

Il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia UE alcuni ulteriori quesiti sulla nozione di abuso di posizione dominante e, in particolare se, al di fuori dei casi di controllo societario, esistano criteri rilevanti per stabilire se il coordinamento contrattuale tra operatori economici formalmente autonomi e indipendenti dia luogo ad un'unica entità economica; se, in particolare, l'esistenza di un certo livello di ingerenza sulle scelte commerciali di un'altra impresa può essere ritenuto sufficiente a qualificare tali soggetti come parte della medesima unità economica oppure se sia necessario un collegamento "gerarchico" tra le due imprese, ravvisabile in presenza di un contratto in forza del quale più società autonome si sottopongono all'attività di direzione e coordinamento di una di esse, richiedendosi quindi da parte dell'Autorità la prova 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 e commerciale. Ha inoltre chiesto se, al fine di valutare la sussistenza di un abuso di posizione dominante, l'art. 102 TFUE vada interpretato nel senso di ritenere sussistente in capo all'autorità di concorrenza l'obbligo di verificare se l'effetto di tali clausole è quello di escludere dal mercato concorrenti altrettanto efficienti, e di esaminare in maniera puntuale le analisi economiche prodotte dalla parte sulla concreta capacità delle condotte contestate di escludere dal mercato concorrenti altrettanto efficienti; oppure se, in caso di clausole di esclusiva escludenti o di condotte connotate da una molteplicità di pratiche abusive (sconti fidelizzanti e clausole di esclusiva), non ci sia alcun obbligo giuridico per l'Autorità di fondare la contestazione dell'illecito *antitrust* sul criterio del concorrente altrettanto efficiente.

Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 7 dicembre 2020, n. 7713 – Pres. Montedoro, Est. Simeoli

Concorrenza – Abuso di posizione dominante – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Devono essere sottoposti alla Corte di giustizia UE i seguenti quesiti interpretativi:

1) al di fuori dei casi di controllo societario, quali sono i criteri rilevanti al fine di stabilire se il coordinamento contrattuale tra operatori economici formalmente autonomi e indipendenti dia luogo ad un'unica entità economica ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE; se, in particolare, l'esistenza di un certo livello di ingerenza sulle scelte commerciali di un'altra impresa, tipica dei rapporti di collaborazione commerciale tra produttore e intermediari della distribuzione, può essere ritenuto sufficiente a qualificare tali soggetti come parte della medesima unità economica; oppure se sia necessario un collegamento "gerarchico" tra le due imprese, ravvisabile in presenza di un contratto in forza del quale più società autonome si «assoggettano» all'attività di direzione e coordinamento di una di esse, richiedendosi quindi da parte dell'Autorità la prova 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 e commerciale";

2) al fine di valutare la sussistenza di un abuso di posizione dominante attuato mediante clausole di esclusiva, se l'articolo 102 TFUE vada interpretato nel senso di ritenere sussistente in capo all'autorità di concorrenza l'obbligo di verificare se l'effetto di tali clausole è quello di escludere dal mercato concorrenti altrettanto efficienti, e di esaminare in maniera puntuale le analisi economiche prodotte dalla parte sulla concreta capacità delle condotte contestate di escludere dal mercato concorrenti altrettanto efficienti; oppure se, in caso di clausole di esclusiva escludenti o di condotte connotate da una molteplicità di pratiche abusive (sconti fidelizzanti e clausole di esclusiva), non ci sia alcun obbligo giuridico per l'Autorità di fondare la contestazione dell'illecito antitrust sul criterio del concorrente altrettanto efficiente" (1).

(1) I. – Il Consiglio di Stato ha sottoposto alla Corte di giustizia UE i quesiti interpretativi riassunti nelle massime che precedono.

II. – La sezione, dopo aver analizzato la vicenda processuale sottesa e le argomentazioni delle parti, ha osservato quanto segue:

- a) l'art. 102 TFUE vieta *"nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo"*. L'art. 3 della legge n. 287 del 1990 ne ricalca il contenuto, stabilendo che *"è vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante"*;
- b) la giurisprudenza europea e le comunicazioni della Commissione hanno variamente sottolineato che:
 - b1) non è di per sé illegale che un'impresa sia in posizione dominante e tale impresa ha il diritto e il dovere di competere sulla base dei propri meriti;
 - b2) il divieto concorrenziale trova invece fondamento nella speciale responsabilità delle imprese private dotate di un forte potere economico di mercato di non permettere che il suo comportamento ostacoli una concorrenza realmente competitiva e priva di distorsioni nel mercato comune;
- c) in termini strutturali, l'abuso di posizione dominante è integrato da tre elementi: la posizione dominante individuale o collettiva, lo sfruttamento abusivo della stessa, l'assenza di giustificazioni obiettive preminenti sugli effetti restrittivi della concorrenza;
- d) con riferimento alla nozione di impresa nel diritto *antitrust* europeo e i conseguenti criteri di impugnazione soggettiva dell'illecito:

- d1) nel caso di specie, le condotte abusive contestate dall'Autorità, pur essendo poste in essere dai concessionari, sono state imputate alla sola concedente sulla base del presupposto che questa e i suoi concessionari sono riconducibili a una medesima entità economica, in considerazione della ridotta autonomia decisionale dei concessionari;
 - d2) tale tesi è stata contestata dall'appellante in quanto i concessionari sono imprenditori autonomi che determinano liberamente la propria politica commerciale, assumendo in proprio i rischi connessi alla propria attività;
 - d3) per il collegio è necessario chiarire la nozione di impresa in ambito sanzionatorio *antitrust*, alla luce della dottrina dell'unità economica, dovendosi in particolare chiarire in presenza di quali presupposti il coordinamento tra operatori economici formalmente autonomi e indipendenti sia tale da configurare un unico centro decisionale, con il corollario che le condotte dell'uno possono essere imputate anche all'altro. La questione è determinante nel caso di specie in quanto la concedente è stata sanzionata a causa dell'operato dei concessionari;
 - d4) la giurisprudenza europea ha elaborato una nozione autonoma e funzionale di impresa, rilevante ai fini dell'applicazione del diritto europeo della concorrenza e *antitrust*, allo 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;
 - d5) in particolare, secondo la Corte di giustizia UE, ai fini dell'imputazione delle sanzioni *antitrust*, non deve farsi necessariamente ed esclusivamente riferimento alla persona giuridica che materialmente ha posto in essere la condotta, in quanto la nozione di impresa deve essere intesa nel senso che essa designa un'unità economica, ancorché dal punto di vista giuridico, tale unità sia costituita da più persone fisiche o giuridiche. Quindi, la formale separazione tra due imprese conseguente alla loro distinta personalità giuridica non è decisiva in quanto sul piano esterno è decisiva l'unità o meno del loro comportamento sul mercato;
- e) le condizioni in presenza delle quali si può affermare l'esistenza di un unico centro decisionale sono state precisate soprattutto con riferimento al fenomeno dei gruppi di impresa:
- e1) il comportamento di una controllata, secondo la giurisprudenza europea, può essere imputato alla società controllante quando, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, in

considerazione dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche;

