatorio⁴⁴⁹.

Invero, se la "responsabilità personale" per l'illecito antitrust comporta che responsabile della violazione debba essere ritenuta l'impresa (quindi, in via di semplificazione, il gruppo) tutte le entità giuridiche componenti una determinata *single economic entity* dovrebbero essere ritenute solidalmente responsabili per la sanzione antitrust, a prescindere dalla menzione nell'eventuale provvedimento di accertamento dell'autorità procedente.

Il profilo del regresso tra componenti della *single economic entity* appare invero di potenziale rilevanza soprattutto nei casi di mutamento del controllo della società autrice dell'illecito. In tali casi, infatti, al momento dell'adozione della decisione di accertamento e

⁴⁴⁸ Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal SL*, punto 63. Si vedano anche le Conclusioni dell'AG Pitruzzella del 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, punto 73.

⁴⁴⁹ Si esprime in senso opposto K. SADRAK, *Joint and Several Liability in EU Competition Law*, cit., spec. pp. 71 – 73 e 84. L'autrice fonda tale conclusione, in particolare, sul punto 63 della sentenza *Siemens Österreich* (Corte di giustizia, sentenza del 10 aprile 2014, causa C-231/11 P, *Siemens AG Österreich*), ove si afferma che la decisione della Commissione con la quale sia disposta la condanna in solido di più soggetti giuridici distinti, "nella misura in cui identifica i debitori in solido e determina l'importo massimo che la Commissione può richiedere loro individualmente, fissa il quadro giuridico nel quale devono essere decise tali azioni". Se, in effetti, tali affermazioni sembrerebbero preclusive dell'esercizio di azioni di regresso nei confronti di soggetti non destinatari della decisione della Commissione, alla luce dei principi in *Sumal*, come si dirà, una corretta interpretazione congiunta delle pronunce sembra suggerire che si debba ritenere che sia possibile agire in regresso nei confronti di soggetti non destinatari della decisione sanzionatoria dell'autorità procedente, tuttavia in tal caso sussistendo un onere, per l'attore in regresso, di provare l'appartenenza del convenuto alla medesima unità economica responsabile dell'infrazione.

sanzionatoria da parte dell'autorità procedente, due società potrebbero essere ritenute solidalmente responsabili ancorché non (più) appartenenti al medesimo gruppo⁴⁵⁰.

3.1. (segue) il condizionamento dell'accertamento amministrativo sul giudizio civile *follow-on*.

La discrezionalità dell'autorità procedente sinora in discussione appare idonea a condizionare anche le azioni risarcitorie di danno antitrust, in particolare quelle *follow-on*.

Invero, anche se i rilievi sinora espressi circa la discrezionalità dell'autorità procedente nel determinare i soggetti destinatari della decisione e della relativa sanzione hanno riguardato considerazioni principalmente relative all'ambito del *public enforcement*. Indirettamente, tuttavia, come anticipato, la discrezionalità dell'autorità procedente nel corso del procedimento pubblicistico antitrust si riflette anche sulle sorti delle azioni risarcitorie di danno antitrust, in particolare quelle c.d. *follow-on*.

Si tratta di un profilo che appare essere stato affrontato – e per ora apparentemente risolto – nella più volte menzionata sentenza *Sumal*.

⁴⁵⁰ Ad esempio, si consideri la fattispecie in cui, nel corso del periodo t di durata dell'infrazione antitrust, la società Alfa, autrice materiale della violazione, sia controllata dalla società Beta, a sua volta controllata dalla società Gamma. Successivamente, nel corso del periodo t_2 di durata dell'infrazione antitrust, la società Delta acquisisce da Beta il controllo di Alfa. A seguito dell'accertamento dell'illecito, l'autorità procedente irroga una sanzione amministrativa pecuniaria, quanto al periodo t , ad Alfa e Beta in via solidale; quanto al periodo t_2 ad Alfa e Delta, in via solidale. Alla luce di quanto sopra espresso, sembrerebbe doversi ritenere che, in via di principio, Alfa potrebbe agire in regresso nei confronti di Gamma, per domandare la restituzione della quota parte di sanzione relativa al periodo t eventualmente pagata, ancorché non destinataria del provvedimento sanzionatorio, previa dimostrazione dell'appartenenza alla medesima *single economic entity* nel corso del periodo t . Appare evidente il possibile interesse di Alfa a una simile azione di regresso, considerato che nella fattispecie ipotizzata, al momento dell'azione Alfa e Gamma non farebbero più parte della medesima impresa. Lo stesso ragionamento sembrerebbe applicabile nei rapporti tra Alfa e Beta qualora, diversamente da quanto sopra ipotizzato, per il periodo t la sanzione fosse irrogata solamente ad Alfa. In merito alla possibile insorgenza di situazioni di conflittualità dovute al rapporto di solidarietà in esame, si veda anche P. MANZINI, *L'imputabilità delle infrazioni antitrust nei gruppi di società*, in Dizionario sistematico del diritto della concorrenza, II edizione, CEDAM, 2020, p. 334, che evidenzia come ciò possa occorrere quando "gli interessi economici delle due società divergono, come nel caso in cui la controllata venga ceduta durante il periodo dell'infrazione o anche successivamente ad esso. In questo caso la (ex) controllante potrebbe vedersi costretta a pagare l'ammenda anche per una società in relazione alla quale non ha più alcun interesse economico e potere di direzione".

Avuto infatti riguardo alla fattispecie rilevante ai fini di quel rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia ha osservato che, in sede di azioni risarcitorie *follow-on*, al giudice civile adito non sia precluso accertare “*un’eventuale responsabilità della società figlia per i danni causati [dalla società controllante] per il solo fatto che, se del caso, la Commissione non abbia adottato alcuna decisione o che la decisione con cui essa ha constatato l’infrazione non abbia imposto a tale società una sanzione amministrativa*”⁴⁵¹.

Astraendo tali principi dal caso di specie, dunque, appare sostenibile che – a prescindere dai soggetti appartenenti all’impresa che siano stati destinatari del provvedimento dell’autorità garante della concorrenza – non solo la responsabilità per la sanzione amministrativa pecuniaria, in termini di possibili azioni di regresso, ma anche la responsabilità per il risarcimento del danno antitrust possa essere altresì estesa a quelle entità giuridiche, appartenenti alla *single economic entity*, non previamente coinvolte nell’accertamento “presupposto” dell’autorità garante della concorrenza.

La società del gruppo non coinvolta nel procedimento antitrust presupposto dovrà comunque avere la possibilità di confutare la propria responsabilità per l’asserito danno, deducendo quanto avrebbe potuto dedurre se fosse stata coinvolta nel procedimento antitrust presupposto, all’esito del quale sia stata adottata la decisione dalla quale tragga origine l’azione *follow-on* nella quale sia convenuta. In particolare, tale confutazione potrà avere ad oggetto l’appartenenza delle società destinatarie della decisione antitrust alla medesima impresa⁴⁵².

Diversamente, tale società “estranea” al procedimento antitrust “presupposto”, non potrà contestare in sede civile la sussistenza della violazione oggetto di previo accertamento da parte dell’autorità garante della concorrenza. Infatti, secondo la Corte di giustizia, è il gruppo (*rectius*, l’impresa) di cui tale società faccia parte ad aver avuto già la possibilità, nel corso del procedimento antitrust, di esercitare il diritto di difesa. Il rispetto del diritto di

⁴⁵¹ Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal SL*, punto 61. C. CAUFFMAN, *Case C-882/19 Sumal SL v. Mercedes Benz Trucks España SL*, cit., p. 513, sostiene che prima di *Sumal* il Tribunale UE, in alcune pronunce del 2005, avesse apparentemente adottato un’interpretazione diversa dell’art. 16 del Regolamento (CE) n. 1 /2003, nel senso di ritenere che l’accertamento della Commissione europea fosse vincolante nelle successive azioni *follow-on* anche quanto alla portata “personale” dell’infrazione.

⁴⁵² Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal SL*, punto 60.

difesa deve essere infatti verificato rispetto al gruppo / *single economic entity* e non alle singole società che lo compongono, ancorché dotate di distinta personalità giuridica⁴⁵³.

Per contro, nel caso in cui il comportamento illecito “*non sia stato constatato dalla Commissione in una decisione resa in applicazione dell’articolo 101 TFUE*”, la società parte dell’impresa a cui viene addebitata un’infrazione avrebbe il diritto di “*contestare non solo la sua appartenenza alla stessa impresa della società [alla quale viene addebitata una violazione del diritto della concorrenza], ma anche l’esistenza dell’infrazione addebitata*”⁴⁵⁴.

A tal riguardo, sembra ragionevole osservare che il riferimento esplicito solo alle decisioni della Commissione “*res[e] in applicazione dell’articolo 101 TFUE*” non debba essere interpretato restrittivamente. In particolare, sebbene in dottrina siano state espresse anche diverse interpretazioni⁴⁵⁵, l’esplicita menzione delle sole decisioni della Commissione e delle

⁴⁵³ Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal SL*, punto 55 e ss. Si veda in particolare il punto 59, nel quale la Corte di giustizia afferma che “*nei limiti in cui una decisione che constata l’esistenza di un’infrazione commessa da un’impresa sia stata indirizzata a una delle società che già costituivano tale impresa al momento in cui è stata commessa l’infrazione, di modo che tale società e, attraverso la stessa, tale impresa abbiano avuto l’opportunità di contestare l’esistenza di detta infrazione, i diritti della difesa delle altre società che costituivano detta impresa non possono ritenersi violati a causa della considerazione dell’esistenza di tale infrazione nell’ambito di un successivo procedimento di risarcimento avviato da una persona che abbia subito un danno dovuto al comportamento illecito in questione*”.

⁴⁵⁴ Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal SL*, punto 60. La Corte di giustizia fonda tale considerazione, in particolare, sul tenore dell’articolo 16, paragrafo 1, del Regolamento (CE) n. 1/2003, nella parte in cui prevede che quando un giudice nazionale si pronuncia su una fattispecie già oggetto di una decisione resa dalla Commissione europea ai sensi dell’articolo 101 (o 102) TFUE, non può prendere decisioni che siano in contrasto con tale decisione (si veda il punto 55 della sentenza *Sumal*).

⁴⁵⁵ C. VIEIRA PERES DE FRAPOINT e I. NEVES hanno infatti sostenuto che in *Sumal*, alla luce del tenore testuale delle affermazioni profuse, la Corte di giustizia avrebbe, almeno implicitamente, riconosciuto che le decisioni adottate dalle autorità garanti nazionali il principio di responsabilità personale dell’unità economica rivestirebbe un ruolo meno significativo. Sul punto, le autrici evidenziano che infatti che il *binding effect* nelle azioni *follow-on* delle decisioni delle autorità garanti nazionali, previsto l’art. 9 della Direttiva 2014/104/UE, riguarderebbe, sulla base del considerando 34, solo la “*nature of the infringement and its material, personal, temporal and territorial scope as determined by the competition authority or review court in the exercise of its jurisdiction*”. Secondo le autrici, tuttavia, da *Sumal* non sarebbe affatto chiara l’estensione del riferimento al “*material scope*” della decisione, tanto che sarebbe incerto se le controllate possano “*challenging the existence of the infringement allegedly found*” (C. VIEIRA PERES DE FRAPOINT e I. NEVES, *The Theory of Economic Unit and the ‘Downward’ Liability of Subsidiaries for the Sins of Their Parent Companies: Better Not! (C-882/19 Sumal)*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 1, 2022, pp. 102 – 103; si veda anche C. VIEIRA PERES, *Don’t Blame the Children. Why Inverted and Horizontal Liability for Antitrust Infringements Should Be Rejected*, cit., p. 45, ove, prima della pubblicazione della sentenza *Sumal*, si sosteneva altresì che il “*personal scope*” della decisione sarebbe potuto essere interpretato anche nel senso di precludere l’esercizio di azioni *follow-on* nei confronti di entità giuridiche diverse da quelle identificate nella decisione dell’autorità garante. Simili argomentazioni, tuttavia, non sembrerebbero cogliere nel segno. Quanto al “*material scope*”, parrebbe più corretto ritenere che, sulla base del punto 60 della sentenza *Sumal*, sia possibile contestare l’esistenza

sole fattispecie relative all'art. 101 TFUE non sembrerebbe precludere di giungere alle medesime conclusioni circa la predetta "efficacia vincolante" anche in relazione a decisioni della Commissione rese in applicazione dell'art. 102 TFUE, nonché a decisioni delle autorità garanti nazionali alle quali siano applicabili le disposizioni nazionali di recepimento dell'art. 9 della Direttiva 2014/104/UE⁴⁵⁶.

Va poi evidenziato come dalla sentenza *Sumal* appaia altresì emergere un principio rilevante nell'ambito della determinazione dei possibili legittimati passivi delle azioni di danno promosse nei confronti degli appartenenti a una *single economic entity* (o, più precisamente, di eventuali situazioni di "litisconsorzio necessario" dal lato passivo). In particolare, a prescindere dai soggetti destinatari della decisione di accertamento dell'illecito e sanzione da parte dell'autorità garante della concorrenza, per l'asserito danneggiato non sembrerebbe sussistere alcun obbligo di citare in giudizio,

dell'illecito dedotto dall'attore solo nel caso di azioni c.d. *stand-alone* (o, nei limiti consentiti dalle disposizioni di recepimento dell'art. 9, para. 2, della Direttiva 2014/104/UE, nel caso di azioni *follow-on* promosse innanzi a giudici civili di ordinamenti diversi da quello dell'autorità garante dalla cui decisione l'azione risarcitoria tragga origine). Va peraltro evidenziato che la tesi secondo la quale la portata "personale" della decisione, alla quale fa riferimento il considerando 34 della Direttiva 2014/104/UE, farebbe riferimento alle persone giuridiche destinatarie della decisione dell'autorità garante, oltre a risultare sconfessata dalla stessa sentenza *Sumal*, appare in contrasto con la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia secondo la quale la "persona" responsabile della violazione è la *single economic entity*, unitariamente intesa e non le singole società componenti l'impresa (si vedano anche le Conclusioni dell'AG Pitruzzella del 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, punto 72 e ss.).

⁴⁵⁶ Come detto, le conclusioni della Corte di giustizia appaiono fondate sull'art. 16 del Regolamento (CE) n. 1/2003, il quale ha ad oggetto anche decisioni rese ai sensi dell'art. 102 TFUE (sebbene tali decisioni non siano menzionate al punto 55 della sentenza *Sumal*). Come noto, l'art. 9 della Direttiva 2014/104/UE, recepito a livello nazionale dall'art. 7 del d.lgs. 3/2017, prevede che "Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza": pertanto, la predetta "efficacia vincolante" dovrebbe precludere alle società estranee al procedimento antitrust "presupposto", ma appartenenti alla medesima impresa ritenuta responsabile della violazione del diritto della concorrenza, di porre nuovamente in discussione la sussistenza di un illecito (purché, beninteso, il relativo giudizio risarcitorio sia promosso innanzi ai giudici della medesima giurisdizione di appartenenza dell'autorità garante che abbia accertato la decisione presupposta). Questa interpretazione della sentenza *Sumal* è suggerita anche da C. CAUFFMAN, *Case C-882/19 Sumal SL v. Mercedes Benz Trucks España SL*, cit., p. 518.

necessariamente, anche quelle entità appartenenti all'impresa sanzionate dall'autorità garante della concorrenza⁴⁵⁷.

Più dettagliatamente, sembrerebbe potersi sostenere che, posta una violazione del diritto della concorrenza da parte di una determinata *single economic entity*, l'eventuale danneggiato da tale illecito possa indistintamente agire contro ciascuna delle società componenti tale impresa, citandole in giudizio singolarmente o congiuntamente. Anche alla luce della predetta discrezionalità dell'autorità procedente nell'individuare i soggetti componenti dell'impresa destinatari della decisione, appare perciò sostenibile che alcun "vincolo", nella determinazione di eventuali litisconsorti necessari del giudizio risarcitorio, possa ricavarsi dalla precedente decisione di accertamento, sulla quale l'azione *follow-on* sia basata⁴⁵⁸.

4. La possibile frammentazione del test per determinare la *single economic entity*. L'impresa di gruppo come relazione tra la capogruppo e le sue controllate.

Sul piano procedimentale, è opportuno svolgere alcune ulteriori osservazioni critiche anche in relazione alla potenziale corrente frammentazione del test determinare la "composizione" della *single economic entity*.

⁴⁵⁷ L'argomentazione è fondata sul seguente passaggio della sentenza *Sumal*: "in linea di principio, nulla ostava, nelle circostanze di cui al procedimento principale, a che la ricorrente nel procedimento principale, presunta vittima dell'infrazione di cui trattasi, proponesse il suo ricorso per risarcimento danni dinanzi ai giudici spagnoli nei confronti della società madre [...] oppure nei confronti della stessa e della [società controllata] congiuntamente, dato che l'eventuale responsabilità di quest'ultima per l'infrazione è soggetta alle condizioni esposte al punto 52 della presente sentenza" (Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal SL*, punto 64).

⁴⁵⁸ Beninteso, lo stesso varrebbe nel caso di azioni risarcitorie c.d. *stand-alone*: in simili giudizi, sembra parimenti sostenibile che l'attore possa liberamente decidere quali tra le società appartenenti alla *single economic entity* asseritamente responsabile del danno citare in giudizio. Ad esempio, posta una *single economic entity* composta dalle società Alfa, Beta e Gamma, l'asserito danneggiato potrebbe indistintamente citare singolarmente solo una tra Alfa, Beta e Gamma; oppure citare congiuntamente solo due tra queste o tutte queste. Beninteso, se solo una tra Alfa, Beta e Gamma fosse condannata a risarcire per l'intero il danno causato, sembrerebbe ragionevole che possa rivalersi in regresso nei confronti degli altri responsabili solidali.

Sotto un primo profilo, dalla sentenza *Sumal* appare infatti trarsi la conclusione per cui l'equiparazione di principio tra "gruppo" e "impresa", ai fini antitrust, non comporti necessariamente una completa sovrapponibilità tra l'unitarietà del gruppo e l'impresa.

Così, sul piano economico, a unico gruppo potrebbero fare da contraltare una pluralità di imprese sul piano antitrust.

Invero – tenuto conto che ai fini dell'identificazione delle società che appartengono a una determinata impresa si deve avere fra l'altro riguardo all'oggetto della fattispecie antitrust rilevante nel caso di specie – in relazione a unico gruppo di società (o, più precisamente, in relazione a una pluralità di società sottoposte al controllo del medesimo soggetto) potrebbero identificarsi una pluralità di diverse unità economiche, costituite dalla capogruppo e da varie combinazioni delle società controllate, da identificare caso per caso a seconda dell'attività economica interessata⁴⁵⁹ (e, verrebbe da aggiungere, a seconda della fattispecie antitrust rilevante).

Su un piano "estrinseco", invece, le elaborazioni in materia di *single economic entity doctrine* nell'ambito dell'imputazione di responsabilità nei gruppi rendono viepiù pressante fornire una risposta a un importante quesito.

Invero, deve tenersi conto che la nozione di "impresa" non è impiegata solamente per definire il soggetto responsabile di un'infrazione del diritto della concorrenza, ma può assumere rilievo anche rispetto ad altri profili. Si è del resto evidenziato *supra* al par. 3.1. del I capitolo che la possibile qualificazione del gruppo come un'unica impresa ai fini antitrust non deriva originariamente dalla necessità di determinare i soggetti responsabili per un illecito antitrust, ma dalla valutazione in ambito antitrust degli accordi infragruppo.

Ebbene, i principi espressi in *Sumal* lasciano aperto un importante quesito circa il loro impatto sull'unitarietà della nozione d'impresa, ovvero se tale nozione possa essere oggetto di diversa interpretazione a seconda della specifica fattispecie rilevante sul piano antitrust⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal SL*, punti 46 – 47.

⁴⁶⁰ Il rilievo critico era già stato espresso ben prima di *Sumal* da A. JONES, *The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law*, cit., p. 318 e ss. L'autrice – avuto riguardo ai principi in materia di *parental liability* – sosteneva fra l'altro che "Not only do the attribution of liability cases seem to push the concept to a broad limit without

Ad esempio, l'impiego della definizione di impresa secondo l'interpretazione fornita da *Sumal*⁴⁶¹ anche rispetto all'applicazione dell'art. 101 TFUE agli accordi infragruppo potrebbe comportare un'applicazione estensiva del divieto di intese restrittive della concorrenza rispetto agli accordi infragruppo, rispetto all'attuale prassi⁴⁶².

La formulazione dell'ipotesi di una simile frammentazione era stata invero anticipata criticamente *supra* al par. 6.1. del II capitolo, in relazione alle potenziali discrasie del "test" richiesto per determinare l'esistenza di una *single economic entity* a seconda dell'applicazione di una forma di responsabilità solidale infragruppo ascendente o discendente. Parimenti, si era notato *supra* al par. 2 del II capitolo come anche il rilievo della nozione di controllo dovesse assumere connotazioni diverse tra la nozione propria dell'ambito delle concentrazioni e quello della *parental liability* (nel primo caso, risultando sufficiente ai fini della realizzazione di un'operazione di concentrazione la "potenzialità" dell'esercizio di un'influenza determinante, nel secondo richiedendosene l'effettivo esercizio, eventualmente da dimostrare in via presuntiva⁴⁶³).

specific reference to the underlying objectives of the doctrine or to its consequences for the reach and scope of Article 101, but the interpretation given in some of these cases is difficult to reconcile with other strands of jurisprudence and legislation" (p. 22).

⁴⁶¹ P. WHELAN, *Private Enforcement and the Imputation of Antitrust Liability*, cit., p. 3, disponibile su SSRN al link <https://ssrn.com/abstract=4080911>, p. 8, si esprime criticamente nei confronti di una simile "rivisitazione" della nozione di impresa e dell'elemento "addizionale" rappresentato dalla specifica connessione relativa all'attività economica esercitata.

⁴⁶² Si esprime in tal senso anche C. CAUFFMAN, *Case C-882/19 Sumal SL v. Mercedes Benz Trucks España SL* in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2002, 29(4), p. 517.

⁴⁶³ Invero, in dottrina, proprio al fine di assicurare coerenza tra gli attuali artt. 101 e 102 TFUE e la normativa rilevante in materia di concentrazioni era stato sostenuto che fosse corretto adottare una nozione comune di impresa, sicché in ogni caso si sarebbe dovuto ritenere che la mera potenzialità del controllo fosse sufficiente a identificare un'unica impresa ai fini antitrust (W.P.J. WILS, *The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, cit., pp. 106 – 107 e 114). L'autore, quindi, giungeva a una completa sovrapposizione della nozione di impresa e quella di controllo esclusivo (significativamente, sosteneva che "*Article 81 should not apply to agreements or practices between companies which are linked in such a way that the creation of these links would amount to a merger or acquisition of solo control in the meaning of the Merger Regulation*"; p. 106). Tuttavia, simili rilievi appaiono disattesi dalla giurisprudenza eurounitaria successiva che – quantomeno su piano formale – ha ritenuto che ai fini della *parental liability* fosse necessario dimostrare, eventualmente in via presuntiva, un esercizio effettivo di influenza determinante. Si segnalano peraltro ulteriori problemi di "coerenza interna" indirettamente collegati alle nozioni di controllo – e, implicitamente, di impresa –, i quali emergono all'interno della disciplina relativa al controllo delle concentrazioni. È stato infatti sostenuto che, sulla base delle disposizioni rilevanti recate dagli Orientamenti della Commissione, la nozione di controllo utilizzata per il calcolo del fatturato ai fini delle soglie di notifica non coinciderebbe con quella più ampia che rileva per la sussistenza di una concentrazione (si vedano, ad esempio, M. BERETTA, M. D'OSTUNI, *Il sistema del controllo delle concentrazioni in Italia*, Giappichelli, 2017, pp. 58 – 59, che giustificano una

Tale rilievo circa la frammentazione della nozione di impresa appare poter esser mosso principalmente avuto riguardo alle indicazioni di carattere “pratico”, circa l’oggetto di prova pertinente a seconda della fattispecie antitrust rilevante.

Infatti, sul piano dei principi, le corti UE si sono formalmente già espresse nel senso di sostenere che la nozione di impresa non possa avere un significato diverso a seconda della fattispecie nella quale venga applicata, dovendo invero assumere connotati unitari e uniformi in ogni “ambito” del diritto antitrust⁴⁶⁴.

L’opinione delle corti UE appare tuttavia riconciliabile con l’elaborazione in materia di *single economic entity doctrine* solamente se si ammette che l’interpretazione unitaria della nozione d’impresa, rispetto ad ogni fattispecie rilevante antitrust, debba valere solo limitatamente al significato sostanziale da fornire a tale nozione “funzionale”, ossia quello

simile diversa interpretazione con le differenti finalità dei due ambiti applicativi). Tale interpretazione – peraltro adottata anche dall’AGCM nel Provvedimento del 13 novembre 2003, n. 12600 – C6086 – *Aeroporti Holding/Aeroporto di Firenze* – è stata tuttavia oggetto di critica in dottrina (si veda M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell’Unione europea*, cit., p. 364; l’autore ritiene il predetto richiamo alle diverse finalità un argomento “sistematicamente debole” che porterebbe appunto a elementi di incoerenza interna del sistema).

⁴⁶⁴ Nello specifico, la Corte di giustizia ha sostenuto che la nozione di “impresa” dovrebbe essere interpretata uniformemente sia ai fini dell’imputazione di responsabilità antitrust sia ai fini della determinazione dei conseguenti risvolti sanzionatori. Pertanto, la nozione di impresa dovrebbe essere interpretata analogamente sia rispetto all’applicazione, a fini sanzionatori, dell’art. 23 del Regolamento (CE) n. 1/2003 sia ai fini dell’imputazione di responsabilità ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE (in tal senso, Corte di giustizia, sentenza del 4 settembre 2014, causa C-408/12 P, *YKK Corporation e altri*, punti 58 – 59; più di recente, si veda Tribunale UE, sentenza dell’11 luglio 2019, causa T-523/15, *Italmobiliare SpA e altri*, punto 151). Simili principi sono stati espressi anche circa la necessità di adottare una medesima nozione d’impresa sia ai fini dell’applicazione dell’art. 101 TFUE sia ai fini dell’applicazione dell’art. 102 TFUE (si veda ad esempio Tribunale UE, cause riunite T-68, 77 e 78/89, *Società Italiana Vetro SpA*, punti 357 – 358). Anche in dottrina, è stato sostenuto che la nozione di impresa non dovrebbe avere significati diversi a seconda dello “scopo” per il quale la predetta nozione è applicata. Si veda C. CAUFFMAN, *Case C-882/19 Sumal SL v. Mercedes Benz Trucks España SL*, cit., p. 517. Si veda anche A. JONES, *The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law*, cit., spec. pp. 316 e ss. e 329 e ss., e dottrina ivi citata; l’autrice, pur ritenendo tale conclusione quella idonea a conferire “greater clarity and coherence to the system”, nonché quella da ritenere più coerente con la giurisprudenza eurounitaria rilevante, sosteneva che tuttavia vi fossero forti argomenti per sostenere l’esistenza di una nozione di impresa “context-specific” (rispetto a tale approccio, l’autrice segnalava fra l’altro la giurisdizione di Singapore, nell’ambito della quale sarebbe stato esplicitamente sostenuto che fosse legittimo ritenere che determinate società potessero formare una *single economic entity* in un contesto antitrust, ma non in altri). Va tuttavia notato che uno degli argomenti menzionati dall’autrice a sostegno della plausibilità di un’interpretazione della nozione di impresa *context-specific* appare ormai potenzialmente superato dalla sentenza *Sumal*: si tratta dalla considerazione secondo cui la Commissione non avrebbe mai tentato di imputare a una società controllata l’infrazione di una sua controllata o, reciprocamente, fra società soggette al controllo della medesima entità e parti della medesima unità economica, a differenze di altre fattispecie, posto che, ad esempio, sarebbe stato ritenuto possibile esentare dal divieto di intese restrittive “both arrangements between sister corporations and those between a parent and a subsidiary” (p. 320).

di possibile insieme di soggetti giuridicamente distinti, ma che “operano in maniera unitaria nel mercato in cui si atteggiavano come un unico soggetto economico”, che rappresenta quindi, *prima facie*, l’oggetto di prova per dimostrare l’esistenza di un’impresa di gruppo⁴⁶⁵.

Ferma tale considerazione, ponendo la predetta nozione quale oggetto della prova relativa all’esistenza di una *single economic entity*, dovrebbe nondimeno ammettersi che, sulla base dei principi espressi dalla giurisprudenza eurounitaria rilevante, l’oggetto di prova si articola ulteriormente in altri elementi, a seconda della fattispecie⁴⁶⁶.

Simili rilievi se, in astratto, potrebbero consentire di ricondurre a sistema l’attuale stato dell’arte in materia di *single economic entity doctrine* si scontrano con il rilievo difficilmente contestabile della contraddittorietà esistente tra le valutazioni sottese a ciascuna fattispecie.

Tale disallineamento, del resto, pare affondare le radici in uno “slittamento di fatto” nella declinazione della *single economic entity doctrine*, a seconda delle varie fattispecie rilevanti.

Così, dalla visione unitaria del gruppo, alquanto evidente nell’ambito della valutazione antitrust delle intese infra-gruppo, si è assistito a una sorta di trasposizione concettuale, nell’ambito del quale, implicitamente, con l’elaborazione della *parental liability*, si è adottato un approccio verticale, rispetto al quale la capogruppo rappresenterebbe sempre una sostanziale approssimazione dell’impresa in senso antitrust.

Ricollegandosi a quanto sopra osservato circa l’equiparazione tra “gruppo” e “impresa” ai fini antitrust, l’attuale stato dell’arte in materia di *single economic entity doctrine* porta a ritenere il gruppo non come un’entità monolitica rispetto alla qualificazione

⁴⁶⁵ Conclusioni dell’AG Pitruzzella del 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, punto 55.

⁴⁶⁶ Con specifico riguardo all’imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi di imprese, tale rilievo emerge in maniera alquanto chiara dalle Conclusioni dell’AG Pitruzzella del 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, punti 56 – 59. In particolare, al punto 57, l’AG Pitruzzella evidenzia che “Poiché la nozione funzionale d’impresa in quanto unità economica attiene al concreto atteggiarsi di più entità giuridiche sul mercato, i suoi esatti confini vanno delineati proprio con riferimento alle attività economiche che tali entità svolgono e al ruolo che esse rivestono all’interno del gruppo societario”.

antitrust, ma quasi come una rappresentazione magmatica e a geometria e ampiezza variabile.

In altri termini, il punto focale dell'analisi sembra ormai essere traslato sull'attività di direzione e coordinamento della capogruppo, idonea a privare di autonomia strategica la condotta delle controllate, così da qualificare il gruppo come relazione variabile tra la capogruppo e le sue controllate, da verificare caso per caso ai fini del riscontro di un'impresa ai fini antitrust.

Alla luce di ciò, potrebbe essere ragionevole sostenere la conclusione preliminare secondo cui, a seguito della sentenza *Sumal*, per far fronte a simili aporie, la Corte di giustizia dovrà essere chiamata a ricondurle a sistema, identificando un oggetto di prova unitario – o, quantomeno, ammettere la coesistenza di una pluralità di valutazioni “*context-specific*”, purché tra loro intrinsecamente coerenti – per giungere alla dimostrazione dell'esistenza di un'unica impresa.

Tuttavia, non si può escludere che il problema potrebbe porsi in termini più ampi.

Invero, non sembra del tutto irragionevole ritenere che una diversa valutazione sistematica della *single economic entity doctrine* possa persino portare a un parziale *revirement* dei principi espressi in *Sumal*, nella quale è stato sostenuto, in maniera alquanto netta, che la responsabilità solidale delle società che appartengono al medesimo gruppo discenderebbe “*ipso iure*” dall'appartenenza alla medesima *single economic entity*.

A tal riguardo, al fine di tentare di ricondurre a sistema le aporie nell'interpretazione della nozione di impresa accumulate con elaborazioni pertinenti a diverse fattispecie del diritto antitrust, si potrebbe giungere ad ammettere che la responsabilità solidale degli appartenenti al medesimo gruppo non discenda *ipso iure* dall'appartenenza alla medesima “impresa di gruppo”, ma sia richiesto un *quid pluris* – differente a seconda dell'imputazione di responsabilità ascendente o discendente⁴⁶⁷.

⁴⁶⁷ In altri termini, muovendo dall'assunto di base secondo cui, in via di principio, l'obiettivo ultimo a cui mirano le interpretazioni estensive della nozione di impresa è il perseguimento di finalità di deterrenza, ciò non potrebbe in ogni caso consentire interpretazioni della teoria dell'unità economica fra loro incoerenti,

In tale ottica, l'effettivo esercizio di un'influenza determinante non meramente potenziale (rilevante per la responsabilità *bottom-up*) o lo svolgimento di attività economiche nel settore di riferimento dell'infrazione rilevante (rilevante per la responsabilità *top-down*) diverrebbero non già parte dell'oggetto di prova dell'esistenza di una *single economic entity*, ma un *quid pluris* rilevante al fine di imputare solidalmente un determinato illecito antitrust a soggetti non materialmente responsabili dello stesso, nondimeno appartenenti all'impresa responsabile⁴⁶⁸.

4.1. Fattispecie controverse: il caso delle *joint ventures* e dei conglomerati

I rilievi appena svolti consentono di muovere qualche breve osservazione critica sull'applicazione della nozione di impresa rispetto a due peculiari fattispecie: quelle delle società sottoposte a controllo congiunto di due diverse società e quelle dei gruppi c.d. conglomerati.

Quanto alle fattispecie di controllo congiunto, gli orientamenti più recenti della Corte di giustizia hanno implicitamente avallato una potenziale "polivalenza intrinseca" della nozione d'impresa, alla luce della possibilità di identificare, a determinati fini, le società madri e la controllata come un'unica impresa⁴⁶⁹.

solamente con lo scopo di favorire un simile obiettivo. Eventualmente, allora, ciò dovrebbe al più fondarsi su diverse basi logico / giuridiche.

⁴⁶⁸ Un simile *quid pluris* potrebbe essere ritenuto quindi sintomatico di una implicita connessione colposa con l'illecito. Il rilievo era mosso in termini sostanzialmente analoghi anche da A. JONES, *The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law*, cit., p. 331, la quale sosteneva che – ai fini della determinazione dei "confini" di un'impresa – "*the general rule should be that the power to control is sufficient, but that in attribution of liability cases actual control is required in order to ensure that the imposition of liability on a parent is compatible with fundamental principles such as personal responsibility, the presumption of innocence and limited liability. The EU authorities should not therefore pierce the corporate veil and impose liability on another entity within the economic unit unless it can be said to be at fault in some way and/or to have some responsibility for the infringing behaviour*".

⁴⁶⁹ In alcune precedenti decisioni della Commissione era stato invece ritenuto che le società controllanti di un'impresa comune fossero, sia tra loro sia rispetto a quest'ultima, imprese distinte su un piano antitrust, anche ai soli fini dell'imputazione solidale di responsabilità (si veda D. CONNOLLY, *Parental Liability in EU Competition Law: The House Always Wins*, in *Irish Journal of European Law*, 22, 1, 2020, p. 13, che cita in particolare la Decisione della Commissione europea del 21 dicembre 2005, caso COMP/38.443, *Rubber*

In particolare, qualora due società controllanti detengano ciascuna il 50% del capitale di una società controllata, la quale abbia direttamente partecipato a un illecito antitrust, se l'autorità procedente ha dimostrato⁴⁷⁰ l'effettivo esercizio di un'influenza determinante delle controllanti sulla controllata, le tre società saranno considerate un'unica entità economica ai fini dell'applicazione della normativa antitrust, sebbene solo ai fini dell'imputazione della responsabilità per l'illecito⁴⁷¹.

Chemicals; si veda anche A. JONES, *The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law*, cit., p. 322 e ss., che però nella ricostruzione svolta menziona anche fattispecie nelle quali le co-controllanti e l'impresa comune erano state ritenute imprese distinte ai fini antitrust solo in relazione alla possibilità di qualificare determinati accordi tra loro come intese infra-gruppo). A conferma della complessità della valutazione sottostante, in alcuni recenti precedenti, peraltro, la giurisprudenza eurounitaria ha assunto un ulteriore distinto approccio, secondo cui in presenza di fattispecie di controllo congiunto sarebbe possibile identificare un'unità economica, ma solo tra una delle controllanti e la controllata (si veda Corte di giustizia, sentenza del 24 giugno 2015, causa C-293/13 P, *Fresh Del Monte Produce Inc. e altri*, punto 78 e ss.).

