

A culpabilidade nas sancións das autoridades administrativas independentes

La colpevolezza nelle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti

The culpability element and the punishment power of independent administrative authorities

51 Regap

FEDERICO DINELLI

Ricercatore di Diritto Amministrativo
Università di Roma Tre (Italia)
federico.dinelli@uniroma3.it

Recibido: 08/01/2016 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



ESTUDOS

Resumo: O elemento da culpabilidade pertence á estrutura da infracción, tanto administrativa como penal. Moitas das autoridades administrativas independentes están chamadas a aplicar sancións, cuxo grao de punibilidade a miúdo resulta extremadamente elevado. É interesante, polo tanto, analizar en que casos e cando existe a posibilidade de evitar a aplicación dunha sanción asumindo que o suxeito que incorreu nela debe ser considerado non culpable. Este traballo, tras unha reconstrución teórica do concepto de culpa, analiza os distintos casos en que o elemento da (non) culpabilidade foi valorado pola xurisprudencia italiana e europea como un factor que exclúe a posibilidade de sancionar unha conduta ilícita desde o punto de vista material.

Palabras clave: culpabilidade, infracción administrativa, sancións, autoridades administrativas independentes.

Riassunto: L'elemento della colpevolezza appartiene alla struttura dell'illecito amministrativo, non meno di quanto appartenga a quella dell'illecito penale. Molte delle autorità amministrative indipendenti sono chiamate ad applicare sanzioni, il cui grado di afflittività risulta spesso estremamente elevato. Risulta interessante, dunque, capire se e quando vi sia la possibilità di evitare l'applicazione di una sanzione assumendo che il soggetto che l'ha realizzata debba ritenersi non colpevole. Il contributo che segue, dopo una ricostruzione teorica del profilo della colpa, analizza le diverse fattispecie nelle quali l'elemento della (non) colpevolezza è stato valorizzato dalla giurisprudenza italiana ed europea in funzione escludente della possibilità di sanzionare una condotta illecita sul piano materiale.

Parole chiave: colpevolezza, illecito amministrativo, sanzioni, autorità amministrative indipendenti.

Abstract: The element of guilt belongs to the structure of the administrative offense, no less than it belongs to the criminal one. Many of the agencies apply sanctions, which are often extremely severe. It is interesting, therefore, to understand if and when there is the possibility of avoiding the application of a sanction assuming that the person who committed the offense must be considered not guilty. The following work, after a theoretical reconstruction of the concept of guilt, analyzes the different situations in which the element of (not) guilty has been enhanced by the Italian and European Judge as exclusion factor of a sanction.

Key words: culpability, administrative offense, punishment, independent administrative authorities.

Sommario: 1 Introduzione. 2 La colpevolezza nella l. n. 689/1981 e nel diritto penale. 3 La personalità della responsabilità e la responsabilità solidale della persona giuridica. 4 La presunzione di colpevolezza nell'interpretazione giurisprudenziale. 5 La colpevolezza come mera consapevolezza della offensività della condotta. 6 L'esimente della buona fede e la relativa prova nella casistica giurisprudenziale. 7 La presunzione di colpevolezza e la personalità della responsabilità nella sentenza del Tribunale di primo grado dell'U.E., sez. I, 13 luglio 2011, n. 39/07. 8 Conclusioni. 9 Bibliografia.

1 Introduzione

Il presente contributo indaga una tematica che, ancorché non sia stata adeguatamente approfondita da parte della dottrina amministrativistica, presenta profili di indubbio interesse, e ciò sia per l'Italia, sia per gli altri Paesi, come la Spagna, nei quali operano autorità amministrative indipendenti dotate di potere sanzionatorio. Il requisito della colpevolezza, infatti, assume la stessa rilevanza, ai fini dell'applicazione delle sanzioni di queste autorità, della oggettiva realizzazione della fattispecie di illecito prevista dalla disciplina legale; tuttavia, la scarsa abitudine degli amministrativisti a confrontarsi con gli aspetti "psicologici" che assumono rilevanza per il diritto ha fatto sì che siano mancati, fin ad ora, contributi specificamente dedicati al tema qui affrontato. Sebbene il lavoro che segue sia basato principalmente sul caso italiano, esso non è privo, come si vedrà, di riferimenti alla giurisprudenza europea. Il che fornisce ulteriore dimostrazione del fatto che si tratta di un tema di teoria generale, poco condizionato dalla disciplina di diritto positivo che si rinviene all'interno dei singoli ordinamenti nazionali.