- e2) per ritenere che un gruppo corrisponda a un'unica entità economica è necessario che vengano soddisfatte due condizioni cumulative: la società madre deve avere la capacità di esercitare una influenza determinante sulla controllata ed essa deve avere esercitato in concreto questo potere; occorre inoltre provare l'esercizio effettivo dell'influenza determinante della società madre sulla propria controllata, ossia l'intensità e l'impatto di tale influenza, che può essere oggetto di influenza. A tale ultimo fine occorre analizzare i legami organizzativi, economici e giuridici intercorrenti tra l'impresa controllante e controllata, tenendo conto di tutte le circostanze specifiche del caso;
- f) il caso di specie riguarda un'ipotesi di coordinamento contrattuale, ipotesi riguardo alla quale rimangono numerosi dubbi interpretativi in ordine alla natura e consistenza degli indici rilevatori del legame strutturale che in astratto devono intercorrere tra produttore e suoi intermediari:
 - f1) i rapporti di collaborazione commerciale costituiscono espressione della tendenza verso uno sviluppo "a rete" dell'impresa. Su alcune figure il legislatore è intervenuto al fine di garantire uno sviluppo razionale del fenomeno (ad esempio in tema di affiliazione commerciale);
 - f2) la concessione di vendita non costituisce uno schema contrattuale tipico e comporta l'obbligo di stipulare singoli contratti di vendita o di concludere contratti di puro trasferimento di prodotti alle condizioni fissate nell'accordo iniziale;
 - f3) i rapporti di collaborazione commerciale sono tutti, a vario titolo e con diversa intensità, caratterizzati da un certo grado di ingerenza del proponente sulle modalità di esecuzione della prestazione dell'intermediario, ma non necessariamente danno luogo ad un'attività di direzione, potendosi, ad esempio, limitare a disciplinare particolari forme di divisione del lavoro tra grandi aziende e imprese di dimensioni medio-piccole;
 - f4) muovendo da queste premesse, occorre comprendere *"se l'esistenza di un certo livello di ingerenza – invero sussistente nella normalità delle anzidette relazioni commerciali – dell'impresa preponente rispetto all'intermediario della distribuzione, tipica dei rapporti di collaborazione commerciale, possa essere ritenuto sufficiente a qualificare tali soggetti come parte della medesima unità economica. Ovvero se, ai medesimi fini, sia necessario accertare un quid pluris, ossia un vero e proprio collegamento "gerarchico" tra le due imprese, il quale è*

ravvisabile solo al cospetto di un contratto, in forza del quale più società autonome si «assoggettano» all'attività di direzione e coordinamento di una di esse. Se, in particolare, l'attività di direzione – sebbene non necessiti della totale eterodirezione delle singole imprese – richieda pur sempre 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. Cosicché, in mancanza di tali presupposti, è dato ravvisare una attività di mero coordinamento, consistente nel realizzare un sistema di sinergie tra imprese diverse”;

- f5) aderendo alla seconda ipotesi ricostruttiva, la sussistenza dell'attività di direzione e coordinamento dovrebbe essere accertata in concreto in base ad atti formali a carattere negoziale o anche di mero indirizzo idonei a influenzare significativamente le scelte gestionali dell'intermediario commerciale (in questo senso sembra orientata la giurisprudenza europea);
- g) la nozione di “unica unità economica” appare ancora troppo incerta, sia perché fortemente condizionata dalle circostanze fattuali del caso concreto, sia in considerazione della difficoltà di tradurre in rigorosi termini giuridici la nozione di agente economico. Risulta quindi necessaria la definizione da parte della Corte di giustizia UE di parametri valutativi più certi;
- h) un secondo dubbio interpretativo riguarda poi l'elemento oggettivo dell'illecito e, in particolare, la determinazione dello standard probatorio cui devono attenersi le autorità *antitrust* ai fini dell'accertamento di condotte abusive di natura escludente;
 - h1) mentre l'intesa restrittiva per oggetto, concretandosi in una illecita ripartizione del mercato, è di per sé illecita, senza che sia necessario l'esame dei suoi effetti, per l'abuso di posizione dominante non opera analogo presunzione di abusività delle iniziative di mercato assunte dall'impresa dominante;
 - h2) secondo un orientamento che appare consolidato, l'illecito dell'abuso di posizione dominante può essere accertato anche in fase preparatoria, prima che abbia prodotto effetti restrittivi; non è quindi necessaria la prova attuale degli effetti dell'abuso essendo sufficiente la dimostrazione della mera potenzialità dell'effetto restrittivo;
 - h3) non è tuttavia chiaro se, pur in presenza di un comportamento astrattamente idoneo alla produzione di effetti restrittivi, sia comunque ammessa la prova da parte dell'impresa sanzionata che nessun effetto restrittivo si è realizzato, che cioè la condotta contestata è risultata priva di offensività in concreto. In caso di risposta positiva, se sussista in capo

all'Autorità *antitrust* l'obbligo di riscontrare in maniera puntuale le analisi economiche eventualmente prodotte dalla parte sanzionata;