⁴⁷⁰ Invero, quanto all'onere probatorio imposto all'autorità procedente, deve rilevarsi che, in particolare in alcune più risalenti pronunce, la giurisprudenza eurounitaria ha apparentemente ritenuto applicabile una presunzione di effettivo esercizio di influenza determinante su entrambe le co-controllanti, ove queste disponessero di eguali quote di partecipazione nella controllata autrice materiale dell'illecito (Tribunale UE, sentenza del 27 settembre 2006, causa T-314/01, *Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivatens Avebe BA*, punti 137 – 139, ove viene richiamata la giurisprudenza *Stora*, della quale si è dato conto *supra* al par. 1.2.1. del II capitolo). La giurisprudenza eurounitaria successiva appare invece imporre all'autorità procedente la prova piena dell'effettivo esercizio di influenza determinante da parte delle co-controllanti (si veda Corte di giustizia, sentenza del 18 gennaio 2017, causa C-623/15 P, *Toshiba Corp.*, punti 50 – 52, ove viene respinto l'argomento della ricorrente secondo cui, in primo grado, il Tribunale UE avesse ammesso la possibilità di applicare la *parental liability presumption*, ritenendo invece la Corte di giustizia che nel caso di specie fosse stata richiesta la prova quantomeno in via indiziaria dell'effettivo esercizio di influenza determinante; si veda anche Corte di giustizia, sentenza del 26 settembre 2013, causa C-179/12 P, *The Dow Chemical Company*, punti 56 – 58, ove in caso di controllo congiunto viene esclusa la possibilità di applicare la *parental liability presumption* in mancanza di una società che detenga la totalità o quasi del capitale dell'affiliata). I due approcci appaiono riconciliabili se si considera che, all'epoca della sentenza *Stora*, la Corte di giustizia appariva richiedere, oltre al mero dato del controllo, un *quid pluris* ai fini dell'applicazione della *parental liability presumption*.

⁴⁷¹ Corte di giustizia, sentenza del 26 settembre 2013, causa C-179/12 P, *The Dow Chemical Company*, punto 58; nonché Corte di giustizia, sentenza del 26 settembre 2013, causa C-172/12 P, *EI du Pont de Nemours and Company*, punto 47. Il Tribunale UE aveva già sostenuto in precedenza che le controllanti congiunte di una società direttamente coinvolta in un'infrazione del diritto antitrust costituirebbero con quest'ultima un'unica impresa, sicché il comportamento della controllata sarebbe imputabile alle società madri, qualora sia dimostrato un controllo effettivo sulla politica commerciale della controllata (Tribunale UE, sentenza del 27 settembre 2006, causa T-314/01, *Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivatens Avebe BA*, punto 141). Tuttavia, nella sentenza *Avebe*, il Tribunale non si era spinto ad affermare esplicitamente che una simile unità economica potesse essere rilevata solamente ai fini sanzionatori. A livello nazionale, la possibilità di attribuire in via solidale anche alle controllanti congiunte la responsabilità per l'infrazione di una controllata, in caso di prova dell'effettivo esercizio di influenza determinante, è stata esplicitamente ammessa solo di recente (si veda provv. AGCM n. 27497 del 20 dicembre 2018, procedimento I811 – FINANZIAMENTI AUTO, spec. §§387 e 468 – successivamente annullato dai giudici amministrativi senza però entrare nel merito dell'applicazione della *parental liability* – ove per tenere conto dell'asserito "elemento di

Il problema si pone perché in simili fattispecie di controllo congiunto le società co-controllanti dovrebbero continuare a rappresentare due forze economiche distinte sul mercato e, quindi, due diverse imprese, sicché per imputare loro l'infrazione della co-controllata appare incongruo richiamare la *single economic entity doctrine*. A tutto voler concedere, comunque, sembrerebbe al più ragionevole ricondurre le due controllanti congiunte alla medesima unità economica solamente rispetto alle condotte e relazioni commerciali connesse al controllo dell'impresa comune e all'area di mercato di attività di quest'ultima.

Tale rilievo, però, mal si concilierebbe comunque con la considerazione della *joint venture* e delle co-controllanti in ogni caso come unica impresa sul piano antitrust, sicché proprio per tale ragione la giurisprudenza eurounitaria appare tracciare un solco tra la considerazione delle medesime società quale unità economica solo a determinati fini. Altrimenti, si giungerebbe al paradosso di applicare integralmente lo "statuto antitrust" dell'impresa, scaturente dalla *single economic entity doctrine*, a tali tre società. Ebbene, se così fosse, se la considerazione delle co-controllanti e dell'impresa comune quale *single economic entity* può essere in via di principio coerente con la disciplina in materia di concentrazioni⁴⁷²,

novità nella prassi applicativa" dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, rappresentato dall'attribuzione di responsabilità a una società detenente "quote largamente inferiori al totale del capitale sociale della società controllata", le controllanti congiunte non sono state sanzionate, né si è tenuto conto del loro fatturato ai fini della quantificazione della sanzione). Quanto all'approccio dottrinale alla questione, F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra 'responsabilità personale' e finalità dissuasive*, cit., pp. 1114 – 1115, sostengono invero che il summenzionato piano valutativo dovrebbe rilevare solo in caso di imprese comuni c.d. concentrative e non in quello di imprese comuni c.d. cooperative ("la questione qui analizzata (ossia la questione dell'esistenza di un'unica entità economica che ricomprenda al suo interno C e una o tutte le imprese sue fondatrici) è mal posta quando la condotta illecita tenuta da C, pur full function, serve soltanto a coordinare orizzontalmente le politiche commerciali di A e B, spesso perché A e B sono ancora presenti nel mercato in cui opera C. In questo scenario, infatti, non esistono le condizioni affinché C possa considerarsi portatrice di un interesse economico terzo rispetto a quello delle sue imprese fondatrici le quali, di conseguenza, restano gli unici diversi e distinti soggetti economici, ossia le uniche due imprese in senso antitrust, presenti nello scenario descritto. In altri termini, in questo caso, l'applicazione del precedente test ci porterebbe a un risultato fuorviante: ci porterebbe cioè a considerare A, B e C tutte espressione di un'unica entità economica, malgrado A e B abbiano degli evidenti interessi concorrenziali contrapposti che decidono di "domare e ammansire" all'interno dell'intesa realizzata per il tramite di C").

⁴⁷² La Corte di giustizia ha infatti sostenuto che la considerazione di tali società quale unica impresa ai fini antitrust rispetto al profilo dell'imputazione di responsabilità sia coerente con la disciplina in materia di concentrazioni anche nel caso di *joint ventures* c.d. *full-function*, perché la *full-functionality* di un'impresa comune non comporta necessariamente l'autonomia strategica di quest'ultima (si vedano Corte di giustizia, sentenza del 26 settembre 2013, causa C-179/12 P, *The Dow Chemical Company*, punto 65, nonché Corte di giustizia, sentenza del 26 settembre 2013, causa C-172/12 P, *El du Pont de Nemours and Company*, punto 52; la

ciò potrebbe avere il contraddittorio effetto di applicare indistintamente ad ogni accordo fra le società madri l'esenzione degli accordi infra-gruppo dal divieto di intese restrittive della concorrenza⁴⁷³.

L'applicazione della *single economic entity doctrine* in fattispecie di controllo congiunto si mostra pertanto potenzialmente controversa nella misura in cui appare confermare la tesi di una "frammentazione" della nozione di impresa e della possibile esigenza di trattare con un approccio specifico la nozione di impresa ai (soli) fini dell'imputazione di responsabilità.

D'altro canto, la tesi secondo cui la considerazione quale unica entità economica delle controllanti congiunte e della controllata rileverebbe solo ai fini dell'imputazione della

full-functionality dell'impresa comune oggetto delle due predette sentenze era stata peraltro specificamente accertata dalla Commissione europea nella decisione di autorizzazione della sua costituzione; si veda la Decisione della Commissione europea del 21 febbraio 1996, procedimento M.663, *Dow/DuPont*, considerando 11 – 13; si vedano anche i punti 91 e ss. della *Jurisdictional Notice*).

⁴⁷³ Ancorché dalla citata sentenza *Dow Chemicals* si potrebbe giungere all'estrema conclusione per cui le co-controllanti e la controllata comune non rappresenterebbero mai un'unica impresa se non ai fini dell'imputazione della responsabilità, F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra 'responsabilità personale' e finalità dissuasive*, cit., p. 1118, appaiono adottare una soluzione "mediana", sostenendo che "Non tutte le intese che coinvolgono le imprese fondatrici e l'impresa comune possono considerarsi ugualmente espressione dell'interesse dell'unico agente economico cui tutte quelle imprese appartengono". Secondo gli autori, infatti, intese tra tutte e tre tali società o solo fra due di esse "sono da considerarsi infra-gruppo [...] quando hanno ad oggetto l'attività economica svolta [dalla co-controllata], ossia quando servono alle imprese fondatrici e all'impresa comune proprio a definire quell'unica condotta di mercato che è propria dell'unico agente economico che esse rappresentano. Diversamente, le medesime intese possono (anzi devono) essere sottoposte al vaglio antitrust quando riguardano attività che non sono svolte dall'impresa comune". Ciò comporta tuttavia che gli autori sono costretti ad ammettere espressamente che, in simili fattispecie, le tre società possano rappresentare o meno un'unica impresa a seconda delle circostanze rilevanti del caso ("un insieme di persone giuridiche possono formare un'unica entità economica in alcuni mercati, laddove rappresentano imprese autonome e distinte quando agiscono in altri mercati"). Altri autori hanno del resto sostenuto che le *joint ventures* non potrebbero in ogni caso essere considerate, insieme alle co-controllanti, un'unica impresa, proprio perché "application of such a far-reaching concept of an undertaking extending, in particular to JVs, raises concern that the conduct of an entity controlled by a group of competitors, and used as a vehicle for cooperation between them, may escape Article 101 scrutiny" (A. JONES, *The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law*, cit., p. 313; l'autrice, quindi, sostiene che forme di controllo "negativo" – come potrebbe accadere nel caso di un'impresa comune – non dovrebbero in ogni caso consentire di identificare un'unica impresa, neppure ai fini dell'imputazione di responsabilità, sicché – anche per evitare le difficoltà valutative sottese a interpretazioni come quella proposta da GHEZZI e MAGGIOLINO – sostiene che "The better approach, therefore, may be to accept a narrower theory of an economic unit confining it to parent/ subsidiary relationships where the former has sole control over the latter and the power to control positively the subsidiary's strategic behaviour on the market"; si vedano pp. 24 e 35, da quest'ultima risultando tratta la citazione). Anche M. D'OSTUNI, M. BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia*, Giappichelli, 2022, p. 134, sembrano concludere che, in ogni caso, una situazione di controllo congiunto precluda l'individuazione di un'unica entità economica, costituita dall'impresa comune e da una soltanto delle controllanti, sicché i relativi accordi non sarebbero mai esentabili dal divieto di cui all'art. 101 TFUE (argomento fondato sulla Decisione della Commissione del 15 maggio 1991, IV/32.186, *Gosme/Martell-DMP*).

responsabilità per l'illecito, si è nel tempo scontrata con alcune criticità applicative, che hanno minato l'assolutezza di un simile principio.

Così, per avallare l'inclusione delle vendite realizzate dalle società controllanti congiunte nell'importo base della sanzione da irrogare, la Corte di giustizia è giunta a sostenere che il principio sopra espresso andrebbe più correttamente interpretato nel senso che l'accertamento di un'unica entità economica sia valido solo con riferimento "al diritto della concorrenza e al mercato interessato dall'infrazione", ma che tale qualifica – operata ai fini dell'accertamento di un'infrazione su un determinato mercato rilevante – non osta a rilevare l'indipendenza delle società controllanti su ogni altro mercato⁴⁷⁴.

La qualificazione dell'impresa come nozione a geometria variabile emerge in maniera viepiù evidente in relazione alla valutazione dei conglomerati.

Come più volte evidenziato, sulla base dei principi espressi nella sentenza *Sumal*, sembrerebbe doversi concludere che, nell'ambito dei gruppi conglomerati, nei quali le varie società del gruppo risultino attive in svariati ambiti economici privi di connessione fra loro, in via di principio non si potrebbe mai identificare un'unica impresa composta da tutte le società appartenenti al gruppo⁴⁷⁵.

Tale rilievo appare rappresentare un ulteriore significativo punto di rottura nell'unitarietà della nozione di impresa, la quale rispetto ai gruppi conglomerati si presta a interpretazioni fondate completamente sulle specifiche circostanze del caso, a discapito della certezza del diritto e della possibilità delle imprese di svolgere un *self-assessment* sulle conseguenze della loro condotta sul piano antitrust.

⁴⁷⁴ Corte di giustizia, sentenza del 14 settembre 2017, cause riunite C-588/15 P e C-622/15 P, *LG Electronic Inc. e altri*, punti 69 – 81, spec. punto 76 per quanto concerne la citazione. Proprio sulla base di tali rilievi, la Corte di giustizia ha disatteso le censure di una delle due ricorrenti, con la quale si sosteneva che la considerazione di un'impresa comune come unica entità con le sue controllanti avrebbe in ogni caso condotto a escludere l'applicabilità dell'art. 1010 TFUE agli accordi tra tali società.

⁴⁷⁵ Si evidenzia che, in dottrina, il rilievo secondo cui la nozione di impresa dovesse essere intesa "market-related" – quantomeno ai fini dell'imputazione di responsabilità – era stato mosso anche prima della sentenza *Sumal* (si veda C. KERSTING, *Private law liability of the undertaking pursuant to Art. 101 TFEU – Consequences of ECJ*, 14 March 2019, Case C-724/17 – *Skanska*, cit., pp. 8 – 9).

Peraltro, non può escludersi che una simile considerazione dei gruppi conglomerati potrebbe persino prestarsi ad atteggiamenti opportunistici della capogruppo, in tal modo potenzialmente incentivata a “compartimentare” le varie attività economiche delle sue controllate, ciascuna in un diverso settore di mercato. Tale scelta strategica, nella summenzionata ottica interpretativa dei conglomerati, risulterebbe avere il possibile effetto di restringere artatamente le dimensioni di ciascuna imprese delle quali, nell’ambito del gruppo, la capogruppo potrebbe essere ritenuta parte.

5. Le conseguenze sanzionatorie della responsabilità della *single economic entity*

Si può ora passare a esaminare specificamente i considerevoli e plurimi riflessi sul piano sanzionatorio (nonché risarcitorio) dei peculiari criteri di imputazione della responsabilità antitrust all’impresa di gruppo. Più specificamente, gran parte di tali conseguenze – in particolare in termini di incremento sanzionatorio – discendono dal coinvolgimento della controllante nel procedimento avviato per fatti commessi da una controllata, sicché l’applicazione della *parental liability* (e, in particolare, della *parental liability presumption*) risulta oltremodo rilevante non solo in ragione dell’estensione dei soggetti solidalmente responsabili per la sanzione, ma anche e soprattutto per i diversi metodi di calcolo della sanzione stessa. Si può, perciò, ancor di più comprendere le ragioni “pratiche” delle severe critiche mosse alla *parental liability presumption*.

5.1. La responsabilità solidale delle imprese appartenenti al gruppo

In particolare, la teoria dell’unità economica comporta che tutte le società che compongono un gruppo (*rectius*, una *single economic entity*) nell’ambito del *public enforcement* siano solidalmente responsabili per le sanzioni irrogate dalle autorità garanti della

concorrenza; quanto al *private enforcement*, per il risarcimento dei danni cagionati da infrazioni alla normativa antitrust⁴⁷⁶.

Ancorché non prevista da fonti normative primarie, l'esplicitazione della sussistenza di un simile rapporto di solidarietà fra le società che appartengono alla medesima entità economica è frutto dell'elaborazione in via giurisprudenziale, affinatasi nel tempo⁴⁷⁷ – sia per quanto riguarda il *public enforcement* sia per quanto riguarda il *private enforcement* – ed è stato ritenuto rappresentativo della “manifestazione di un effetto di pieno diritto della nozione di impresa”⁴⁷⁸.

Pertanto, una simile responsabilità solidale non è altro che una manifestazione degli effetti legali che si producono *ipso iure* sulla base della nozione di impresa antitrust⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ La Corte di giustizia ha precisato che, in particolare quanto al piano del *public enforcement*, “per quanto riguarda il pagamento dell'ammenda, il rapporto di solidarietà sussistente tra due società che costituiscono una siffatta entità economica non può ridursi ad una forma di cauzione fornita dalla controllante per garantire il pagamento dell'ammenda inflitta alla controllata” (Corte di giustizia, sentenza del 26 novembre 2013, causa C-50/12 P, *Kendrion NV*, punto 56).

⁴⁷⁷ Una simile elaborazione in via pretoria, in mancanza di norme che consentano di inferire l'esistenza di un simile rapporto di solidarietà nel pagamento dell'ammenda – o nel risarcimento del danno – è stata peraltro oggetto di critiche in dottrina (si veda P. MANZINI, *L'imputabilità delle infrazioni antitrust nei gruppi di società*, cit., p. 335, che definisce alquanto “capzioso” un simile *modus procedendi* della giurisprudenza eurounitaria). Peraltro, sebbene già in risalenti pronunce della Corte di giustizia fosse stata enunciata la possibilità di prevedere un simile regime di responsabilità solidale invero in presenza di un coinvolgimento a vario titolo sia della capogruppo sia della controllata (si veda Corte di giustizia, sentenza del 6 marzo 1974, cause riunite 6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano SpA*, punto 41), la più compiuta e costante applicazione del regime di responsabilità solidale ha avuto una latente emersione, consolidatasi con la sentenza *Akzo*, insieme alla compiuta elaborazione della *parental liability presumption*.

⁴⁷⁸ Corte di giustizia, sentenza del 10 aprile 2014, causa C-231/11 P, *Siemens AG Österreich*, punto 57. In termini analoghi, si veda ad esempio anche Corte di giustizia, sentenza del 10 aprile 2014, cause riunite C-247/11 P e C-253/11 P, *Areva SA*, punto 122; nonché Corte di giustizia, sentenza del 25 novembre 2020, causa C-823/18 P, *European Commission c. GEA Group AG*, punto 61. Per completezza e per maggiore aderenza ai principi espressi dalle corti UE, si riporta anche la versione inglese dell'inciso riportato nel testo, tratto dal punto 61 della sentenza *European Commission c. GEA Group AG*: “As the EU law concept of joint and several liability for payment of a fine is merely the manifestation of an ipso jure legal effect of the concept of an ‘undertaking’, the determination of the amount of the fine in respect of which the Commission may demand payment in full by each of those held jointly and severally liable derives, in any individual case, from the application of that concept of an undertaking”. A scopo di completezza, si precisa che le pronunce appena citate fanno testualmente riferimento alla responsabilità solidale per il pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria irrogata da un'autorità garante della concorrenza. Beninteso, alla luce della medesima valenza della nozione d'impresa sia nell'ambito del *public enforcement* sia nell'ambito del *private enforcement*, le stesse conclusioni possono essere espresse, *mutatis mutandis*, in relazione alla responsabilità solidale sul piano risarcitorio.

⁴⁷⁹ Non è irrilevante evidenziare che in Corte di giustizia, sentenza del 10 aprile 2014, causa C-231/11 P, *Siemens AG Österreich*, punto 59, la Corte di giustizia ha di fatto esplicitamente rivelato anche una preminente giustificazione pratica del meccanismo di solidarietà, che, infatti, è ritenuto rappresentare “uno strumento giuridico supplementare a disposizione della Commissione inteso a rafforzare l'efficacia dell'azione della medesima nella

La previsione di una responsabilità solidale per infrazioni al diritto antitrust discenderebbe quindi dal rilievo della “unicità della condotta dell’impresa” sul mercato, che giustificerebbe che distinte persone giuridiche possano essere considerate obbligate in solido al pagamento della sanzione⁴⁸⁰, in quanto appartenenti al medesimo gruppo e, conseguentemente, rappresentando in via di principio un’unica impresa ai fini antitrust.

La previsione di una forma di responsabilità solidale tra le società che compongono l’impresa responsabile dell’infrazione al diritto antitrust è quindi il principale meccanismo estensivo della responsabilità antitrust nei gruppi, consentendo di superare il principio di responsabilità limitata e ampliare la platea dei legittimati passivi al pagamento delle sanzioni e, sul piano civilistico, al risarcimento dei danni causati dalla condotta anticoncorrenziale (beninteso, in coerenza con l’elaborazione sistematica relativa alla nozione unitaria di impresa, senza che ciò rappresenti un audace superamento come se avvenisse nel contesto del gruppo inteso in senso stretto).

5.2. La diversa durata dell’appartenenza alla *single economic entity* nel corso dell’illecito: l’impatto sulla sanzione (le variazioni nella composizione del gruppo e l’imputazione della sanzione)

Soprattutto nel caso di illeciti anticoncorrenziali che si protraggano per un vasto arco temporale, alla luce del summenzionato principio di solidarietà, l’identificazione dell’impresa, quale soggetto destinatario delle norme antitrust, può porre il problema di

*riscossione delle ammende inflitte per infrazioni al diritto della concorrenza, giacché tale meccanismo riduce, per la Commissione in quanto creditore del debito costituito da tali ammende, il rischio di insolvenza” (punto 59). Si vedano successivamente, in tal senso, fra le altre, Corte di giustizia, sentenza del 10 aprile 2014, cause riunite C-247/11 P e C-253/11 P, *Areva SA e altri*, punto 132, dove viene peraltro precisato che, ferma restando una simile finalità, la solidarietà esterna per la sanzione non può comunque consentire di irrogare una sanzione in solido a società che non sono mai appartenute alla medesima impresa; si veda anche Corte di giustizia, sentenza del 26 gennaio 2017, causa C-625/13 P, *Villeroy & Boch AG*, punto 152.*

⁴⁸⁰ Si veda Tribunale UE, sentenza del 3 marzo 2011, cause riunite da T-122/07 a T-124/07, *Siemens AG Österreich*, punto 151. La sentenza è stata successivamente oggetto di annullamento da parte della Corte di giustizia, pur tuttavia senza involgere “rimeditazioni” del principio appena espresso. Il rilievo all’unicità della condotta, appunto quale sintomo dell’esistenza di un’unica entità economica, emerge anche da Tribunale UE, sentenza del 29 aprile 2004, cause riunite T-236/01, T-239/01, da T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, *Tokai Carbon Co. Ltd.*, punti 59 – 63; nonché da Tribunale UE, sentenza del 3 marzo 2011, cause riunite T-117/07 e T-121/07, *Areva, société anonyme e altri*, punto 205.

determinare correttamente il criterio di attribuzione della responsabilità antitrust e, conseguentemente, della sanzione, qualora mutino le società identificabili come appartenenti alla *single economic entity* responsabile dell'infrazione⁴⁸¹.

In particolare, per la durata dell'illecito, la "composizione soggettiva" del gruppo (*rectius*, dell'impresa) di cui faccia parte la società coinvolta nella violazione potrebbe variare "in aumento" (ad esempio, a seguito dell'acquisizione di nuove società da parte del gruppo) o "per difetto" (ad esempio, a seguito della cessione di società il cui controllo era in precedenza riconducibile a un'entità del gruppo).

Analogamente, sempre nel periodo di durata dell'illecito, potrebbe essere oggetto di cessione il controllo della società direttamente coinvolta dell'illecito, mutandone la *parent company*.

In termini pratici, anche quanto alle possibili problematiche sottese al rapporto di solidarietà, si pone conseguentemente il problema di determinare le conseguenze di una simile diversa durata della partecipazione all'infrazione da parte delle società che compongono la *single economic entity* responsabile dell'illecito (o, più correttamente, della diversa durata dell'appartenenza a tale *single economic entity*⁴⁸²).

Peraltro, nel caso di mutamento a illecito in corso del controllo della società direttamente partecipante nell'infrazione, a rigore, non si tratterebbe neppure di diversa durata di appartenenza alla *single economic entity*; ma, del tutto, si dovrebbe ritenere che, nel

⁴⁸¹ Il tema è stato espressamente colto, ad esempio, dall'AG Pitruzzella nelle conclusioni rassegnate nella causa *GEA Group*: "Nel determinare i rapporti di solidarietà tra le diverse entità che compongono l'impresa che si è resa colpevole di un'infrazione [...], la Commissione deve tener conto, oltre che dell'evoluzione dei rapporti di controllo tra tali entità, anche dei cambiamenti intervenuti nella composizione dell'impresa. Quest'ultima può, infatti, assumere diverse configurazioni nel corso della sua partecipazione a un'infrazione, a seconda delle diverse entità che entrano a farne parte o che ne escono. Tali variazioni, che sono suscettibili di intervenire, in particolare, qualora, come nel caso di specie, l'infrazione si protragga per un lungo arco di tempo, non rimettono in questione né l'unicità dell'impresa in quanto soggetto imputabile dell'illecito, né l'unitarietà dell'ammenda ad essa inflitta [...]" (Conclusioni dell'AG Pitruzzella del 4 giugno 2020, causa C-823/18 P, Commissione europea c. GEA Group AG, punto 49).

⁴⁸² Esemplicativamente, si potrebbe immaginare il gruppo Alfa – qualificabile come una *single economic entity* ai fini antitrust –, composto dalla società Beta, autrice materiale dell'infrazione, controllata dalla società Gamma e, a sua volta, controllante la società Delta. Posta una violazione che si articola nel corso del periodo t (composto da $t1 + t2$), se nel corso di $t2$ Beta cedesse il controllo di Delta a una società terza, esterna al gruppo Alfa, Delta dovrebbe poter essere ritenuta solidalmente responsabile per la sanzione irrogata all'impresa Alfa solo in proporzione al periodo $t1$, non avendo più fatto parte dell'impresa responsabile della violazione nel corso del periodo $t2$ (per il quale potrebbero essere ritenute solidalmente responsabili solo Beta e Gamma).

corso dell'illecito, sia identificabile la partecipazione di due distinte imprese, ciascuna per una diversa frazione temporale⁴⁸³.

Ad ogni modo, in fattispecie quali quelle sopra ipotizzate, la prassi della Commissione europea – condivisa e affinata dalle corti UE – appare in via di principio quella di calcolare una sanzione (e determinare il rapporto di solidarietà) *pro quota*, tenendo conto dello specifico arco temporale di appartenenza alla *single economic entity* responsabile dell'infrazione⁴⁸⁴. Il principio della solidarietà nel pagamento della sanzione delle diverse società che appartengono alla medesima impresa si fonda pertanto sul corollario secondo cui il rapporto di solidarietà può riguardare solo il periodo di infrazione in cui tali società formavano insieme, per il diritto della concorrenza, un'unica entità economica⁴⁸⁵.

In tale prospettiva e rispetto alla fattispecie maggiormente ricorrente, la Corte di giustizia ha conseguentemente più volte precisato che una società non può essere ritenuta responsabile delle violazioni del diritto antitrust commesse dalle sue controllate, prima

⁴⁸³ Esemplificativamente, si ponga il caso della società Alfa, controllata dalla società Beta nel corso del periodo t1 e successivamente nel periodo t2 dalla società Gamma, identificabile come diversa "forza competitiva" rispetto a Beta. Nel caso di un illecito che si articoli nel periodo t (t1 + t2), per il periodo t1 saranno solidalmente responsabili della sanzione – in via di estrema semplificazione calcolata quale prodotto tra t1 e una percentuale del valore delle vendite interessate dall'infrazione – Alfa e Beta; per il periodo t2, saranno invece solidalmente responsabili della sanzione – in via di estrema semplificazione calcolata analogamente quale prodotto tra t2 e una percentuale del valore delle vendite interessate dall'infrazione – Alfa e Gamma. In una fattispecie analoga, infatti, la Corte di giustizia ha affermato che – in relazione al caso di specie – non si potesse condividere l'argomento della Commissione secondo cui, durante il periodo dell'infrazione, fosse esistita un'unica e medesima impresa, la cui struttura e capacità finanziaria avrebbero subito un'evoluzione nel tempo (si veda Corte di giustizia, sentenza del 4 settembre 2014, causa C-408/12 P, *YKK Corporation e altri*, punto 62; in quel caso, infatti, la YKK Stocko era stata acquisita dal gruppo YKK nel corso del periodo di durata dell'illecito rilevante; prima dell'acquisizione, pertanto, la società – la cui precedente denominazione sociale era in quel momento Stocko Fasteners GmbH e poi Stocko Verschluss technik GmbH & Co. KG – rappresentava un'impresa distinta rispetto al Gruppo YKK). In termini analoghi P. A. BIOLAN, *Joint and Several Liability For Fines in Undertakings With Varying Configurations in EU Competition Law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 13, 8, 2022, p. 535.

⁴⁸⁴ Più precisamente, come evidenziato anche dall'AG Pitruzzella nelle conclusioni rassegnate nella causa *GEA Group*, la responsabilità solidale esterna delle varie società che appartengano a un'impresa a cui sia imputata una violazione del diritto antitrust deve essere contenuta "entro i limiti ad esse individualmente applicabili, sia con riferimento ai rispettivi massimali del 10%, sia con riferimento al periodo in cui hanno fatto parte della medesima impresa che ha commesso l'infrazione" (Conclusioni dell'AG Pitruzzella del 4 giugno 2020, causa C-823/18 P, *Commissione europea c. GEA Group AG*, punto 53).

⁴⁸⁵ Tribunale UE, sentenza del 3 marzo 2011, cause riunite T-117/07 e T-121/07, *Areva, société anonyme e altri*, punto 206.

della data della loro acquisizione, “autonomamente” o nell’ambito dell’appartenenza a una diversa impresa.

Invero, per il periodo antecedente all’acquisizione, la controllata dovrebbe rispondere autonomamente – o, comunque, in solido con gli appartenenti alla “precedente” impresa – di simili infrazioni⁴⁸⁶. Infatti, fintantoché non abbia avuto luogo l’acquisizione, la “nuova” controllante non potrebbe essere ricondotta all’impresa responsabile dell’infrazione, persino nel caso in cui l’acquisizione fosse avvenuta ad infrazione ancora in corso (tale circostanza comporterebbe eventualmente solo una possibile responsabilità solidale dell’acquirente per il periodo successivo all’acquisizione).

Da ciò discende principalmente che, in via di principio, una società controllante potrà rispondere solidalmente dell’illecito commesso dalla controllata solo per il periodo dell’illecito nel quale abbia esercitato su di essa un’influenza determinante.

Invero, come osservato dalla Corte di giustizia, una diversa configurazione della solidarietà risulterebbe “*contraria al principio della personalità delle pene e delle sanzioni*” come interpretato dalle corti UE in ambito antitrust e, cioè, riferito all’impresa. Infatti, diversamente ragionando, sarebbe consentito all’autorità procedente esigere il pagamento di una sanzione nei confronti di un soggetto che, per un determinato periodo di infrazione, non faceva parte dell’impresa a cui era possibile imputare la responsabilità per l’illecito⁴⁸⁷.

Inoltre, una diversa configurazione della solidarietà, che non consentisse alle controllanti succedutesi nel tempo di “*conoscere con esattezza l’importo dell’ammenda cui sono tenute relativamente al periodo per il quale sono considerate responsabili in solido dell’infrazione insieme alla loro controllata*”, violerebbe altresì il principio di certezza del diritto⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Si veda, tra le più recenti, Corte di giustizia, sentenza del 4 settembre 2014, causa C-408/12 P, *YKK Corporation e altri*, punto 65. In precedenza, si veda ad esempio anche Corte di giustizia, sentenza del 16 novembre 2000, causa C-279/98 P, *Cascades SA*, punti 77 – 80; nonché Tribunale UE, sentenza del 14 dicembre 2006, cause riunite da T-295/02 a T-264/02 e T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e altri*, punto 333. Beninteso, la società acquirente potrebbe al più essere ritenuta responsabile in ragione dell’applicazione del principio di continuità economica, ad esempio nel caso in cui la società acquisita sia stata successivamente fusa per incorporazione.

⁴⁸⁷ Si veda, in tal senso, Corte di giustizia, sentenza del 10 aprile 2014, cause riunite C-247/11 P e C-253/11 P, *Areva SA e altri*, punto 131.

⁴⁸⁸ Si veda, in tal senso, Corte di giustizia, sentenza del 10 aprile 2014, cause riunite C-247/11 P e C-253/11 P, *Areva SA e altri*, punto 139.

Alla luce di quanto sopra espresso, la diversa durata della partecipazione all'infrazione – da intendere sia in via quale partecipazione “diretta” sia in via “derivata” sulla base dell'appartenenza all'impresa responsabile dell'infrazione – si può riflettere in via di principio su una diversa quantificazione della quota di responsabilità solidale per la sanzione complessivamente irrogata all'impresa⁴⁸⁹.

Nell'ambito del *private enforcement*, le osservazioni sopra svolte portano peraltro a ipotizzare che sia ragionevole ritenere che la diversa durata dell'appartenenza a un'impresa responsabile di un'infrazione antitrust possa rilevare anche ai fini di una responsabilità civile *pro rata temporis* per danni cagionati da illeciti antitrust⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ In via di principio, l'identificazione di una diversa quota di responsabilità solidale dovrebbe quindi discendere dall'applicazione di un diverso “moltiplicatore di durata” e una ripartizione proporzionale a tale durata degli ulteriori incrementi della sanzione, come ad esempio la *entry fee* (si veda, quale esempio di un simile approccio, la Decisione della Commissione europea del 2 aprile 2014, caso AT.39610 – *Cavi sottomarini*, spec. punto 1012, con particolare riguardo alla diversa durata dell'attribuzione della responsabilità per l'infrazione alla Pirelli & C. S.p.A., alla Prysmian S.p.A. e alla The Goldman Sachs Group Inc., che nel tempo si erano succedute quali controllanti della Prysmian Cavi e Sistemi S.r.l., società autrice materiale dell'infrazione, nonché punto 1015, in relazione alla diversa percentuale di ripartizione della *entry fee*, e punto 1078, recante la conclusiva diversa ripartizione in via solidale della sanzione; tra la giurisprudenza UE, si veda specialmente Tribunale UE, sentenza del 29 febbraio 2016, causa T-264/12, *UTi Worldwilde, Inc. e altri*, punto 319). In dottrina, si vedano in termini analoghi P. A. BIOLAN, *Joint and Several Liability For Fines in Undertakings With Varying Configurations in EU Competition Law*, cit., spec. p. 533 e ss. e casistica ivi citata, nonché C. KOENIG, *The Boundaries of the Firm and the Reach of Competition Law: Corporate Group Liability and Sanctioning in the EU and the US*, in M. Corradi e J. Nowag (a cura di), *The Intersections between Competition Law and Corporate Law and Finance*, Cambridge University Press, 2021, disponibile anche su SSRN al link <https://ssrn.com/abstract=3708958>, p. 26. Come già anticipato, infatti, in estrema semplificazione, ai fini della determinazione dell'importo base della sanzione una percentuale del valore delle vendite dei prodotti / servizi oggetto dell'infrazione è moltiplicata per gli anni di partecipazione all'illecito (si veda in tal senso il punto 19 degli Orientamenti della Commissione nonché il §7 delle Linee Guida AGCM). Premesso che il rilievo circa l'identificazione della partecipazione all'illecito di diverse imprese in successione nel tempo o di una medesima impresa diversamente composta nel periodo dell'infrazione non appare affrontato in maniera chiara e sistematica dall'autorità procedente, nei casi in cui si ritenga che la diversa ripartizione della sanzione avvenga nell'ambito della seconda fattispecie e, quindi, per una diversa durata dell'appartenenza alla *single economic entity* responsabile dell'infrazione, resta inteso che i vari importi, diversamente quantificati in relazione alle singole persone giuridiche, “facciano parte di un'unica ammenda, inflitta ad un'unica impresa, nelle sue diverse e successive configurazioni” (Conclusioni dell'AG Pitruzzella del 4 giugno 2020, causa C-823/18 P, *Commissione europea c. GEA Group AG*, punto 48; il rilievo è confermato successivamente anche da Corte di giustizia, sentenza del 25 novembre 2020, causa C-823/18 P, *European Commission c. GEA Group AG*, punto 71).

⁴⁹⁰ Si esprimono in tal senso C. KERSTING, J. OTTO, *The Civil Liability of the Economic Unit*, cit., pp. 17 – 18: “The question arises whether this constituent part is liable for the damages from the entire infringement or only *pro rata temporis*, for the period in which it was a part of the economic unit. It is correct to assume liability *pro rata temporis* [...]. They cannot be held responsible for damages due to the continuation of the cartel after their withdrawal. However, a kind of dual causality is conceivable if the infringement up to the point of withdrawal has subsequent effects and caused,

Applicando con i dovuti adattamenti i principi sopra espressi alle azioni per il risarcimento del danno antitrust, invero, sembrerebbe doversi poter concludere che eventuali danneggiati dovrebbero poter agire solo nei confronti di quelle società che, al momento del verificarsi dell'evento generatore del danno, appartenevano all'impresa responsabile dell'illecito.

5.2.1. (segue) il caso *Babcock* e la prassi potenzialmente incoerente adottata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nelle fattispecie di successione nel controllo del responsabile di un illecito antitrust

L'insegnamento della Corte di giustizia sopra descritto, in relazione alla rilevanza del dato temporale di acquisizione del controllo, non appare valorizzato nella prassi applicativa dell'Autorità Garante della Concorrenza, la quale, anzi, ha di recente del tutto disatteso il *modus operandi* delineato a livello eurounitario⁴⁹¹.

Nell'ambito delle impugnazioni promosse avverso il provvedimento emesso dall'AGCM all'esito del procedimento I806⁴⁹² – già analizzate *supra* al par. 4.1.2. per la loro rilevanza ai fini dell'applicazione della *parental liability presumption* – il Consiglio di Stato aveva parzialmente accolto uno dei ricorsi, limitatamente alla quantificazione della sanzione, demandando all'AGCM l'ulteriore necessaria attività di riesame. Più specificamente, implicitamente aderendo al suesposto orientamento eurounitario, secondo il Consiglio di Stato, la ricorrente – ritenuta solidalmente responsabile dell'illecito quale *parent company* di una delle società coinvolte – aveva giustamente evidenziato che l'AGCM “con riguardo all'inizio dell'illecito antitrust nel 2001, avrebbe dovuto tener conto, ai fini della

together with the continuation of the cartel after the withdrawal, damages that occur later. In this case, the exiting constituent part is also jointly liable for such damages” (la citazione è riferita a p. 17).