2 La colpevolezza nella l. n. 689/1981 e nel diritto penale

La struttura dell'illecito amministrativo – secondo la dottrina più autorevole¹ – è quella di un illecito tipico, antigiusuridico e colpevole. Si tratta di caratteristiche del tutto analoghe a quelle dell'illecito penale, tanto è vero che una ampia parte degli illeciti amministrativi deriva, come è noto, da ipotesi di c.d. depenalizzazione.

Proprio della depenalizzazione si occupa, del resto, la legge di riferimento in materia di sanzioni amministrative pecuniarie, i cui principi sono costantemente richiamati dalla giurisprudenza amministrativa in materia di sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti: si allude, ovviamente, alla legge n. 689 del 1981, che, nel suo articolo 3, in ordine all'elemento soggettivo dell'illecito amministrativo, stabilisce quanto segue: «Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa. (...) Nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa».

Questa disposizione riprende, pressoché pedissequamente, quella di cui all'art. 42, c. 4, del codice penale, secondo cui: «Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa».

1 Cfr. PALIERO, C.E. e TRAVI, A., *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988; CASETTA, E., "Illecito amministrativo", *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Utet, Torino, 1993, pp. 10 e ss. Importanti, in materia, sono anche le opere di SANDULLI, M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie: principi sostanziali e procedurali*, Jovene, Napoli, 1983; TRAVI, A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1983; ZANOBINI, G., *Le sanzioni amministrative*, Utet, Torino, 1924.

Tale ultima norma deve, a sua volta, essere interpretata alla luce del primo comma dell'art. 42 c.p., comma 1, secondo cui «Nessuno può essere punito per una azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà».

L'interpretazione di questa disposizione ha impegnato notevolmente la dottrina penalistica. L'affermazione secondo cui la condotta deve essere cosciente e volontaria, infatti, rischia di ingenerare equivoci su cosa il legislatore abbia realmente voluto intendere. Ciò in quanto, nel linguaggio di uso comune, per condotta cosciente e volontaria si è soliti intendere una condotta che il soggetto agente ha consapevolmente tenuto e, per l'appunto, voluto.

Se così fosse, però, la condotta cosciente e volontaria finirebbe per coincidere con il dolo, il che, evidentemente, non può essere.

La migliore dottrina penalistica², pertanto, ha ricostruito questo concetto in termini di *suitas*, cioè nel senso di comportamento che è suscettibile di essere dominato da un impulso della volontà: in questo modo divengono sanzionabili anche condotte che non sono state poste in essere volontariamente dal soggetto, ma che egli avrebbe potuto evitare mantenendo più alta la soglia dell'attenzione.

Quanto al dolo e alla colpa, pure richiamati dall'art. 3 della legge n. 689/1981, essi consistono, come è noto, il primo nella circostanza per cui il soggetto ha preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione la condotta sanzionabile; la seconda, nell'aver agito con negligenza, imprudenza o imperizia (c.d. colpa generica), ovvero nell'aver violato leggi, regolamenti, ordini o discipline (c.d. colpa specifica).

Poste queste basi, deve ora cercarsi una risposta ad alcuni interrogativi che introducono direttamente al tema qui affrontato, cioè quello della colpevolezza nella commissione degli illeciti amministrativi sanzionabili ad opera delle Autorità amministrative indipendenti³.