- h4) rileva, pertanto, anche in tale giudizio il seguente quesito interpretativo proposto dalla medesima sezione del Consiglio di Stato con ordinanza del 20 luglio 2020, n. 4646 (oggetto della News US, n. 127 del 7 dicembre 2020, sulla quale si veda *infra* § k), “3) *Se, in caso di abuso di posizione dominante consistito nel tentare di impedire che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo, l'impresa dominante sia comunque ammessa a provare che – nonostante l'astratta idoneità dell'effetto restrittivo – la condotta è risultata priva di concreta offensività; se, in caso di risposta positiva, ai fini della valutazione in ordine alla sussistenza di un abuso escludente atipico, l'articolo 102 TFUE vada interpretato nel senso di ritenere sussistente in capo all'Autorità l'obbligo di esaminare in maniera puntuale le analisi economiche prodotte dalla parte sulla concreta capacità della condotta oggetto di istruttoria di escludere dal mercato i propri concorrenti”;*
- h5) il rilievo da attribuire all'impatto attuale o potenziale sulla concorrenza ai fini dell'art. 102 TFUE va valutato soprattutto alla luce della giurisprudenza europea in tema di sconti fidelizzanti e, in particolare, alla luce della sentenza Corte di giustizia UE, 6 settembre 2017, C-413/14, *Intel* (in *Foro it.*, 2017, IV, 466 con nota di CARLI e PARDOLESI); secondo cui: “*Per un'impresa che si trova in posizione dominante su un mercato, il fatto di vincolare – sia pure a loro richiesta – taluni acquirenti attraverso l'obbligo o la promessa di rifornirsi per tutto o gran parte del loro fabbisogno esclusivamente presso di essa costituisce abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE, tanto se l'obbligo in questione è imposto sic et simpliciter, quanto se ha come contropartita la concessione di sconti. Lo stesso dicasi se detta impresa, senza vincolare gli acquirenti con un obbligo formale, applica, vuoi in forza di accordi stipulati con tali acquirenti, vuoi unilateralmente, un sistema di sconti di fedeltà, cioè di riduzioni subordinate alla condizione che il cliente – indipendentemente dal volume degli acquisti – si rifornisca esclusivamente per la totalità o per una parte considerevole del suo fabbisogno presso l'impresa in posizione dominante (v. sentenza del 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche/Commissione, 85/76, EU:C:1979:36, punto 89)”;* “*Occorre, tuttavia, precisare tale giurisprudenza nel caso in cui l'impresa considerata sostenga nel corso del procedimento amministrativo, sulla base di elementi di prova, che il suo comportamento non ha avuto la capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre gli effetti di esclusione dal mercato addebitati”;* “*In tal caso, la Commissione è tenuta, non solo ad analizzare, da un lato, l'ampiezza della posizione dominante dell'impresa sul mercato pertinente e,*

dall'altro, il tasso di copertura del mercato ad opera della pratica concordata, nonché le condizioni e le modalità di concessione degli sconti di cui trattasi, la loro durata e il loro importo, ma deve anche valutare l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci (v., per analogia, sentenza del 27 marzo 2012, Post Danmark, C 209/10, EU:C:2012:172, punto 29)"; "L'analisi della capacità di escludere dal mercato è del pari pertinente ai fini della valutazione della questione se un sistema di sconti rientrante in linea di principio nell'ambito del divieto di cui all'articolo 102 TFUE possa essere oggettivamente giustificato. Inoltre, l'effetto preclusivo derivante da un sistema di sconti, pregiudizievole per la concorrenza, può essere controbilanciato, o anche superato, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche del consumatore (sentenza del 15 marzo 2007, British Airways/Commissione, C 95/04 P, EU:C:2007:166, punto 86). Una ponderazione siffatta degli effetti, favorevoli e sfavorevoli per la concorrenza, della pratica contestata può essere svolta nella decisione della Commissione solo in esito ad un'analisi della capacità di esclusione dal mercato di concorrenti quantomeno altrettanto efficaci, intrinseca alla pratica considerata"; "Se, nella decisione che accerta il carattere abusivo di un sistema di sconti, la Commissione effettua un'analisi siffatta, incombe al Tribunale esaminare tutti gli argomenti della parte ricorrente diretti a rimettere in discussione la fondatezza delle constatazioni raggiunte dalla Commissione quanto alla capacità di preclusione dal mercato del sistema di sconti considerato";

- h6) l'appellante nel caso di specie ritiene che l'Autorità non avrebbe svolto alcuna analisi degli effetti concreti delle condotte tenute dalla medesima società con riferimento all'assenza di effetti escludenti rispetto ai suoi concorrenti altrettanto efficienti e dei relativi effetti pro-competitivi sia in termini di ampliamento della diffusione dei prodotti sia in termini di riduzione del prezzo per esercenti e consumatori;
- h7) l'Autorità ritiene inapplicabili tali principi al caso di specie, in quanto: sarebbero validi solo per gli abusi realizzati tramite sconti fidelizzanti, mentre nel caso di specie l'abuso sarebbe stato realizzato mediante clausole di esclusiva; le allegazioni di parte appellante sarebbero inidonee a dimostrare l'assenza di effetti concorrenziali delle sue condotte, perché nessun test sarebbe in grado di analizzare, contemporaneamente, una molteplicità di pratiche abusive;
- h8) occorre quindi comprendere se: i principi della sentenza Intel siano generalizzabili oltre la fattispecie degli sconti fidelizzanti o se invece in tali casi non vi sia alcun obbligo per l'Autorità di fondare il proprio

accertamento sul criterio del concorrente altrettanto efficiente; ogni volta in cui l'impresa produca studi e approfondimenti utili a smentire l'effetto escludente contestato, l'Autorità sia onerata di dimostrare che le condotte oggetto di indagine siano effettivamente idonee ad escludere dal mercato i concorrenti altrettanto efficienti ovvero in quali casi o a quali condizioni possa escludersi la rilevanza del test AECT (*as efficient competitor test*) o degli studi ed approfondimenti prodotti dall'impresa; in particolare, se la valutazione dell'Autorità che esclude la rilevanza del test AECT o degli studi aventi analoga funzione in caso di condotte come quelle oggetto di indagine sia legittima alla luce della sentenza Intel.