⁴⁹¹ A differenza dell'AGCM, risulta che altre autorità garanti nazionali applichino i principi sopra espressi pedissequamente agli insegnamenti eurounitari. Si veda ad esempio la *Décision n° 22-D-16 du 6 octobre 2022 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des verres optiques* dell'Autorité de la concurrence, §695, nella quale la società EssilorLuxottica SA è stata ritenuta responsabile, sulla base della *parental liability presumption*, per un'infrazione commessa da una controllata, solamente per il periodo successivo all'acquisizione del controllo.

⁴⁹² Provvedimento AGCM del 13 febbraio 2019, n. 27563 – I806 – AFFIDAMENTO APPALTI PER ATTIVITÀ ANTINCENDIO BOSCHIVO.

*corresponsabilità solidale tra Società controllante ed impresa controllante, del momento in cui fu effettivo il predetto controllo totalitario in poi*⁴⁹³.

Coerentemente con i principi sopra espressi, ci si sarebbe pertanto attesi che l'AGCM rimodulasse la sanzione irrogata, fra l'altro, ritenendo la *parent company* solidalmente responsabile solo per la porzione di sanzione corrispondente al periodo di partecipazione nell'illecito successivo all'acquisizione della controllata direttamente partecipante nell'infrazione. Rispetto alle circostanze del caso di specie, infatti, sarebbe parso coerente che l'AGCM traesse la conclusione che, quanto alla "articolazione soggettiva" di tale controllata (cioè, avuto riguardo alla denominazione sociale dell'entità al momento dell'adozione del provvedimento, Babcock Mission Critical Services Italia S.p.A.), nel tempo si fossero succedute diverse imprese, tra le quali – solo a partire dall'acquisizione del 2014 – quella riconducibile alla Babcock Mission Critical Services International S.A.⁴⁹⁴.

Sorprendentemente, invece, l'AGCM ha sostenuto che, ai fini sanzionatori, il rapporto di controllo potesse assumere rilievo – e lo avesse assunto – "*solo ai fini della quantificazione del massimo edittale*". Tuttavia, il dato temporale di acquisizione del controllo

⁴⁹³ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 18 agosto 2021, n. 5918. Successivamente, nell'ambito del ricorso avverso un provvedimento relativo a diversa fattispecie anticoncorrenziale, ha espresso analoghi principi TAR Lazio, sez. I, sentenza del 6 marzo 2023, n. 3699, chiarendo che "*in assenza di qualsiasi elemento concernente i rapporti tra le due società*" nel periodo antecedente l'acquisizione, una controllante può essere chiamata a rispondere in solido di un'infrazione commessa dalla controllata "*solo dopo l'acquisizione*". Il TAR Lazio ha pertanto ordinato all'AGCM di provvedere a rideterminare la sanzione irrogata alla controllante, tenendo conto dell'imputabilità a quest'ultima delle sole condotte successive all'acquisizione. L'AGCM non ha tuttavia ancora provveduto a rideterminare la misura della sanzione nella fattispecie *de qua*.

⁴⁹⁴ Infatti, come evidenziato anche al §1 del Provvedimento AGCM del 13 febbraio 2019, n. 27563 – 1806 – *AFFIDAMENTO APPALTI PER ATTIVITÀ ANTINCENDIO BOSCHIVO*, la presenza della Babcock Mission Critical Services Italia S.p.A. in Italia "*nell'offerta di servizi con elicottero è il risultato di un processo di crescita esterna [...]. In particolare, il gruppo spagnolo Inaer è entrato nel mercato italiano dei servizi con elicottero tramite l'acquisizione, nel maggio 2005, di Elidolomiti S.r.l. [...]; ha poi acquisito, nel novembre 2007, Elilario Italia S.p.A. [...] e, nel settembre 2009, Helitalia S.p.A. [...]. Nel maggio 2014 il gruppo Inaer ha formato a sua volta oggetto di acquisizione da parte di Babcock International Group PLC*". A ben vedere, per il periodo dell'infrazione, sembrerebbero *prima facie* essersi quindi susseguite una pluralità di imprese sul piano antitrust, tanto che – nel corso del procedimento – la Babcock aveva evidenziato di essere stata "*interessata da numerose vicende evolutive sotto il profilo soggettivo [...]*" e che in tale contesto sarebbe spettato all'Autorità fornire prova delle condotte anticoncorrenziali "*di ciascuna delle singole entità coinvolte e le eventuali responsabilità ascrivibili a Babcock "a titolo proprio" e nel suo attuale assetto e per il periodo successivo [all'acquisizione del controllo della società direttamente coinvolta nell'infrazione]*" (§214). A tutto voler concedere, pertanto, l'imputabilità dell'intera infrazione alla *parent company* Babcock Mission Critical Services International S.A. sarebbe al più potuta avvenire previa dimostrazione, da parte dell'AGCM, della sussistenza di un'unica impresa per tutto il periodo dell'infrazione, in applicazione del principio di continuità economica.

non avrebbe inciso su tale profilo, sicché da tale dato non avrebbe potuto in alcun modo conseguire una rimodulazione della sanzione nel *quantum*⁴⁹⁵.

Le conclusioni espresse dall'AGCM nel predetto provvedimento, come anticipato, appaiono però incoerenti con i principi espressi dalla giurisprudenza eurounitaria sinora ricostruiti.

Anzitutto, il dato temporale dell'esplicarsi del rapporto di controllo avrebbe dovuto rilevare anche quanto alla corretta identificazione della durata di partecipazione nell'illecito: invero, quanto alla *parent company* Babcock Mission Critical Services International S.A., la si sarebbe dovuta ritenere solidalmente responsabile per l'illecito solo a partire dall'acquisizione della Babcock Mission Critical Services Italia S.p.A.

In ogni caso, anche avuto riguardo alla sola quantificazione del massimo edittale, quanto alla Babcock Mission Critical Services Italia S.p.A., coerentemente con i principi espressi dalla Corte di giustizia nel giudizio *YKK*, sarebbe parso ragionevole che, per il periodo antecedente alla predetta acquisizione, le fosse applicato un diverso massimo edittale, non riferito alla capogruppo Babcock Mission Critical Services International S.A., bensì all'impresa di cui in precedenza avesse fatto parte⁴⁹⁶.

5.3. La natura “derivata” della responsabilità solidale dei soggetti diversi dall'autore materiale dell'illecito

Il principio di responsabilità solidale per l'infrazione antitrust (e per la relativa sanzione) degli appartenenti alla medesima impresa pone specifici problemi quando, tra le società solidalmente responsabili per la sanzione, solo una abbia materialmente partecipato all'infrazione; mentre la responsabilità solidale delle altre società discenda unicamente dall'appartenenza alla medesima impresa. Del resto, questa rappresenta la più frequente

⁴⁹⁵ Si veda il Provvedimento AGCM del 15 febbraio 2022, n. 30019 – I806C - *ACCORDI TRA OPERATORI DEL SETTORE DEI SERVIZI CON ELICOTTERO-RETTIFICA SANZIONE BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES ITALIA E BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES INTERNATIONAL*, §21.

⁴⁹⁶ Si tratta infatti dell'approccio di recente adottato anche da TAR Lazio, sez. I, sentenza del 6 marzo 2023, n. 3699, che, in una fattispecie analoga, ha appunto annullato *in parte qua* il provvedimento impugnato, concludendo che, per il periodo antecedente all'acquisizione, la sanzione dovesse essere contenuta nei limiti del 10% del fatturato della controllata, rinviando all'AGCM la concreta rideterminazione della sanzione.

fattispecie di applicazione del principio di solidarietà, piuttosto che il caso in cui più di una società parte della medesima impresa abbia direttamente partecipato all'infrazione.

La valorizzazione di tale elemento svela un approccio delle corti UE che, seppur tentando di applicare rigorosamente la *single economic entity doctrine*, mantenendo il *focus* sanzionatorio sull'impresa, quale unico responsabile, non può pretermettere completamente la distinta soggettività giuridica delle società che appartengano al gruppo⁴⁹⁷ (e, quindi, alla medesima impresa).

Appare significativo valorizzare un simile rilievo, tenuto conto che le corti UE hanno ripetutamente sostenuto che, in via di principio, la responsabilità delle società non coinvolte materialmente nell'infrazione è di carattere integralmente derivativo e dipende necessariamente dai fatti e dalle caratteristiche della condotta della società direttamente

⁴⁹⁷ Si veda anche C. KOENIG, *The Boundaries of the Firm and the Reach of Competition Law: Corporate Group Liability and Sanctioning in the EU and the US*, cit., p. 15. Secondo il medesimo autore l'approccio delle corti UE alla *parental liability* sarebbe emblematico di tale discrasia. Da un lato, infatti, l'affermazione secondo cui la "responsabilità personale" dell'illecito è riferibile alla *single economic entity* equivale a sostenere che la stessa *parent company* sia il reale responsabile dell'infrazione, sicché la responsabilità della controllante dovrebbe essere "*original, primary and independent of that of its subsidiary*"; dall'altro, nel ritenere che la *parental liability* implichi l'imputazione alla controllante della condotta della controllata, le corti UE svelano un approccio volto a ritenerla responsabile in via indiretta e "*control-based*" (si veda C. KOENIG, *An economic analysis of the single economic entity doctrine in EU Competition Law*, cit., p. 286).

partecipante nell'illecito⁴⁹⁸. Nondimeno, anche la società responsabile a titolo derivativo è ritenuta aver commesso essa stessa l'illecito anticoncorrenziale⁴⁹⁹.

Da tale rilievo discende anche la considerazione secondo cui, in via di principio, la quota di responsabilità della società responsabile a titolo derivativo non dovrebbe eccedere quella della società direttamente coinvolta nell'infrazione, essendo da questa direttamente dipendente⁵⁰⁰.

Il principio che implica l'impossibilità di imputare alla società responsabile in via derivata una sanzione eccedente a quella della società direttamente coinvolta nell'infrazione, se lineare nella sua teorizzazione, si presta peraltro a determinate difficoltà applicative⁵⁰¹.

La concreta applicazione di tale principio potrebbe infatti astrattamente risultare operativamente limitata dalle dinamiche processuali di impugnazione dei provvedimenti sanzionatori e dall'esigenza di garantire il rispetto del divieto di statuire *ultra petita*.

⁴⁹⁸ Si veda, ad esempio, Corte di giustizia, sentenza del 27 aprile 2017, causa C-516/15 P, *Akzo Nobel NV e altri*, punto 61: “[...] In questo caso, infatti, la responsabilità della società controllante trae la propria origine nel comportamento illegittimo della sua controllata, che è stato attribuito alla controllante in considerazione dell’unità economica che costituiscono tali società. Di conseguenza, la responsabilità della società controllante dipende necessariamente dai fatti costitutivi dell’infrazione commessa dalla sua controllata, ai quali la sua responsabilità è inscindibilmente connessa”; successivamente, tali principi sono stati ripresi, ad esempio, in Tribunale UE, sentenza del 13 dicembre 2018, causa T-827/14, *Deutsche Telekom AG*, punto 498. Invero, si deve precisare che i principi in questione sono stati sempre espressi in fattispecie di applicazione della *parental liability*. Ad ogni modo, gli stessi dovrebbero essere ritenuti applicabili generalmente nell’ambito di qualsiasi rapporto intragruppo (e, quindi, non solo nel caso in cui la controllata sia la responsabile diretta e la controllante derivata; si veda anche P. A. BIOLAN, *Joint and Several Liability For Fines in Undertakings With Varying Configurations in EU Competition Law*, cit., p. 532). Appare poi interessante notare che, a livello nazionale, una recente pronuncia del Consiglio di Stato lascia ipotizzare che il principio della responsabilità derivata della *parent company* non sia sempre applicato in maniera rigorosa. Più nel dettaglio, a valle dell’annullamento nel merito del provvedimento oggetto di impugnazione, al fine di escludere anche la responsabilità della *parent company*, il Consiglio di Stato non ha richiamato il principio della responsabilità derivata, limitandosi a sostenere che all’esito del giudizio si fosse giunti a escludere la “sussistenza dell’abuso sul piano oggettivo”, elemento che non sarebbe potuto “che valere per tutti i soggetti che sono stati considerati parti dall’Autorità”. Tuttavia, poiché nel caso di specie, la società controllante e la società controllata erano state ritenute dall’Autorità un’unica impresa, sarebbe parso più coerente considerarle come un’unica parte ed escludere la responsabilità della *parent company* in applicazione del principio di responsabilità derivata (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 1 dicembre 2022, n. 10571).

⁴⁹⁹ Corte di giustizia, sentenza del 10 aprile 2014, causa C-231/11 P, *Siemens AG Österreich*, punto 47: “Anche se [...] la società controllante [...] è ritenuta aver commesso essa stessa l’infrazione alle regole di concorrenza del diritto dell’Unione, la sua responsabilità per l’infrazione è interamente derivata da quella della controllata”.

⁵⁰⁰ Corte di giustizia, sentenza del 17 settembre 2015, causa C-597/13 P, *Total SA*, punti 38 e 41.

⁵⁰¹ Lo sostiene anche P. MANZINI, *L'imputabilità delle infrazioni antitrust nei gruppi di società*, cit., p. 337.

Infatti, qualora la società responsabile in via “derivata” impugnasse il provvedimento sanzionatorio sulla base di motivi differenti da quelli della società responsabile in via “diretta”, potrebbero in astratto darsi esiti dei giudizi differenti, dai quali potrebbero altresì in ipotesi scaturire, in caso di accoglimento, distinte riduzioni della sanzione.

È precisamente il problema che si è posto nel giudizio *Tomkins*, nell’ambito del quale le corti UE hanno chiaramente definito il rapporto tra divieto dello statuire *ultra petita* e attribuzione della responsabilità antitrust in applicazione della *single economic entity doctrine*.

Più specificamente, in quel caso, in sede di impugnazione, il Tribunale UE aveva accolto le censure della società controllata, direttamente coinvolta nell’infrazione, con le quali era stata dedotta una durata della partecipazione al preteso illecito inferiore rispetto a quella accertata dalla Commissione. In accoglimento di tali deduzioni, il Tribunale UE aveva ridotto la sanzione irrogata in maniera proporzionale.

Dal canto suo, la *parent company* aveva mosso analoghe deduzioni, tuttavia censurando l’accertamento della Commissione per una durata più breve rispetto a quella oggetto dei rilievi mossi dalla controllata. Nondimeno, il Tribunale UE aveva disposto la medesima riduzione della sanzione anche per la *parent company*, proprio in applicazione del principio secondo cui la responsabilità di quest’ultima sarebbe stata di natura puramente derivata rispetto a quella della controllata.

In sede di impugnazione, la Corte di giustizia è stata pertanto chiamata a pronunciarsi sulle censure mosse dalla Commissione, secondo la quale il Tribunale avrebbe violato il principio del divieto di pronunciarsi *ultra petita*, che non avrebbe potuto essere pretermesso neppure nel caso in cui due società fossero state condannate in solido al pagamento di una sanzione perché appartenenti alla medesima unità economica.

La Corte di giustizia ha tuttavia confermato la sentenza del Tribunale, sostenendo che, tenuto conto che la responsabilità della società controllante ha natura derivata e non può eccedere quella della controllata direttamente partecipante nell’illecito, il Tribunale non avrebbe violato il principio del divieto di statuire *ultra petita* nel tener conto dell’esito del ricorso presentato dalla controllata, per annullare coerentemente la decisione anche rispetto

alla *parent company*. Secondo la Corte di giustizia, “per imputare una responsabilità ad una qualsiasi entità di un gruppo, occorre che sia prodotta la prova che almeno un’entità ha commesso un’infrazione delle regole di concorrenza dell’Unione”⁵⁰². Dunque, la rimodulazione della durata della partecipazione della controllata all’illecito avrebbe comportato, per il periodo controverso, l’assenza di prove circa la sussistenza di una violazione da parte quantomeno di una società appartenente all’impresa.

Secondo la Corte di giustizia, pertanto, la verifica del “*medesimo oggetto*” di due ricorsi, al fine di verificare l’eventuale violazione del principio di non statuire *ultra petita*, in simili fattispecie non richiederebbe che la portata dei ricorsi sia perfettamente identica, risultando sufficiente che entrambe le società appartenenti alla medesima impresa abbiano, in generale, censurato la durata dell’infrazione asserita dalla Commissione⁵⁰³.

⁵⁰² Corte di giustizia, sentenza del 22 gennaio 2013, causa C-286/11 P, *Tomkins plc*, punti 36 – 44. La citazione è tratta dal punto 37.

⁵⁰³ Corte di giustizia, sentenza del 22 gennaio 2013, causa C-286/11 P, *Tomkins plc*, punti 43 – 49. Dalle considerazioni della Corte di giustizia appare potersi trarre la conclusione che, nel caso di specie, qualora la *parent company* non avesse del tutto proposto alcun motivo di ricorso volto a censurare la pretesa erronea durata dell’infrazione, come determinata dalla Commissione, non avrebbe potuto beneficiare di un eventuale annullamento *in parte qua* della decisione, ottenuto dalla controllata all’esito del suo ricorso. Una simile conclusione appare del resto coerente con il rilievo, già evidenziato, secondo il quale la *parent company* non potrebbe beneficiare di un eventuale annullamento della decisione controversa ottenuto dalla controllata, qualora essa stessa non abbia impugnato la decisione. In tal senso, si veda anche Corte di giustizia, sentenza del 17 settembre 2015, causa C-597/13 P, *Total SA*, punto 39, nella quale si evidenzia che, sul piano procedurale, è necessaria “la proposizione da parte della controllata e della controllante di ricorsi paralleli aventi il medesimo oggetto”. Più nel dettaglio, nel caso *Total*, la Corte di giustizia ha annullato la sentenza del Tribunale nella parte in cui aveva rigettato il ricorso del *Total SA* (la *parent company*), non adeguandone la relativa sanzione a quella rideterminata nei confronti della controllata direttamente partecipante all’infrazione, perché il ricorso di quest’ultima era stato accolto sulla base di deduzioni non mosse dalla *Total SA* nel proprio ricorso. Ad ogni modo, in dottrina non sono mancate voci critiche rispetto ai principi espressi dalle corti UE nella causa *Tomkins* e successivamente confermati, ad esempio, in *Total* (si veda P. MANZINI, *L’imputabilità delle infrazioni antitrust nei gruppi di società*, cit., p. 337, che afferma che la soluzione a cui sono giunti le corti UE “è indubbiamente ispirata al principio secondo il quale la responsabilità della controllante non può eccedere quella della controllata, ma non può non notarsi che, per raggiungerla, la Corte è costretta ad una qualche contorsione argomentativa, posto che, in sostanza, afferma che il *petitum* dei due ricorsi può essere il ‘medesimo’ anche laddove non è ‘identico’”).

5.3.1. (segue) le eccezioni al divieto di applicare alla controllante una sanzione eccedente rispetto a quella della controllata: casistica e problematiche applicative

In aggiunta alle predette considerazioni più propriamente inquadrabili su un piano processuale e/o procedurale, i principi sinora espressi soffrono eccezioni solamente nel caso in cui sussistano circostanze eccezionali idonee a caratterizzare individualmente la posizione della società responsabile a titolo derivativo. Tale analisi involge valutazioni particolarmente controverse.

Anzitutto, la principale fattispecie idonea a caratterizzare individualmente la posizione della società responsabile a titolo derivativo è rappresentata dalla disgregazione dell'unità economica responsabile dell'illecito al momento dell'adozione della decisione sanzionatoria⁵⁰⁴. In tal caso, come si chiarirà *infra* al par. 5.5.1., tale circostanza potrebbe fra l'altro comportare l'applicazione di distinti massimi edittali alle società a cui sia stata irrogata solidalmente la sanzione. Tuttavia, in una simile ipotesi, l'appartenenza a due diverse imprese risulta elemento idoneo e sufficiente a consentire l'applicazione di sanzioni differenziate, senza violare il principio per il quale la sanzione irrogata alla società responsabile a titolo derivativo non dovrebbe eccedere quella irrogata alla società dalla cui condotta deriva una simile responsabilità⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ P. A. BIOLAN, *Joint and Several Liability For Fines in Undertakings With Varying Configurations in EU Competition Law*, cit., p. 532, riconduce a tale casistica anche le fattispecie di diversa durata dell'appartenenza alla *single economic entity* responsabile dell'infrazione. Tuttavia, una rigorosa applicazione della teoria dell'unità economica suggerisce che, in tal caso, non si riscontri l'applicazione di sanzioni diverse a società nondimeno appartenenti alla medesima impresa responsabile dell'infrazione. Al contrario, l'applicazione di distinte sanzioni discende proprio dalla non appartenenza, per un determinato periodo, di una società all'impresa responsabile dell'infrazione.

⁵⁰⁵ In ipotesi, dunque, è in via di principio legittimo irrogare una sanzione nei confronti della controllante, responsabile a titolo derivativo, maggiore rispetto a quella della controllata direttamente coinvolta nell'infrazione. Si veda Decisione della Commissione del 29 giugno 2016, caso COMP/38.589 – *Heat Stabilisers*, punto 11, con la quale è stata parzialmente modificata la Decisione della Commissione dell'11 novembre 2009, caso COMP/38.589 – *Heat Stabilisers*: “*Since the application of the 10% ceiling takes into account the circumstances of an undertaking at the time of the decision, the determination of the 10% ceiling is not a common element of the fine setting with a subsidiary that has been sold by that time. Moreover, the 10% ceiling has no link to factors which are relevant for the finding of an infringement. In view of the above, neither the derivative nature of liability nor the principle of equal treatment require that the ceiling for the fine imposed on GEA be the same as the ceiling for the fine imposed on its former subsidiary ACW*”.

Un altro interessante esempio dei criteri di determinazione di quali altre circostanze possano essere qualificate come “individuali” è offerto nella sentenza *Akzo Nobel* del 2017.

Più nel dettaglio, in quel caso, la Commissione europea aveva accertato una violazione degli allora artt. 81 CE e 53 dell’Accordo SEE, fra l’altro, da parte delle società appartenenti al gruppo Akzo, le quali – in estrema semplificazione – avevano preso parte a un’infrazione posta in essere tra il 1987 e il 2000, nel settore degli stabilizzanti a base di stagno e in quello dell’olio di soia epossidato e degli esteri⁵⁰⁶.

Quanto alla posizione della capogruppo Akzo Nobel NV, la Commissione le aveva imputato l’infrazione, per il periodo 1987 – 1993, in applicazione della *parent company liability* e, perciò, soltanto in via derivata rispetto alle controllate a quel tempo materialmente coinvolte nell’illecito (Akzo Nobel Chemicals GmbH e Akzo Nobel Chemicals NV). Tuttavia, per il periodo successivo al 1993, le predette controllate avevano “abbandonato” l’intesa, che era stata proseguita da diverse società del gruppo, sicché l’infrazione era stata comunque imputata alla capogruppo Akzo Nobel NV anche successivamente al 1993.

In sede di impugnazione, il Tribunale UE aveva annullato la sanzione solamente nei confronti delle controllate Akzo Nobel Chemicals GmbH e Akzo Nobel Chemicals NV, in ragione dell’intervenuta prescrizione (i primi atti d’indagine erano dalla Commissione stati compiuti solo nel 2003); ma non nei confronti della capogruppo Akzo Nobel, per la quale, secondo il Tribunale, la prescrizione non poteva ritenersi essere intervenuta, perché l’illecito era stato imputato a quest’ultima fino all’anno 2000.

La capogruppo aveva quindi censurato le conclusioni del Tribunale innanzi alla Corte di giustizia, sostenendo che il Tribunale avesse violato il principio secondo cui la responsabilità della controllante, di natura derivata, non avrebbe potuto eccedere quella delle controllate materialmente coinvolte nell’illecito. In conseguenza di ciò, secondo la Akzo Nobel, il Tribunale avrebbe dovuto ritenere che, anche per essa, l’infrazione fosse prescritta, quantomeno per il periodo – tra il 1987 e il 1993 – nel quale le era stata imputata solamente in ragione del rapporto di controllo esercitato su società per le quali l’illecito era stato ritenuto prescritto.

⁵⁰⁶ Decisione della Commissione europea dell’11 novembre 2009, caso COMP/38.589 – *Stabilizzanti termici*.

Anche la Corte di giustizia ha tuttavia disatteso le deduzioni della Akzo Nobel, ritenendo che, in ogni caso, i comportamenti illeciti relativi al primo periodo dell'infrazione dovevano comunque essere ritenuti commessi dalla *parent company*, appartenente alla medesima impresa della controllata. Inoltre, a prescindere dalla natura derivata della responsabilità della capogruppo, il trattamento differenziato rispetto alle controllate sarebbe stato giustificato da fattori individualmente riferibili alla capogruppo (cioè la perdurante imputazione dell'illecito)⁵⁰⁷.

Il precedente sopra menzionato svela peraltro tutte le criticità e le contraddizioni interne di un approccio secondo cui, da un lato, il destinatario delle norme antitrust è l'impresa e, quindi, le singole società che la compongono devono essere ritenute personalmente responsabili per eventuali infrazioni del diritto antitrust alle quali abbia nondimeno preso parte solo una società del gruppo; dall'altro, la responsabilità delle società non direttamente coinvolte è di natura puramente derivativa e non potrebbe eccedere quella della società direttamente partecipante.

La sentenza *Akzo* denota infatti un'applicazione dei principi in materia di responsabilità derivata di natura incongrua, non prevedibile e in contrasto con il principio di certezza di diritto. Ad eccezione dei casi in cui al momento dell'accertamento di un'infrazione una determinata società non faccia più parte dell'impresa responsabile dell'infrazione antitrust, non è infatti chiaro cosa si debba intendere per circostanze che caratterizzano "individualmente" la posizione delle società del gruppo non direttamente coinvolte nell'infrazione. Il richiamo alla natura "individualizzante" di talune circostanze, tali da giustificare un trattamento differenziato sul piano sanzionatorio del soggetto responsabile in via derivata, appare dunque privo di qualsivoglia rigoroso appiglio metodologico.

⁵⁰⁷ Corte di giustizia, sentenza del 27 aprile 2017, causa C-516/15 P, *Akzo Nobel NV e altri*, punti 71 – 76. Si veda, in particolare, il principio espresso al punto 71, secondo cui "la circostanza che a talune società non possano più essere inflitte sanzioni a causa dell'intervenuta prescrizione non osta a che venga perseguita un'altra società considerata responsabile a titolo personale e in solido con esse per i medesimi comportamenti anticoncorrenziali, e nei confronti della quale la prescrizione non è maturata".

Invero, nella misura in cui le società solidalmente responsabili di un illecito facciano ancora parte del medesimo gruppo (*rectius*, impresa) al momento del relativo accertamento dell'autorità procedente, anche la verifica della sussistenza di eventuali circostanze, quali la prescrizione, che precludano l'esercizio del potere sanzionatorio dell'autorità procedente sembrerebbe dover essere svolta in relazione all'impresa nel suo complesso e non alle singole persone giuridiche che la compongono.

Pertanto, nel caso *Akzo*, sarebbe anzitutto parso ragionevole determinare se, quanto al gruppo *Akzo*, per tutta la durata dell'infrazione fosse stata ritenuta responsabile la medesima impresa⁵⁰⁸ oppure se, in relazione a ciascuna "fase" dell'infrazione, fosse stata individuata una distinta impresa⁵⁰⁹.

Nel primo caso, l'interruzione della prescrizione intervenuta, eventualmente, solo nei confronti di una delle società appartenenti all'impresa responsabile dell'infrazione avrebbe dovuto rilevare tutte le società appartenenti all'impresa. Diversamente ragionando, infatti, in *Akzo* sembrerebbe essere stato introdotto un elemento di incoerenza nel sistema antitrust e nei criteri di imputazione di responsabilità intragruppo sulla base della *single economic entity doctrine*⁵¹⁰ (sebbene con un approccio maggiormente rispettoso della distinta personalità giuridica delle società appartenenti alla medesima impresa).

⁵⁰⁸ Se, sulla base dei principi espressi in *Sumal*, è in via di principio possibile ritenere una controllata solidalmente responsabile per un'infrazione materialmente commessa dalla propria controllante, nel caso di specie nulla ostava a ritenere le società *Akzo Nobel Chemicals GmbH* e *Akzo Nobel Chemicals NV* solidalmente responsabili anche per il periodo successivo all'interruzione della loro partecipazione diretta all'infrazione, in caso di dimostrazione della loro appartenenza alla medesima unità economica responsabile dell'infrazione per il periodo successivo.

⁵⁰⁹ Non può infatti ignorarsi che, per tutta la durata dell'illecito, la Commissione europea aveva imputato l'illecito *de quo* alla capogruppo *Akzo Nobel NV* solo in via solidale, quale controllante delle società, nel tempo, materialmente coinvolte nell'illecito (Decisione della Commissione dell'11 novembre 2009, caso COMP/38.589 – *Heat Stabilisers*, punto 671.a). Un elemento formale, come quello del controllo, non sembrerebbe dunque idoneo a rappresentare un ipotetico elemento individualizzante idoneo a fondare un diverso trattamento sanzionatorio della società responsabile in via derivata. Si evidenzia tuttavia che, in dottrina, la soluzione adottata dalla Corte di giustizia nel caso *Akzo* ha incontrato riscontri favorevoli (si veda P. MANZINI, *L'imputabilità delle infrazioni antitrust nei gruppi di società*, cit., p. 338, che ha ritenuto l'approccio "condivisibile perché nel caso, in ultima analisi, in relazione alla controllante il termine di prescrizione certamente non era trascorso", tuttavia evidenziando come ciò denoti che "il principio secondo il quale la responsabilità della controllante non può eccedere quella della controllata può rimanere privo di effetti, in considerazione delle particolari circostanze del caso e degli specifici istituti giuridici che vengono in rilievo").

⁵¹⁰ La Corte di giustizia ha infatti sostenuto che "le regole del diritto della concorrenza dell'Unione, comprese quelle relative al potere sanzionatorio della Commissione, nonché i principi del diritto dell'Unione della responsabilità personale

Nel secondo caso, invece, sarebbe parso ragionevole ritenere che l'eventuale perdurante imputazione di responsabilità nei confronti della capogruppo, nell'ambito di una diversa impresa, non avrebbe dovuto avere rilievo ai fini della verifica dello spirare del termine di prescrizione per la (diversa) impresa responsabile per il periodo compreso tra il 1987 e il 1993. Pertanto, ma solamente rispetto a tale arco temporale, anche rispetto alla capogruppo Akzo Nobel NV si sarebbe dovuta riconoscere l'intervenuta prescrizione, quale società appartenente all'impresa nei cui confronti il periodo di prescrizione poteva ritenersi raggiunto.

5.4. Come individuare il fatturato da prendere in considerazione ai fini della determinazione del massimo edittale: nuove prospettive dalla giurisprudenza amministrativa italiana

Con specifico riguardo al *public enforcement*, la nozione economica d'impresa involge un ulteriore profilo di complessità, relativo alla determinazione dell'importo massimo delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogabile per violazioni del diritto della concorrenza.

Il rilievo di partenza, che verrà esaminato più nel dettaglio *infra* al par. 5.5., è che l'importo della sanzione non dovrebbe superare il 10% del fatturato totale mondiale dell'impresa in senso antitrust, nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente all'imposizione della sanzione in relazione alla quale deve essere valutato il rispetto del massimo edittale⁵¹¹.

Ebbene, in via di principio, l'identificazione del massimo edittale rilevante ai fini del più volte menzionato limite del 10% del fatturato si fonda su una quantificazione frutto della considerazione del fatturato di tutte le società che appartengono all'impresa, al netto delle

per l'infrazione e della personalità delle pene e delle sanzioni, da osservare in occasione dell'esercizio di tale potere sanzionatorio, riguardano solo l'impresa in quanto tale e non le persone fisiche o giuridiche che ne fanno parte" (Corte di giustizia, sentenza del 10 aprile 2014, causa C-231/11 P, Siemens AG Österreich, punto 56). A prescindere dalla divisibilità o meno di un simile argomento, in Akzo sembrerebbe che la Corte di giustizia abbia appunto fatto un'applicazione "personale" dell'istituto della prescrizione rispetto alle singole società appartenenti all'impresa e non a quest'ultima.

⁵¹¹ Si veda, in particolare, a livello UE, l'art. 23, para. 2, del Regolamento (CE) n. 1/2003; nonché, a livello nazionale, l'art. 15, co. 1-bis, della l. 287/90.

vendite infragruppo⁵¹². La Corte di giustizia ha infatti sostenuto che “quando occorre valutare le risorse finanziarie di un’impresa” si dovrebbe tener conto del fatturato “di tutte le società nei confronti delle quali l’impresa interessata gode della possibilità di esercitare un’influenza determinante”, sicché “qualora l’impresa alla quale è imputata l’infrazione sia al vertice di un gruppo di società che costituiscono un’unità economica, il fatturato da prendere in considerazione [...] è quello del gruppo complessivamente inteso”⁵¹³.

Dunque, è il fatturato consolidato dalla società capogruppo (*rectius*, dalla società al più “alto” livello della catena di controllo tra quelle coinvolte nel procedimento) a rappresentare, in via di principio, il fatturato dell’impresa responsabile dell’infrazione antitrust, sulla base del quale determinare il massimo edittale⁵¹⁴.

Ebbene, un’applicazione formalistica dei predetti principi porterebbe a prendere in considerazione il solo fatturato della capogruppo, in via di principio identificativo del fatturato complessivo dell’impresa.

Tale orientamento appare essere quello largamente maggioritario, se non totalitario, per anni mai posto in discussione né dalle autorità garanti della concorrenza nazionali né dalle corti nazionali o UE in sede di impugnazione⁵¹⁵.

⁵¹² P. MANZINI, *L'imputabilità delle infrazioni antitrust nei gruppi di società*, cit., p. 336: “il tetto del 10% dev’essere calcolato sulla base del volume d’affari complessivo di tutte le società che costituiscono l’entità economica che agisce in qualità di impresa”.

⁵¹³ Corte di giustizia, sentenza del 26 novembre 2013, causa C-48/12 P, *Groupe Gascogne SA*, punti 51 – 52. Si evidenzia, peraltro, come nei passaggi citati la Corte di giustizia impieghi, anche nella versione inglese, in maniera non rigorosa e invero confusoria i termini “società” e impresa (profilo di criticità sul piano terminologico già evidenziato introduttivamente *supra* al par. 1. del I capitolo).

⁵¹⁴ A scopo puramente esemplificativo si veda il Provvedimento AGCM del 30 novembre 2021, n. 29925 – A528 – *FBA AMAZON*, §883, dove l’AGCM espressamente afferma che “L’importo della sanzione [...] risulta inferiore al limite edittale calcolato sul fatturato consolidato realizzato a livello mondiale dalla società Amazon Europe Core S.à r.l. nell’anno 2020 ovvero, più specificamente, pari al [1 2%] di tale fatturato”. Si veda anche Corte di giustizia, sentenza del 26 novembre 2013, causa C-48/12 P, *Groupe Gascogne SA*, punto 55: “Ne consegue che, avendo dimostrato a sufficienza di diritto l’imputabilità di un’infrazione ad una società che si trovi al vertice di un gruppo, la Commissione può, ai fini della valutazione della capacità finanziaria di detta società, prendere in considerazione i conti consolidati di quest’ultima in quanto tali conti possono essere considerati un elemento pertinente di valutazione”. In dottrina, si vedano ad esempio F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra 'responsabilità personale' e finalità dissuasive*, cit.

⁵¹⁵ Il rilievo merita una precisazione. In passato, la Corte di giustizia ha escluso che fosse onere dell’autorità procedente dimostrare “che ogni controllata che fa parte del gruppo non determini autonomamente il proprio comportamento” e che “[e]ventualmente” è “la società che ritiene che il fatturato consolidato non corrisponda alla realtà economica ad essere tenuta a presentare gli elementi idonei a confutare l’esistenza di un potere di controllo della controllante” (Corte di giustizia, sentenza del 26 novembre 2013, causa C-48/12 P, *Groupe Gascogne SA*, punto

Recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa nazionale potrebbero però aver scalfito il formalismo di cui si è appena dato conto.

In un primo gruppo di precedenti, i giudici amministrativi hanno escluso che, nel caso di infrazioni imputate alla (sola) capogruppo, la sanzione possa essere quantificata automaticamente sulla base del relativo bilancio consolidato, dovendosi identificare i dati fatturato identificativi dell'entità economica cui imputare la condotta illecita. E ciò non solo rispetto all'identificazione del valore delle vendite da prendere in considerazione per determinare l'importo base della sanzione, punto sul quale si tornerà *infra* al par. 5.6., ma anche e soprattutto per la determinazione del massimo edittale, in mancanza di prove dell'effettivo esercizio di un'influenza determinante della controllante sulle sue controllate⁵¹⁶. Tali precedenti, tutti relativi a ricorsi da parte di distinte imprese avverso la

57). Dunque, ancorché apparentemente con una ripartizione dell'onere probatorio diversa da quella fatta propria dal Consiglio di Stato di cui si dirà a breve, si potrebbe persino sostenere che la Corte di giustizia non abbia mai imposto che il fatturato consolidato della capogruppo debba necessariamente rappresentare il parametro per la determinazione del massimo edittale, come ipotizzato. In via di principio, quindi, si potrebbe sostenere che, anche per la Corte di giustizia, dal fatturato dell'impresa dovrebbero sempre poter essere "espunti" i fatturati di quelle società che non appartengono alla *single economic entity* responsabile dell'infrazione.