3 La personalità della colpa e la responsabilità solidale della persona giuridica

Il primo interrogativo sorge dalla constatazione per cui, normalmente, le sanzioni erogate dalle Autorità amministrative indipendenti hanno come destinatarie persone giuridiche, rappresentate, per lo più, da società di capitali: ci si domanda, conseguentemente, come possa essere ascritta una condotta connotata in termini di coscienza e volontà, dolosa o colposa, a soggetti impersonali, sprovvisti di una psiche alla quale ricondurre simili atteggiamenti.

La legge n. 689 del 1981, all'art. 6, si fa in qualche modo carico di affrontare il problema, prevedendo che «Se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque, di un imprenditore, nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'ente o

2 V., ad esempio, ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 340 e ss.; MANTOVANI, F., "Colpa", *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. II, Utet, Torino, 1988, p. 3.

3 Sul tema del potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti cfr. BANI, E., *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2000. Con specifico riguardo all'Autorità Antitrust, cfr. POLICE, A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007.

l'imprenditore è obbligata in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta».

Questa disposizione, che secondo autorevole dottrina⁴ prevede certamente una ipotesi di responsabilità oggettiva, è senz'altro applicabile – almeno teoricamente – anche a tutti gli illeciti suscettibili di sanzione ad opera delle Autorità amministrative indipendenti: ciò è stato confermato anche dal Consiglio di Stato⁵, secondo cui «il Codice del consumo, in relazione alle pratiche commerciali scorrette, configura per questa materia la diretta – e non solidale con chi ha materialmente agito per suo conto: art. 6, terzo comma, l. n. 689 del 1981 – responsabilità della persona giuridica per l'illecito amministrativo. È un'ipotesi eccezionale, perché normalmente si assume che il sistema sanzionatorio di questo genere di illecito, analogamente a quello penale, non ammette una diretta responsabilità della persona giuridica (es. Cass., 30 ottobre 1986, n. 6369; 5 luglio 1997, n. 6055; 30 maggio 2001, n. 7351; 6 luglio 2004, n. 12321; 28 aprile 2006, n. 9880; 13 maggio 2010, n. 11643)».

Dopo questa premessa, il Consiglio di Stato tiene a precisare che «ad evitare indebite disparità di trattamento occorre adattare il riferimento che il ricordato art. 11 (e per riflesso, l'art. 23, undicesimo comma), l. n. 689 del 1981, fa alla personalità dell'autore dell'illecito ai fini della quantificazione della sanzione amministrativa pecuniaria: e questo riferimento, ragionevolmente, consiste anzitutto nel comportamento generale, specie pregresso, dell'impresa in relazione al tipo di illeciti di cui si verte nell'episodio, o analoghi».

Nonostante queste acquisizioni, occorre tuttavia rilevare che, in realtà, è assai raro che la giurisprudenza si ponga nell'ottica di distinguere fra chi ha agito in nome e per conto della società e la società medesima. L'elemento della colpevolezza, come si vedrà, risulta prevalentemente incentrato sulla condotta dell'impresa complessivamente considerata, non su quella di chi ha agito nel suo interesse. Del resto, la stessa giurisprudenza costituzionale ha, in più occasioni, ribadito che «il principio della personalità della pena non ha alcuna attinenza con le sanzioni amministrative»⁶, e comunque la Corte di Cassazione (sez. I, 6 maggio 1991, n. 4995) ha rilevato che la responsabilità solidale dell'ente o dell'impresa resta ferma anche nel caso in cui non sia stato individuato l'autore materiale dell'illecito, non avendo rilevanza l'impossibilità di esperire un'azione di regresso nei confronti di quest'ultimo⁷.

Inoltre, la giurisprudenza ha affermato anche (cfr. Cons. Stato sez. VI, 21 gennaio 2013, n. 306) che «nella materia delle sanzioni amministrative, deve ritenersi che la previsione in ordine alla responsabilità solidale della persona giuridica, nel caso di violazione commessa da loro rappresentanti o dipendenti (art. 6 comma 3, l. n. 689 del 1981), includa non soltanto i soggetti legati alla persona giuridica o all'ente da un formale rapporto organico ovvero da un rapporto di lavoro subordinato, ma anche tutti i casi in cui i rapporti siano caratterizzati in termini di affidamento o di avvalimento (inteso come attività di cui il committente si giova), a condizione che l'attività dal cui esercizio sia scaturita la condotta sanzionabile sia