III. – Per completezza si segnala quanto segue:

- i) una parte dei quesiti sollevati dall'ordinanza in commento sono già stati sottoposti all'attenzione della Corte di giustizia UE dalla citata Consiglio di Stato, ordinanza, 20 luglio 2020, n. 4646 (oggetto della News US, n. 127 del 7 dicembre 2020), che ha formulato i seguenti quesiti interpretativi: *"1) se le condotte che inverano lo sfruttamento abusivo di posizione dominante possano essere di per sé del tutto lecite ed essere qualificate "abusive" unicamente in ragione dell'effetto (potenzialmente) restrittivo ingenerato nel mercato di riferimento; oppure se le stesse debbano essere contrassegnate anche da una specifica componente di anti-giuridicità, costituita dal ricorso a «metodi (o mezzi) concorrenziali diversi» da quelli «normali»; in quest'ultimo caso, sulla base di quali criteri si possa stabilire il confine tra la concorrenza «normale» e quella «falsata»; 2) se la funzione dell'abuso sia di massimizzare il benessere dei consumatori, di cui il giudice debba misurare l'avvenuta (o il pericolo di) diminuzione; oppure se l'illecito concorrenziale abbia il compito di preservare di per sé la struttura concorrenziale del mercato, al fine di scongiurare la creazione di aggregazioni di potere economico ritenute comunque dannose per la collettività; 3) se, in caso di abuso di posizione dominante consistito nel tentare di impedire che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo, l'impresa dominante sia comunque ammessa a provare che – nonostante l'astratta idoneità dell'effetto restrittivo – la condotta è risultata priva di concreta offensività; se, in caso di risposta positiva, ai fini della valutazione in ordine alla sussistenza di un abuso escludente atipico, l'articolo 102 TFUE vada interpretato nel senso di ritenere sussistente in capo all'Autorità l'obbligo di esaminare in maniera puntuale le analisi economiche prodotte dalla parte sulla concreta capacità della condotta oggetto di istruttoria di escludere dal mercato i propri concorrenti; 4) se l'abuso di posizione dominante debba valutarsi soltanto per i suoi effetti (anche soltanto potenziali) sul mercato, senza alcun riguardo al movente soggettivo dell'agente; oppure se la dimostrazione dell'intento restrittivo costituisca un parametro utilizzabile (anche in via esclusiva) per valutare l'abusività del comportamento*

dell'impresa dominante; oppure ancora se tale dimostrazione dell'elemento soggettivo valga soltanto a ribaltare l'onere della prova in capo all'impresa dominante (la quale sarebbe onerata, a questo punto, di fornire la prova che l'effetto escludente è mancato); 5) se, in ipotesi di posizione dominante riferita una pluralità di imprese appartenenti al medesimo gruppo societario, l'appartenenza al predetto gruppo sia sufficiente per presumere che anche le imprese che non abbiano posto in essere la condotta abusiva abbiano concorso nell'illecito – cosicché all'Autorità di vigilanza sarebbe sufficiente dimostrare un parallelismo cosciente, sia pure non collusivo, delle imprese operanti all'interno del gruppo collettivamente dominante – oppure se (al pari di quanto accade per il divieto di intese) occorra comunque fornire la prova, anche indiretta, di una situazione concreta di coordinamento e strumentalità tra le varie imprese del gruppo in posizione dominante, in particolare al fine dimostrare il coinvolgimento della casa madre". Alla citata News US si rinvia, oltre che per l'esame dell'ordinanza del Consiglio di Stato, anche: al § w), per riferimenti giurisprudenziali sulla nozione di abuso di posizione dominante; al § x), sul requisito dello sfruttamento abusivo e la componente dell'antigiuridicità oggettiva; al § y), sulla presunzione di abusività dell'intesa restrittiva per oggetto; al § z), con riguardo al bene giuridico protetto dall'illecito di abuso di posizione dominante; al § aa), sull'onere della prova in caso di abuso di posizione dominante; al § bb), sulla rilevanza dell'elemento soggettivo dell'agente in caso di abuso di posizione dominante; al § cc), sulla discriminazione di prezzo; ai §§ dd) ed ee), su alcuni orientamenti dottrinali in tema di sconti fidelizzanti e per un inquadramento della politica della concorrenza sul tema; al § ff), sulla possibilità che condotte settoriali *ex se* lecite diano luogo comunque a una situazione di abuso di posizione dominante; al § gg), sul concetto di "abuso efficiente"; al § hh), sulla responsabilità *antitrust* nei gruppi di impresa e nelle *holding*; al § ii), sulla possibilità di configurare una condotta abusiva dominante a carico di una pubblica amministrazione che si sia attenuta alla disciplina legale nazionale;

j) sulla nozione di "impresa" e di "unica entità economica" ai fini della applicazione della disciplina europea *antitrust*:

j1) nel senso che ai fini del diritto *antitrust* rilevi un'unità economica ancorché, dal punto di vista giuridico, tale unità sia costituita da più persone fisiche o giuridiche, si vedano: Corte di giustizia UE, 10 aprile 2014, C-231-233/11, *Commiss. Ue c. Siemens A G österreich* (in www.curia.europa.eu, 2015), secondo cui "Ai sensi dell'art. 23, par. 2, regolamento n. 1/2003, la Commissione ha la facoltà di condannare in solido ad un'ammenda più persone giuridiche facenti parte di una sola ed unica impresa responsabile dell'infrazione; in tale eventualità, la determinazione da parte della Commissione dell'importo dell'ammenda, siccome

procede dall'applicazione, in un caso specifico, della nozione di impresa, la quale è una nozione del diritto dell'Unione, è soggetta a determinati obblighi che impongono si tenga debito conto delle caratteristiche dell'impresa di cui trattasi, quale era costituita durante il periodo in cui è stata commessa l'infrazione; così, allorché determina il rapporto esterno di solidarietà tra più persone giuridiche facenti parte di una sola impresa, la Commissione è tenuta, in particolare, a rispettare il principio della personalità delle pene e delle sanzioni, ai sensi del quale, conformemente all'art. 23, par. 3, regolamento n. 1/2003, l'importo dell'ammenda inflitta deve essere fissato in funzione della gravità dell'infrazione individualmente contestata all'impresa in questione e della sua durata; tuttavia, 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 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; inoltre, benché, ai sensi dell'art. 23, par. 2, regolamento n. 1/2003, la Commissione possa condannare in solido a un'ammenda più società se appartenevano ad una sola ed unica impresa, né il testo di tale disposizione né l'obiettivo del meccanismo di solidarietà consentono di considerare che tale potere sanzionatorio comprenda, al di là della determinazione del rapporto esterno di solidarietà, quello di stabilire le quote dei debitori in solido nei loro rapporti interni; infatti, né il regolamento n. 1/2003 né il diritto dell'Unione in generale contengono regole che consentano di stabilire, nel rapporto interno tra debitori in solido, le quote dell'ammenda a carico di ciascuno; in tali circostanze, ove le quote dei debitori di un'ammenda alla quale questi ultimi sono stati condannati in solido non siano state fissate contrattualmente, spetta ai giudici nazionali determinarle, nel rispetto del diritto dell'Unione, mettendo in atto il diritto nazionale applicabile alla controversia; peraltro, poiché il potere sanzionatorio di cui dispone la Commissione ai sensi dell'art. 23, par. 2, regolamento n. 1/2003 non comporta quello di ripartire l'ammenda inflitta tra i debitori in solido nell'ambito dei loro rapporti interni, una volta che quest'ultima sia stata integralmente pagata e, di conseguenza, la Commissione tacitata, neppure il Tribunale può disporre di un tale potere di ripartizione nell'ambito della sua competenza estesa al merito, quale riconosciutagli dall'art. 31 medesimo regolamento, per estinguere, ridurre o aumentare detta ammenda"; Corte di giustizia CE, 12 luglio 1984, C-170/83, Hydrotherm Geraetebau GmbH (in Foro pad., 1984, I, 181; Foro it., 1986, IV, 13), secondo cui "Il regolamento n. 67/67 è applicabile ad accordi di esclusiva tra due società