⁵¹⁶ Si vedano TAR Lazio, sez. I, sentenza del 28 luglio 2017, n. 9062 (confermata da Consiglio di Stato, sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5561), nonché TAR Lazio, sez. I, sentenza del 28 luglio 2017, n. 9057 (confermata da Consiglio di Stato, sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5562). In particolare, a seguito delle pronunce di primo grado, l'AGCM aveva avviato altrettanti procedimenti per la rideterminazione delle sanzioni irrogate, inizialmente applicando i summenzionati principi al solo fine dell'identificazione del valore delle vendite nel senso di cui sopra, ritenendo che le pronunce dei giudici amministrativi andassero interpretate nel senso di non riferirsi anche all'identificazione del massimo edittale (provvedimento AGCM n. 27016 del 31 gennaio 2018 – proc. I783B2 – *Accordo tra Operatori del Settore Vending – Rideterminazione della sanzione Supermatic*; provvedimento AGCM n. 27015 del 31 gennaio 2018 – proc. I783B1 – *Accordo tra Operatori del Settore Vending – Rideterminazione della sanzione Sellmat*). Le imprese interessate hanno così nuovamente adito i giudici amministrativi, in sede di ottemperanza, ove è stato definitivamente chiarito che il summenzionato approccio dovesse necessariamente rilevare "per il calcolo della sanzione in tutte le sue declinazioni", quindi altresì ai fini della determinazione del massimo edittale (si veda TAR Lazio, sez. I, sentenza del 2 luglio 2018, n. 7276, confermata da Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 4 marzo 2019, n. 1487; nonché TAR Lazio, sez. I, sentenza del 10 luglio 2018, n. 7658, confermata da Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 19 marzo 2019, n. 1801). L'AGCM ha così definitivamente rideterminato le sanzioni, nel senso definitivamente precisato dai giudici amministrativi (si vedano il provvedimento AGCM n. 27275 del 20 luglio 2018 – proc. I783B2 – *Accordo tra Operatori del Settore Vending – Rideterminazione della sanzione Supermatic*; nonché il provvedimento AGCM n. 27306 dell'8 agosto 2018 – proc. I783B1 – *Accordo tra Operatori del Settore Vending – Rideterminazione della sanzione Sellmat*).

Peraltro, secondo i giudici amministrativi, il mancato coinvolgimento delle altre società del gruppo – oltre alla capogruppo – potenzialmente responsabili e coinvolte nell'infrazione, avrebbe dimostrato l'esclusione della ricorrenza di un'ipotesi di *parental liability*, dato "difficilmente conciliabile [...] con l'affermazione dell'AGCM di una responsabilità unitaria da coordinamento" (TAR Lazio, sez. I, sentenza del 28 luglio 2017, n. 9062; nonché TAR Lazio, sez. I, sentenza del 28 luglio 2017, n. 9057). Tale rilievo, tuttavia, appare poco condivisibile, nella misura

medesima decisione dell'AGCM⁵¹⁷, possono quindi essere interpretati nel senso che il fatturato delle società controllate potrà essere effettivamente preso in considerazione solo ove si dimostri che le stesse appartenessero all'unità economica responsabile dell'infrazione, avendo la società madre effettivamente esercitato un'influenza determinante su queste. Tale prova potrà essere fornita eventualmente avvalendosi della *parental liability presumption*⁵¹⁸.

Successivamente a tali precedenti, di rilevanza potenzialmente marginale perché relativi all'imputazione dell'infrazione alla sola capogruppo e non anche all'applicazione della *parental liability*, nelle più significative pronunce sul tema in esame, il Consiglio di Stato ha poi sostenuto che, nel caso in cui l'infrazione sia imputata in via solidale a una controllata (quale autrice materiale dell'illecito) e a una controllante (in applicazione della *parental liability*), in quanto appartenenti alla medesima impresa, il fatturato da prendere in

in cui l'autorità precedente dispone invero di una certa discrezionalità nel determinare quali tra le società appartenenti alla medesima impresa coinvolgere nel procedimento.

⁵¹⁷ Provvedimento AGCM n. 26064 dell'8 giugno 2016 – proc. I783 – *Accordo tra Operatori del Settore Vending*. Si veda in particolare il §401 del provvedimento, ove l'AGCM aveva qualificato le capogruppo ricorrenti nei casi in esame come “*fulcro del coordinamento dei rispettivi gruppi nei rapporti con le società Parti dell'intesa*”, senza però individuare “*indici rivelatori del preteso coordinamento con effetto di eterodeterminazione delle altre società del gruppo*” (si veda TAR Lazio, sez. I, sentenza del 28 luglio 2017, n. 9062; analogamente TAR Lazio, sez. I, sentenza del 28 luglio 2017, n. 9057).

⁵¹⁸ Da ciò discende il “*perimetro soggettivo entro cui muoversi ai fini della commisurazione della sanzione*” (si veda TAR Lazio, sez. I, sentenza del 2 luglio 2018, n. 7276). Così, nel caso della società Supermatic, i giudici amministrativi hanno fatto salva solo “*l'imputabilità della condotta in via presuntiva a carico della società Caffeus, in quanto interamente partecipata*” (TAR Lazio, sez. I, sentenza del 28 luglio 2017, n. 9062) ma non anche per le altre controllate, nelle quali erano detenute partecipazioni inferiori (tra il 50 e l'80%). Nel caso della Sellmat, invece, è stata esclusa l'imputabilità per tutte le controllate, non partecipate in via totalitaria all'epoca dell'infrazione. Ancorché ciò non è stato eccepito dall'AGCM nel corso dei vari giudizi, l'approccio dei giudici amministrativi rispetto all'impresa Sellmat appare però errato nella misura in cui ai fini dell'irrogazione della sanzione si dovrebbe prendere in considerazione la composizione dell'impresa a quella data e non nel (precedente) periodo dell'infrazione. Così, nel caso di specie, i giudici amministrativi avrebbero dovuto rilevare la situazione di controllo totalitario al momento dell'irrogazione della sanzione, confermando la decisione AGCM in applicazione della *parental liability presumption*, come per il rapporto tra Supermatic e Caffeus, del quale si è appena dato conto.

I principi espressi nelle sentenze esaminate appaiono riecheggiare in Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza dell'11 gennaio 2023, n. 376, ove, pur affermandosi il principio secondo cui “*il fatturato del gruppo complessivamente inteso può essere preso in considerazione solo allorché l'impresa alla quale è imputata l'infrazione sia al vertice di un gruppo di società che costituiscono un'unità economica*”, tuttavia non è chiaro se con lo scopo parimenti di incidere su una diversa determinazione del massimo edittale dell'impresa sanzionata o solo con quello di escludere dal calcolo del valore delle vendite quelle realizzate da società non controllate in via totalitaria dalla capogruppo sanzionata. Tuttavia, anche per coerenza con i precedenti sinora esaminati relativi al proc. AGCM I783 – *Accordo tra Operatori del Settore Vending*, sembrerebbe doversi assumere la rilevanza di tali principi anche ai fini del massimo edittale.

considerazione, *“ferma la solidarietà e la corresponsabilità” “tra le due Società, è solo quello di controllante e controllata e non anche di altre imprese del gruppo non operanti in Italia e/o impossibilitate a prevenire o far cessare l’illecito de quo, quindi solo con solidarietà strettamente verticale”*⁵¹⁹.

I principi, espressi nelle sentenze del Consiglio di Stato nn. 5058 e 5918 del 2021, hanno così comportato che – in relazione al provvedimento oggetto di impugnazione nei giudizi in questione – il Consiglio di Stato ne disponesse l’annullamento parziale, *“con salvezza dell’ulteriore attività di riesame da parte dell’Autorità”*.

All’esito del procedimento avviato per la rideterminazione della sanzione irrogata in via solidale alle ricorrenti dei predetti giudizi, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha pertanto ritenuto che, in ottemperanza alle pronunce del Consiglio di Stato, si dovesse prendere in considerazione, ai fini del calcolo del massimo edittale, solo il fatturato di quelle società del gruppo operanti in Italia, escludendo dal calcolo quello delle controllate che non fossero state attive in Italia. Dalla somma risultante, depurata dei predetti valori di fatturato, l’Autorità ha quindi espunto i dati delle vendite infragruppo relative alle società il cui fatturato era stato preso in considerazione ai fini della determinazione del massimo edittale; diversamente non sono stati espunti i valori relativi agli scambi infragruppo con quelle società del gruppo non attive in Italia e delle quali, pertanto, in ottemperanza alle sentenze del Consiglio di Stato, non si era tenuto conto del fatturato ai fini della determinazione del massimo edittale⁵²⁰.

⁵¹⁹ Si veda Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 2 luglio 2021, n. 5058. La pronuncia è successivamente richiamata da Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 18 agosto 2021, n. 5918, che si esprime in termini sostanzialmente identici.

⁵²⁰ Si veda il Provvedimento AGCM del 15 febbraio 2022, n. 30019 – I806C - ACCORDI TRA OPERATORI DEL SETTORE DEI SERVIZI CON ELICOTTERO-RETTIFICA SANZIONE BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES ITALIA E BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES INTERNATIONAL, §20, nel quale, in replica alle argomentazioni delle parti che sostenevano che ogni dato di fatturato infragruppo dovesse essere espunto dal valore complessivo, l’AGCM ha osservato che *“le sentenze del Consiglio di Stato non hanno contestato la modalità di calcolo delle vendite ‘infragruppo’ adottata dall’Autorità, in conformità alla prassi nazionale e comunitaria, la cui sottrazione dall’importo del fatturato totale mondiale utilizzato come base di calcolo del massimo edittale ha semplicemente la funzione nei casi in cui l’impresa non disponga di un dato di fatturato consolidato di evitare la duplicazione delle medesime voci di fatturato nel computo del fatturato totale. Ne deriva che, ai fini del calcolo del massimo edittale, possono essere sottratte dal fatturato totale mondiale solo le vendite tra le società del gruppo delle quali è in concreto considerato il fatturato ai fini del calcolo medesimo, nel caso di specie rappresentate, in ottemperanza”*.

5.4.1 (segue) la valutazione dei principi espressi dal Consiglio di Stato alla luce della sentenza *Sumal*

I principi espressi dal Consiglio di Stato nelle più recenti pronunce, alla luce delle più compiute argomentazioni rispetto al primo gruppo di precedenti di cui si è dato conto, meritano un'attenta analisi, vieppiù se posti in relazione a quanto espresso nella sentenza *Sumal*, di poco successiva alle summenzionate pronunce.

Invero, sotto un primo profilo, appare d'interesse valutare se, alla luce dei principi espressi nella sentenza *Sumal*, sia effettivamente corretta la prevalente prassi di limitarsi a considerare il fatturato consolidato della capogruppo, quale fatturato rilevante dell'impresa responsabile dell'infrazione antitrust. Sotto altro e concorrente profilo, anche alla luce del "controfattuale" dei principi espressi nella sentenza *Sumal*, potrà meglio apprezzarsi la correttezza dei principi espressi nelle summenzionate sentenze del Consiglio di Stato, n. 5058 e 5918 del 2021.

Quanto al primo "quesito", i principi espressi in *Sumal* sembrerebbero avvalorare l'ipotesi che la semplice considerazione del fatturato della capogruppo, quale fatturato rilevante dell'impresa responsabile dell'infrazione antitrust, ai fini della determinazione del massimo edittale per le sanzioni antitrust, non rappresenti necessariamente l'approccio corretto.

Infatti, si è anticipato che nella sentenza *Sumal* la Corte di giustizia ha espressamente sostenuto che, soprattutto nei gruppi di società di tipo conglomerato, il gruppo possa essere composto da società attive in diversi settori merceologici, pertanto prive di legami economici fra loro. Conseguentemente, la medesima capogruppo potrebbe far parte di tante imprese, in senso antitrust, composte da "essa stessa e da varie combinazioni delle sue società figlie", a seconda della specifica attività economica che si prenda in considerazione⁵²¹.

Da tale rilievo, ancorché espresso ai fini dell'imputazione della responsabilità antitrust, potrebbe pertanto altresì dedursi che il fatturato consolidato della capogruppo

⁵²¹ Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal SL*, punto 45.

debba essere ritenuto rappresentativo della somma dei fatturati di una pluralità di imprese, ancorché riconducibili al medesimo gruppo.

I principi espressi nella sentenza *Sumal*, pertanto, appaiono rappresentare un forte argomento nel senso di suggerire che dal “consolidamento” relativo al fatturato dell’impresa responsabile dell’infrazione dovrebbero venire escluse quelle controllate che, in particolare tenuto conto dell’attività economica svolta, non costituiscono un’unica impresa con il soggetto ritenuto autore materiale dell’illecito⁵²².

Sebbene i principi espressi in *Sumal* riguardino specificamente i criteri di imputazione della responsabilità antitrust all’interno della *single economic entity*, l’unicità della nozione d’impresa dovrebbe comportarne un immediato riflesso anche ai fini della quantificazione della sanzione e del calcolo del massimo edittale.

Invero, il fatturato da prendere in considerazione per la determinazione del massimo edittale è calcolato sulla base della nozione antitrust di impresa. È infatti individuato tenendo conto delle società che costituiscono l’unica entità economica responsabile dell’infrazione antitrust, perché solo il fatturato di tali società offre un’indicazione delle dimensioni e del potere economico del soggetto responsabile della violazione antitrust⁵²³.

⁵²² Si esprime in senso sostanzialmente analogo, sostenendo che non dovrebbe tenersi conto del fatturato riferibile a società che non sono “*specifically linked to the subject matter of the infringement*” e, potenzialmente, anche delle attività della *parent company* in “*non-related markets*”, perché astrattamente riferibili a una diversa impresa, C. CAUFFMAN, *Case C-882/19 Sumal SL v. Mercedes Benz Trucks España SL*, cit., pp. 517 – 518. L’autrice fonda tale conclusione sul rilievo che la nozione di impresa deve essere la medesima sia per la responsabilità per le sanzioni sia per quella civile e ipotizza altresì un possibile “correttivo” all’approccio sopra descritto, che peraltro comporterebbe che, al più, il fatturato per il calcolo dell’importo base della sanzione differirebbe da quello per determinare il massimo edittale “*in terms of the geographic location of the sales*”. Secondo l’autrice, si potrebbe così ipotizzare di considerare “*the global turnover of the entire legal person exercising decisive influence over a subsidiary as well as that of all subsidiaries over which it exercises decisive influence into account as soon as one of its activities presents a specific link with the infringement*”. La possibile insorgenza di un “dubbio interpretativo” come quello in discussione emerge anche in S. TUINENGA, *The Road Ahead for Liability in Damages Actions: Case C-882/19 Sumal*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 13, 6, 2022, pp. 417 – 418 che, nel commentare la sentenza *Sumal*, evidenzia che “*it will be interesting to see in future appeals of Commission cartel decisions how the CJEU will deal with arguments that the turnover of specific subsidiaries should be excluded in the context of the 10 per cent cap on the maximum fine because those subsidiaries perform activities unrelated to an infringement*”.

⁵²³ Si veda, ad esempio, Tribunale UE, sentenza del 12 dicembre 2007, causa T-112/05, *Akzo Nobel NV e altri*, punto 90.

Sembrerebbe quindi ragionevole che i criteri di individuazione di tale *single economic entity* autrice dell'illecito siano ritenuti analoghi sia ai fini dell'ascrizione di responsabilità sia ai fini sanzionatori (e, in particolare, per quanto ciò qui rileva, ai fini della determinazione del fatturato da tenere in considerazione ai fini della quantificazione del massimo edittale).

Quanto invece al secondo quesito sopra espresso, i principi formulati nelle summenzionate sentenze del Consiglio di Stato, n. 5058 e 5918 del 2021 appaiono solo parzialmente coerenti con quelli espressi in *Sumal*.

In via di principio – come pare potersi desumere da *Sumal* e come effettivamente apparentemente coerente con una rigorosa applicazione della nozione d'impresa antitrust – il Consiglio di Stato ha ritenuto che non fosse corretto considerare semplicemente il fatturato consolidato della capogruppo, al fine di determinare il fatturato rilevante per il calcolo del massimo edittale della sanzione (come già, in effetti, il primo gruppo di precedenti dei giudici amministrativi sopra menzionati). Tuttavia, i criteri seguiti dal Consiglio di Stato per identificare le società da tenere in considerazione per il consolidamento non appaiono chiari né pertinenti all'individuazione della *single economic entity* responsabile dell'illecito.

Infatti, di per sé, il rilievo conferito all'area geografica di rilevanza dell'illecito⁵²⁴ o alla possibilità di “*prevenire o far cessare l'illecito*”, non appare necessariamente idoneo a identificare le società del gruppo componenti tale unità economica.

Alla luce di quanto sopra, in un'auspicabile evoluzione dei metodi di determinazione del fatturato dell'impresa responsabile dell'infrazione antitrust, gli spunti di recente offerti dal Consiglio di Stato potrebbero essere meritevoli di seguito, ma con alcuni correttivi idonei a “*riconduurre a sistema*” la metodologia da impiegare, in particolare tenendo in debito conto i principi elaborati in *Sumal* in materia di *single economic entity doctrine*.

⁵²⁴ Come anticipato, il Consiglio di Stato ha conferito rilevanza all'operatività o meno in Italia delle società del gruppo al quale l'illecito è stato imputato, ovvero sia il territorio corrispondente con il mercato rilevante geografico, così come definito dall'AGCM (sulla definizione dei mercati rilevanti sui quali ha avuto luogo l'infrazione antitrust oggetto dei giudizi innanzi al Consiglio di Stato, si veda il Provvedimento AGCM del 13 febbraio 2019, n. 27563 – 1806 – *AFFIDAMENTO APPALTI PER ATTIVITÀ ANTINCENDIO BOSCHIVO*, punti 232 – 235). Invero, anche alla luce dei principi espressi in *Sumal*, non sembrerebbe potersi automaticamente inferire che una società del gruppo attiva in un ambito geografico diverso dal mercato geografico rilevante non faccia parte della *single economic entity* responsabile dell'illecito (dovendosi presumibilmente al più fare riferimento al mercato geografico del prodotto).

Infatti, sembrerebbe corretto e auspicabile un superamento della prassi sulla base della quale il fatturato rilevante è calcolato tenendo conto, in maniera “meccanica”, del solo dato consolidato della capogruppo.

Di converso, l’analisi si dovrebbe volgere a esaminare se un determinato gruppo, sulla base degli elementi fattuali rilevanti nonché delle caratteristiche dell’asserito illecito oggetto d’istruttoria, identifichi nel complesso anche una (sola) unica entità economica. Solo in tal caso si dovrebbe effettivamente prendere in considerazione il fatturato di tutte le società che compongono il gruppo.

In caso contrario, si dovrebbe determinare quali società del gruppo facciano parte della *single economic entity* responsabile dell’illecito, così da non tenere conto del fatturato di quelle società del gruppo che non vi appartengano.

5.5. Il calcolo del massimo edittale

Le “peculiarità” nella determinazione del massimo edittale della sanzione potenzialmente irrogabile all’impresa responsabile di un’infrazione antitrust sono rese viepiù complesse dalle potenziali criticità sottese all’applicazione della nozione d’impresa, in quanto tale idonea a far sì che la determinazione del massimo edittale incida sensibilmente anche sul rapporto di solidarietà.

Ebbene, è insegnamento pacifico delle corti UE che il massimo edittale del 10% debba essere calcolato in relazione al fatturato dell’impresa in senso antitrust responsabile della violazione del diritto della concorrenza⁵²⁵. Quindi, in estrema semplificazione, si dovrà tenere conto del volume d’affari complessivo di tutte le società che costituiscono l’entità economica ritenuta responsabile dell’illecito antitrust nel corso del periodo dell’infrazione.

⁵²⁵ Infatti, la nozione di impresa ai sensi dell’art. 23 del Regolamento (CE) n. 1/2003 non dovrebbe essere ritenuta diversa dalla nozione d’impresa prevista dagli artt. 101 e 102 TFUE (in tal senso, Corte di giustizia, sentenza del 4 settembre 2014, causa C-408/12 P, *YKK Corporation e altri*, punti 58 – 59; nonché Tribunale UE, sentenza del 3 marzo 2011, cause riunite da T-122/07 a T-124/07, *Siemens AG Österreich*, punto 187, che sebbene oggetto di successivo annullamento parziale da parte della Corte di giustizia, non è stata censurata *in parte qua*). Tale tesi è espressamente criticata da C. KOENIG, *The Boundaries of the Firm and the Reach of Competition Law: Corporate Group Liability and Sanctioning in the EU and the US*, cit., p. 26, che sostiene che una diversa interpretazione non solo sarebbe possibile, ma rappresenterebbe altresì una “good policy”.

A prescindere dal e in aggiunta al vincolo di solidarietà che lega gli appartenenti a una medesima impresa, pertanto, in via di principio il massimo edittale del 10% non dovrà essere diversamente calcolato per ciascuna delle singole persone giuridiche che vi appartengano⁵²⁶, sicché in via di principio tutte le società parte della medesima impresa saranno solidalmente responsabili per la medesima sanzione, a prescindere dal fatturato specifico di ciascuna di esse, beninteso nel rispetto del limite del 10% del fatturato dell'impresa⁵²⁷.

Secondo le corti UE, solo il fatturato complessivo di tutte le società che compongono l'impresa può infatti costituire un'indicazione delle dimensioni e del potere economico del gruppo (*rectius*, della *single economic entity*), quale autonoma forza competitiva ai fini del diritto antitrust⁵²⁸.

Si comprende, evidentemente, il significativo impatto che può avere l'applicazione della *parental liability* sull'irrogazione della sanzione, sicché può avvenire che sia solo l'estensione del procedimento alla controllante – eventualmente, in maniera del tutto formalistica sulla base della *parental liability presumption* – che consenta di irrogare una

⁵²⁶ Si veda anche P. MANZINI, *L'imputabilità delle infrazioni antitrust nei gruppi di società*, cit., p. 336. Si veda anche Corte di giustizia, sentenza dell'11 luglio 2013, causa C-444/11 P, *Team Relocations NV*, punto 173: “*It follows from the above that the undertaking to be taken into account for the purposes of the application of that provision is the undertaking, within the meaning of EU competition law, which is held responsible for the infringement, and not, if that is constituted by a number of entities, only one of the natural or legal persons which constitute it*”.

⁵²⁷ Pertanto, ponendo l'angolo visuale al fatturato delle singole società che compongono l'impresa, il limite del 10% potrebbe eventualmente anche essere superato (si veda Corte di giustizia, sentenza dell'11 luglio 2013, causa C-444/11 P, *Team Relocations NV*, punto 174: “*since the General Court found that the appellants in fact constitute a single undertaking [...] and, consequently, the undertaking to take into account for the purposes of the application of the limit of 10% of the turnover set out in Article 23(2) of Regulation No 1/2003, the General Court cannot be regarded as having infringed that provision when holding [...] that '[t]he fact that the amount of the fine imposed on Team Relocations exceeds 10% of its turnover is irrelevant since that amount is still well below the 10% ceiling of the Amertranseuro group's turnover*”; nella medesima pronuncia, al punto 175, si evidenzia altresì che una simile prassi non violerebbe neppure il principio di proporzionalità, posto che – analogamente – la proporzionalità della sanzione deve essere valutata avuto riguardo al fatturato complessivo dell'impresa e non delle singole società che la compongono). Peraltro, un simile superamento del massimo edittale avverrebbe senz'altro nel caso in cui la *parental liability* fosse applicata rispetto a società “monoprodotto”, attive solamente nell'ambito geografico corrispondente al mercato rilevante interessato dall'infrazione. Sull'applicazione del massimo edittale a imprese monoprodotto e, in particolare, sui correlati problemi di proporzionalità della sanzione si veda P. FABBIO, *Massimo edittale e imprese mono-prodotto nella prassi sanzionatoria dell'AGCM*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2016, p. 427 e ss.

⁵²⁸ Tribunale UE, sentenza del 12 dicembre 2007, causa T-112/05, *Akzo Nobel NV e altri*, punto 90.

determinata sanzione e non limitarla a una percentuale della stessa, rappresentata dal massimo edittale applicabile alla sola controllata autrice materiale dell'illecito.

5.5.1. Il calcolo del massimo edittale nel caso di disgregazione della *single economic entity* successiva all'illecito

L'orientamento di cui si è appena dato conto, secondo cui ai fini della determinazione del massimo edittale dovrebbe aversi riguardo solamente al fatturato dell'impresa responsabile dell'infrazione – e, quindi, in via di principio, al fatturato consolidato di gruppo, non rilevando quello delle singole società che lo compongono – appare tuttavia fondarsi su un presupposto implicito.

Più precisamente, la *single economic entity* responsabile dell'infrazione non deve aver subito variazioni nei componenti tra l'inizio della violazione antitrust e l'accertamento dell'infrazione da parte dell'autorità procedente⁵²⁹. Il problema si pone essenzialmente nei casi in cui la società direttamente partecipante all'illecito muti il gruppo di appartenenza tra momento di commissione dell'infrazione e accertamento della stessa.

Infatti, ancorché la *single economic entity* responsabile della violazione deve ragionevolmente essere identificata in relazione al periodo dell'infrazione (si veda le conclusioni raggiunte *supra* al par. 2.2.), ai fini della quantificazione della sanzione i principi che si esporranno sembrano di converso suggerire che si dovrà tenere conto delle dimensioni economiche dell'impresa nel momento in cui la stessa viene irrogata. Ne discenderebbe che l'impresa destinataria della sanzione nonché i soggetti che la compongono appaiono dover essere identificati in un momento successivo, appunto quello di chiusura del procedimento sanzionatorio.

Potrebbe quindi accadere che società che durante (o per una parte) dell'illecito fossero identificabili come un'unica impresa, non siano più tali nel momento in cui deve essere irrogata la sanzione, ciò consentendo, come notato, diverse quantificazioni della

⁵²⁹ Come già chiarito, eventuali modifiche dei componenti del gruppo (*rectius*, dell'impresa) che avvengano nel corso del periodo di durata dell'illecito – oltre a diverse ripartizioni del massimo edittale del 10% – potrebbero comportare che le singole persone giuridiche destinatarie della decisione dell'autorità garante della concorrenza possano essere destinatarie di sanzioni di ammontare diverso, perché irrogate in relazione all'effettivo periodo di appartenenza all'impresa responsabile dell'illecito.

sanzione per ciascuna delle singole società appartenenti all'impresa responsabile dell'infrazione, nondimeno oggetto di disgregazione al momento della chiusura del procedimento sanzionatorio.

Tali principi producono significativi riflessi applicativi anche per ciò che concerne la determinazione del massimo edittale⁵³⁰. Infatti, in caso di modifiche dell'unità economica – già nel corso del periodo di partecipazione all'illecito o successivamente ma prima del relativo accertamento da parte dell'autorità garante della concorrenza – il massimo edittale potrebbe dover essere determinato separatamente per ciascuna società solidalmente responsabile, considerando per ciascuna il rispettivo fatturato, nella misura in cui, al momento dell'irrogazione della sanzione, ogni diversa società sia rappresentativa di una diversa impresa.

Ebbene, passando a esaminare più nel dettaglio ogni possibile fattispecie, anzitutto, se una "ristrutturazione" avvenisse a illecito in corso, il fatturato del gruppo di appartenenza della società direttamente partecipante all'infrazione potrebbe essere tenuto in considerazione solo per determinare il massimo edittale relativo alla quota di sanzione riferibile al periodo successivo all'acquisizione di tale società.

Più precisamente, nel caso in cui la società coinvolta nell'infrazione fosse, nel corso della stessa, oggetto di acquisizione da parte di una società terza, il massimo edittale potrebbe essere parametrato sul fatturato consolidato del "nuovo" gruppo di appartenenza

⁵³⁰ Come anticipato, comunque, l'approccio in discussione dovrebbe riflettersi su ogni profilo della quantificazione della sanzione e, fra l'altro, sull'applicazione degli incrementi e riduzione di sanzione (specialmente per quanto riguarda il moltiplicatore a scopo di deterrenza), che verranno affrontati nel prosieguo. Deve peraltro osservarsi che, in caso di disgregazione dell'impresa responsabile dell'infrazione, tali principi giustificerebbero persino l'applicazione dell'immunità dalla sanzione, prevista per i *leniency applicant*, solamente per talune delle società che, al momento dell'infrazione, appartenevano a quell'impresa (P. A. BIOLAN, *Joint and Several Liability For Fines in Undertakings With Varying Configurations in EU Competition Law*, cit., p. 536 e precedenti ivi citati). Così, anche se al momento dell'infrazione Alfa (controllante) e Beta (controllata) costituivano un'unica impresa, solidalmente responsabile per l'infrazione, nel caso in cui la *leniency application* fosse presentata dalla sola Beta (al momento della presentazione appartenente a una diversa impresa, perché nel frattempo controllata da Delta), dell'immunità della sanzione potrebbe appunto giovarsi solo Beta e non anche Alfa, la quale si troverebbe a sopportare integralmente la sanzione, proprio perché al momento della *leniency application* appartenente a una diversa impresa.

solo per la quota parte di sanzione riferibile al periodo di responsabilità solidale per l'illecito (cioè, per la quota parte di sanzione riferibile al periodo successivo all'acquisizione)⁵³¹.

Questo approccio appare quindi agevolmente riconciliabile con il rilievo secondo cui la *single economic entity* responsabile della violazione deve essere identificata al momento dell'infrazione. Nella fattispecie sopra descritta, infatti, vi sarebbero due imprese responsabili della violazione; sicché per ciascuna si dovrebbe calcolare il rispettivo massimo edittale⁵³².

⁵³¹ Corte di giustizia, sentenza del 4 settembre 2014, causa C-408/12 P, *YKK Corporation e altri*, punto 60: “qualora, come nel caso di specie, un'impresa considerata dalla Commissione responsabile di una violazione dell'articolo 81 CE sia acquisita da un'altra impresa in seno alla quale conserva, come controllata, la qualità di entità economicamente distinta, la Commissione deve tener conto dello specifico fatturato di ciascuna di tali entità economiche al fine di applicare loro, se del caso, il massimale del 10%”. In quel caso, la società che aveva preso parte all'illecito (la YKK Stocko) era infatti stata acquisita dal gruppo YKK nel corso della partecipazione all'illecito. Per il periodo precedente all'acquisizione, pertanto, il massimo edittale della YKK Stocko non sarebbe dovuto essere parametrato su quello del gruppo YKK, ma sul solo fatturato di tale società (si vedano in particolare i punti 95 – 97). In senso critico, si può tuttavia osservare che la predetta valutazione potrebbe risultare non del tutto rigorosa se, per il periodo antecedente all'acquisizione, la YKK Stocko fosse stata parte di un'unica impresa, insieme a società di un gruppo diverso da quello YKK, non rappresentando isolatamente un'impresa autonoma (non solo rispetto al gruppo YKK ma anche rispetto ad altri gruppi). In tal caso, a rigore, per determinare il fatturato dell'impresa di cui faceva parte la YKK Stocko prima dell'acquisizione, sembrerebbe infatti ragionevole ritenere che si sarebbe dovuto ricostruire il fatturato del gruppo di cui la stessa faceva parte e non riferirsi al solo fatturato di tale società.

⁵³² Si esprime in tal senso Corte di giustizia, sentenza del 4 settembre 2014, causa C-408/12 P, *YKK Corporation e altri*, punto 62. In dottrina, è fortemente critico verso tale approccio C. KOENIG, *The Boundaries of the Firm and the Reach of Competition Law: Corporate Group Liability and Sanctioning in the EU and the US*, cit., p. 27. L'autore sostiene infatti che tale approccio sarebbe errato “whether or not the subsidiary has committed part of the infringement alone. [...] Moreover, the ECJ in YKK once again confused the question of liability with the calculation of fines. [...] As both the ECJ and the GC have acknowledged, the relevant point in time for determining the 10% limit is – and must be – the date on which the prohibition decision is adopted. It is therefore only at that time that the economic strength of the subsidiary can be determined. This view appears to be shared by the ECJ, which, in YKK, based the calculation of both limits on turnover in the year preceding the decision. However, it makes no sense to approximate the economic strength of the subsidiary with two different values, one taking into account the turnover of the parent company and the other not. Either the subsidiary can tap into the resources of the parent company or not. If the assumption is (and this is generally correct) that the economic power of a group of companies can only be assessed uniformly, then this must also apply in cases like YKK”. La visione dell'autore, tuttavia, non appare convincente: sebbene è vero che in via di principio il fatturato dell'impresa responsabile di un illecito antitrust, ai fini della determinazione del massimo edittale, deve essere valutato rispetto al momento in cui la decisione sanzionatoria sia adottata, non si può allo stesso tempo ignorare che, in fattispecie come quelle di cui al giudizio YKK, a rigore si dovrebbe ritenere che la violazione sia stata perpetrata, nel corso del periodo di partecipazione, da due diverse imprese. Pertanto, diversamente da quanto sostenuto dall'autore, non vi sarebbe neanche il rischio che l'approccio in esame ponga il rischio di agevolare comportamenti elusivi di artata riallocazione del fatturato nel gruppo, riducendo artificialmente il fatturato della controllata che abbia partecipato all'infrazione. È proprio la nozione di impresa a rendere irrilevanti, a fini sanzionatori, riallocazioni del fatturato all'interno del medesimo gruppo. Il caso YKK è stato quindi condizionato dal fatto che la Corte di giustizia aveva individuato nell'illecito *de quo* una “successione” tra due diverse imprese. Ciò comporta che una mera riallocazione di

Nel caso di disgregazione dell'unità economica responsabile dell'infrazione a seguito della conclusione dell'illecito, ma prima dell'accertamento da parte dell'autorità procedente, le valutazioni si rendono invece più complesse.

In tal caso, il massimo edittale del 10% dovrebbe in via di principio essere calcolato rispetto a ciascuna singola società destinataria del provvedimento⁵³³ (nella misura in cui ciascuna sia idonea a identificare una diversa impresa al momento dell'accertamento).

Infatti, ancorché due società siano state sanzionate in via solidale perché appartenenti al medesimo gruppo (e, quindi, alla medesima impresa) al tempo dell'infrazione, se al momento dell'irrogazione della sanzione facessero parte di imprese diverse, si dovrebbe tener conto di un distinto massimo edittale per ciascuna società⁵³⁴.

fatturato all'interno del medesimo gruppo non impingerebbe affatto sulla determinazione del massimo edittale (il rilievo è implicitamente deducibile anche dalla Decisione della Commissione del 24 gennaio 2007, caso COMP/F/38.899 – *Gas Insulated Switchgear*, punto 377). Comportamenti elusivi potrebbero al più discendere da una cessione della controllata responsabile della violazione a un gruppo terzo – quindi, in via di principio, a una diversa impresa – successiva all'illecito. Tuttavia, ciò gioverebbe solamente alla controllata e al suo nuovo gruppo di appartenenza: infatti, il precedente gruppo rimarrebbe responsabile in via solidale perché identificabile come l'impresa esistente al momento della commissione dell'infrazione. Al più, solo la controllata ceduta potrebbe quindi beneficiare di un diverso fatturato di riferimento per il calcolo del massimo edittale non facendo più parte dell'impresa responsabile della violazione del diritto antitrust.

⁵³³ Si veda, in particolare, Tribunale UE, sentenza del 15 giugno 2015, cause riunite T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, *Tokai Carbon Co. Ltd*, punto 390, ove si sostiene appunto che l'obiettivo sotteso al massimo edittale può essere realizzato solo se lo stesso sia inizialmente applicato separatamente ad ogni diverso destinatario della sanzione. Tuttavia, laddove uno o più destinatari, insieme, al momento della decisione rappresentino una medesima "impresa", dovrà tenersi conto del fatturato complessivo di quest'ultima, cioè "of all its constituent parts taken together". Al contrario, in caso di successiva disgregazione di tale unità economica, ogni destinatario della decisione "is entitled to have the ceiling in question applied individually to it". Il principio è stato successivamente espressamente affermato, ad esempio, in Corte di giustizia, sentenza del 26 novembre 2013, causa C-50/12 P, *Kendrion NV*, punto 57: "nell'ipotesi in cui due distinte persone giuridiche, quali una controllante e la sua controllata, non costituiscano più un'impresa ai sensi dell'articolo 81 CE alla data dell'adozione di una decisione che infligge loro un'ammenda per violazione delle regole di concorrenza, ciascuna di esse ha diritto all'applicazione individuale nei propri confronti del massimale del 10% del fatturato" (si veda, fra le altre, anche Corte di giustizia, sentenza del 25 novembre 2020, causa C-823/18 P, *European Commission c. GEA Group AG*, punto 75). In simili fattispecie, pertanto, la società con il fatturato più alto non potrà beneficiare del massimo edittale – più basso – applicato alla società con la quale in precedenza, al momento dell'illecito, costituiva un'unica impresa. C. KOENIG, *The Boundaries of the Firm and the Reach of Competition Law: Corporate Group Liability and Sanctioning in the EU and the US*, cit., p. 25, evidenzia la correttezza di un simile approccio affermando che "In principle, this approach is correct, because if the subsidiary actually no longer has access to the resources of the group when the fine is imposed (and eventually enforced), there would be no point in including these resources in the calculation of the fine".

⁵³⁴ La conclusione che, ai fini della valutazione circa la sussistenza di un'unica impresa per la determinazione del massimo edittale, debba tenersi conto del momento in cui viene emessa la decisione dell'autorità garante si ricava dalla già citata pronuncia Tribunale UE, sentenza del 15 giugno 2015, cause riunite T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, *Tokai Carbon Co. Ltd*, punto 389. Si veda anche, ad esempio, anche la Decisione della Commissione del 29 giugno 2016, caso COMP/38.589 – *Heat Stabilisers*, punto 8, con la quale è stata

Va del resto tenuto conto che le corti UE hanno evidenziato che, se lo scopo della previsione di un massimo edittale per le sanzioni antitrust è prevenire l'irrogazione di sanzioni "eccessive" che potrebbero pregiudicare il proseguimento dell'attività commerciale dei destinatari, dovrà aversi riguardo allo *status quo* del soggetto da sanzionare al momento in cui la sanzione debba essere irrogata. Pertanto, è una logica conseguenza che il massimo edittale debba essere applicato a un fatturato rappresentativo della potenza economica dell'impresa al momento dell'irrogazione della sanzione⁵³⁵.

Sulla base di simili considerazioni, l'orientamento per cui, ai fini dell'applicazione di un determinato massimo edittale, debba tenersi conto della composizione del gruppo (*rectius*, dell'impresa) al momento dell'irrogazione della sanzione, non appare del tutto inconciliabile e incoerente con quello secondo cui la *single economic entity* responsabile dell'illecito antitrust debba essere individuata in relazione al periodo di durata dell'infrazione.

Quanto al momento in cui bisogna determinare le persone giuridiche responsabili di un'infrazione, eventualmente anche in via solidale, va invero tenuto conto che, se il destinatario delle norme antitrust, quale autonoma forza competitiva sul mercato, è l'impresa, appare ragionevole ritenere responsabile dell'infrazione la forza competitiva – cioè, appunto, la *single economic entity* – che con le sue condotte ha alterato l'equilibrio competitivo del mercato. Conseguentemente, tutte le società che appartenevano all'impresa responsabile della violazione potranno essere ritenute solidalmente responsabili per la sanzione.

parzialmente modificata la Decisione della Commissione dell'11 novembre 2009, caso COMP/38.589 – *Heat Stabilisers*, quanto alla posizione di GEA Group AG, Aachener Chemische Werke Gesellschaft für glastechnische Produkte und Verfahren mbH e Chemson Polymer-Additive AG: "As its parent company exercising decisive influence at the time of the infringement, GEA is jointly liable with ACW for the fine imposed on ACW, but this does not mean that GEA should benefit from the reduction of the fine imposed on ACW". La riadozione *in parte qua* della decisione originaria era stata infatti proprio conseguenza della necessità di emendare la sanzione irrogata alla società ACW, per garantire il rispetto del massimo edittale in relazione a tale società che, al momento dell'adozione della decisione originaria, non faceva più parte della medesima impresa della GEA.

⁵³⁵ Tribunale UE, sentenza del 15 giugno 2015, cause riunite T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, *Tokai Carbon Co. Ltd*, punto 389.

La forza economica responsabile di una simile alterazione dell'equilibrio competitivo appare dover necessariamente essere individuata nel momento in cui il libero gioco concorrenziale è stato falsato, fra l'altro al fine di non giungere ad applicazioni eccessivamente eccentriche del principio di responsabilità personale⁵³⁶, che, in ambito antitrust, come diffusamente notato, è ritenuto rispettato, sebbene con alcune forzature, dalla considerazione dell'impresa in senso antitrust quale "persona" responsabile dell'illecito antitrust, ancorché nella sua articolazione policorporativa composta da società ciascuna dotata di autonoma personalità giuridica.

Fermo quanto sopra, appare però ragionevole che i criteri di calcolo delle sanzioni nonché la previsione di limiti edittali mirino a tener conto delle dimensioni e del potere economico del soggetto che dovrà farsi carico del pagamento della sanzione: solo in tal modo appare potersi garantire che, quando irrogata, la sanzione sia effettivamente dissuasiva ma allo stesso tempo proporzionata⁵³⁷. Simili razionali appaiono pertanto idonei a giustificare la considerazione delle dimensioni economiche del destinatario della sanzione, quale esistente e parametrato al momento dell'accertamento dell'illecito. Ciò comporta – per quanto qui rileva – che nei confronti di società che non appartengano (più) alla medesima impresa dovranno essere applicati diversi massimi edittali, proprio perché la sanzione

⁵³⁶ Beninteso, si tratta di un approccio che consente di prevenire possibili condotte opportunistiche delle imprese, che potrebbero anche manifestarsi in una artificiosa ristrutturazione aziendale susseguente all'illecito. Ad esempio, la società Alfa potrebbe altrimenti decidere di cedere a terzi (ovverosia, a una diversa impresa) il ramo d'azienda Beta, coinvolto in una possibile infrazione al diritto antitrust, al momento dell'avvio di un procedimento istruttorio relativo a tali condotte, così da non rispondere più dell'infrazione da questa commessa. Simili rischi elusivi, tuttavia, appaiono sussistere – ancorché in misura minore – anche nella scelta di fondare il calcolo della sanzione sul momento dell'accertamento dell'illecito: sempre mantenendo lo stesso esempio appena proposto, dalla cessione a terzi di Beta al momento dell'avvio del procedimento Alfa potrebbe comunque astrattamente giovare nella misura in cui la dimissione del relativo ramo d'azienda potrebbe ridurre il fatturato da prendere in considerazione per la determinazione del massimo edittale, così riducendo la sanzione in concreto irrogabile nei propri confronti (in via di principio, infatti, il calcolo del massimo edittale sarebbe parametrato sul fatturato realizzato nell'anno precedente l'irrogazione dell'ammenda),

⁵³⁷ Si veda Corte di giustizia, sentenza del 4 settembre 2014, causa C-408/12 P, *YKK Corporation e altri*, punto 86: “[...] per infliggere un'ammenda di un importo che possa dissuadere le imprese interessate dalla violazione, in futuro, delle norme del diritto della concorrenza dell'Unione, occorre prendere in considerazione le dimensioni e le risorse globali di queste ultime al momento dell'adozione della decisione controversa. Di conseguenza, le dimensioni e le risorse globali eventualmente ridotte di dette imprese in una fase precedente dell'infrazione sono irrilevanti [...]”. Il ragionamento vale ovviamente, all'opposto, nel caso in cui al momento dell'adozione della decisione le dimensioni e le risorse economiche dell'impresa si siano ridotte.

impatterà su soggetti a quel punto rappresentativi di diverse imprese e, pertanto, con dimensioni e risorse economiche non paragonabili.

Simili conclusioni appaiono quindi giustificare che, ai fini della responsabilità per la sanzione, tali società siano ritenute solidalmente responsabili *pro quota*⁵³⁸, nel limite del rispettivo massimo edittale, della sanzione irrogata all'impresa responsabile dell'infrazione (e, quindi, identificata al momento della commissione della stessa).

Va peraltro evidenziato che, secondo la Corte di giustizia, una simile prassi non si porrebbe in contrasto con il principio di parità di trattamento. Invero, due società che alla data di adozione del provvedimento sanzionatorio non appartengano più alla medesima impresa non si troverebbero in situazioni comparabili, sicché l'autorità procedente non starebbe applicando metodi di calcolo della sanzione diversi e uniformi, ma precisamente gli stessi per ogni diversa impresa⁵³⁹.

Va conclusivamente evidenziato che il *modus operandi* della Commissione europea sopra esaminato è stato oggetto di critica in dottrina. È stato infatti sostenuto che, a seguito di modifiche della catena di controllo di una società autrice materiale di un'infrazione, l'autorità procedente non dovrebbe limitarsi a prendere in considerazione il solo fatturato della controllata oggetto di cessione. Al contrario, dovrebbe verificare il fatturato della "nuova" impresa a cui tale società appartenga al momento dell'irrogazione della sanzione,

⁵³⁸ Ad esempio, si veda la Decisione della Commissione, caso COMP/F/38.354 – *Sacchi industriali*, nella quale la Commissione ha ritenuto solidalmente responsabili per l'infrazione accertata la Kendrion NV e la Fardem Packaging BV, in quanto parte della medesima impresa al momento dell'illecito. Tuttavia, poiché al momento dell'accertamento dell'illecito la Kendrion NV aveva ceduto il controllo della Fardem Packaging BV a terzi, la Commissione ha applicato distinti massimi edittali alle due società, così irrogando alla Kendrion NV una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 34 milioni di euro, ma ritenendo responsabile congiuntamente e solidalmente per tale importo la Fardem Packaging BV solo per l'importo di 2,2 milioni di euro.

⁵³⁹ Corte di giustizia, sentenza del 25 novembre 2020, causa C-823/18 P, *European Commission c. GEA Group AG*, punto 81 ("it is sufficient to note that a breach of that principle cannot be identified in a situation [...] where a subsidiary which, on the date of adoption of a decision imposing a fine on the single undertaking to which it belonged, no longer forms part of that single undertaking, is entitled to have the ceiling of 10% of turnover applied to it individually. Those specific circumstances do not allow it to be concluded that the companies concerned were in comparable situations"). In termini analoghi, si veda Corte di giustizia, sentenza del 26 novembre 2013, causa C-50/12 P, *Kendrion NV*, punti 63 – 68.

conseguentemente calcolando il massimo edittale in base al fatturato consolidato della “nuova” capogruppo⁵⁴⁰.

5.6. La determinazione dell’importo base della sanzione: il valore delle vendite

Le peculiarità dei criteri di imputazione della responsabilità antitrust all’impresa di gruppo si riflettono altresì sotto un altro piano relativo al profilo sanzionatorio nell’ambito del *public enforcement*, più propriamente relativo alla quantificazione della sanzione.

Come noto, infatti, il c.d. importo base delle sanzioni antitrust è anzitutto determinato in funzione di una percentuale, determinata a seconda della gravità dell’infrazione, del valore delle vendite dei prodotti / servizi oggetto dell’infrazione, direttamente o indirettamente, nell’area geografica interessata all’interno dello Spazio economico europeo⁵⁴¹ (si veda in tal senso il punto 19 degli Orientamenti della Commissione nonché i §§7 e ss. delle Linee Guida AGCM).

Prima facie, tale approccio porterebbe, ovviamente, a effettuare il relativo calcolo sui dati contabili del soggetto giuridico che, materialmente, sia stato coinvolto nell’infrazione. Del resto, se si muove dalla considerazione che il suddetto approccio appare rivolto a garantire che l’importo base della sanzione rifletta il “peso economico” dell’illecito e quello relativo di ciascun autore nell’ambito dello stesso⁵⁴², apparirebbe logica conseguenza effettuare il relativo calcolo solo rispetto allo specifico soggetto giuridico la cui offerta di

⁵⁴⁰ C. KOENIG, *The Boundaries of the Firm and the Reach of Competition Law: Corporate Group Liability and Sanctioning in the EU and the US*, cit., p. 25. Non sempre, comunque, la Commissione appare aver adottato l’approccio oggetto di critica: si veda ad esempio la Decisione della Commissione europea del 2 aprile 2014, caso AT.39610 – *Cavi sottomarini*, spec. punto 1052, ove, in effetti, la Commissione ha calcolato tre distinti massimi edittali: uno per la Prysmian S.p.A. (società controllate l’autrice materiale dell’infrazione al momento dell’irrogazione della sanzione) e altri due per la Pirelli & C. S.p.A. e The Goldman Sachs Group Inc., che l’avevano in precedenza controllata nel corso del periodo di partecipazione all’infrazione. Nella decisione, comunque, manca un’approfondita valutazione della struttura dell’impresa riferibile Prysmian S.p.A. e dell’eventuale possibilità di risalirne ulteriormente la catena di controllo, per identificare effettivamente il reale potere economico dell’impresa sanzionata.

⁵⁴¹ *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003 (2006/C 210/02)*, punto 13.

⁵⁴² Si vedano gli *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003 (2006/C 210/02)*, punto 6.

beni o servizi non sia stata ispirata dalle dinamiche dal libero gioco concorrenziale, ma influenzata dalla partecipazione a un illecito.

Ciononostante, la teoria dell'unità economica appare produrre i suoi riflessi applicativi anche sull'esplicazione di tale opera di quantificazione della sanzione. Infatti, l'approccio generalmente seguito nella determinazione del valore delle vendite appare quello di svolgere il relativo calcolo sui dati contabili non già della singola società coinvolta nell'infrazione, ma rispetto all'impresa.

Secondo la Corte di giustizia, del resto, non solo la teoria dell'unità economica suggerirebbe tale conclusione, ma anche il fatto che il valore delle vendite dovrebbe essere determinato anche tenendo conto di quelle "indirettamente" riferite all'infrazione. Diversamente ragionando, sarebbe pregiudicato l'effetto utile delle disposizioni in materia di sanzioni antitrust⁵⁴³.

Dunque, anche il valore delle vendite funzionale a determinare l'importo base della sanzione dovrà essere calcolato tenendo conto delle vendite realizzate da tutte le società appartenenti all'impresa di gruppo in relazione al prodotto / servizio oggetto dell'infrazione, ove sussistenti, a prescindere da quella che, tra esse, abbia materialmente commesso l'infrazione, dovendosi ritenere tutte queste vendite quantomeno indirettamente connesse con l'infrazione.

Ciò posto, un simile approccio appare viepiù criticabile se si considera che, in via di principio, il calcolo del valore delle vendite dell'impresa di gruppo appaia effettuato in maniera alquanto meccanica, semplicemente sommando i valori relativi alle singole società del gruppo, nel senso di cui sopra, senza un effettivo riscontro della loro appartenenza all'unità economica responsabile dell'infrazione.

⁵⁴³ Si veda in particolare Corte di giustizia, sentenza dl 19 marzo 2015, causa C-286/13 P, *Dole Food Company Inc. e altri*, punti 147 – 151. Per un'applicazione particolarmente estensiva di tale approccio, si veda anche Corte di giustizia, sentenza del 14 settembre 2017, cause riunite C-588/15 P e C-622/15 P, *LG Electronics Inc. e altri*, punti 65 – 77, ove ai fini della determinazione del valore delle vendite sono state considerate anche quelle realizzate dalle *parent companies* coinvolte solo a titolo di *parental liability*, le quale nondimeno non realizzavano vendite dei prodotti "cartellizzati" (tubi a raggi catodici), ma di prodotti trasformati nei quali i tubi a raggi catodici erano incorporati (cioè monitor per tv e pc; beninteso, comunque solo per il valore a concorrenza dell'unica frazione che poteva corrispondere al valore dei tubi a raggi catodici oggetto del cartello).

Ciò produce, di fatto, un poco condivisibile effetto di teoria dell'unità economica "*in malam partem*", visto che la stessa viene richiamata solo per includere nell'area di calcolo tutte le società del gruppo, ma senza verificare la loro effettiva appartenenza all'impresa responsabile dell'illecito. Appaiono pertanto decisamente auspicabili prese di posizione come quelle di recente adottate dalla giurisprudenza amministrativa nazionale, sulla base delle quali l'inclusione delle vendite di società del gruppo diverse dall'autore materiale dell'illecito richiederebbe un riscontro della loro appartenenza all'impresa responsabile dell'illecito⁵⁴⁴.

Il ragionamento seguito è perfettamente sovrapponibile a quello affrontato più nel dettaglio *supra* al par. 5.4. in relazione alla determinazione del fatturato dell'impresa da prendere in considerazione per la definizione del massimo edittale: è pertanto possibile rinviare integralmente a quanto già osservato, che risulterà rilevante, con i dovuti adattamenti, anche alle modalità di calcolo del valore delle vendite funzionale alla fissazione dell'importo base della sanzione.

5.7. L'applicazione dei fattori di incremento e riduzione della sanzione

Sempre in punto di quantificazione della sanzione da irrogare all'impresa di gruppo, la nozione unitaria d'impresa incide significativamente non solo sulla determinazione dell'importo base, come appena notato, ma anche sull'applicazione dei relativi incrementi e riduzioni di sanzione, anche a titolo di circostanze aggravanti e/o attenuanti, che appaiono parimenti condizionati dalla costruzione antitrust dell'unità economica. La prassi sanzionatoria nel *public enforcement* evidenzia approcci alquanto articolati al tema e, senz'altro, forieri di possibili criticità.

⁵⁴⁴ Si vedano TAR Lazio, sez. I, sentenza del 28 luglio 2017, n. 9062 (confermata da Consiglio di Stato, sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5561), nonché TAR Lazio, sez. I, sentenza del 28 luglio 2017, n. 9057 (confermata da Consiglio di Stato, sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5562). Si veda anche Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza dell'11 gennaio 2023, n. 376.

5.7.1. L'applicazione dell'aggravante della recidiva

Si è così frequentemente posto il problema di determinare se l'applicazione di eventuali circostanze aggravanti e, in particolare, quella dovuta alla "recidiva", debba essere svolta avuto riguardo alla sola persona giuridica destinataria del provvedimento sanzionatorio dell'autorità garante della concorrenza oppure all'impresa nel suo complesso⁵⁴⁵.

La qualificazione del gruppo, in via di principio, quale *single economic entity* si riflette anche su tale valutazione.

La soluzione offerta dalle corti UE a tal riguardo è, infatti, quella per cui tale aggravante può applicarsi anche ove il precedente accertamento di illecito abbia riguardato non già la medesima impresa agente, ma la stessa "impresa" intesa in senso antitrust – ossia, una qualunque delle imprese appartenenti al gruppo⁵⁴⁶. Pertanto, la verifica della sussistenza di una fattispecie di recidiva è parametrata sul gruppo come unica entità economica e non sulle singole persone giuridiche agenti, che la compongono.

Le corti UE hanno in particolare avuto occasione di pronunciarsi sul punto nell'ambito dell'applicazione della *parental liability*, in casi in cui la "prima" infrazione posta a base della recidiva era stata contestata solo alla società controllata. È stato in tali casi sostenuto che la dimostrazione della circostanza aggravante della recidiva anche nei confronti della controllante, ai fini dell'applicazione, non ne richiedesse un coinvolgimento in precedenti procedimenti o l'essere stata destinataria di precedenti decisioni di accertamento di un'infrazione. Ciò che rilevarebbe sarebbe solo il precedente accertamento nei confronti di una società con la quale tale controllante – destinataria dell'accertamento

⁵⁴⁵ Per una compiuta analisi dei criteri applicativi della circostanza aggravante della recidiva rispetto alle società di un gruppo (*rectius*, che compongono una *single economic entity*), nonché per i più rilevanti precedenti, si veda in particolare C. KOENIG, *The Boundaries of the Firm and the Reach of Competition Law: Corporate Group Liability and Sanctioning in the EU and the US*, cit. pp. 16 – 21.

⁵⁴⁶ Anche a livello nazionale la prassi applicativa in materia di recidiva non risente di significative divergenze. Per una recente applicazione, si veda provv. AGCM n. 30419 del 13 dicembre 2022, procedimento *I845 – GARA MANUTENZIONE PAVIMENTAZIONI TRATTE AUTOSTRADALI DI MILANO SERRAVALLE – MILANO TANGENZIALI*, §338 e ss., nel quale la recidiva è stata applicata in quanto la società controllante, coinvolta in applicazione della *parental liability presumption*, era già stata destinataria di un precedente provvedimento sanzionatorio dell'AGCM, quale parte della medesima impresa responsabile della "nuova" infrazione.

della “seconda” infrazione – formasse già all’epoca della “prima” infrazione un’unica impresa⁵⁴⁷.

Secondo la Corte di giustizia, un simile approccio neppure violerebbe i diritti di difesa della persona giuridica alla quale si contesta la recidiva sulla base della nozione antitrust d’impresa. Infatti, il rispetto dei diritti di difesa non implicherebbe che tale soggetto debba essere stato in grado di negare l’appartenenza alla *single economic entity* nel corso del procedimento che abbia portato all’accertamento della “prima” infrazione. A tal fine, sarebbe sufficiente che tale soggetto sia stato in grado di esercitare il proprio diritto di difesa “nel momento in cui la recidiva le è contestata”. Ciò comporterebbe che, ai fini dell’applicazione della circostanza aggravante della recidiva, l’onere della prova della

⁵⁴⁷ Si veda, ad esempio, Corte di giustizia, sentenza del 5 marzo 2015, cause riunite C-93/13 P e C-123/13 P, *Commissione europea c. Versalis SpA e altri*, punto 91. Tra le più recenti, si veda anche Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal SL*, punti 49 e 59. Prima della sentenza della Corte di giustizia *Versalis*, peraltro, in altre pronunce era stato sostenuto che, affinché a una società potesse essere applicata la circostanza aggravante della recidiva, fosse necessario che questa fosse stata parte del “primo” procedimento. La tesi era stata richiamata anche in primo grado nel giudizio *Versalis* dal Tribunale UE, affermando che, se si fosse applicata la recidiva nei confronti di una società non coinvolta nel “primo” procedimento, si sarebbe potuto ritenere tale società “responsabile di un’infrazione precedente, per cui essa non è stata sanzionata con una decisione della Commissione, e nel contesto del cui accertamento non è stata destinataria di una comunicazione degli addebiti”. Tale approccio avrebbe quindi potuto violare i diritti di difesa di tale società (Tribunale UE, sentenza del 13 dicembre 2012, causa T-103/08, *Versalis SpA*, punto 274). Simili conclusioni, apparentemente opposte allo stato dell’arte poi consolidatosi, potrebbero però essere fondate sulla constatazione che, al punto 272 della predetta sentenza, il Tribunale UE aveva asserito che la Commissione non avesse ritenuto le società sanzionate nel “primo” procedimento quali componenti di un’unica entità economica con la società nei cui confronti era in discussione l’applicazione della recidiva (implicitamente ammettendo la possibilità di applicare tale circostanza aggravante a società non coinvolte nel “primo” procedimento, purché appartenenti alla medesima impresa parte del primo procedimento; si veda il punto 270, nel quale viene menzionata la pronuncia del Tribunale UE *Michelin*, di cui si darà brevemente conto appena di seguito). Per un altro esempio di tale precedente orientamento, si veda anche Tribunale UE, sentenza del 13 luglio 2011, cause riunite T-144/07, T-147/07, T-148/07, T-149/07, T-150/07 e T-154/07, *ThyssenKrupp Lifting Ascenseurs NV e altri*, punti 314 – 322. Tuttavia, anche in tale pronuncia, il “discriminante” nell’applicazione della circostanza aggravante della recidiva appariva non tanto il non essere una determinata società stata coinvolta nel “primo” procedimento (ciò asseritamente comportandone una violazione dei diritti di difesa), quanto piuttosto il non essere stata accertata, nel primo procedimento, l’esistenza di una *single economic entity* della quale tale società avesse fatto parte. Come si dirà a breve, la Corte di giustizia, nel giudizio *Versalis*, prenderà specificamente posizione circa la questione di un’ipotetica violazione del diritto di difesa della società non coinvolta nel “primo” procedimento, escludendo che un’applicazione della recidiva basata sulla nozione d’impresa ne comporti, automaticamente, una violazione.

precedente appartenenza alla medesima *single economic entity* sia in capo all'autorità procedente⁵⁴⁸.

Il rilievo circa il riparto dell'onere probatorio ai fini dell'applicazione della circostanza aggravante della recidiva è di particolare interesse per le conseguenze che potrebbe avere. Infatti, la carenza di motivazioni giuridicamente adeguate circa la pretesa appartenenza di una società alla medesima impresa destinataria di una precedente decisione di accertamento di un'infrazione dovrebbe comportare l'annullamento *in parte qua* di una decisione che abbia applicato in simili circostanze l'aggravante della recidiva. Si tratta di quanto avvenuto nel giudizio *Versalis*, nell'ambito del quale, secondo la Corte di giustizia, la Commissione europea non avrebbe motivato sulle ragioni dell'applicazione della recidiva nei confronti di una società estranea al "primo" procedimento e coinvolta a titolo di *parental liability* nel secondo⁵⁴⁹.

Appare peraltro d'interesse evidenziare che le ricadute pratiche di un eventuale annullamento parziale della decisione sanzionatoria, per errata applicazione della recidiva, non sono di agevole interpretazione, tenuto conto del vincolo di solidarietà che lega le società appartenenti all'unica entità economica responsabile dell'illecito.

Nel giudizio *Versalis* appena citato, ad esempio, la Corte di giustizia aveva a tal riguardo confermato l'approccio del Tribunale UE che, in primo grado, aveva per tale ragione ridotto la percentuale di incremento dell'importo base della sanzione, dal 60% al 50%, tenuto conto appunto dell'asserita illegittima applicazione nei confronti della *parent company* della recidiva, in quel caso asseritamente applicabile solo nei confronti della controllata.

⁵⁴⁸ Corte di giustizia, sentenza del 5 marzo 2015, cause riunite C-93/13 P e C-123/13 P, *Commissione europea c. Versalis SpA e altri*, punti 92 e 96. Al fine di soddisfare il summenzionato onere probatorio, fra l'altro, l'autorità procedente dovrà far sì che anche nella comunicazione degli addebiti indirizzata alla società nei confronti della quale si intende applicare la circostanza aggravante della recidiva, ancorché in assenza di precedenti decisioni specificamente dirette nei confronti di quella medesima persona giuridica, siano contenuti "gli elementi che dimostrino la presenza dei presupposti della recidiva e, segnatamente, che provino che detta persona giuridica formava, al momento della prima infrazione, una sola impresa con la società a carico della quale è stata accertata la prima infrazione" (si veda il punto 96 della sentenza *Commissione europea c. Versalis* appena citata).

⁵⁴⁹ Corte di giustizia, sentenza del 5 marzo 2015, cause riunite C-93/13 P e C-123/13 P, *Commissione europea c. Versalis SpA e altri*, punti 98 – 102.

Un simile approccio, tuttavia, appare discutibile. Infatti, se la corretta applicazione dell'aggravante in esame deve essere oggetto di verifica in relazione all'impresa e non alle singole persone giuridiche che la compongono, delle due l'una: o si ritiene che l'autorità procedente abbia correttamente dimostrato la recidiva dell'impresa, così da giustificare l'applicazione nei confronti di tutte le società che ne facciano parte (eventualmente, "scorporando" *pro quota* l'incremento sanzionatorio per quelle società che, al momento del "primo" illecito, non ne facevano parte); oppure, si dovrebbe ritenere che l'autorità procedente non sia stata in grado di fornire una simile dimostrazione, sicché la recidiva non dovrebbe poter essere applicata nei confronti di alcuna delle società parte del gruppo (appunto per la mancata dimostrazione della recidiva dell'impresa in senso antitrust).

La correttezza della valutazione sopra espressa appare confermata da altri precedenti nei quali è stato appunto seguito l'approccio sopra ipotizzato. Più nello specifico, si tratta di quei giudizi nei quali si è provveduto a scorporare *pro quota* l'incremento sanzionatorio dovuto alla recidiva per quelle società appartenenti alla *single economic entity* rispetto alle quali non fosse stata fornita dimostrazione della corretta applicazione della recidiva. Pertanto, in tali precedenti, fermo il vincolo di solidarietà dovuto all'appartenenza alla medesima *single economic entity* per la restante parte di sanzione, nonché la quantificazione dell'incremento per la recidiva, quest'ultimo è stato applicato senza vincolo di solidarietà solo a quella società per la quale fosse stata fornita correttamente la dimostrazione dell'appartenenza alla *single economic entity* responsabile del "primo" illecito⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ Tribunale UE, sentenza del 23 gennaio 2014, causa T-391/09, *Evonik Degussa GmbH*, punto 271, ove si sostiene che, sebbene l'unità di condotta sul mercato di un'impresa giustifichi l'imputazione solidale di un'infrazione a tutte le società che ne abbiano fatto parte nel corso dell'illecito e da ciò dovrebbe discendere, in via di principio, una responsabilità solidale per la medesima sanzione, a tale principio può farsi eccezione nel caso di circostanze aggravanti e attenuanti e, in generale, laddove sussistano "*de circonstances justifiant une modulation du montant de l'amende qui ne seraient présentes qu'à l'égard de certaines d'entre elles et non des autres*" e punto 289. La correttezza della ripartizione della sanzione in via solidale "*pro quota*" è stata poi confermata in sede di impugnazione (si veda Corte di giustizia, sentenza del 16 giugno 2016, causa C-155/14 P, *Evonik Degussa GmbH*, punto 75). Ancorché probabilmente non rilevante ai fini dei principi in esame, si precisa tuttavia che la predetta sentenza risulta antecedente alla pronuncia della Corte di giustizia *Versalis*, con la quale, come detto, si è chiarito che la recidiva possa in via di principio essere legittimamente applicata anche nei confronti di società non coinvolte nel "primo" procedimento (nel caso *Evonik*, fu invece proprio per tale mancato coinvolgimento nel "primo" procedimento che il Tribunale aveva ritenuto non corretta l'applicazione della recidiva nei confronti di una delle società componenti la *single economic entity*). In termini pressoché identici si veda anche Tribunale UE, sentenza del 13 dicembre 2018, causa T-827/14, *Deutsche Telekom AG*, punto 505. In

Coerentemente, pertanto, la Commissione ha fra l'altro fornito una simile applicazione della recidiva *pro quota* nel caso di società controllata che, al tempo della "prima" infrazione, apparteneva a un'impresa diversa da quella responsabile della "seconda" infrazione.

È peraltro opportuno sottolineare che, poiché la descritta prassi applicativa in materia di recidiva appare diretta conseguenza della nozione antitrust d'impresa, in via di principio, dovrebbe poter trovare un ambito applicativo più ampio, non solo nei casi in cui ci fosse parziale sovrapposibilità tra le società appartenenti alla *single economic entity* coinvolte nel primo e nel secondo procedimento; ma anche nel caso di infrazioni commesse materialmente da società del tutto diverse.

Pertanto, in via di principio, nulla dovrebbe ostare all'applicazione della recidiva in casi in cui le società coinvolte nel "primo" procedimento siano del tutto differenti da quelle, appartenenti al medesimo gruppo, coinvolte nel "secondo" procedimento, purché appunto tutte quante facciano parte della medesima impresa⁵⁵¹.

Tale rilievo rappresenta quindi un'ulteriore conferma che la valutazione della sussistenza di una situazione di recidiva involge il proseguimento o la ripetizione di un

quel caso, peraltro, era stata la stessa Commissione europea che, *ab origine*, aveva applicato la circostanza aggravante della recidiva alla sola *parent company* della società materialmente autrice dell'illecito. Per tale "porzione" di sanzione, pertanto, Deutsche Telekom era stata ritenuta autonomamente responsabile (si veda la Decisione della Commissione europea del 15 ottobre 2014, caso COMP/39.523 – *Slovak Telekom*, punto 1543, nonché l'art. 2 della predetta decisione).

⁵⁵¹ Si veda ad esempio la Decisione del 29 giugno 2001, caso COMP/E-2/36.041/PO – *Michelin*, nella quale la Commissione europea ha applicato la circostanza aggravante della recidiva alla società *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, alla luce di un precedente illecito accertato nei confronti della *NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin*. Come osservato dal Tribunale UE, infatti, entrambe le società rappresentavano "filiali il cui capitale è detenuto direttamente o indirettamente in misura superiore al 99% dalla medesima società madre". Pertanto, tenuto conto che il gruppo Michelin rappresentava un'unica entità economica, tanto che "la Commissione avrebbe potuto, se avesse voluto, imporre l'ammenda alla stessa società madre nelle due decisioni", è stato legittimamente ritenuto che tale impresa fosse già stata condannata in precedenza per analoga infrazione (Tribunale UE, sentenza del 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, punto 290). Incidentalmente, sulla base di un'analisi "controfattuale", appare interessante dar conto di come il test impiegato dal Tribunale UE in quel giudizio, per verificare l'esistenza di una *single economic entity*, appariva in una certa misura ancora "embrionale" rispetto a quello che sarebbe stato elaborato dalla Corte di giustizia nel giudizio *Sumal*. Nel giudizio *Michelin*, infatti, il Tribunale aveva conferito rilievo solamente alla sussistenza di una situazione di controllo; diversamente, come più volte esaminato, dalla sentenza *Sumal* appare trarsi l'argomento secondo cui una *single economic entity* possa essere identificata solo tra società attive in un medesimo settore merceologico.

illecito anticoncorrenziale identico o simile a un altro precedente accertamento non già rispetto alla medesima società, ma rispetto alla medesima impresa.

5.7.2. L'applicazione del c.d. moltiplicatore a scopo di deterrenza

Con i dovuti adattamenti, i principi espressi in merito ai razionali sottesi all'applicazione della recidiva appaiono riscontrabili anche rispetto alle altre circostanze aggravanti e attenuanti. Ad esempio, analogo approccio può essere apprezzato in relazione all'applicazione del c.d. "moltiplicatore"⁵⁵².

In particolare, come noto, tale "coefficiente" comporta un aumento dell'importo base della sanzione affinché sia assicurato un sufficiente effetto deterrente della sanzione, nei confronti di imprese che abbiano un fatturato particolarmente elevato, oltre a quello derivante dalla vendita dei beni o servizi oggetto dell'infrazione (che, come noto, rappresenta in via di principio il dato numerico di partenza ai fini della quantificazione dell'importo base della sanzione).

Sulla base di una prassi consolidata della Commissione, condivisa dalle corti UE, ai fini della valutazione della ricorrenza di un simile fatturato particolarmente elevato, appare doversi tener a tal fine conto del fatturato consolidato del gruppo, piuttosto che – caso per caso – di quello delle singole società che lo compongono.

Da ciò discende un importante corollario, ovvero che il moltiplicatore a scopo di deterrenza dovrebbe essere applicato indistintamente sulla sanzione irrogata in via solidale a tutte le società appartenenti alla *single economic entity* responsabile dell'infrazione, a

⁵⁵² Sul c.d. moltiplicatore a scopo di deterrenza, si vedano, a livello UE, gli *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003 (2006/C 210/02), punto 30: "La Commissione presterà particolare attenzione all'esigenza di garantire l'effetto sufficientemente dissuasivo delle ammende; a tal fine essa può aumentare l'ammenda da infliggere alle imprese che abbiano un fatturato particolarmente grande aldilà delle vendite dei beni e servizi ai quali l'infrazione si riferisce".* A livello nazionale, si veda la Delibera AGCM del 22 ottobre 2014, n. 25152, recante *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, §25: "L'Autorità potrà incrementare la sanzione fino al 50% qualora l'impresa responsabile dell'infrazione abbia realizzato nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida un fatturato totale a livello mondiale particolarmente elevato rispetto al valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione oppure appartenga a un gruppo di significative dimensioni economiche".*

prescindere dal fatto che il fatturato delle singole società del gruppo, eventualmente, non renda necessario un simile incremento per taluna di esse, singolarmente considerata⁵⁵³.

Dunque, anche l'applicazione del fattore moltiplicatore a scopo di deterrenza appare fondata sulla considerazione che il "soggetto" a cui si applicano le norme antitrust è l'impresa, unitariamente intesa, e non le singole società che la compongono: l'incremento derivante dal moltiplicatore a scopo di deterrenza sarebbe, infatti, connesso alla necessità di impedire che gruppi di grandi dimensioni riescano a limitare l'ammontare delle sanzioni, frustrandone il relativo effetto deterrente, semplicemente articolando il gruppo in una pluralità di società controllate di dimensioni ridotte⁵⁵⁴.

Inoltre, a riprova del fatto che l'approccio descritto sia ancorato alla concezione unitaria dell'impresa di gruppo e miri a realizzare finalità di deterrenza diretta nei confronti del destinatario della sanzione, si osserva come un simile incremento non trovi applicazione nei confronti di società che, solo al momento dell'illecito e non anche a quello dell'adozione del provvedimento sanzionatorio, facevano parte di un gruppo di particolari dimensioni⁵⁵⁵.

⁵⁵³ Tra le più recenti, si veda la Decisione della Commissione europea del 12 dicembre 2016, caso AT.39904 – *Rechargeable batteries*. A livello nazionale, si veda tra le più recenti il Provvedimento AGCM del 30 novembre 2021, n. 29925 – A528 – *FBA AMAZON*, §882.

⁵⁵⁴ Decisione del 3 maggio 2006, caso COMP/F/38.620 – *Hydrogen Peroxide and Perborate*, punto 465.