autonome, ma ove da una parte stipulino più società giuridicamente autonome ma appartenenti allo stesso gruppo, il regolamento è ugualmente applicabile”;

- j2) nel senso che occorre fare riferimento a una definizione funzionale e autonoma, rispetto al diritto civile e commerciale degli Stati membri, Corte di giustizia UE, 29 marzo 2011, C-201/09, C-216/09, *ArcelorMittal Luxembourg S A* (in *Raccolta*, 2011, I, 2239), secondo cui *“La nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un’attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento; a tal riguardo, la corte ha precisato, da un lato, che la nozione di impresa, collocata nel contesto del diritto della concorrenza dell’Unione, dev’essere intesa nel senso che essa designa un’unità economica ancorché, dal punto di vista giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone fisiche o giuridiche e, dall’altro, che tale entità economica, laddove violi le regole dettate in materia di concorrenza, è tenuta, secondo il principio di responsabilità personale, a rispondere dell’infrazione; il comportamento di una controllata può essere imputato alla società madre segnatamente quando, pur a vendo una personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma applichi sostanzialmente le istruzioni impartitele dalla società madre, tenuto conto, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che uniscono questi due soggetti giuridici; riguardo al caso particolare in cui una società madre detenga il cento per cento del capitale della propria controllata, la quale abbia infranto le norme in materia di concorrenza, da un lato, tale società madre può esercitare un’influenza determinante sul comportamento della controllata e, dall’altro, esiste una presunzione iuris tantum secondo cui la società madre medesima esercita effettivamente un’influenza determinante sul comportamento della propria controllata; ciò premesso, è sufficiente che la commissione provi che l’intero capitale di una controllata sia detenuto dalla società madre per poter presumere che quest’ultima eserciti un’influenza determinante sulla politica commerciale della controllata medesima; la commissione potrà poi ritenere la società madre solidalmente responsabile per il pagamento dell’ammenda inflitta alla sua controllata, a meno che tale società madre, cui incombe l’onere di confutare detta presunzione, non fornisca sufficienti elementi di prova, idonei a dimostrare che la propria controllata si comporta in maniera autonoma sul mercato; altre circostanze, quali la mancata contestazione dell’influenza esercitata dalla società madre sulla politica commerciale della propria controllata e la rappresentanza comune delle due società durante il procedimento amministrativo, possono essere prese in considerazione dal giudice dell’Unione, senza con ciò condizionare l’applicazione della presunzione menzionata”;*

j3) sulla nozione economica di agente e sul carattere non determinante della formale separazione tra due imprese, si veda Corte di giustizia UE, 11 luglio 2013, C-440/11, *Portielje* (in www.curia.europa.eu, 2015), secondo cui *“In materia di concorrenza, il comportamento di una controllata può essere imputato alla società controllante, in particolare, quando, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determina in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attiene, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, in considerazione, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra i due enti giuridici; in una siffatta situazione, atteso che la società controllante e la sua controllata fanno parte di una stessa unità economica e formano così una sola impresa ai sensi dell’art. 81 Ce, la commissione può infatti emanare una decisione che infligge ammende nei confronti della società controllante, senza necessità di dimostrare l’implicazione personale di quest’ultima nell’infrazione; nel caso particolare in cui una società controllante detenga la totalità o la quasi totalità del capitale della propria controllata che abbia violato le norme dell’Unione in materia di concorrenza, esiste una presunzione semplice secondo cui detta società controllante esercita effettivamente un’influenza determinante sulla propria controllata; in tali circostanze, è sufficiente che la commissione provi che la totalità o la quasi totalità del capitale di una controllata sia detenuto dalla controllante per poter presumere che quest’ultima eserciti un’influenza determinante sulla politica commerciale di tale controllata; la commissione potrà poi ritenere la società controllante solidalmente responsabile per il pagamento dell’ammenda inflitta alla propria controllata, a meno che tale società controllante, cui incombe l’onere di confutare tale presunzione, non fornisca sufficienti elementi di prova idonei a dimostrare che la propria controllata si comporta in maniera autonoma sul mercato; al fine di stabilire se una controllata determini in maniera autonoma il suo comportamento sul mercato, deve essere preso in considerazione l’insieme degli elementi pertinenti relativi ai vincoli economici, organizzativi e giuridici intercorrenti fra tale controllata e la società controllante, i quali possono variare a seconda dei casi e non possono dunque essere elencati in modo tassativo; tale soluzione si fonda sulla premessa che possa imputarsi ad un ente giuridico la responsabilità del comportamento di un altro ente giuridico quando quest’ultimo non determini in modo autonomo il suo comportamento sul mercato; conseguentemente, è inconferente il fatto che l’ente che detiene la totalità o la quasi totalità del capitale di un altro ente o che controlla la totalità o la quasi totalità delle quote sociali di tale altro ente (l’«ente controllante») sia costituito nella forma giuridica di una fondazione piuttosto che di una società; ne consegue che, ai fini della sanzione dell’infrazione di un’impresa al diritto della*

concorrenza in forza dell'art. 81 Ce in combinato disposto con l'art. 23, par. 2, regolamento n. 1/2003, è irrilevante la questione se ciascuno degli enti giuridici che costituiscono tale impresa svolga un'attività economica propria e, quindi, ognuno di essi, isolatamente considerato, corrisponda alla nozione giuridica di impresa; l'unico elemento determinante ai fini della sanzione è la circostanza che tutti gli enti giuridici tenuti in solido, del tutto o in parte, al pagamento della stessa ammenda costituiscono insieme, con l'ente la cui implicazione diretta nell'infrazione sia stata provata (l'«autore dell'infrazione»), una sola impresa ai sensi dell'art. 81 Ce; orbene, quel che rileva al riguardo è l'effettivo esercizio, da parte dell'ente controllante, di un'influenza determinante sull'autore dell'infrazione»;

- k) sulla imputabilità alla controllante dei comportamenti della controllata si vedano:
- k1) Corte di giustizia UE, 10 aprile 2014, C-247/11, C-253/11, *Areva* (in *Foro it.*, 2014, IV, 534, con note di CASORIA, ROMANO), secondo cui: *“Un'infrazione alle regole della concorrenza commessa da una controllata può essere imputata alla società controllante qualora tale controllata non determini in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato, ma si attenga alle istruzioni che le vengono impartite dalla controllante”; “È contraria al principio di personalità delle pene e delle sanzioni sancito nell'Unione europea una configurazione del rapporto esterno di solidarietà per il pagamento delle ammende inflitte dalla commissione che consenta di esigere da ciascuna delle successive controllanti della società che ha violato il diritto europeo della concorrenza la corresponsione integrale della sanzione dovuta, rendendole di fatto responsabili in solido sebbene non abbiano mai costituito un'unica impresa”;*
 - k2) Corte di giustizia UE, 18 luglio 2013, C-501/11, *Schindler Holding Ltd* (in *Giust. civ.*, 2013, I, 1619; *Dir. pen. e proc.*, 2015, 246), secondo cui la violazione delle norme concorrenziali commessa da una controllata può essere imputata alla società controllante qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, la controllata non determini autonomamente la propria linea di condotta sul mercato, ma si attenga alle istruzioni impartite dalla società madre, in considerazione dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che la legano a quest'ultima. La Corte ha in particolare precisato che la ragionevolezza della presunzione di esercizio di un'influenza determinante di una società sull'altra in presenza di un dato assetto economico, giuridico ed organizzativo, dal momento che essa mira a raggiungere un giusto temperamento tra l'obiettivo di reprimere i comportamenti anticoncorrenziali che danneggiano gli scambi nel mercato europeo e il rispetto di taluni principi generali dell'Unione, quali la

presunzione di innocenza, la personalità delle pene, la certezza del diritto e il rispetto dei diritti di difesa. Nel dettaglio, secondo la Corte, *“La normativa in materia di concorrenza: a) non è contraria all’art. 6 Cedu poiché il giudice dell’Unione, oltre al controllo di legittimità previsto dai trattati, dispone di competenza estesa al merito che lo autorizza a sostituire la sua valutazione a quella della commissione e quindi a sopprimere, ridurre o aumentare l’ammenda o la penalità inflitta; b) non viola il principio di legalità (in relazione all’asserita indeterminatezza delle ammende) poiché tale principio postula che la legge definisca chiaramente gli illeciti e le relative pene, tenuto conto delle precisazioni poste da una giurisprudenza costante e pubblicata, sebbene il regolamento n. 1/2003/Ce attribuisca alla commissione un potere discrezionale, l’ammenda è soggetta ad un limite massimo calcolabile e assoluto, sicché il suo importo massimo è determinabile ex ante; del resto, l’esercizio di tale potere discrezionale è altresì limitato dalle regole di condotta che la commissione si è imposta nella comunicazione sulla cooperazione del 2002 e negli orientamenti del 1998”;*

- k3) Corte di giustizia UE, 19 luglio 2012, C-628/10, C-14/11, *Alliance One International inc.* (in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 1743), secondo cui *“Nel caso particolare in cui una società controllante detenga il 100% del capitale della propria controllata, la quale abbia infranto le regole dell’Unione in materia di concorrenza, da un lato, tale società controllante può esercitare un’influenza determinante sul comportamento della controllata e, dall’altro, esiste una presunzione iuris tantum secondo cui la controllante esercita effettivamente una siffatta influenza; ciò premesso, è sufficiente che la commissione provi che l’intero capitale di una controllata sia detenuto dalla società controllante per poter presumere che quest’ultima eserciti effettivamente un’influenza determinante sulla politica commerciale della controllata; la commissione potrà poi ritenere la società controllante solidalmente responsabile per il pagamento dell’ammenda inflitta alla sua controllata, a meno che tale società controllante, cui incombe l’onere di confutare detta presunzione, non fornisca sufficienti elementi di prova, idonei a dimostrare che la propria controllata si comporta in maniera autonoma sul mercato; tuttavia, la commissione non è 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; il principio di parità di trattamento esige peraltro che, quando la commissione adotta un particolare metodo 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; pertanto, quando decide di considerare responsabili le controllanti solo qualora elementi di prova abbiano confermato la presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante sulle controllate (metodo cosiddetto della «duplice base») e rinuncia a limitarsi all'applicazione della sola presunzione d'influenza determinante, la commissione non può considerare la controllante responsabile in solido del pagamento dell'ammenda inflitta alla sua controllata sul solo fondamento della presunzione in questione, trattandola in modo discriminatorio rispetto alle altre società controllanti»; «In materia di concorrenza, l'esercizio di un controllo congiunto, da parte di due società controllanti indipendenti l'una dall'altra sulla loro controllata non osta, in linea di principio, alla constatazione, da parte della commissione, dell'esistenza di un'unità economica tra una di tali società controllanti e la controllata di cui trattasi; ciò vale anche se detta società controllante dispone di una parte del capitale della controllata meno rilevante rispetto all'altra società controllante; a maggior ragione una controllante e la sua controllata, essa stessa controllante della società che ha commesso un'infrazione, possono entrambe essere considerate, insieme a tale ultima società, un'unità economica; inoltre, la commissione può indirizzare una decisione che infligge ammende alla società controllante di una controllata che ha partecipato ad un'infrazione all'art. 81 Ce senza che occorra dimostrare il coinvolgimento personale nell'infrazione di tale controllante, a condizione che quest'ultima eserciti effettivamente un'influenza determinante sulla politica commerciale di detta controllata; ne consegue che il mero fatto che una controllante e la sua controllata esercitano, durante un periodo determinato, solo un controllo congiunto sulla controllata che ha commesso l'infrazione non osta alla constatazione dell'esistenza di un'unità economica tra tali società, a condizione che sia dimostrato l'esercizio effettivo, da parte di tali due controllanti, di un'influenza determinante sulla politica commerciale della controllata che ha commesso l'infrazione»; «Quando una decisione di applicazione delle regole dell'Unione in materia di diritto della concorrenza riguarda più destinatari e pone un problema d'imputabilità dell'infrazione, essa deve contenere una motivazione sufficiente nei confronti di ciascuno dei suoi destinatari, specie di quelli che, secondo il tenore della stessa decisione, dovranno sopportare l'onere conseguente all'infrazione; pertanto, nei confronti di una controllante ritenuta responsabile del comportamento illecito della sua controllata, una simile decisione deve, in linea di principio, contenere un'esposizione dei motivi atti a giustificare l'imputabilità dell'infrazione a tale società; a tal proposito, i diritti della difesa della commissione non si estendono alla possibilità, per quest'ultima, di difendere la legittimità di una tale decisione contro

accuse di discriminazione fornendo, in corso di giudizio, elementi di prova che sono diretti a dimostrare la responsabilità di una società controllante, ma che non sono riportati in tale decisione”;