⁵⁵⁵ Si veda la Decisione del 3 maggio 2006, caso COMP/F/38.620 – *Hydrogen Peroxide and Perborate*, punto 463, nella quale la Commissione ha applicato il moltiplicatore solo alla società che controllava la Ausimont al momento dell'illecito e non anche all'Ausimont stessa, perché quest'ultima, al momento dell'accertamento dell'illecito, era sottoposta al controllo di una diversa società. Un simile approccio è stato avallato anche dalle corti UE (si veda, ad esempio, Tribunale UE, sentenza del 6 febbraio 2014, causa T-40/10, *Elf Aquitaine SA*, punti 356 – 357; nonché Corte di giustizia, sentenza del 4 settembre 2014, causa C-408/12 P, *YKK Corporation e altri*, punto 87, nella quale è stato, con approccio parzialmente diverso, ritenuto irrilevante ai fini dell'applicazione del coefficiente moltiplicatore la circostanza che, nel caso di specie, nel periodo iniziale dell'infrazione, la società autrice materiale dell'illecito non appartenesse ancora al gruppo le cui dimensioni avevano fatto sì che, al momento dell'adozione della decisione sanzionatoria, la Commissione applicasse il predetto moltiplicatore). Si veda anche, in dottrina, P. A. BIOLAN, *Joint and Several Liability For Fines in Undertakings With Varying Configurations in EU Competition Law*, cit., p. 536 e precedenti ivi citati.

Tale approccio appare coerente con la considerazione già espressa, secondo cui la quantificazione della sanzione debba essere operata tenendo conto non già dell'impresa come composta al momento di commissione dell'infrazione al diritto della concorrenza, ma come articolata nel momento in cui la sanzione venga effettivamente irrogata. D'altra parte, anche in termini generali, al fine della valutazione della ricorrenza dei presupposti per l'applicazione del moltiplicatore, le corti UE hanno ritenuto che si dovrebbe sempre far riferimento alla situazione economica dell'impresa al momento dell'adozione della sanzione: cfr. sul punto C. KOENIG, *The Boundaries of the Firm and the Reach of Competition Law: Corporate Group Liability and Sanctioning in the EU and the US*, cit., p. 23, che giustifica un simile approccio evidenziando che "the perspective of the deterrence multiplier is forward-looking, as its main objective is specific deterrence, i.e. to induce the wrongdoer to comply with the competition rules in the future".

Va conclusivamente precisato che, se nella maggioranza dei casi il moltiplicatore ai fini di deterrenza è stato applicato coerentemente con la summenzionata prassi e con la nozione antitrust d'impresa, in alcuni casi la Commissione europea ha applicato tale circostanza aggravante anche "selettivamente", solo alle specifiche società del gruppo che avessero realizzato un fatturato particolarmente alto⁵⁵⁶.

Le corti UE hanno però espressamente disatteso un simile approccio, sostenendo che una simile applicazione "selettiva" del coefficiente moltiplicatore risulterebbe in contrasto con la nozione d'impresa⁵⁵⁷. Del resto, la motivazione (quasi apparente) fornita dalla Commissione in simili fattispecie di applicazione selettiva del moltiplicatore non avrebbe neppure consentito di comprendere e di esaminare più nel dettaglio le giustificazioni di un simile diverso approccio⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ Tra le più recenti, si veda la Decisione della Commissione europea del 15 ottobre 2014, caso COMP/39.523 – *Slovak Telekom*, punto 1532 – 1535, nella quale il moltiplicatore a scopo di deterrenza era stato applicato solo alla controllante Deutsche Telekom e non anche alla controllata Slovak Telekom.

⁵⁵⁷ Tribunale UE, sentenza del 13 dicembre 2018, causa T-827/14, *Deutsche Telekom AG*, punti 522 – 523. La sentenza ha pertanto annullato la decisione della Commissione oggetto di impugnazione, fra l'altro, nella parte in cui aveva applicato il moltiplicatore solo a una delle due società componenti l'impresa responsabile dell'infrazione.

⁵⁵⁸ Con riferimento alla Decisione della Commissione europea del 15 ottobre 2014, caso COMP/39.523 – *Slovak Telekom*, appena citata, la Deutsche Telekom aveva peraltro censurato in sede d'impugnazione, fra l'altro, una simile asserita carenza di motivazione, in particolare per quanto concerneva la mancata applicazione del moltiplicatore nei confronti della controllata Slovak Telekom, peraltro il soggetto materialmente autore dell'illecito. Nondimeno, simili censure erano state respinte dal Tribunale UE, che aveva ritenuto che nel caso di specie la Commissione di per sé avesse motivato in maniera sufficiente, ancorché succinta, le ragioni (pur tuttavia errate) di una simile applicazione del moltiplicatore (Tribunale UE, sentenza del 13 dicembre 2018, causa T-827/14, *Deutsche Telekom AG*, punti 480 – 481: "[...] il résulte implicitement du raisonnement suivi par la Commission que cette approche était motivée par la circonstance que cette filiale avait un chiffre d'affaires nettement moins élevé que celui de la requérante au moment où a été adoptée la décision attaquée, et que l'amende [...] présentait ainsi, à l'égard de ladite filiale, un effet dissuasif suffisant. Il s'ensuit que, quand bien même la motivation de la décision attaquée apparaît sommaire s'agissant de l'amende infligée individuellement à la requérante, elle lui a fourni une indication suffisante quant au bien-fondé de la décision attaquée sur ce point", così consentendo alla ricorrente di censurare la decisione e al Tribunale di controllare la legalità della decisione *in parte qua*). Tenuto anche conto della diversa prassi adottata dalla Commissione europea nell'applicazione del moltiplicatore, le argomentazioni offerte dal Tribunale appaiono invero poco convincenti e, anzi, la motivazione offerta dalla Commissione sul punto nel caso di specie appariva, effettivamente, apparente.

5.7.3. Le circostanze attenuanti: l'adozione di programmi di *compliance*

Sulla scorta di quanto sopra osservato, la nozione d'impresa appare rilevante anche ai fini dell'applicazione di talune circostanze attenuanti.

Anzitutto, ciò emerge dai presupposti per la valorizzazione dell'adozione di programmi di *compliance* nell'ambito di gruppi di imprese. Ebbene, le *Linee guida sulla compliance antitrust* adottate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato⁵⁵⁹ dispongono chiaramente, al §43, che nell'ambito di procedimenti che comportino sia il coinvolgimento della controllante sia della controllata, affinché il programma di *compliance* della prima possa ritenersi adeguato e, quindi, consentire un'apposita riduzione della sanzione, "*deve essere adottato e implementato a livello di gruppo*". Pertanto, si potrà dare luogo all'applicazione dell'attenuante solo se sia la controllante sia la controllata parti del procedimento lo abbiano adottato e attuato⁵⁶⁰.

5.7.4. La *inability to pay*

La principale casistica, in particolare a livello eurounitario, ha tuttavia riguardato la c.d. *inability to pay*, che consente all'autorità procedente di tenere conto dell'incapacità dell'impresa di far fronte all'obbligazione sanzionatoria, eventualmente anche alla luce del contesto sociale ed economico rilevante, così da disporre una riduzione dell'importo base della sanzione⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ Delibera AGCM del 25 settembre 2018, n. 27356, recante *Linee Guida sulla compliance antitrust*.

⁵⁶⁰ Per un'applicazione del principio, si veda il provv. AGCM n. 29981 del 1 febbraio 2022 – proc. 1835 – *MERCATO DEI CONTATORI D'ACQUA*, §735, ove l'applicazione dell'attenuante è stata esclusa proprio per la mancata adozione del programma di *compliance* da parte della controllante. Il provvedimento è stato confermato *in parte qua* da TAR Lazio, sez. I, sentenza del 6 marzo 2023, n. 3699, ove si è rilevato che un diverso approccio vanificherebbe lo scopo dei programmi di *compliance*, consentendo alla controllante di adottare una politica generale di gruppo anticoncorrenziale, in spregio del programma di *compliance* adottato dalla controllata.

⁵⁶¹ Sulla riduzione della sanzione conseguente all'applicazione della c.d. *inability to pay*, a livello UE, si vedano gli *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003 (2006/C 210/02)*, punto 35: "*In circostanze eccezionali la Commissione può, a richiesta, tener conto della mancanza di capacità contributiva di un'impresa in un contesto sociale ed economico particolare. La Commissione non concederà alcuna riduzione di ammenda basata unicamente sulla constatazione di una situazione finanziaria sfavorevole o deficitaria. Una riduzione potrebbe essere concessa soltanto su presentazione di prove oggettive dalle quali risulti che l'imposizione di un'ammenda, alle condizioni fissate dai presenti orientamenti, pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica dell'impresa e priverebbe i suoi attivi di qualsiasi valore*". A livello UE, si veda anche la *ITP Information notice* della Commissione europea del 12 giugno 2010 su *Inability to pay under*

Ebbene, anche il profilo della (in)capacità contributiva è oggetto di valutazione avuto riguardo all'impresa e non alle singole società che la compongono: a giustificare l'applicazione della riduzione della sanzione per incapacità contributiva sarà lo stato di redditività e solidità economico-finanziaria del gruppo nel suo complesso, a prescindere dalla condizione delle specifiche società che lo compongono.

Un simile approccio, peraltro, comporta che ai fini della valutazione della sussistenza di una situazione di incapacità contributiva si possa tenere conto della situazione patrimoniale della capogruppo non solo in via diretta, ma anche in via indiretta, in termini di credibilità di tale società rispetto a soggetti terzi potenziali finanziatori, nonché in termini di solvibilità degli azionisti della capogruppo⁵⁶². Inoltre, a livello nazionale, la fondatezza delle istanze di incapacità contributiva è risultata oggetto di valutazione alla luce della situazione economica della società controllante persino ancorché quest'ultima non fosse stata ritenuta solidalmente responsabile per l'infrazione commessa dalla controllata⁵⁶³.

paragraph 35 of the 2006 Fining Guidelines and payment conditions pre- and post-decision finding an infringement and imposing fines. A livello nazionale, si veda la Delibera AGCM del 22 ottobre 2014, n. 25152, recante *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, §31: "L'Autorità considera le condizioni economiche dell'impresa responsabile dell'infrazione, in base a quanto previsto dall'articolo 11 della legge n. 689/81. Al riguardo, su motivata e circostanziata istanza di parte avanzata entro il termine di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori [...] l'Autorità può ridurre la sanzione per tener conto dell'effettiva limitata capacità contributiva della stessa. L'impresa che intende avanzare tale istanza deve produrre evidenze complete, attendibili e oggettive da cui risulti che l'imposizione di una sanzione [...] ne pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica, potendo pertanto determinarne l'uscita dal mercato. L'Autorità non prenderà in considerazione istanze basate unicamente su perdite di bilancio negli ultimi esercizi o di crisi generalizzata del settore interessato"*. Per un'analisi dell'istituto della riduzione della sanzione per incapacità contributiva, sulla base del §31 delle Linee Guida AGCM, lette in combinato disposto con gli Orientamenti della Commissione, si vedano F. GHEZZI, G. D. PINI, *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, cit., pp. 58 – 63.

⁵⁶² Si veda, ad esempio Tribunale UE, sentenza del 2 giugno 2016, cause riunite da T-426/10 a T-429/10 e da T-438/12 a T-441/12, *Moreda-Riviere Trefilerías, SA*, punti 509 – 515 e 521 – 525. Lo specifico profilo della rilevanza delle condizioni economiche dei singoli soci della capogruppo assume tuttavia rilevanza variabile: ad esempio, il Consiglio di Stato ha negato – ai fini della valutazione della capacità contributiva di un'impresa – qualsiasi rilevanza alla situazione patrimoniale dei soci, rilevando nell'ambito della nozione sostanzialista di impresa solo quella della "persona giuridica oggetto del procedimento sanzionatorio" (Consiglio di Stato, sez. VI, 5 agosto 2019, n. 5561).

⁵⁶³ Si veda il Provvedimento AGCM del 25 marzo 2015, n. 25401 – I772 – *MERCATO DEL CALCESTRUZZO FRIULI VENEZIA GIULIA*, §132, nel quale, in relazione alla società Calcestruzzi Trieste Nord Est S.r.l., l'AGCM ha ritenuto l'istanza di incapacità contributiva non meritevole di accoglimento, fra l'altro, perché "la situazione della società controllante Zillo (ed anche indirettamente di Cementi Zillo) non ne sarebbe influenzata". Lo stesso approccio è stato seguito in relazione alla controllante della società Zillo, anch'essa sanzionata nel

Simili coordinate valutative ai fini della valutazione della sussistenza di una situazione di incapacità contributiva, nel caso di gruppi di società, comportano che la rilevanza della forza economica del gruppo in sé considerato renda eccezionale e limitata a pochi casi la possibilità di applicare tale istituto.

Va incidentalmente notato che un simile approccio appare l'unico effettivamente in grado di evitare manovre opportunistiche nell'ambito dei gruppi, potendosi altrimenti veder favorite condotte strategiche idonee a spingere il gruppo a far sì che una specifica società divenga insolvente, trasferendo le proprie risorse ad altre società del gruppo, al solo fine di vedersi applicata la riduzione della sanzione per incapacità contributiva⁵⁶⁴.

D'altra parte, prevenire fattispecie come quella appena menzionata rappresenta uno scopo dichiarato da parte della Commissione europea, che in una *Information note* del 2010 sui criteri applicativi della riduzione della sanzione per incapacità contributiva ha evidenziato che la stessa potesse persino incoraggiare "*strategic behaviour (moral hazard), in particular financial engineering or corporate restructuring, aimed at avoiding the payment of the fine*".

5.8. Il problema della ripartizione interna della sanzione tra i responsabili in via solidale: il caso *Siemens Österreich*

La responsabilità solidale per l'infrazione antitrust, nei termini sopra espressi, vuoi per il pagamento della sanzione vuoi per il risarcimento del danno cagionato da condotte anticompetitive, apre l'interrogativo sulla possibilità per l'autorità procedente di incidere sui rapporti interni tra i coobbligati solidali.

procedimento appena menzionato, ma a titolo di responsabilità autonoma (si veda il §131 "*La società Zillo gode di una situazione di liquidità adeguata, risultando avere disponibilità correnti nette pari al doppio dell'ammenda. Riguardo alla solvibilità, la situazione appare complessivamente non critica e comunque non subirebbe modifiche di rilievo a causa dell'applicazione della sanzione. La valutazione della società madre – Cementi Zillo – conferma e corrobora tali conclusioni*").

⁵⁶⁴C. KOENIG, *The Boundaries of the Firm and the Reach of Competition Law: Corporate Group Liability and Sanctioning in the EU and the US*, cit., p. 28.

In effetti, dalla ricostruzione sinora svolta, traspare che, in una certa misura, l'autorità procedente possa condizionare i rapporti interni tra condebitori solidali per la sanzione, ma quale indiretta conseguenza del potere di determinare, in taluni casi, sanzioni diverse per gli appartenenti alla medesima impresa (ad esempio, alla luce di un'imputazione solidale della sanzione *pro rata temporis*, tenuto conto della diversa durata del periodo di appartenenza alla medesima impresa). A ben vedere, tuttavia, simili fattispecie involgerebbero non tanto la determinazione della sorte dell'obbligazione solidale nei rapporti interni, quanto piuttosto una limitazione dell'obbligazione solidale stessa, risultando qualificabile una quota parte della sanzione come obbligazione parziaria.

È innegabile però che i principi in materia di responsabilità della *single economic entity* e il rapporto di solidarietà che ne discende pongano complessi temi quanto ai rapporti interni tra condebitori solidali, appartenenti alla medesima impresa.

Le corti UE hanno avuto modo di pronunciarsi sul punto, evidenziando la correttezza del consolidato *modus procedendi* della Commissione, limitato all'identificazione di un'obbligazione in solido, senza prendere posizione circa la ripartizione della stessa nei rapporti interni.

Il *leading case* che ha confermato tale approccio è il giudizio della Corte di giustizia nel caso *Siemens Österreich*. Con tale pronuncia, fra l'altro, la Corte di giustizia ha espressamente disatteso e annullato le deduzioni del Tribunale UE che, in primo grado, aveva sostenuto fra l'altro che spettasse esclusivamente alla Commissione determinare i rispettivi importi *pro quota* rispetto alla complessiva sanzione per la quale fossero state condannate in solido⁵⁶⁵. Secondo il Tribunale, conseguentemente, ciascun destinatario di una decisione che lo abbia condannato al pagamento in solido di una sanzione per un illecito antitrust avrebbe dovuto sempre poter dedurre da tale decisione l'importo *pro quota* da sopportare nei rapporti interni con i condebitori solidali.

⁵⁶⁵ Tribunale UE, sentenza del 3 marzo 2011, cause riunite da T-122/07 a T-124/07, *Siemens AG Österreich e altri*, punto 157. Nel caso di specie, pertanto, nell'esercizio della sua cognizione estesa al merito, il Tribunale UE aveva altresì proceduto a determinare le rispettive quote di responsabilità interna dei vari condebitori solidali.

In sede di impugnazione, la Corte di giustizia ha, invece, ritenuto che – ferma la facoltà dell’ autorità procedente di condannare in solido più società, in quanto appartenenti alla medesima impresa – né eventuali norme né tantomeno gli obiettivi sottesi al meccanismo di solidarietà consentirebbero all’ autorità procedente di intervenire nei rapporti interni tra coobbligati solidali⁵⁶⁶. Né, tantomeno, si potrebbe ipotizzare – come aveva fatto il Tribunale – che in assenza di specifiche statuizioni da parte dell’ autorità procedente, la responsabilità si intenda come gravante in parti uguali sui diversi condebitori.

La determinazione delle quote interne di responsabilità solidale potrà dunque essere oggetto di una “fase” successiva, che *“in linea di principio, non presenta più interesse per la Commissione, una volta che la totalità dell’ ammenda le sia stata pagata da uno o più di tali debitori”*. Pertanto, le società condannate in via solidale al pagamento della sanzione dovranno eventualmente adire i giudici nazionali per ottenere una pronuncia in merito alla rispettiva quota di responsabilità interna. Tale pronuncia dovrà essere emessa sulla base delle norme di diritto interno ma, comunque, *“nel rispetto del diritto dell’ Unione”*⁵⁶⁷.

Si deve evidenziare che le conclusioni a cui è giunta la Corte di giustizia disattendono anche le valutazioni dell’ AG Mengozzi, il quale aveva ipotizzato un’ interessante via

⁵⁶⁶ Successivamente alla sentenza *Siemens Österreich*, il principio è stato ad esempio ribadito anche Corte di giustizia, sentenza del 26 gennaio 2017, causa C-625/13 P, *Villeroy & Boch AG*, punti 150 – 152. Va peraltro evidenziato che, come notato *supra* al par. 3., l’ autorità procedente dispone di discrezionalità quanto alla determinazione dei soggetti, appartenenti alla medesima impresa, ai quali irrogare in via solidale la sanzione. La conclusione di ritenere l’ autorità procedente non competente a determinare le quote di solidarietà interna appare dunque condivisibile per un’ ulteriore ragione. Potrebbero infatti ipotizzarsi casi in cui – ancorché appartenenti all’ impresa responsabile di un’ infrazione – determinate società non siano state destinatarie della sanzione dell’ autorità garante della concorrenza. Ebbene, se in simili casi quest’ ultima si pronunciasse sulle quote interne di responsabilità, risulterebbe arduo comprendere come una simile ripartizione possa essere oggetto di successiva “revisione”, per tener conto anche dell’ ipotetica responsabilità solidale delle società pretermesse. In assenza di una simile competenza a determinare la quota interna di responsabilità, una valutazione di tal fatta viene in ogni caso rimessa alla sede del giudizio civile. Si veda però K. SADRAK, *Joint and Several Liability in EU Competition Law*, cit., che, come già notato, sostiene in sintesi che la determinazione, da parte dell’ autorità procedente, dei soggetti responsabili in via solidale debba essere rispettata nell’ ambito delle azioni di regresso, sicché *“one cannot claim contribution from companies other than those that have been designated by the Commission”* (v. p. 73).

⁵⁶⁷ Corte di giustizia, sentenza del 10 aprile 2014, causa C-231/11 P, *Siemens AG Österreich*, punti 57 – 77; la citazione è in particolare riferite, rispettivamente, ai punti 62 e 67. Si veda anche K. SADRAK, *Joint and Several Liability in EU Competition Law*, cit., pp. 58 – 71, che, come visto, ritiene che proprio tale affermazione implichi il rispetto della determinazione, da parte dell’ autorità procedente, dei soggetti responsabili in via solidale.

“mediana”, in considerazione della quale sarebbe stato onere dell’authority precedente determinare la quota interna di responsabilità solamente nel caso in cui i responsabili solidale avessero fatto parte della medesima impresa solamente al momento dell’illecito ma non al momento dell’adozione della decisione sanzionatoria. Secondo l’AG Mengozzi, infatti, tenuto conto della discrezionalità dell’authority precedente nel determinare i coobbligati solidali, anche nell’an, per garantire la certezza del diritto, sarebbe stato quindi quantomeno necessario approfondire “il grado di responsabilità colpevole” di ciascuna società⁵⁶⁸.

Dai principi espressi dalla Corte di giustizia, pertanto, discende così che non può in alcun modo essere posto in discussione che l’authority precedente è sempre legittimata a esigere il pagamento integrale della sanzione da una qualunque tra le società condannate in via solidale.

Sulla base dell’insegnamento della giurisprudenza eurounitaria, pertanto, la determinazione “diretta” delle rispettive quote di responsabilità (interna) per la sanzione non potrà però essere determinata dall’authority garante della concorrenza competente, ma sarà rimessa alla cognizione dei giudici civili⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ Conclusioni dell’AG Mengozzi del 19 settembre 2013, cause riunite C-231/11 P, C-232/11 P e C-233/11 P, *Commissione europea c. Siemens Österreich e altri*, punti 85 – 91; la citazione è in particolare tratta dal punto 87. L’AG Mengozzi, più specificamente, aveva sostenuto che, in caso di disgregazione dell’unità economica a seguito dell’infrazione, “il principio di personalità delle pene pone [...] un’esigenza di certezza del diritto relativamente alla determinazione della sanzione per i soggetti che non costituiscono più un’unità economica. Tali soggetti, pur restando responsabili esternamente verso la Commissione per il pagamento dell’integralità dell’ammenda per l’infrazione commessa dall’impresa [...] devono poter conoscere la quota che dovranno sopportare internamente nei rapporti con i loro condebitori in solido con i quali non hanno più un legame, economico, organizzativo e giuridico sufficiente a giustificare l’inclusione con loro in un’unità economica”. Pertanto, secondo l’AG, nel caso in cui l’authority precedente decidesse, nell’esercizio della sua discrezionalità, di ritenere condebitori in solido soggetti invero non più parte della medesima unità economica al momento dell’adozione della decisione, sarà suo onere “stabilire l’importo pro quota dell’ammenda che il soggetto che non dispone più di nessi che giustifichino la sua inclusione nell’unità economica dovrà sopportare nei rapporti interni con gli altri condebitori. A tale riguardo, occorre rilevare che il fatto di sanzionare in solido tali soggetti costituisce una mera facoltà lasciata alla valutazione discrezionale della Commissione” (punti 85 – 86). Ad avviso dell’AG Mengozzi, del resto, un simile trattamento differenziato delle fattispecie di disgregazione dell’unità economica non sarebbe eccezionale, riscontrandosi, ad esempio, anche nell’applicazione del massimo edittale (come già approfondito *supra* al par. 5.5.1.).

⁵⁶⁹ K. SADRAK, *Joint and Several Liability in EU Competition Law*, cit., ove anche una dettagliata analisi dei possibili principi-guida per determinare in concreto la ripartizione dell’obbligazione solidale nei rapporti interni (v. spec. pp. 124 – 161).

Resta inteso che, in ogni caso, una implicita determinazione delle quote di responsabilità delle singole persone giuridiche appartenenti alla medesima impresa – comunque i destinatari “ultimi” della sanzione – potrà discendere da una rigorosa applicazione della *single economic entity doctrine* alla quale consegue una (corretta) “ripartizione” della sanzione, solo in parte identificata come obbligazione solidale⁵⁷⁰.

Infatti, l’incompetenza a determinare le quote di responsabilità interna non preclude all’autorità procedente di fissare “*separatamente, per ciascuna delle imprese [...] l’importo dell’ammenda che deve essere pagato in solido dalle società che ne fanno parte, in funzione della gravità dell’infrazione individualmente contestata a ciascuna impresa interessata e della sua durata*”, essendo anzi a ciò obbligata⁵⁷¹.

Ricollegando i ragionamenti sopra svolti all’ambito del *private enforcement*, deve sostenersi conclusivamente anche che, anzitutto, la “incompetenza” dell’autorità procedente a pronunciarsi sulle quote di responsabilità interna comporta che rimanga in ogni caso impregiudicata la possibilità per il giudice civile, se del caso e in presenza di un’apposita domanda di parte, di determinare la rispettiva quota parte di responsabilità

⁵⁷⁰ Anche nella menzionata sentenza *Siemens Österreich*, la Corte di giustizia si è limitata a censurare le statuizioni del Tribunale nella misura in cui lo stesso aveva sostenuto una pretesa competenza della Commissione a pronunciarsi sui rapporti interni tra condebitori solidali. Di converso, trattandosi peraltro di profilo non oggetto di impugnazione, la Corte di giustizia aveva ritenuto che fossero meritevoli di conferma le statuizioni del Tribunale con le quali era stato oggetto di rideterminazione l’ammontare della sanzione effettivamente irrogata in via solidale dal Tribunale UE, al fine di tener compiutamente conto delle modifiche alla composizione dell’impresa nel corso del periodo di durata dell’infrazione, tali per cui talune società avrebbe dovuto sopportare autonomamente parte della sanzione (Corte di giustizia, sentenza del 10 aprile 2014, causa C-231/11 P, *Siemens AG Österreich*, punti 78 – 83, nonché il punto 3 del dispositivo di sentenza della Corte di giustizia).

⁵⁷¹ Corte di giustizia, sentenza del 10 aprile 2014, cause riunite C-247/11 P e C-253/11 P, *Areva SA*, punto 133. Nella sentenza appena citata il principio era stato espresso, in particolare, in relazione a una fattispecie di modifica, a infrazione in corso, del controllo della società direttamente partecipante nell’illecito, sicché si rendeva necessario determinare la rispettiva quota di responsabilità solidale delle controllanti. La Corte di giustizia ha quindi sostenuto che, sebbene ciascuna società non debba poter dedurre dalla decisione la quota che “*dovrà sopportare nei rapporti con i condebitori in solido*”, in caso di successione nel controllo di una società che abbia partecipato a un’infrazione, ciascuna controllante dovrebbe poter dedurre dalla decisione “*la quota della sua responsabilità solidale per il pagamento dell’ammenda che corrisponde alla parte dell’ammenda della controllata che può esserle imputata e che la Commissione ha il diritto di richiederle*” (punti 134 – 135). Principi analoghi emergono dalle Conclusioni dell’AG Pitruzzella del 4 giugno 2020, causa C-823/18 P, *Commissione europea c. GEA Group AG*, punto 50, nelle quali, al punto 50, in relazione al caso di specie, veniva evidenziato che “*distinguendo gli importi da imputare solidalmente a GEA, CPA e ACW e a GEA e ACW, la Commissione ha tenuto conto della circostanza che, per un certo periodo, CPA ha partecipato all’infrazione in qualità di filiale di una diversa società madre, con la quale è stata condannata in solido al pagamento di una diversa ammenda*”).

civile risarcitoria delle società che appartengano a un'impresa responsabile di un'infrazione causativa di danno nei confronti di terzi⁵⁷².

6. Questioni procedurali e sostanziali nell'ambito del *private enforcement* derivanti dall'applicazione della *single economic entity doctrine*

In vari punti dell'elaborato, si è già avuto modo di individuare, incidentalmente e in connessione con analoghi profili pertinenti al *public enforcement*, alcuni possibili riflessi applicativi derivanti dall'applicazione della *single economic entity doctrine* nell'ambito delle azioni per il risarcimento del danno da condotte anticoncorrenziali, sia sul piano procedurale sia sul piano prettamente risarcitorio.

Si deve ora approfondire questo aspetto della ricerca, determinando ulteriori possibili implicazioni procedurali e sostanziali, prettamente specifiche a questioni pertinenti al *private enforcement*, discendenti dalla *single economic entity doctrine*, la quale è applicabile alla luce del più volte ribadito corollario per cui la nozione autonoma di diritto UE d'impresa trova pedissequa e integrale applicazione tanto nel *public* quanto nel *private enforcement*.

Anzitutto, come chiarito *supra* al par. 6 e ss. del II capitolo, alla luce della sentenza *Sumal*, appare ormai difficilmente discutibile, che in presenza dei presupposti ivi delineati, ogni società appartenente all'unica entità economica che si sia resa responsabile di un'infrazione al diritto antitrust potrà essere citata in giudizio per il risarcimento il danno eventualmente causato dalle condotte di un'altra società appartenente all'unità economica.

⁵⁷² Si veda anche l'art. 11, para. 5, della Direttiva 2014/104/UE, che dispone che "Gli Stati membri provvedono affinché l'autore di una violazione possa recuperare da ogni altro autore della violazione un contributo il cui importo è determinato alla luce delle loro responsabilità relative per il danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza. [...]". Ancorché la disposizione è volta a disciplinare il regresso fra distinte imprese, coautrici della medesima infrazione, appare ragionevole interpretarla estensivamente, anche rispetto ai rapporti interni dovuti all'appartenenza alla medesima impresa responsabile di una infrazione.

Ciò, evidentemente, amplia considerevolmente i soggetti che potrebbero venire coinvolti, dal lato passivo, nelle azioni risarcitorie, senza che il previo mancato coinvolgimento nel procedimento antitrust presupposto possa escludere il successivo coinvolgimento in azioni risarcitorie (invero, come visto, l'appartenenza all'unità economica è di per sé idonea e sufficiente a radicare una simile legittimazione passiva, anche a prescindere dal coinvolgimento nel procedimento antitrust presupposto).

Tale estensione dei soggetti legittimati può riverberarsi anche sul giudice competente a conoscere dell'azione e non necessariamente con la conseguenza di consentire al danneggiato di agire innanzi al giudice dello Stato membro ove abbia la sede.

La premessa da cui muovere è che sulla base della giurisprudenza UE rilevante⁵⁷³, l'art. 7, n. 2, del Regolamento UE n. 1215/2012 deve essere interpretato nel senso che la presunta vittima di un illecito antitrust ha la possibilità di citare in giudizio l'asserito danneggiante nel luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto (cioè, nel luogo in cui i prezzi del mercato sono stati falsati e la presunta vittima sostiene di aver patito un danno). Pertanto, in via di principio, la possibilità del danneggiato di agire innanzi al giudice dello Stato membro ove abbia la sede è già assicurata, a prescindere dall'estensione dei legittimati passivi prodotta dalla *single economic entity doctrine* (il convenuto può quindi in via di principio citare in giudizio l'autore materiale dell'illecito innanzi al giudice dello Stato membro ove abbia la propria sede, a prescindere da quella del futuro convenuto).

Va però evidentemente considerata la nota complessità di dimostrare il luogo ove effettivamente l'evento dannoso sia avvenuto, sicché – senza dubbio – la possibilità per l'attore di citare in giudizio una società appartenente all'unità economica che gli abbia asseritamente causato un danno con sede nel suo medesimo Stato membro elide in radice il rischio di eccezioni relative alla giurisdizione competente.

Inoltre, sotto ben più significativo profilo, l'applicazione della *single economic entity doctrine* potrebbe in ogni caso favorire il *forum shopping* nella misura in cui potrebbe consentire l'individuazione di un c.d. *anchor defendant*, tra gli appartenenti all'unità

⁵⁷³ Il riferimento è alla sentenza pregiudiziale *Tibor-Trans* (Corte di giustizia, sentenza del 29 luglio 2019, causa C-451/18, *Tibor-Trans*).

economica responsabile del danno, che abbia la sede in un c.d. *forum convenient*. In tal modo, potrebbe ottenersi una “attrazione” di competenza giurisdizionale non solo rispetto agli altri appartenenti alla medesima unità economica, ma anche rispetto a società appartenenti ad altre imprese eventualmente co-autrici dell’infrazione, responsabili in solido per il danno cagionato, ai sensi dell’art. 11 della direttiva 2014/104/UE (oggetto di recepimento, a livello nazionale, con l’art. 9 del d.lgs. 3/2017). Infatti, sulla base di quanto sostenuto dalla Corte di giustizia, appare pacifico che la norma di “concentrazione delle competenze” recata dall’art. 8, n. 1, del Regolamento UE n. 1215/2012⁵⁷⁴, possa applicarsi anche nel caso di azioni di danno antitrust volte a ottenere la condanna in solido di società appartenenti alle (diverse) imprese che abbiano commesso una violazione del diritto antitrust⁵⁷⁵.

Tale strategia dell’*anchor defendant*, pertanto, favorisce tanto più il *forum shopping* quanto più l’area della legittimazione passiva rispetto alle azioni di danno antitrust sia costruita in termini “ampi” e idonei ad attrarre la più vasta platea possibile di soggetti⁵⁷⁶.

Del resto, le potenziali espansioni della platea dei legittimati passivi fondate sulla teoria dell’unità economica non appaiono neppure fondarsi su un ipotetico perseguimento dell’obiettivo di consentire, nel limite del possibile, al danneggiato di agire nei confronti di un soggetto avente la sua medesima “nazionalità”, quale garanzia di varie agevolazioni procedurali e, conseguentemente, dell’effettività del *private enforcement* (quali sono, in particolare, la possibilità di evitare le complesse pratiche sottese a notificazioni all’estero

⁵⁷⁴ La previsione dispone che una persona domiciliata in uno Stato membro possa essere convenuta “*in caso di pluralità di convenuti, davanti all’autorità giurisdizionale del luogo in cui uno di essi è domiciliato, sempre che tra le domande esista un collegamento così stretto da rendere opportuna una trattazione unica e una decisione unica onde evitare il rischio di giungere a decisioni incompatibili derivanti da una trattazione separata*”.

⁵⁷⁵ Si veda Corte di giustizia, sentenza del 21 maggio 2015, causa C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA*, tuttavia pronunciata sull’applicabilità dell’art. 6 del Regolamento (CE) n. 44/01 alla fattispecie *de qua* (previsione comunque analoga all’art. 8 sopra citato).

⁵⁷⁶ Si veda anche W. WURMNEST, *Liability of ‘undertakings’ in damages actions for breach of Articles 101, 102 TFEU: Skanska*, in *Common Market Law Review*, 57, 2020, pp. 932 – 933, che, proprio per tale ragione, evidenzia come in dottrina sia aperto un dibattito circa la necessità di interpretazioni restrittive del cit. art. 8. Il risultato, peraltro, appare particolarmente contraddittorio se si considera che l’esplicitazione, in *Skanska*, che la nozione d’impresa è un concetto autonomo di diritto UE aveva fra l’altro lo scopo di scoraggiare il *forum shopping* che sarebbe potuto scaturire da diverse interpretazioni a livello nazionale. P. WHELAN, *Private Enforcement and the Imputation of Antitrust Liability*, cit., p. 3, disponibile su SSRN al link <https://ssrn.com/abstract=4080911>, p. 16.

dell'atto di citazione o le semplificazioni relative all'esecuzione coattiva dell'eventuale sentenza di condanna⁵⁷⁷).

Del resto, ai summenzionati rischi di *forum-shopping*, si aggiunge anche quello che l'evocazione in giudizio di un soggetto non materialmente connesso con la condotta illecita possa rendere più arduo l'esercizio del diritto di difesa da parte di questi (ad esempio, non valendo neppure un principio di vicinanza della prova che, anzi, sarebbe più ardua fornire, in particolare per ciò che concerne l'esistenza dell'ipotetico danno, invero non direttamente causato dal convenuto). Inoltre, il convenuto sopporterebbe il rischio di dover sostenere il pagamento integrale di un danno da lui non direttamente, con tutte le conseguenti incertezze sottese a successive eventuali azioni di regresso.

Se finora si sono analizzate le possibili implicazioni della *single economic entity doctrine* dal lato passivo delle azioni risarcitorie, si è di recente posto altresì il tema di una possibile rilevanza della nozione d'impresa dal lato "attivo" dell'azione risarcitorio.

Così, su rinvio di un giudice nazionale ungherese, la Corte di giustizia sarà chiamata a pronunciarsi su tale profilo, valutando se la nozione di unità economica possa essere applicata anche dal lato attivo dell'azione risarcitorio⁵⁷⁸. Più nel dettaglio, il quesito pregiudiziale oggetto del giudizio mira infatti a determinare se una società capogruppo, che controlli una o più società direttamente danneggiate da un'infrazione dal diritto antitrust, possa essa stessa agire in giudizio domandando il risarcimento dei danni da queste subito, postulando l'appartenenza all'unità economica, in senso antitrust, danneggiata dall'illecito.

A ben vedere, si tratterebbe infatti di danni che *prima facie*, al di là dell'applicazione delle nozioni antitrust, apparirebbero indiretti e, in quanto tali presumibilmente non risarcibili. Tuttavia, l'applicazione della *single economic entity doctrine* implicitamente trasformerebbe il danno subito dalle controllate in un danno diretto della capogruppo.

⁵⁷⁷ Si vedano in tal senso le Conclusioni dell'AG Pitruzzella del 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, punto 68.

⁵⁷⁸ Causa C-425/22, *MOL*. Per un primo commento al rinvio pregiudiziali, con considerazioni sovrapponibili a quelle che si esporranno a breve nel testo, si veda E. FISCHER, *MOL (C-425/22) – The “Undertaking” (Art. 101, 102 TFEU) As An Applicant: New Forum Shopping in Competition Law?*, disponibile al link <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/10/20/mol-c-425-22-the-undertaking-art-101-102-tfeu-as-an-applicant-new-forum-shopping-in-competition-law/>.