- k4) Corte di giustizia UE, 29 settembre 2011, C-520/09, *Arkema* (in *Foro it.*, 2012, IV, 142), secondo cui, qualora una controllante detenga una percentuale del capitale della controllata prossima al cento per cento, sussiste una presunzione *iuris tantum* di esercizio di influenza determinante sul comportamento della società in posizione subordinata anche quando la holding non sia mai intervenuta direttamente sul mercato;
- k5) Corte di giustizia UE, 20 gennaio 2011, C-90/09, *General Química* (in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 20; *Raccolta*, 2011, I, 1), secondo cui: *“Può essere ascritto alla società controllante il comportamento della società controllata che, pur avendo personalità giuridica distinta, non determini in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla controllante, alla luce in particolare dei nessi economici, organizzativi e giuridici che uniscono le due entità; in tale situazione, la società controllante e la controllata fanno parte di una stessa unità economica e formano una sola impresa ai sensi dell’art. 81 Ce; la commissione, pertanto, può emanare una decisione che infligge ammende nei confronti della società controllante, senza necessità di dimostrare l’implicazione personale di quest’ultima nell’infrazione”;* *“In caso di infrazione alle regole della concorrenza esiste una presunzione relativa secondo cui la controllante che detenga il cento per cento del capitale di una società controllata possa esercitare effettivamente un’influenza determinante sul comportamento della controllata; è sufficiente perciò che la commissione provi che l’intero capitale di una controllata sia detenuto dalla controllante per poter presumere che quest’ultima eserciti un’influenza determinante sulla politica commerciale di tale controllata; a meno che questa società controllante, sulla quale incombe l’onere di invertire tale presunzione, non fornisca elementi di prova sufficienti, idonei a dimostrare che la sua controllata tiene un comportamento autonomo nel mercato”;* *“La commissione può infliggere l’ammenda alla società controllante non perché quest’ultima ha indotto la controllata a commettere la violazione, né per la relativa implicazione diretta nella violazione, bensì semplicemente per il fatto che queste due società costituiscono una stessa unità economica e formano pertanto un’unica impresa ai sensi dell’art. 81 Ce”;*
- k6) Corte di giustizia CE, 10 settembre 2009, C-97/08, *Akzo Nobel NV* (*Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 1933; *Rass. dir. farmaceutico*, 2009, 1429; *Raccolta*, 2009, I, 8237; *Riv. dir. soc.*, 2012, 516, con note di REINSTADLER, REINALTER), secondo cui *“Il comportamento di una società controllata può essere imputato alla*

società controllante qualora la prima non determini in modo autonomo la linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni impartite dalla controllante, in virtù dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche; in tale situazione, controllante e controllata fanno parte di una stessa unità economica e, pertanto, formano una sola impresa ai sensi dell'art. 81 Ce; ciò consente alla commissione di emanare una decisione che infligge ammende nei confronti della società controllante, senza necessità di dimostrare l'implicazione personale di quest'ultima nell'infrazione"; "Al fine di stabilire se una controllata determini in maniera autonoma il comportamento sul mercato, devono essere presi in considerazione tutti gli elementi pertinenti relativi ai vincoli economici, organizzativi e giuridici che legano la società controllata alla controllante, i quali possono variare a seconda dei casi e non possono essere elencati in modo tassativo"; "Nel caso in cui la società controllante detenga il cento per cento del capitale della società che ha commesso l'infrazione alle regole comunitarie sulla concorrenza, esiste una presunzione semplice secondo cui la società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante sul comportamento della controllata";

- k7) Corte di giustizia CE, 28 giugno 2005, C-189, 202, 205-208, 213/02, *Dansk Rorindustri* (in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, 1951, con nota di M. SIMONCINI, *La politica della concorrenza tra esigenze di effettività e certezza del diritto: un difficile caso di irrogazione di sanzioni*; *Raccolta*, 2005, I, 5425), che ha statuito che il fatto che il capitale sociale di due distinte società commerciali appartenga ad un medesimo soggetto o ad una medesima famiglia non è di per sé sufficiente a dimostrare l'esistenza, tra tali due società, di un'unità economica per effetto della quale i comportamenti dell'una possano essere imputati all'altra e, pertanto, una di esse possa essere chiamata a pagare un'ammenda per l'altra. Secondo la Corte, tra l'altro: *"Nell'ambito del diritto della concorrenza la nozione di impresa abbraccia qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico del detto soggetto e dalle sue modalità di finanziamento; essa non richiede che l'unica economica interessata sia dotata di personalità giuridica"; "Il comportamento anticoncorrenziale di un'impresa può essere imputato ad un'altra qualora essa non abbia determinato in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, bensì abbia applicato in sostanza le direttive impartitele dalla seconda, in considerazione, in particolare, dei vincoli economici e giuridici che intercorrevano tra loro; al riguardo, il fatto che il capitale sociale di due distinte società commerciali appartenga a un medesimo soggetto o a una medesima famiglia non è di per sé sufficiente a dimostrare l'esistenza, tra tali due società, di un'unità economica per effetto della quale, in*

virtù della normativa comunitaria in materia di concorrenza, i comportamenti dell'una possano essere imputati all'altra e una di esse possa essere tenuta a pagare un'ammenda per l'altra";