Una soluzione positiva a tale quesito avrebbe così un ulteriore e significativo impatto sull'agevolazione del *forum shopping*, tenuto conto che potrebbe radicare un'ulteriore giurisdizione competente, rappresentata dalla sede della società non direttamente danneggiata dall'illecito, ma appartenente all'unità economica – secondo tale ricostruzione – danneggiata dall'illecito.

Sintesi dei risultati della ricerca e possibili prospettive evolutive

A valle della ricerca svolta nel presente elaborato, è possibile muovere alcune riflessioni conclusive, volte a saggiare l'attuale stato dell'impiego della teoria dell'unità economica ai fini dell'attribuzione della responsabilità antitrust nei gruppi di imprese nel *public* e nel *private enforcement*, avuto riguardo sia alla valutazione della complessiva coerenza applicativa di tale dottrina nel suo diffuso impiego, secondo quanto analizzato nel II capitolo, sia ai risvolti sanzionatori sottostanti al principio della responsabilità antitrust della *single economic entity*.

In particolare, di seguito, verranno espresse talune osservazioni critiche sulla congruità e validità degli esiti ai quali pervengono le applicazioni pratiche. Le riflessioni si aggiungeranno e ricapitoleranno complessivamente anche quanto già espresso nel corso dell'indagine.

Ebbene, su un piano preliminare rispetto al quale si poggia la ricostruzione dei criteri di attribuzione della responsabilità antitrust nell'impresa di gruppo, sembra doversi raggiungere la conclusione che la *single economic entity doctrine* appare applicata secondo approcci non del tutto coerenti fra loro; non solo avuto riguardo al sistema complessivo antitrust, ma anche – e soprattutto – tenendo conto solo del “sotto-sistema” relativo all'attribuzione della responsabilità antitrust.

Così, se già a livello generale i principi per determinare i “confini” di un'unità economica appaiono elaborati in maniera sfumata e con un approccio “aperto”, idoneo a rinviare a una valutazione caso per caso, la frammentarietà dei metodi di accertamento dell'esistenza di un'impresa sul piano antitrust appare viepiù accentuata dalla sovrapposizione di una pluralità di differenti approcci, condizionati dalla fattispecie antitrust rispetto alla quale la teoria dell'unità economica viene in rilievo.

Come notato *supra*, specialmente al par. 4 del III capitolo, infatti, ai fini della prova dell'esistenza di un'unità economica, appare che la giurisprudenza eurounitaria abbia

elaborato una pluralità di test distinti, tra loro non del tutto sovrapponibili, diversificando l'oggetto di prova a seconda della fattispecie antitrust rilevante. Da ciò discende la problematica conseguenza che determinate società, appartenenti al medesimo gruppo, possano o meno essere identificate come un'unità economica a seconda della fattispecie antitrust rispetto alla quale la valutazione sia compiuta. La criticità appare viepiù evidente se soppesata rispetto al solo profilo dell'attribuzione della responsabilità antitrust, posto che la diversità dei test elaborati potrebbe comportare, ad esempio, che le società Alfa (controllante) e Beta (controllata) siano ritenute un'unica impresa nel caso di applicazione della responsabilità *bottom-up*, ma non per quella *top-down* (si veda anche quanto osservato *supra* al par. 6.1. del II capitolo).

Tali approdi appaiono difficilmente conciliabili con il principio espresso, quantomeno sul piano formale, dalla giurisprudenza euromunitaria, relativo all'unicità della nozione antitrust d'impresa e dell'impossibilità di fornirne un'interpretazione diversa a seconda della fattispecie antitrust nella quale sia applicata (si veda, in particolare, la giurisprudenza citata *supra* ai parr. 4 e 5.5. del III capitolo).

Per ricondurre a sistema tali aporie, potrebbe, pertanto, anzitutto, esprimersi la considerazione che la predetta giurisprudenza andrebbe interpretata in senso più limitato: l'unicità della nozione d'impresa andrebbe riferita solamente ai fini dell'identificazione, in ogni caso, del soggetto "economico", superando il velo della personalità giuridica dei soggetti appartenenti al gruppo. Fermo tale corollario, si potrebbe però ritenere che l'unicità della nozione d'impresa non escluderebbe l'identificazione di un diverso oggetto di prova e, quindi, differenti test, a seconda della fattispecie antitrust rilevante⁵⁷⁹.

L'esplicitazione di tale considerazione potrebbe, fra l'altro, avere l'effetto benefico di "impermeabilizzare" le elaborazioni giurisprudenziali in materia di *single economic entity doctrine* tra le diverse fattispecie nelle quali la stessa è applicata, implicitamente ammettendo la diversità delle *rationes* sottostanti a ciascuno specifico "filone". Ciò sarebbe auspicabile anche perché potrebbe prevenire il rischio di esportazioni formalistiche di principi fondati

⁵⁷⁹ In questo senso, anche le Conclusioni dell'AG Pitruzzella del 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, spec. punto 59.

su *rationes* diverse, ancorché tutti relativi all'applicazione della *single economic entity doctrine*⁵⁸⁰, così risolvendo in radice alcuni dubbi interpretativi espressi nel presente studio e derivanti dal tentativo di rendere perfettamente coerente tutto il sistema di applicazione della teoria dell'unità economica⁵⁸¹.

Seguendo tale proposta interpretativa e avendo specifico riguardo al profilo dell'attribuzione della responsabilità antitrust nei confronti dell'impresa di gruppo, verrebbe fatta salva l'unitarietà della nozione di impresa – ancorché nei suoi connotati essenziali e generali – parzialmente svincolandola dalla determinazione dei criteri di attribuzione della responsabilità. In tale ottica, sembrerebbe ragionevole rimeditare la recente esplicitazione, offerta dalla giurisprudenza eurolunitaria, del principio secondo cui la responsabilità solidale delle società appartenenti a un gruppo discenderebbe *ipso iure* dalla loro appartenenza alla medesima impresa antitrust⁵⁸². Ciò sposterebbe il piano dimostrativo verso gli (ulteriori) elementi rilevanti per gli specifici test sottesi all'attribuzione della responsabilità antitrust (per quella *bottom-up*, l'effettivo esercizio di un'influenza determinante; mentre per quella *top-down* il collegamento con l'infrazione nei termini indicati in *Sumal*). Tali elementi, conseguentemente, andrebbero interpretati come un *quid pluris* da dimostrare, eventualmente in via presuntiva ove ne ricorrano i presupposti, per consentire l'estensione in via solidale della responsabilità antitrust tra gli appartenenti alla medesima unità economica, sia sul piano sanzionatorio sia su quello risarcitorio⁵⁸³.

⁵⁸⁰ Si veda anche quanto osservato *supra* al par. 3.1 del I capitolo. È, ad esempio, quanto sembrerebbe essere avvenuto nella trasposizione dei principi in materia di *single economic entity doctrine* dall'area della valutazione delle intese infragruppo – ove il discriminante applicativo appare dover essere individuato nel rilievo dell'assenza di concorrenza tra società appartenenti allo stesso gruppo – a quella dell'attribuzione della responsabilità antitrust – ove, diversamente, appaiono venire in rilievo gli obiettivi di efficace deterrenza e di considerazione dell'effettiva dimensione economica dell'autore di un'infrazione –.

⁵⁸¹ Si veda, in particolare, quanto osservato *supra* al par. 4. del III capitolo sui problemi che deriverebbero dalla trasposizione dei principi espressi in *Sumal* in altre fattispecie antitrust e, soprattutto, all'area di valutazione degli accordi infra-gruppo.

⁵⁸² Si veda in particolare *supra* par. 1 del I capitolo.

⁵⁸³ Ciò consentirebbe di "impermeabilizzare" le elaborazioni giurisprudenziali anche nell'ambito del sottosistema dell'attribuzione della responsabilità antitrust. Inoltre, ciò consentirebbe una più razionale di alcune fattispecie attualmente problematiche, come quelle dei gruppi conglomerati, dei quali si è detto al par. 4.1 del III capitolo, che potrebbero essere considerati complessivamente un'unica impresa ai fini antitrust senza che da ciò ne discenda alcun automatismo ai fini attributivi di responsabilità.

Deve peraltro rammentarsi che, nella recentissima sentenza *Unilever*, come anticipato *supra* al par. 3.3. del I capitolo, la Corte di giustizia ha esplicitamente ammesso che l'imputazione di un'infrazione antitrust nei confronti di un soggetto diverso dal suo autore materiale non necessariamente deve discendere dall'applicazione della teoria dell'unità economica. In particolare, il rilievo dell'esistenza di una politica unilateralmente determinata da un soggetto diverso dall'autore materiale dell'infrazione consentirebbe di ritenerlo comunque responsabile dell'infrazione, commessa da soggetti le cui condotte rappresentavano null'altro che ramificazioni di un'altrui volontà.

Sebbene la fattispecie oggetto del caso *Unilever* non riguardasse l'imputazione di responsabilità nei confronti di un'impresa di gruppo, i principi ivi espressi potrebbero comunque portare a domandarsi se possano rappresentare il fondamento per un totale ripensamento dei criteri di attribuzione della responsabilità antitrust.

Invero, l'oggetto di prova in quella sede richiesto appare concretamente riconducibile a una situazione di controllo di fatto, ai sensi dell'art. 2359, co. 1, n. 3), c.c.⁵⁸⁴

Se, dunque, come visto *supra*, in particolare al par. 2.2. del II capitolo, si assume che i criteri di attribuzione della *parental liability* potrebbero essere individuati nel riscontro di una fattispecie di controllo nel senso codicistico (o, più correttamente, di direzione e coordinamento), potrebbe persino arrivare a sostenersi che, a prescindere dall'identificazione di un determinato gruppo quale unità economica, sia solo il riscontro di una condotta qualificabile come effettivo esercizio di un'influenza determinante a consentire la trasmissione di responsabilità nei confronti di un soggetto non materialmente autore dell'infrazione.

Seguendo tale ipotesi, la sentenza *Unilever* potrebbe persino suggerire un ripensamento della giurisprudenza *Sumal*, portando ad aderire alle precedenti interpretazioni dottrinali che miravano a identificare nell'effettivo esercizio di influenza

⁵⁸⁴ Si veda anche E. CECCHET, *Il caso Unilever alla prova della Corte di Giustizia (alias la sottile linea di confine tra uso e abuso dei contratti di distribuzione)*, cit., p. 206 e ss., che, specificamente valutando nel merito il rapporto tra Unilever e i suoi distributori nell'ambito della fattispecie antitrust rilevante, lo aveva qualificato come controllo esterno.

determinante il criterio fondamentale di attribuzione della responsabilità antitrust nell'impresa di gruppo⁵⁸⁵. Ciò potrebbe a restringere l'ambito applicativo dell'area di trasmissione della responsabilità antitrust, negando la possibilità di applicare la responsabilità *top-down* e quella fra società sorelle.

Tale approccio, peraltro, potrebbe comunque consentire di far salva, nel solo ambito del *private enforcement*, l'estensione della platea dei legittimati passivi, attualmente ottenuta grazie all'applicazione della teoria dell'unità economica. Il principio di effettività, di fondamentale importanza nell'ambito del *private enforcement* per garantire appieno il diritto dei danneggiati al pieno risarcimento, potrebbe invero essere declinato sul piano interpretativo per ottenere il medesimo risultato sul solo piano processuale, senza risvolti sostanziali⁵⁸⁶. In tale ricostruzione, ammettere la possibilità di agire in giudizio nei confronti delle controllate dai responsabili dell'infrazione antitrust avrebbe il solo scopo procedurale di agevolare il promovimento delle azioni risarcitorie, facendo salva la possibilità di integrale regresso da parte del convenuto "innocente". In tale ricostruzione, in un'ottica *de iure condendo*, potrebbero poi essere adottate specifiche norme applicabili alle azioni risarcitorie antitrust rispetto a quei profili (*e.g.*, garanzia del *forum actoris*; disciplina delle notificazioni; norme agevolatrici dell'esecuzione coattiva della sentenza di condanna) che, come notato *supra* al par. 6. del III capitolo identificano i principali ostacoli al promovimento delle azioni risarcitorie che hanno presumibilmente spinto a impiegare la teoria dell'unità per ammettere la responsabilità *top-down*.

Tale proposta interpretativa, molto prossima alla contigua dottrina del *corporate veil piercing*⁵⁸⁷ e all'approccio alla responsabilità antitrust dell'impresa adottato dal diritto statunitense ed esaminato brevemente *supra* al par. 8 del II capitolo, denota comunque punti di debolezza. *In primis*, perché, comunque, nella sentenza *Unilever* non paiono trarsi

⁵⁸⁵ Si veda più diffusamente *supra* il par. 7.1 del II capitolo.

⁵⁸⁶ Si è detto, infatti, che prima della sentenza *Sumal* il diritto alla *full-compensation* era stato valorizzato proprio per provare ad ammettere la possibilità di agire contro la società controllata dall'autore materiale dell'infrazione (si veda, specialmente, *supra* al par. 5 del II capitolo).

⁵⁸⁷ Per un'efficace sintesi delle teorie che si fondano sul superamento del velo della personalità giuridica e, parzialmente, della responsabilità limitata, allo scopo di far valere la responsabilità d'impresa in capo ai componenti di un gruppo societario, tra i tanti contributi, si vedano M. PETRIN., B. CHOUDHURY, *Group Company Liability*, in *European Business Organization Law Review*, 19, 2018 e richiami dottrinali ivi presenti.

indicazioni volte a valorizzare la conclusione per la quale la Corte di giustizia avrebbe voluto rimeditare i principi espressi in *Sumal*. Inoltre, l'aver ancorato l'estensione di responsabilità alla determinazione unilaterale delle altrui politiche commerciali restringerebbe decisamente l'ambito applicativo della *parental liability* e della nozione di influenza determinante tracciata nella giurisprudenza delle corti UE, individuando una fattispecie al limite del coinvolgimento diretto di tipo istigativo della controllante nell'illecito.

Inoltre, il collegamento della *single economic entity doctrine* ai criteri di imputazione della responsabilità dell'impresa di gruppo appare invero rappresentare un argomento necessario per evitare che l'imputazione di responsabilità assuma contorni palesemente incompatibili con i principi fondamentali già su un piano formale.

Nella difficoltà di superare il binomio teoria dell'unità economica – responsabilità antitrust, sembrerebbe comunque auspicabile l'adozione di alcuni correttivi sul piano prettamente sanzionatorio, al fine di garantire una maggiore razionalità del sistema, oltre a quanto già osservato sopra sui criteri interpretativi della teoria dell'unità economica.

Ebbene, quanto all'applicazione della *parental liability presumption*, le relative modalità applicative paiono anzitutto dar luogo a concreti rischi di *over-deterrence*, sui quali ci si concentrerà più diffusamente a breve, ma che si può intanto anticipare che discendono principalmente dalla sostanziale impossibilità di superare la presunzione nel merito.

A tal riguardo, la giurisprudenza eurounitaria appare oltremodo formalistica e rigida, avendo sostanzialmente rigettato la rilevanza di ogni possibile argomento volto a confutare la presunzione, con un approccio potenzialmente incoerente persino con la stessa teoria dell'unità economica.

Ciò posto, la soluzione non sembrerebbe auspicare una generalizzata adesione ai recenti approcci del Consiglio di Stato discussi *supra* al par. 4.1. e ss. del II capitolo, che, nel richiedere la prova di un *quid pluris* oltre al mero dato del controllo, senza dubbio scontano dei margini di criticità in termini di certezza del diritto.

Una possibile soluzione in senso evolutivo potrebbe essere conferire una maggiore rilevanza alla deduzione di autonomia strategica della controllata rispetto alla capogruppo.

Come evidenziato *supra* al par. 3.2.1. del II capitolo, si tratta in effetti del principale profilo dal quale poter dedurre l'inesistenza di un'unità economica tra controllante e controllata, in particolare in presenza di un plausibile disegno strategico di autonomia della controllata e in mancanza di un programma effettivo di coordinamento infra-gruppo (quantomeno solo tra la controllata autrice dell'infrazione e la capogruppo), ad esempio mediante l'implementazione di effettivi piani finanziari⁵⁸⁸.

In altri termini, se l'effettivo esercizio di influenza determinante non può comportare il riscontro, ancorché in via presuntiva, di un condizionamento direttivo specifico sulla condotta anticompetitiva, la totale autonomia strategica sembra comunque attualmente troppo semplicisticamente pretermessa dalla giurisprudenza eurounitaria, che la qualifica in ogni caso come scelta di delegazione della capogruppo inverante un effettivo esercizio di influenza determinante.

La rimeditazione di tale interpretazione, peraltro, consentirebbe di garantire che la responsabilità della capogruppo e l'esistenza di un'unica impresa discenda davvero dal riscontro di un esercizio effettivo e non meramente potenziale di influenza determinante. Conseguentemente, il mero esercizio di prerogative previste dal diritto societario e l'implementazione di condotte previste dalla legge⁵⁸⁹ o un'influenza sulla controllata che si limiti all'esercizio di prerogative volte a garantirne la *compliance antitrust* non sarebbe mai sufficiente a prevalere sulla suddetta autonomia strategica⁵⁹⁰.

Sotto altro profilo, anche al fine di garantire la proporzionalità della sanzione, sarebbe opportuno lo sviluppo di principi che consentano una maggiore

⁵⁸⁸ Si veda sotto questo profilo, *a contrario*, TAR Lazio, sez. I, sentenza dell'8 marzo 2023, n. 3851, nella quale viene riconosciuto che l'imposizione di target finanziari da parte della capogruppo rappresenti elemento confermativo dell'effettivo esercizio di influenza determinante sulla controllata.

⁵⁸⁹ Si veda anche J. TEMPLE LANG, *How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Price Fixing by a Wholly-Owned Subsidiary Be Resolved*, cit., spec. pp. 1511 – 1513.

⁵⁹⁰ Si veda anche J. TEMPLE LANG, *How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Price Fixing by a Wholly-Owned Subsidiary Be Resolved*, cit., p. 1488, che evidenzia come simili direttivi non avrebbero carattere economico né varrebbero di per sé a dimostrare l'esistenza di un'unità economica.

“personalizzazione” della sanzione tra i diversi appartenenti all’unità economica, superando l’attuale irrilevanza del ruolo assunto dalla *parent company* rispetto all’infrazione.

Soprattutto nei casi in cui l’imputazione di responsabilità solidale consegua semplicemente all’applicazione della presunzione di effettivo esercizio di influenza determinante, potrebbe essere ragionevole conferire rilievo, ai fini sanzionatori, anche alla condotta della *parent company*, seppur non direttamente relativa all’illecito.

E, così, per garantire una più accurata personalizzazione della sanzione, taluni elementi, tra quelli di cui si è dato conto *supra* al par. 3.2. e ss. del II capitolo, sulla base dei quali le società controllanti hanno tentato – infruttuosamente – di ribaltare la presunzione, potrebbero essere valorizzati ai fini della quantificazione della sanzione, eventualmente anche solo ai fini di un’incidenza sui rapporti interni tra gli appartenenti alla medesima impresa⁵⁹¹.

Attualmente, ad esempio, la dimostrazione di uno sforzo “attivo” della controllante volto a prevenire la commissione di illeciti da parte della controllata non solo non sarebbe sufficiente a confutare la presunzione, laddove applicata, ma nemmeno valorizzabile quale ipotetica circostanza attenuante. Il rilievo potrebbe risultare vieppiù problematico e foriero di rischi di *over-deterrence* se interpretato quale disincentivo all’attività di “prevenzione” che la controllante dovrebbe porre in essere rispetto alla potenziale commissione di infrazioni al diritto della concorrenza da parte della controllata. Invero, se neppure il “caso-limite” dell’insubordinazione della controllata potrebbe essere sufficiente a confutare l’applicazione della *parental liability presumption*, si dovrebbe prendere atto che l’attuale sistema potrebbe portare con sé un inauspicabile disincentivo verso qualsiasi tipo di direttiva delle controllanti sulle controllate, anche di mera *compliance* antitrust. Tuttavia, un

⁵⁹¹ Non può ignorarsi che tale ragionamento si presta all’obiezione per cui una simile valutazione delle condotte della *parent company* apparirebbe comportare una implicita qualificazione della *parent company liability* quale responsabilità da “omesso controllo”, del tutto avulsa dall’attuale sistema dogmatico di imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi. Tuttavia, un simile approccio potrebbe più correttamente prendere in considerazione le specificità proprie di ciascuna società appartenente all’impresa responsabile dell’infrazione. In dottrina, vi è però chi ha sostenuto che simili approcci potrebbero invero essere incoerenti con gli scopi di deterrenza che la *parental liability* mira a perseguire (C. KOENIG, *An economic analysis of the single economic entity doctrine in EU Competition Law*, cit., p. 325: “Focusing on deterrence, the objective of parent company liability is to induce the parent to use its internal monitoring and control mechanism to induce the subsidiary to comply with the antitrust laws, not to punish the parent company for failing to do so”).

sistema che penalizzi e scoraggi gli sforzi della capogruppo di garantire la *compliance* antitrust della sua controllata sarebbe irrazionale e controproducente rispetto agli stessi obiettivi di indirizzare la capogruppo a garantire la *compliance* antitrust della controllata⁵⁹².

Pertanto, anche se l'esistenza di un'unità economica non potrebbe certo essere esclusa semplicemente dall'attività di *compliance* antitrust posta in essere dalla capogruppo, non sembrerebbe incongruo ad esempio ipotizzare che tale elemento possa essere valorizzato quantomeno per determinare (indirettamente) un diverso grado di responsabilità interna della sanzione.

Ad esempio, si potrebbe immaginare l'applicazione di un'attenuante per le summenzionate condotte per la sola capogruppo, il che consentirebbe di far rimanere comunque a carico della controllata una parte della sanzione, in caso di disgregazione dell'unità economica successiva all'illecito. Anche in caso di mancata disgregazione dell'unità economica, comunque, ciò avrebbe l'utilità di garantire una più equa ripartizione della sanzione tra società comunque giuridicamente indipendenti, ad esempio, a beneficio dei creditori e dei titolari di partecipazioni nella capogruppo.

Con i dovuti adattamenti, tale *modus operandi* potrebbe essere applicato anche in altri casi, inserendosi coerentemente nella declinazione del principio della responsabilità derivata dei soggetti diversi dall'autore materiale dell'illecito, discussa *supra* al par. 5.3. e ss. del III capitolo: secondo l'interpretazione proposta, infatti, sarebbe al più solo il soggetto materialmente coinvolto nell'infrazione a essere destinatario di una sanzione.

A tal riguardo, il profilo del regresso interno per la sanzione o per il risarcimento del danno antitrust, appare un tema meritevole di accurato approfondimento e sviluppo, soprattutto da parte dei giudici nazionali, considerata l'esclusione della possibilità dell'autorità procedente di intervenire direttamente su tale profilo, come notato *supra* al par. 5.8 del III capitolo. Ferma la responsabilità solidale degli appartenenti all'impresa, il regresso interno rappresenta infatti quantomeno uno strumento di più corretta allocazione e personalizzazione delle conseguenze dell'infrazione antitrust, anche a tutela del

⁵⁹² Si veda anche J. TEMPLE LANG, *How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Price Fixing by a Wholly-Owned Subsidiary Be Resolved*, cit., p. 1488.

patrimonio comunque separato delle società appartenenti all'impresa. Ciò potrebbe essere particolarmente efficace in particolare nei controversi casi di trasmissione della responsabilità antitrust in direzioni diverse da quella "verticale ascendente", consentendo che le conseguenze pregiudizievoli dell'infrazione restino nella minor misura possibile a carico delle controllate, per fatti della controllante⁵⁹³.

Un ulteriore piano di valutazione da affrontare a chiusura dell'indagine è la determinazione della proporzionalità dei principi sanzionatori complessivamente elaborati e discussi nel III capitolo alla luce della *single economic entity doctrine*⁵⁹⁴, rispetto al rischio di *over-deterrence*.

A tal riguardo, muovendo a ritroso dagli obiettivi sino all'individuazione di strumenti idonei a raggiungerli, appare sostenibile che, se uno degli obiettivi della *parental liability* è prevenire che il rischio sanzionatorio sia insufficientemente deterrente, a causa della "incapienza" delle società partecipanti a un'infrazione⁵⁹⁵, la mera previsione di una

⁵⁹³ Un interessante quesito a ciò connesso, che non è possibile affrontare in questa sede, è domandarsi se le fattispecie di trasmissione di responsabilità *top-down* possano dare altresì luogo a un abuso dell'attività di direzione e coordinamento, ai sensi dell'art. 2497 c.c., della controllante autrice dell'infrazione sulla controllata "innocente".

⁵⁹⁴ Per una dettagliata valutazione delle eventuali giustificazioni economiche ed efficientistiche dell'applicazione della *single economic entity doctrine* rispetto al piano sanzionatorio, si veda C. KOENIG, *An economic analysis of the single economic entity doctrine in EU Competition Law*, cit., p. 281 – 327. Lo scritto sarà successivamente oggetto più volte di richiamo, tenuto conto del grado di dettaglio e della particolare accuratezza dell'analisi. Ad ogni modo, può qui già anticiparsi come l'autore abbia fra l'altro giustificato l'applicazione della *parent company liability*, ritenendola assolvere importanti funzioni nell'ambito del diritto della concorrenza dell'Unione europea, assicurando un'effettiva deterrenza quando il destinatario diretto dell'attribuzione di responsabilità sia *under-deterred*, principalmente perché privo di sufficienti risorse per pagare una sanzione ottimale o risarcire i danni causati. Inoltre, secondo l'autore, la *single economic entity doctrine* precluderebbe alle società di sfruttare opportunisticamente il principio della responsabilità limitata. Nel soppesare tale valutazione dell'autore, deve però tenersi conto che lo scritto è antecedente alle sentenze *Skanska* e *Sumal*. Come più volte evidenziato, ancorché abbiano esplicitato valutazioni già potenzialmente deducibili dalla *single economic entity doctrine*, tali pronunce ne hanno significativamente ampliato i margini applicativi ai fini dell'imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi. Il "rischio" di tali evoluzioni non era peraltro ignorato dall'autore che, seppur pronunciandosi solo sulla *parental liability*, da un lato, la riteneva giustificata, su un piano economico ed efficientistico, anche nell'ambito del *private enforcement* (p. 325); dall'altro, si curava di ammonire che "*Future research will need to deal with the growing interdependencies between different enforcement instruments, and it may even be that parent company liability will someday become obsolete*" (p. 327).

⁵⁹⁵ C. KOENIG, *An economic analysis of the single economic entity doctrine in EU Competition Law*, cit., pp. 301 ("*If the subsidiary itself is underdeterred because it lacks sufficient assets to pay for the expected liability from fines and damages, efficiency may be increased by holding the parent vicariously liable to restore effective deterrence. The incentives*

responsabilità solidale della società controllante – senza dar luogo anche agli ulteriori profili di incremento sanzionatorio discendenti dalla *single economic entity doctrine* e descritti nel III capitolo – potrebbe *prima facie* già apparire sufficiente a raggiungere un simile obiettivo⁵⁹⁶.

La soluzione adottata dalla giurisprudenza eurounitaria comporta invece un impatto significativo della *parental liability* anche sulla quantificazione della sanzione, fra l'altro alla luce del potenziale innalzamento del massimo edittale, da parametrare, in applicazione della teoria dell'unità economica, sul fatturato consolidato della capogruppo e non su quello della società partecipante nell'infrazione.

Il (complesso) problema da affrontare risente quindi della necessità di determinare quale sia la “sanzione ottimale”, al fine di stabilire se gli incrementi sanzionatori sottesi all'applicazione della *parental liability* siano effettivamente necessari a raggiungere un livello ottimale della sanzione. Sarebbe invero ingiustificato sfruttare la teoria dell'unità economica per raggiungere finalità di maggiore deterrenza se, già senza la stessa, fosse possibile applicare sanzioni identificabili come ottimali⁵⁹⁷.

Si deve allora muovere dalla considerazione secondo cui, in via di principio, la parametrizzazione del massimo edittale sulla capogruppo generalmente consente di irrogare una sanzione quantomeno pari all'importo base “fisiologicamente” determinato e di non comprimere l'importo in concreto determinabile, alla luce di un fatturato eventualmente

created by the expected liability are thus passed through to the parent company. When the parent company's own assets are at stake, the parent will use its power to monitor and control the subsidiary and induce it to behave in a way that no liability will arise”) e 307.

⁵⁹⁶ Prima della compiuta elaborazione della *parental liability presumption*, del resto, taluni autori apparivano esprimersi nel senso di non richiedere che in applicazione della *parental liability* si dovesse necessariamente giungere a una sanzione più alta nel *quantum*, ma semplicemente a garantire il meccanismo della responsabilità solidale, così, tra l'altro, da evitare “*the possibility that part of the fine is borne by the creditors of the bankrupted company*”, cioè la controllata ipoteticamente incapiente (W.P.J. WILS, *The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, cit., pp. 112 – 114; l'autore, peraltro, portava tali considerazioni all'estremo ipotizzando che non fosse irragionevole sostenere che “*If the subsidiary is not wholly owned by the parent company, the fairness concern [...] regarding innocent minority shareholders, who are not able to prevent the infringement from happening, pleads for imposing the fine on the parent company rather than on the subsidiary, even if the infringement is executed by the subsidiary*”).

⁵⁹⁷ Si veda in tal senso C. KOENIG, *An economic analysis of the single economic entity doctrine in EU Competition Law*, cit. L'autore, in particolare, da un lato evidenzia che “*As far as the optimal sanction exceeds the perpetrator's assets, the sanction will not be taken into account, and the perpetrator will be underdeterred to this extent*” (p. 306); dall'altro, che “*it is not justified to use parent company liability to increase overall deterrence above a level that has previously been identified as optimal*” (p. 326).

ridotto della controllata direttamente coinvolta nell'infrazione. Ciò potrebbe effettivamente assolvere al compito di garantire l'irrogazione di una sanzione ottimale nei confronti dell'impresa e, quindi, del gruppo, così da orientarne le condotte – in un'ottica general preventiva – verso pratiche conformi ai principi concorrenziali⁵⁹⁸.

Meno condivisibile sul piano della proporzionalità appare invece l'ulteriore incremento della sanzione che può derivare dall'applicazione della teoria dell'unità economica, rispetto a circostanze aggravanti, quali la recidiva, o di ulteriori incrementi a scopo di deterrenza, tenuto peraltro conto che l'applicazione di simili incrementi sanzionatori discende spesso unicamente proprio dal coinvolgimento nel procedimento delle *parent companies*⁵⁹⁹.

Sembra pertanto lecito domandarsi se, a tutto voler concedere, tale “triplice” ordine di conseguenze (responsabilità solidale, incremento del massimo edittale e incidenza sul *quantum* sanzionatorio) non possa rendere eccessivamente deterrente un approccio invero adottato per garantire la deterrenza ottimale del regime sanzionatorio.

Così, soprattutto nel caso di eventuali incrementi della sanzione conseguenti all'applicazione del moltiplicatore a scopo di deterrenza, sembrerebbe poco coerente con il principio di proporzionalità sfruttare la teoria dell'unità economica per “valorizzare” la

⁵⁹⁸ A tal riguardo, secondo la Commissione “*La combinazione della durata e del valore delle vendite a cui l'infrazione si riferisce è considerata un parametro adeguato per esprimere l'importanza economica dell'infrazione nonché il peso relativo di ciascuna impresa che vi ha partecipato. Il riferimento a tali fattori fornisce una buona indicazione dell'ordine di grandezza dell'ammenda [...]*” (*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003 (2006/C 210/02), punto 6*). Se la soglia del massimo edittale impedisse l'irrogazione di sanzioni (quantomeno) pari al loro importo base potrebbero allora verificarsi rischi di *under deterrence*, giacché si determinerebbe – in concreto – l'irrogazione di una sanzione che non riflette l'importanza economica dell'infrazione (si veda sul punto anche C. KOENIG, *An economic analysis of the single economic entity doctrine in EU Competition Law*, cit., pp. 323).

⁵⁹⁹ Già A. MONTESA, Á. GIVAJA, *When Parents Pay for their Children's Wrongs: Attribution of Liability for EC Antitrust Infringements in Parent-Subsidiary Scenarios in World Competition*, 29, 4, 2006, evidenziavano che, nell'ambito della *parental liability*, fosse necessario analizzare in particolare “*the transparency and non-discriminatory nature of the Commission's practice and try to answer whether it is entirely convincing to double or triple the fine purely on the grounds of the higher legal and administrative resources available to the offending undertaking or on its aggregated turnover*”.

presenza di una capogruppo di significative dimensioni economiche rispetto a plurimi profili⁶⁰⁰.

Ciò posto, allora, per garantire un maggiore equilibrio e un equo bilanciamento dei valori rilevanti, anche al fine di contenere la *parental liability presumption* entro ragionevoli limiti, sembra anzitutto da respingere ogni interpretazione – seppur plausibile su un piano formale, alla luce dei correnti sviluppi giurisprudenziali – che miri a un’ulteriore espansione della presunzione, sostanzialmente appiattendola sulla nozione di controllo codicistico, per consentirne l’applicazione anche in presenza di una partecipazione maggioritaria ma non totalitaria o quasi (si veda più diffusamente quanto osservato *supra* il par. 2.3. del II capitolo).

Al fine di garantire una maggiore proporzionalità della sanzione, anche in un’ottica di applicazione più rigorosa della teoria dell’unità economica, sembrerebbe poi opportuno applicare i vari correttivi ipotizzati nel corso del presente studio, in particolare nell’ambito del III capitolo.

Così, tra i principali, sembrerebbe anzitutto auspicabile l’adozione di un metodo di calcolo dell’importo base della sanzione, nonché del fatturato rilevante ai fini della determinazione del massimo edittale, coerente con i più recenti principi espressi dal Consiglio di Stato (si vedano *supra* in particolare i parr. 5.4. e 5.6. del III capitolo). In tal modo, si terrebbe infatti effettivamente in considerazione la vera dimensione economica dell’unità economica responsabile dell’infrazione, non "annacquandone" i dati di fatturato con società non effettivamente riconducibili all’impresa e prevenendo che la teoria dell’unità economica sia applicata solo *in malam partem* al fine di raggiungere un surrettizio incremento della sanzione.

Al fine di valorizzare l’attività della *compliance* antitrust posta in essere dalla capogruppo, poi, si potrebbe ipotizzare che in presenza di una c.d. *rogue subsidiary*, l’eventuale applicazione dell’aggravante della recidiva debba essere disposta solo nei

⁶⁰⁰ Nell’esempio in discussione, non solo al fine di irrogare una sanzione in concreto più alta, in considerazione della possibilità di applicare un massimo edittale riferito alla capogruppo, ma anche aumentando il *quantum* della sanzione in applicazione del moltiplicatore a scopo di deterrenza.

confronti della controllata, non rivenendosi alcuna giustificazione per applicare tale aggravante nei confronti di una società che ha posto in essere un tentativo di *compliance* del gruppo alla normativa antitrust.

Tali valutazioni appaiono peraltro strettamente connesse al rigore applicativo della teoria dell'unità economica e ai margini di discrezionalità a disposizione dell'autorità procedente nel determinare i soggetti appartenenti all'impresa ai quali irrogare, in via solidale, la sanzione. La giurisprudenza eurounitaria oggetto di ricostruzione *supra* al par. 3. del III capitolo pare infatti ignorare che tale discrezionalità si esplica in valutazioni di rilievo non meramente formale, ma anche di carattere sostanziale, con diretta incidenza sulla quantificazione della sanzione, a seconda di quante e quali entità del gruppo vengano coinvolte nel procedimento sanzionatorio. Ciò potrebbe porre un problema di incoerenza sistematica per cui, se lo scopo della *parental liability* è garantire l'irrogazione di una sanzione "ottimale", secondo metodi di quantificazione che dovrebbero essere predeterminati e sempre rigorosamente coerenti con la teoria dell'unità economica e non rimessi al mutevole approccio dell'autorità procedente, la discrezionalità nella determinazione dei soggetti appartenenti al gruppo ai quali imputare l'infrazione potrebbe persino comportare l'applicazione di sanzioni sub-ottimali o, comunque, in mancanza di una chiara evidenza della corretta applicazione della teoria dell'unità economica. Tenuto conto del potenziale impatto sul regime sanzionatorio che la scelta dei destinatari della sanzione è in grado di comportare, appare dunque alquanto incongruo rimetterne la scelta alla sola discrezionalità dell'autorità procedente⁶⁰¹ – agevolata peraltro dalla possibilità di avvalersi di "semplificazioni" probatorie, quali la *parental liability presumption* – senza la possibilità di verificare se l'esercizio della discrezionalità sfoci in una non corretta applicazione della *single economic entity doctrine*.

⁶⁰¹ In senso parzialmente analogo, C. KOENIG, *An economic analysis of the single economic entity doctrine in EU Competition Law*, cit., p. 323 che, infatti, osserva che anche se si ammette che la *parental liability* serva allo scopo di incrementare le sanzioni, altrimenti fissate a livelli subottimali, la discrezionalità dell'autorità sfocerebbe in un arbitrio sulla base del quale le sanzioni sarebbero ottimali solo quando la *parental liability* sia correttamente ed effettivamente applicata, fra l'altro con evidente discriminazione dello schema organizzativo del gruppo di società.