- k8) Corte di giustizia CE, 16 novembre 2000, C-248/98, *N V Koninklijke Knp B T* (in *Raccolta*, 2000, I, 9641), secondo cui: *"In via di principio, la responsabilità per l'infrazione alle regole comunitarie di concorrenza incombe alla persona fisica o giuridica che dirigeva l'impresa in questione al momento in cui l'infrazione è stata commessa, pur se, alla data di adozione della decisione che ha constatato l'infrazione, la gestione dell'impresa era stata posta sotto la responsabilità di un'altra persona";*
- k9) sulla base di quanto precisato dalla giurisprudenza europea, pertanto, la presunzione di esercizio effettivo di un'influenza determinante cui consegue la responsabilità della controllante può essere superata solo ove quest'ultima fornisca elementi di prova atti a dimostrare l'autonomia decisionale della controllata, non essendo sufficiente a tal fine far valere la natura non operativa della controllante. Il provvedimento sanzionatorio deve in ogni caso contenere un'esposizione esauriente delle ragioni atte a giustificare l'imputabilità dell'infrazione alla controllante ed indicare in maniera esaustiva i motivi per cui gli elementi di fatto e di diritto invocati dalla società madre non sono stati sufficienti a vincere la presunzione di responsabilità a suo carico. Il giudice dell'Unione non può sostituire la propria motivazione a quella dell'autore dell'atto impugnato, potendo solo verificare l'esattezza materiale degli elementi di prova adottati, la loro attendibilità e coerenza, e accertare se questi dati sono di natura tale da corroborare le conclusioni che ne sono state tratte;
- k10) strettamente connesso al tema dell'imputabilità infragrupo delle violazioni *antitrust* è il tema dell'applicazione delle norme in materia di responsabilità solidale per il pagamento delle ammende. La chiave di volta della questione è affidata all'ampia nozione di impresa accolta in seno al diritto europeo della concorrenza, elevata a parametro di riferimento per saggiare la correttezza del provvedimento sanzionatorio. La nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento; tale nozione, collocata nel contesto del diritto della concorrenza dell'Unione, dev'essere intesa nel senso che essa designa un'unità economica ancorché, dal punto di vista giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone fisiche o giuridiche e, dall'altro, che tale entità economica, laddove violi le regole dettate in materia di

concorrenza, è tenuta, secondo il principio di responsabilità personale, a rispondere dell'infrazione;

- k11) per la tesi secondo cui, dal momento che più società facenti capo al medesimo gruppo costituiscono un'unica entità economica alla luce della nozione di impresa sancita a livello europeo, un accordo concluso tra gli appartenenti al gruppo costituisce una mera ripartizione interna di compiti e non ricade nell'ambito di applicazione della normativa *antitrust*, in virtù del principio per cui nessuno può colludere con sé stesso, si veda Corte di giustizia CE, 24 ottobre 1996, C-73/95, *Viho Europe*, (in *Foro it.*, 1997, IV, 11; *Resp. comunicazione impresa*, 1997, 39; *Raccolta*, 1996, I, 5457; *Disciplina comm.*, 1997, fasc. 1, 427);
- l) sulla nozione di impresa ai fini *antitrust* si vedano anche nella giurisprudenza interna:
- 11) con riferimento alla successione tra imprese Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2018, n. 3368 (in *Vita not.*, 2018, 635), secondo cui *“Nel diritto antitrust, dove i divieti sono indirizzati alle imprese, il principio di continuità economica – che risponde all’esigenza di evitare che i mutamenti di forma giuridica nell’esercizio dell’impresa abbiano per effetto una sorta di impunità dell’organismo economico per le infrazioni commesse, impedendo così l’effetto utile delle norme sulla concorrenza – impone che possa essere chiamato a rispondere il soggetto che costituisce il successore economico della precedente entità, senza che ciò comporti l’imputazione dell’illecito ad un’impresa diversa; di conseguenza, nella determinazione della misura della sanzione antitrust in una percentuale del fatturato deve usarsi come parametro di riferimento il fatturato realizzato dalla vendita dei «prodotti oggetto dell’intesa» riferibile alla nuova persona giuridica, posto che altrimenti opinando qualsiasi operazione di mutamento formale e meramente giuridico consentirebbe la sottrazione alla determinazione ed applicazione della sanzione”*;
- 12) Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990 (in *Foro it.*, 2019, III, 498, con note di ARNAUDO, PARDOLESI R.; *Riv. regolazione mercati*, 2019, 195, con nota di COLANGELO; *Guida al dir.*, 2019, fasc. 39, 86, con nota di TOMASSETTI; *Dir. ind.*, 2020, 15, con nota di GORZA; *Sanità pubbl. e privata*, 2020, fasc. 2, 65, con nota di CAVALLI; *Rass. dir. farmaceutico*, 2019, 1392; *Dir. proc. amm.*, 2020, 740, con nota di DELSIGNORE), secondo cui: *“Posto che, laddove imprese formalmente autonome e indipendenti, ma consociate all’interno di un gruppo societario, abbiano dimostrato di essere tra loro intimamente coordinate e soggette a direzione unitaria, trova applicazione il principio alla cui stregua il comportamento di una controllata può essere imputato*

alla società controllante, in quanto le due entità fanno parte di una stessa unità economica e formano una sola impresa ai fini del diritto della concorrenza, a carico della società che detenga la totalità o la quasi totalità di un'impresa, la quale abbia commesso un'infrazione del diritto della concorrenza, opera una presunzione relativa secondo cui la prima esercita un'influenza determinante sulla seconda e deve ritenersi responsabile del suo comportamento”;

- 13) Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 167 (in *Foro it.*, 2016, III, 249, con note di MEDICI, DE MARZO; *Rass. dir. farmaceutico*, 2016, 53; *Ragiusan*, 2016, fasc. 387, 20);
- 14) T.a.r. Abruzzo, Pescara, sez. I, 30 aprile 2014, n. 204 (in *Urbanistica e appalti*, 2014, 964, con nota di INVERNIZZI; *Riv. giur. ambiente*, 2014, 582, con nota di VITIELLO), secondo cui *“Vertendosi in materia di rilievo anche comunitario, ai fini dell'accertamento di illeciti ambientali commessi da gruppi societari va accolta la concezione sostanzialistica di impresa fatta propria dalla giurisprudenza comunitaria in tema di concorrenza, quanto al principio della prevalenza dell'unità economica del gruppo rispetto alla pluralità soggettiva delle imprese controllate, secondo cui per illeciti commessi dalle società operative la responsabilità si estende anche alle società madri detenenti quote che facciano presumere un rapporto di dipendenza e quindi escludere una sostanziale autonomia decisionale delle controllate stesse”*.