Tale criticità appare peraltro viepiù significativa se si tiene conto che tale discrezionalità potrebbe risultare essa stessa foriera di distorsioni concorrenziali, se implicante un'applicazione differenziata della teoria dell'unità economica tra imprese concorrenti.

In senso parzialmente connesso, anche per evitare i rischi di applicazione della teoria dell'unità economica solo *in malam partem*, dovrebbero essere decisamente respinti i criticati approcci nazionali, volti ad applicare la *parental liability* anche per il periodo anteriore all'acquisizione del controllo della partecipata materialmente coinvolta nell'infrazione (si vedano *supra* i parr. 5.2. e 5.2.1., anche per il diverso – e più corretto – approccio seguito a livello eurounitario). La *parent company*, infatti, può essere ritenuta un'unica impresa con la partecipata solo a partire dal momento in cui ne abbia acquisito il controllo, sicché estenderne la responsabilità anche per la quota di sanzione anteriore al periodo dell'acquisizione appare del tutto incoerente con la stessa *single economic entity doctrine*.

I dubbi circa possibili rischi di *over-deterrence* conseguenti all'applicazione della *single economic entity doctrine* ai fini dell'imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi di imprese sono viepiù avvalorati in un'ottica di sistema, ponderando le valutazioni svolte anche alla ormai pacifica applicabilità della teoria dell'unità economica nel *private enforcement* nonché rispetto al possibile sviluppo espansivo dei criteri di imputazione della responsabilità sulla base della *single economic entity doctrine*.

In tale ottica, deve tenersi conto che il raggiungimento di un livello ottimale di *enforcement* deve essere valutato avuto riguardo a ogni profilo latamente sanzionatorio, sia quanto al *public* sia quanto al *private enforcement*. Infatti, la combinazione di plurimi strumenti di *enforcement* dovrebbe essere in via di principio richiesta solo se nessuno di questi, autonomamente, sia in grado di produrre effetti soddisfacenti e non dovrebbe mai comportare un innalzamento del livello deterrenza sopra a quello ottimale, che dovrebbe essere unico e in via di principio permanere lo stesso, a prescindere dagli strumenti mediante il quale sia perseguito.

L'applicazione della teoria dell'unità economica e, quindi della *parental liability* eventualmente applicabile in via presuntiva, anche nell'ambito del *private enforcement*

dovrebbe pertanto rappresentare un elemento da tenere in debita valorizzazione e approfondire ai fini della verifica del raggiungimento di un livello di deterrenza ottimale⁶⁰².

Ma i principali dubbi circa la tenuta e la coerenza del sistema appaiono emergere se si passa a chiudere l'analisi del sistema, tenendo conto dell'espansione applicativa della *single economic entity doctrine* ai fini dell'imputazione della responsabilità antitrust nei gruppi, alla luce dei principi espressi in *Sumal*.

La possibilità di identificare forme ulteriori di "responsabilità derivata infra-gruppo", diverse dalla *parental liability*, ancorché a livello teorico coerente con la *single economic entity doctrine*, lascia numerosi dubbi circa l'effettiva giustificazione efficientistica di simili principi, la cui applicazione appare ben più giustificabile in presenza di una relazione verticale di controllo, ove la capogruppo può essere identificate come essenziale approssimazione dell'impresa antitrust⁶⁰³.

Non a caso, l'imputazione di responsabilità "discendente" non appare sinora compiutamente affrontata nel *public enforcement*, ma solo nel *private enforcement*. Tale considerazione potrebbe svelare che l'intento sotteso all'elaborazione dei principi espressi in *Sumal* sia semplicemente quello di garantire la piena efficacia del *private enforcement*. Dietro la formale dichiarazione della comune applicazione della *single economic entity doctrine* in ogni caso di attribuzione di responsabilità all'impresa di gruppo, pertanto,

⁶⁰² C. KOENIG, *An economic analysis of the single economic entity doctrine in EU Competition Law*, cit., p. 327, osservava in particolare che "legislators and competition agencies must be aware that many enforcement instruments serve similar functions. Eventually, the mix of tools available for enforcing the antitrust laws may raise practical questions, for example about the magnitude of fines and damages when firms increasingly have to pay both". Pertanto, secondo l'autore, analisi future avrebbero dovuto tener conto di tali interdipendenze, già in quell momento crescenti, non potendosi escludere che la *parental liability* possa diventare obsolete. Tuttavia, al momento dell'analisi, l'autore riteneva la *parental liability* "an efficient way to approach the problem of underdeterred subsidiaries and prevent shareholders from opportunistically exploiting limited liability". Sulla necessità di valutare la proporzionalità dell'intervento antitrust sia rispetto al *public enforcement* sia rispetto al *private enforcement*, si veda Tribunale UE, 30 aprile 2009, causa T-13/03, *Nintendo v. Commissione*; in dottrina, M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di «private» e «public enforcement» in materia antitrust*, in M. Maugeri, A. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, 2009, p. 171 ss.

⁶⁰³ Si esprime in tal senso anche C. VIEIRA PERES, *Don't Blame the Children. Why Inverted and Horizontal Liability for Antitrust Infringements Should Be Rejected*, cit., pp. 14 ("While the advantages of holding a parent company liable for the conduct of a subsidiary are obvious, the reasons why an authority or an injured party would choose to sue a subsidiary in lieu of a parent company are less evident") e 40 – 41.

potrebbero soggiacere approcci divergenti nei razionali sottostanti e quindi, comprensibilmente, potenzialmente incoerenti e difficilmente conciliabili.

Ciò comporta che l'eventuale responsabilità solidale "discendente" o "orizzontale" degli appartenenti alla medesima unità economica sembrerebbe risultare priva di giustificazioni efficientistiche e di deterrenza, non fondandosi su alcun potere di controllo del responsabile in via derivata su quello principale, e ponga solo il rischio di far ricadere le conseguenze negative di un'infrazione antitrust su entità estranee all'illecito e che dallo stesso non hanno ottenuto, neppure in via indiretta, alcun beneficio. Tutto ciò appare avvalorare l'ipotesi di una complessiva *over-deterrence* nei confronti dell'impresa di gruppo e di apparente pregiudizio, sul piano antitrust, di tale forma organizzativa dell'impresa.

L'elemento del controllo e dell'effettivo esercizio di influenza determinante appare in effetti l'unico elemento idoneo a recuperare una seppur minima giustificazione dell'estensione di responsabilità verso una società "innocente", ancorché con le significative criticità sottostanti all'applicazione della presunzione di responsabilità della capogruppo, e prevenire la surrettizia applicazione di forme di responsabilità oggettiva.

Nei diversi casi di applicazione della teoria dell'unità economica per giustificare una trasmissione di responsabilità infra-gruppo, pertanto, appare necessaria l'implementazione di adeguati meccanismi di tutela del soggetto appartenente all'unità economica responsabile dell'infrazione, alla quale non abbia materialmente preso parte né abbia potuto prevenirla.

Oltre ai profili relativi alla possibilità di un adeguato regresso interno esaminati sopra, pertanto, con particolare attenzione al *private enforcement*, sarebbe opportuno – anche *de iure condendo* – prevedere strumenti idonei a garantire efficacemente il diritto di difesa di società chiamate a rispondere per il danno antitrust asseritamente causato dall'impresa di cui fanno parte e per le quali, secondo un principio di vicinanza della prova, potrebbero non disporre degli elementi idonei a difendersi, non avendo materialmente posto in essere la condotta anticompetitiva generatrice del danno.

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

AMATO F., LIBERATORE F., DELLA NEGRA A., *La responsabilità delle capogruppo per le violazioni del diritto antitrust europeo commesse dalle controllate: presunzione relativa o, di fatto, assoluta?*, in *Contratto e Impresa / Europa*, 1, 2014.

ANGELI C., WILLIAMS R., *Parental Liability, the Expansion of the Presumption of Decisive Influence to Full Ownership of Voting Rights: Case C-595/18 P Goldman Sachs Group*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 12, 2021.

ANGELICI C., *Direzione e coordinamento: casi e questioni*, in *Giurisprudenza commerciale*, 6, 2022.

ARAUJO BOYD M., *Rethinking Intragroup Exemption after Ecoservice in Market and Competition Law Review*, V, 2, 2021.

ARAUJO BOYD M., *Should Children Pay for Their Parent's Sins? The Sumal Preliminary Reference*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 12, 2021.

BERETTA M., D'OSTUNI M., *Il sistema del controllo delle concentrazioni in Italia*, Giappichelli, 2017.

BERETTA M., FERRARI P. M., *La presunzione di responsabilità delle società madri per le infrazioni alle regole di concorrenza commesse dalle proprie controllate*, in *Contratto e Impresa / Europa*, 1, 2010.

BERTOLOTTI S., SCACCAGLIA L., *Responsabilità da direzione e coordinamento: un itinerario di giurisprudenza*, in *Le Società*, 1, 2022.

BIANCHI L. A., *Problemi in materia di disciplina dell'attività di direzione e coordinamento*, in *Rivista delle Società*, 2-3, 2013.

BIOLAN P. A., *Joint and Several Liability For Fines in Undertakings With Varying Configurations in EU Competition Law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 13, 8, 2022.

BONELLI F., *La nozione di impresa nelle regole di concorrenza del Trattato C.E.E.*, in P. Verrucoli (a cura di), *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, Giuffrè, 1977.

BOTTA M., *The Economic Succession Doctrine in Private Enforcement of EU Competition Law: 'Nothing Extraordinary' after Skanska Industrial?*, in *Market and Competition Law Review*, III, 2, 2019.

BRIGGS J. D., JORDAN S., *Presumed Guilty: Shareholder Liability for a Subsidiary's Infringements of Article 81 EC Treaty*, in *Business Law International*, 8, 1, 2007.

BRONCKERS M., VALLERY A., *No Longer Presumed Guilty The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law*, in *World Competition*, 34, 2011.

BURDEN S., TOWNSEND J., *Whose Fault Is It Anyway? Undertakings and the Imputation of Liability*, in *Competition Law Journal*, 3, 2013.

BURNLEY R., *Group Liability for Antitrust Infringements: Responsibility and Accountability*, in *World Competition*, 33, 4, 2010.

CAPPAI M., *Appunti sulla parental liability presumption e sulla nozione di intesa restrittiva per oggetto: a proposito della decisione del TAR Lazio sul caso dei finanziamenti auto*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 3, 2021.

CARIELLO V., *La pubblicità del gruppo (art. 2497-bis c.c.): la trasparenza dell'attività di direzione e coordinamento tra staticità e dinamismo*, in *Rivista di Diritto Societario*, 3, 2009.

CASORIA M., *L'imputabilità infragrupo delle violazioni antitrust. (Ir)responsabilità e presunzioni*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2014.

CAUFFMAN C., *Beyond Skanska. The Court of Appeal of Leeuwarden's Latest Decision in TenneT*, 2020, disponibile su SSRN al link <https://ssrn.com/abstract=3512364> (ultimo accesso in data 7 maggio 2023).

CAUFFMAN C., *Case C-882/19 Sumal SL v. Mercedes Benz Trucks España SL*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 29, 4, 2022.

CAUFFMAN C., OLAERTS M., *Quimica Further Developing the Rules on Parent Company Liability*, in *European Competition Law Review*, 32, 2011.

CAUFFMAN C., *The EU Competition Law Notion "Undertaking" That Is Used To Determine Liability For Fines Is Also To Be Used When Determining The Entity That Is Liable For Damages*, 2019, disponibile su ResearchGate al link https://www.researchgate.net/publication/332106552_ (ultimo accesso in data 7 maggio 2023).

CECCHET E., *Il caso Unilever alla prova della Corte di Giustizia (alias la sottile linea di confine tra uso e abuso dei contratti di distribuzione)*, in *Mercato concorrenza regole*, 1, 2022.

CINQUE S., *Il principio della continuità economica e la determinazione dei soggetti tenuti al risarcimento dei danni da illecito antitrust. Il caso Skanska (C-724/17): quale impatto sul private enforcement?*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2020.

CONNOLLY D., *Parental Liability in EU Competition Law: The House Always Wins*, in *Irish Journal of European Law*, 22, 1, 2020.

CORAPI D., *La prova dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento di società*, in *Le società*, 1, 2015.

CORSO S., *La pubblicità dell'attività di direzione e coordinamento di società*, Giuffré, 2008.

CORTESE B., *Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability*, in B. Cortese (a cura di), *EU Competition Law – Between Public and Private Enforcement*, Wolters Kluwer, 2014.

CSÉPAI B., *Toshiba v. Commission - Parental Liability of a Minority Shareholder*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 7, 2, 2016.

D'OSTUNI M., BERETTA M., *Il diritto della concorrenza in Italia*, Giappichelli, 2022

DE STEFANO G., *General Court Rules on Successor Liability and Apportionment of Group Liability in the Gas Insulated Switchgear*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2, 2011.

DEBROUX M., *Influence: The Court of Justice of the European Union rules that the right to be heard in camera cannot be exercised if it jeopardizes the rights of defence of a third party, and that the allegation that a former parent company did continue to exercise a decisive influence on its former subsidiary is insufficient to reverse the capitalistic presumption that triggers the parental liability (SKW Sthal Metallurgie et SKW Sthal Metallurgie Holding)*, in *Concurrences*, 3, 2016.

DEBROUX M., *Parental liability: The Court of Justice of the European Union rules that the disregard, by a subsidiary, of express instructions given by the parent company not to enter into anticompetitive agreements, is insufficient to reverse the capitalistic presumption that triggers the parental liability (Evonik Degussa and AlzChem)*, in *Concurrences*, 3, 2016.

DEBROUX M., *Sanction des cartels en droit communautaire: Définition et conséquences d'une "responsabilité de groupe"*, in *Concurrences*, 1, 2008.

DEMEYERE S., *Liability of a Mother Company for Its Subsidiary in French Belgian and English Law*, in *European Review of Private Law*, 3, 2015

DENOZZA F., *La disciplina delle intese nei gruppi*, Giuffré, 1984.

DONATIVI V., *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Giuffrè, 1996.

EVERETT M., CHOW A., *GDPR fines can contemplate parent group turnover: The story behind the WhatsApp fine*, 2021, disponibile al link <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ec9ff9e0-f356-4a10-a1ef-917fff76d55e> (ultimo accesso in data 7 maggio 2023).

FABBIO P., *Massimo editale e imprese mono-prodotto nella prassi sanzionatoria dell'AGCM*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2016.

FASOULA V., *Extending the presumption of decisive influence to impute parental liability to private equity firms for the anticompetitive conduct of portfolio companies*, in *Nordic Journal of European Law*, 4, 1, 2021.

FASOULA V., *Extending the Principle of Economic Continuity to Private Enforcement of Competition Law. What Lies Ahead for Corporate Restructuring and Civil Damages Proceedings after Skanska? Case Comment to the Judgement of the Court of Justice of 14 March 2019 Skanska Industrial Solutions and others (Case C-724/17)*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 12, 20, 2019, p. 259.

FATTORI P., TODINO M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Terza edizione, Il Mulino, 2019.

FERNANDES S., *Should have scolded your kids: holding foreign-parent corporations responsible for their subsidiaries' price-fixing behavior in the United States, Canada, and the European Union*, in *Wisconsin International Law Journal*, 34, 1, 2016.

FERRI G., *Le società*, UTET, 1987.

FIEBIG A., *Goldman Sachs v Commission: The Liability of Financial Investors for the Sins of Their Portfolio Companies (C-595/18 P Goldman Sachs)*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 5, 2, 2021.

FILIPPELLI M., *Abusi di posizione dominante (anno 2020)*, in *Concorrenza e mercato*, 28, 2021.

FILIPPELLI M., *Collective Dominance and Collusion. Parallelism in EU and US Competition Law*, Edward Elgar, 2013.

FILIPPELLI M., *Il problema dell'oligopolio nel diritto antitrust europeo: evoluzione, prospettive e implicazioni sistematiche*, in *Rivista delle Società*, 2/3, 2018.

FISCHER E., *MOL (C-425/22) – The “Undertaking” (Art. 101, 102 TFEU) As An Applicant: New Forum Shopping in Competition Law?*, disponibile al link <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/10/20/mol-c-425-22-the-undertaking-art-101-102-tfeu-as-an-applicant-new-forum-shopping-in-competition-law/> (ultimo accesso in data 7 maggio 2023).

FREUND B., *Heralds of Change: In the Aftermath of Skanska (C-724/17) and Sumal (C-882/19)*, in *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 53, 2022.

FREUND B., *Reshaping Liability – The Concept of Undertaking Applied to Private Enforcement of EU Competition Law*, in *GRUR International – Journal of European and International IP Law*, 70, 8, 2021.

GALGANO F. – SBISÀ G., *Direzione e coordinamento di società*, art. 2497 – 2497-septies, in G. De Nova (a cura di), *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja Branca Galgano*, II edizione, Zanichelli, 2014.

GALGANO F., *L'oggetto della holding è dunque l'esercizio mediato e indiretto dell'impresa di gruppo*, in *Contratto e impresa*, 1990.

GAMBARO E., MAZZOCCHI F., *Successione di imprese e imputazione della responsabilità in materia di concorrenza. Il caso Ente Tabacchi Italiani*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2, 2008.

GHEZZI F., *La proposta di direttiva europea in tema di rafforzamento dei poteri delle autorità antitrust e i suoi effetti sulla quantificazione delle sanzioni in Italia*, in *Rivista delle Società*, 5-6, 2017.

GHEZZI F., MAGGIOLINO M., *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra 'responsabilità personale' e finalità dissuasive*, in *Rivista delle società*, 5, 2014.

GHEZZI F., *Nozione di controllo come fattispecie rilevante nelle concentrazioni*, in C. Rabitti Bedogni e P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust – L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Tomo I, Giappichelli, 2010.

GHEZZI F., PINI G. D., *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Rivista delle Società*, 6, 2015.

GUIZZI G., *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 3-4, 1993.

HOFSTETTER K., LUDESCHER M., *Fines Against Parent Companies in EU Antitrust Law Setting Incentives for 'Best Practice Compliance'*, in *World Competition*, 33, 1, 2010.

HORNKOHL L., *'The Economic Continuity Test in Private Enforcement of Competition Law – The ECJ's Judgment in Skanska Industrial Solutions (C-724/17)'*, in *European Competition Law Review*, 40, 7, 2019.

HORNKOL L., *The ECJ expands the presumption of decisive influence (C-595_18 P – Goldman Sachs v Commission)*, 2021, disponibile su Kluwer Competition Law blog al link <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/01/27/the-ecj-expands-the-presumption-of-decisive-influence-c%e2%80%91595-18-p-goldman-sachs-v-commission/> (ultimo accesso in data 7 maggio 2023).

HUGHES P., *Competition Law Enforcement and Corporate Group Liability – Adjusting the veil*, in *European Competition Law Review*, 35, 2, 2014.

HUMMER C., *Alliance One - General Court Overturned Parental Liability of a Pure Financial Holding Company*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2, 2011.

JAEGER P. G., *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giurisprudenza Commerciale*, I, 4, 1981

JANKA S., *Parent liability and claims for recovery between joint and several debtors according to EU antitrust law*, in *European competition law review*, 35, 2014

JONES A., SUFRIN B., DUNNE N., *Jones & Suftrin's EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, seventh edition, Oxford University Press, 2019.

JONES A., *The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law*, in *European Competition Journal*, 8, 2, 2012.

KALINTIRI A., *Revisiting Parental Liability in EU Competition Law*, in *European Law Review*, 43, 2, 2018.

KELLERBAUER M., WEBER O., *Joint and several liability for fines imposed under EU competition law: recent developments*, in *EuZW – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2014.

KERSTING C., *German premiere: Dortmund Court on Group liability*, 2020, accessibile al link <https://www.d-kart.de/en/blog/2020/07/15/deutschlandpremiere-lg-dortmund-zur-haftung-von-konzernunternehmen/> (ultimo accesso in data 7 maggio 2023).

KERSTING C., *Liability of sister companies and subsidiaries in European competition law*, in *European Competition Law Review*, 41, 2020, disponibile anche su SSRN al link <https://ssrn.com/abstract=3355816> (ultimo accesso in data 7 maggio 2023).

KERSTING C., OTTO J., *The Civil Liability of the Economic Unit*, 2022, disponibile su SSRN al link <https://ssrn.com/abstract=4032719> (ultimo accesso in data 7 maggio 2023).

KERSTING C., *Private law liability of the undertaking pursuant to Art. 101 TFEU Consequences of ECJ, 14 March 2019, Case C-724/17 – Skanska –*, 2019, disponibile su SSRN al link <https://ssrn.com/abstract=3439973> (ultimo accesso in data 7 maggio 2023).

KERSTING C., *Up and down-stream liability within the economic unit: children liable for their parents!*, in *Global Competition Litigation Review*, 14, 3, 2021.

KLOTZ R., *Editorial – ECN+ Ante Portas*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 2, 2018.

KOENIG C., *An Economic Analysis of the Single economic Entity Doctrine In EU Competition Law*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 13, 2, 2017.

KOENIG C., *Comparing Parent Company Liability in EU and US Competition Law*, in *World Competition*, 41, 1, 2018.

KOENIG C., *The Boundaries of the Firm and the Reach of Competition Law: Corporate Group Liability and Sanctioning in the EU and the US*, in M. Corradi e J. Nowag (a cura di), *The Intersections between Competition Law and Corporate Law and Finance*, 2021, Cambridge University Press, disponibile anche su SSRN al link <https://ssrn.com/abstract=3708958> (ultimo accesso in data 7 maggio 2023).

KUŹMA K., HARTUNG W., *Application of the single economic unit doctrine for the purposes of exclusion grounds based on Article 57(4)(d) of Directive 2014/24/EU*, in K. Kuźma, W. Hartung (a cura di) *Combating Collusion in Public Procurement Legal Limitations on Joint Bidding*, Edward Elgar Publishing, 2020.

LA ROCCA L., *Profili problematici dell'imputazione soggettiva della sanzione antitrust*, Giappichelli, 2010.

LA ROCCA L., *The controversial issue of the parent-company liability for the violation of EC competition rules by the subsidiary*, in *European Competition Law Review*, 2, 2011.

LAMANDINI M., *Commento all'art. 2359*, in *Le società per azioni*, Giuffrè, 2016.

LEDDY M., VAN MELKEBEKE A., *Parental liability in EU competition law*, in *European Competition Law Review*, 40, 9, 2019.

LEUPOLD B., *Effective Enforcement of EU Competition Law Gone Too Far? Recent Case Law on the Presumption of Parental Liability*, in *European Competition Law Review*, 34, 2013.

LIBERTINI M., *Brevi note sulla responsabilità nel diritto antitrust*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 3, 2012.

LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2014.

LIBERTINI M., *Il ruolo necessariamente complementare di «private» e «public enforcement» in materia antitrust*, in M. Maugeri, A. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, 2009.

MANZINI P., *Rethinking the Parental liability for antitrust Infringement*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 4, 2016.

MARCHETTI P., *Sul controllo e sul potere della controllante*, in *Aa. Vv., I gruppi di società. Atti del convegno internazionale di studi, Venezia, 16-18 novembre 1995*, Giuffrè, 1996.

MAZZONI A., *La nozione di impresa nel diritto antitrust*, in C. Rabitti Bedogni e P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust – L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Tomo I, Giappichelli, 2010.

MERLINO P., *Edison: A Glimpse of Hope for Parent Companies Seeking to Rebut the Parental Liability Presumption?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 5, 2014.

MICHELIELI N., *La nuova direzione e coordinamento del gruppo bancario di credito cooperativo alla luce della l. 49/2016*, in *Girisprudenza Commerciale*, 3, 1, 2018, p. 453.

MILLON D., *Piercing the corporate veil, financial responsibility, and the limits of limited liability*, in *Emory Law Journal*, 56, 2007.

MOISEJEVAS R., URBONAS D., *Problems Related to Determining of a Single Economic Entity under Competition Law*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 10, 16, 2017.

MONTALENTI P., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Rivista delle Società*, 2-3, 2007.

MONTALENTI P., *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2, 2016.

MONTESA A., GIVAJA Á., *When Parents Pay for their Children's Wrongs: Attribution of Liability for EC Antitrust Infringements in Parent-Subsidiary Scenarios*, in *World Competition*, 29, 4, 2006.

MUCCIARELLI F. M., *Accordi intra-gruppo e divieto d'intese anticoncorrenziali*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 34, 2007.

NAGY C. I., *Has the time come to federalize private competition law? The autonomous concept of undertaking in the CJEU's ruling in Case C-724/17 Vantaa v. Skanska*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 26, 2019.

NIEDDU ARRICA F., *Partecipazioni di controllo, gestione «attiva» delle portfolio companies e attività di direzione e coordinamento*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1-2, 2021.

NOTARI M., *La nozione di 'controllo' nella disciplina antitrust*, Giuffrè, 1996.

ODUDU O., BAILEY D., *The single economic entity doctrine in EU competition law*, in *Common Market Law Review*, 51, 2014.

OLIVEIRA R., GREGÓRIO R. A., VALENTE M., *Portugal: The New Portuguese Competition Act*, disponibile su Mondaq al link <https://www.mondaq.com/antitrust-eu-competition->

/1236038/the-new-portuguese-competition-act?email_access=on (ultimo accesso in data 7 maggio 2023).

OSTI C., *Joint and several liability under the EU competition law damages directive*, in *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo* diretti da Luigi Carlo Ubertazzi, XXIV, 2015.

PACE L.F. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, seconda edizione, CEDAM, 2020.

PACE L.F., *The Parent-subsidiary Relationship in EU Antitrust Law and the AEG Telefunken Presumption: Between the Effectiveness of Competition Law and the Protection of Fundamental Rights*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 7, 10, 2014.

PAUER N. I., *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*, Wolters Kluwer, 2014.

PAVONE LA ROSA A., *Nuovi profili della disciplina dei gruppi societari*, in *Rivista delle società*, 4, 2003.

PENNISI R., *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in P. Abbadessa, G. B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, III, UTET, 2007.

PEPPER R., HUMPE C., DELVAUX L., *European Union: how competition law applies to joint ventures*, in *Europe, Middle East and Africa Antitrust Review*, 2023.

PERESTRELO DE OLIVEIRA A., SOUSA FERRO M., *The Sins of the Son: Parent Company Liability for Competition Law Infringements*, in *Revista de Concorrência e Regulação*, 1, 3, 2010.

PETRIN M., CHOUDHURY B., *Group Company Liability*, in *European Business Organization Law Review*, 19, 2018.

PETTITI P., *Direzione e coordinamento, interesse e controllo analogo*, in *Rivista delle società*, 4, 2020.

PIJNACKER HORDIJK E. H., EVANS S. J. H., *The Akzo Case - Up a Corporate Tree for Parental Liability for Competition Law Infringements Case C-97/08 P, Akzo Nobel and Others v Commission* in *Journal of European Competition Law & Practice*, 1, 2010.

PILETTA MASSARO A., *Private antitrust enforcement – Corte giust. UE: è possibile esperire un'azione antitrust contro una società controllata*, in *Giurisprudenza Italiana*, 6, 2022.

REICHOW C., *The Court of Justice's Sumal Judgment: civil liability of a subsidiary for its parent's infringement of EU Competition law*, in *European Papers*, 6, 3, 2021.

ROBERTSON A., *Skanska Industrial Solutions: What does the Court of Justice's landmark judgement mean for cartel damages litigation?*, in *European Competition Law Review*, 40, 8, 2019.

RODGER B., SOUSA FERRO M., MARCOS M. (a cura di), *The EU Antitrust Damages Directive: transposition in the member states* Oxford University Press, 2018.

RONZANO A., *Attribution of liability: Advocate General Nils Wahl invites the Court of Justice of the European Union to draw all the appropriate conclusions from the finding that a parent company and its subsidiaries constitute a single economic entity, and to set aside the judgment in the case of European markets in heat stabilisers (Akzo Nobel)*, in *Concurrences*, 1, 2017.

RONZANO A., *Principle of equal treatment: Advocate General Pitruzzella calls on the Court of Justice of the European Union to uphold the European Commission's appeal and accordingly to annul the judgment of the General Court of the European Union finding that the principle of equal treatment was infringed and that there was an abuse of power in relation to a decision re-adopted after a first annulment (GEA)*, in *Concurrences*, 3, 2020.

SADRAK K., *Joint and Several Liability in EU Competition Law*, Cambridge, 2022.

SALATINO G., *L'attività di direzione e coordinamento: nozione, «punti di equilibrio», parametri di «liceità» e di «dannosità», e altre questioni inerenti la responsabilità*, in *Rivista del Notariato*, 6, 2015.

SANTAGATA R., *“Coesione” ed autonomia nel gruppo bancario cooperativo*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 4, 1, 2017.

SANTAGATA R., *I “gruppi paritetici” nella disciplina antimonopolistica*, in *Rivista delle società*, 1, 2003.

SBISÀ G., *Art. 2497, Direzione coordinamento*, in G. Sbisà (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari, Egea-Giuffrè, 3, 2012.

SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Giappichelli, 1996.

SCOGNAMIGLIO G., *I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni*, in *Rivista di Diritto dell'impresa*, 3, 2002.

SCOGNAMIGLIO G., *La responsabilità della società capogruppo: problemi e orientamenti*, in *Il gruppo di imprese nella realtà giuridica italiana, atti del convegno di Verona 6-7 Novembre 1987*, Cedam, 1990.

SCOGNAMIGLIO G., *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Rivista di Diritto Civile*, 6, 2009.

SCUNKE M., MAREIKE W., *Piercing The Corporate Veil: The German Sausage Saga*, 2022, disponibile su SSRN al link <https://ssrn.com/abstract=3970952> (ultimo accesso in data 7 maggio 2023).

SETTE F., *Dal gruppo di imprese all'impresa di gruppo*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1988.

SIAKKA T., *Case C-724/17 Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions: Transposition of the Concept of an 'Undertaking' into Civil Damages Actions*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 10, 2019.

SIRAGUSA M., *A selection of recent developments in EU competition law (2010)*, in *Concorrenza e mercato*, 2011.

SOLEK L., WARTINGER S., *Parental Liability - Rebutting the Presumption of Decisive Influence*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 6, 2, 2015.

SOUSA FERRO M., *The Portuguese 'Sausage Gap': Parent Company Liability for Antitrust Infringements Not Yet Assured in Portugal*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 3, 2017.

SPOLIDORO M. S., *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Rivista delle Società*, 1995.

SPOLIDORO M. S., *Questioni in tema di controllo di società*, in G. A. Rescio e M. Speranzin (a cura di), *Patrimonio sociale e governo dell'impresa – dialogo tra giurisprudenza, dottrina e prassi in ricordo di G. E. Colombo*, Giappichelli, 2020.

STANEVICIUS M., *Portielje - Bar Remains High for rebutting parental liability presumption*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 5, 2014.

STAWICK A., FELISZEWSKI T., *The ECN+ Directive and Far Reaching Changes to Polish Competition Law: Implementation à la Polonaise*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 3, 2021.

STEIN D., *Liability of Enterprise Group Members for Other Group Entities' Anticompetitive Conduct*, 2022, disponibile al link <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/02/liability-enterprise-group-members-other-group-entities> (ultimo accesso in data 7 maggio 2023).

SURBLYTE-NAMAVICIENE G., *Implementing the ECN+ Directive in Lithuania: Towards an over-Enforcement of Competition Law?*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 20, 2019.

SZYDLO M., *Leeway of Member States in Shaping the Notion of an 'Undertaking' in Competition Law*, in *World Competition*, 33, 2010.

TEMPLE LANG J., *How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Price Fixing by a Wholly-Owned Subsidiary Be Resolved*, in *Fordham International Law Journal*, 37, 5, 2014.

THÉPOT F., *The Interaction Between Competition Law and Corporate Governance: Opening the 'Black Box'*, Cambridge University Press, 2019.

THOMAS S., *Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 3, 1, 2012.

TOWNLEY C., *The Concept of an 'Undertaking': The Boundaries of the Corporation – A Discussion of Agency, Employees and Subsidiaries*, in G. Amato, C. Ehlermann (a cura di), *EC Competition Law: a critical assessment*, Hart Publishing, 2007.

TRACY E., *Imputed Liability: How to Determine When Parent Companies Should Be Held Liable for the Patent Infringements of Their Subsidiary Companies*, in *Missouri Law Review*, 2, 2017.

TUINENGA S., *The Road Ahead for Liability in Damages Actions: Case C-882/19 Sumal*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 13, 6, 2022.

TZANAKI A., *Antitrust's Increasingly Long Arm: (Minority) Private Equity Investors Beware*, in *Competition Antitrust Chronicle*, 2022, disponibile su Research Gate al link https://www.researchgate.net/publication/365361250_Antitrust%27s_Increasingly_Long_Arm_Minority_Private_Equity_Investors_Beware (ultimo accesso in data 7 maggio 2023).

ULFBECK V., *Vicarious Liability in Groups of Companies and in Supply Chains - Is Competition Law Leading the Way*, in *Market and Competition Law Review*, III, 2, 2019.

USATORRE A. L., *Should children be punished for the acts of their parents At odds with the single economic entity doctrine*, in *Global Competition Law Review*, 14, 2, 2021.

V. VADAPALAS, *Lithuania: Transposition of the ECN+ Directive in comparative perspective*, in *Concurrences*, 1, 2021.

VALLINDAS D., BARBU-O'CONNOR C., *T-419/14 Goldman Sachs: Expanding the Application of Parental Liability in EU Competition Law to Investment Firms*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 4, 2018.

VAN CLEYNENBREUGEL P., *Single Entity Tests in US Antitrust and EU Competition Law*, 2011, disponibile su SSRN al link ssrn.com/abstract=1889232 (ultimo accesso in data 7 maggio 2023).

VAN LEUKEN R., *Parental Liability for Cartel Infringements Committed by Wholly Owned Subsidiaries: Is the Approach of the European Court of Justice in Akzo Nobel also Relevant in a Private-Law Context?*, in *European Review of Private Law*, 24, 2016.

VAN OSCH P., *Private Equity Companies and Parental Liability – Appeal Court Hands Down Judgement in the Dutch Flour Cartel*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 9, 1, 2018.

VAN ROMPUY B., *Implementation of the ECN+ Directive in 23 Member States: An Introductory Overview*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 3, 2021.

VAN WAMEL D., *The Dutch Court of Appeal in Arnhem-Leeuwarden applies a rationale of the EU Court of Justice and finds subsidiary liable for damages resulting from an EU competition law infringement committed by its parent whilst engaging in a cartel (GIS Cartel)*, in *Concurrences*, e-Competitions News Issue November 2019.

VIEIRA PERES C., *Don't Blame the Children. Why Inverted and Horizontal Liability for Antitrust Infringements Should Be Rejected*, in *Market and Competition Law Review*, 5, 2, 2021.

VIEIRA PERES DE FRAPOINT C., I. NEVES, *The Theory of Economic Unit and the 'Downward' Liability of Subsidiaries for the Sins of Their Parent Companies: Better Not! (C-882/19 Sumal)*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 1, 2022.

WAGENER H., *Claiming Cartel Damages against the Economic Unit: One for All and All for One?*, 2020, disponibile su SSRN al link <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3574508> (ultimo accesso in data 7 maggio 2023), traduzione inglese dell'originale tedesco *Die wirtschaftliche Einheit als Schuldner im Zivilprozess: Eine für alle und alle für eine?* in *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 5, 2020.

WAGENER H., *Follow-up to Skanska – The "Implementation" by National Courts So Far*, 2019, disponibile su SSRN al link <https://ssrn.com/abstract=3455993> (ultimo accesso in data 7 maggio 2023).

WAHL N., *Parent Company Liability – A Question of Facts or Presumption*, 19th St. Gallen International Competition Law Forum ICF, 2013, disponibile su SSRN al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2206323 (ultimo accesso in data 7 maggio 2023).

WARDHAUGH B., *Punishing parents for the sins of their child: extending EU competition liability in groups and to subcontractors*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 5, 2017.

WHELAN P., *Private Enforcement and the Imputation of Antitrust Liability*, in B. Rodger, F. Marcos, M. Sousa Ferro (a cura di), *Research Handbook on Competition Law Private Enforcement in the EU*, 2023, Elgar Publishing, disponibile anche su SSRN al link <https://ssrn.com/abstract=4080911> (ultimo accesso in data 7 maggio 2023).

WHISH R., BAILEY D., *Competition Law*, 10th edition, Oxford University Press, 2021.

WILS W. P. J., *The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, in *European Law Review*, 25, 2000.

WILS W.P.J., *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, in *World Competition*, 29, 2, 2006.

WINCKLER A., *Parent's Liability: New case extending the presumption of liability of a parent company for the conduct of its wholly owned subsidiary*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 3, 2, 2011.

WINCKLER A., SAHLIN S., *Parent's Liability - New Case Attributing Exclusive Jurisdiction to the General Court in Respect of Cases Raising Decisive Influence and Corporate Control Issues under EU Competition Law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 3, 6, 2012.

WITTING C.A., *Liability of corporate groups and networks*, Cambridge University Press, 2018.

WURMNEST W., *Liability of 'undertakings' in damages actions for breach of Articles 101, 102 TFEU: Skanska*, in *Common Market Law Review*, 57, 2020.