4 Cfr. CASSETTA, E., "Illecito amministrativo", *cit.*, pp. 10 e ss.

5 Cfr. sentenza della Sez. VI, 27 ottobre 2011, n. 5785.

6 Così Corte cost., sent. n. 159 del 1994 e sent. n. 363 del 1995. Critici, sul punto, si mostrano RIONDATO, S. e ZANCANI, S., "Le autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative", Cavaleri, P., Dalle, Vedove G. e Duret, P. (dirs.), *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Cedam, Padova, 2003, pp. 129 e ss.

7 CERBO, P., *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 76 e ss.

comprovatamente riconducibile all’iniziativa del beneficiario nella sua veste di committente (arg. ex Cass., sez. II, 21 dicembre 2009, n. 26927)».

In questi casi, però, più che una ipotesi di responsabilità solidale, dovrebbe esservi, a ben vedere, un’ipotesi di concorso nell’illecito, con conseguente punibilità di tutti coloro che vi hanno preso parte contribuendo alla sua realizzazione, ai sensi dell’art. 5 della l. n. 689/1981.

4 La presunzione di colpevolezza nell’interpretazione della giurisprudenza

Per quanto riguarda l’accertamento in sede giurisdizionale della colpa o del dolo, la giurisprudenza è granitica – sebbene, in passato, non siano mancate delle oscillazioni⁸ – nell’affermare che la legge n. 689 del 1981 pone una presunzione *juris tantum* in ordine alla sussistenza della colpevolezza una volta che sia stata realizzata la condotta materiale corrispondente alla fattispecie sanzionatoria. Ciò con la conseguenza per cui è il soggetto che impugna la sanzione a dover dimostrare l’assenza dell’elemento soggettivo, allegando circostanze che valgano a provare la sussistenza di un errore scusabile o almeno della buona fede⁹.

In altri termini, la sola realizzazione dell’elemento materiale dell’illecito fa scattare una presunzione di colpevolezza suscettibile di prova contraria.

In particolare, secondo il **Consiglio di Stato**¹⁰, «in tema di sanzioni amministrative è necessaria e al tempo stesso sufficiente la coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa. Ne deriva che l’esimente della buona fede, applicabile anche all’illecito amministrativo disciplinato dalla legge n. 689 del 1981, rileva come causa di esclusione della responsabilità amministrativa solo quando sussistano elementi positivi idonei a ingenerare nell’autore della violazione il convincimento della liceità della sua condotta e risulti che il trasgressore abbia fatto tutto quanto possibile per conformarsi al precetto di legge, onde nessun rimprovero possa essergli mosso».

5 La colpevolezza come mera consapevolezza della offensività della condotta

La questione della buona fede, e quindi dell’ignoranza di aver agito in violazione di una regola, torna anche in altre pronunce, ove si afferma che per la realizzazione di un illecito concorrenziale non è necessario aver agito con la consapevolezza di violare le regole, essendo piuttosto sufficiente la consapevolezza circa la idoneità del proprio comportamento a determinare una restrizione del libero gioco della concorrenza¹¹. È sufficiente, in altri termini,

8 Cfr. Cass. civ., Sez. I, 23 aprile 1992, n. 4900.

9 Assai critici, al riguardo, appaiono PALIERO, C.E. e TRAVI, A., *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, cit.

10 V. Sez. VI, 21 giugno 2011, n. 3719.

11 Così CGCE, 8 novembre 1983, cause riunite da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82 e 110/82, IAZ, nonché, a livello di giurisprudenza nazionale, Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

la consapevolezza della offensività del fatto, non già della sua antiggiuridicità¹². I principi ora esposti trovano conferma nell'interpretazione degli organi della giustizia comunitaria.

È stato più volte affermato dal Tribunale di primo grado dell'U.E., infatti, che «affinché una violazione delle regole di concorrenza possa considerarsi intenzionalmente commessa, non è necessario che l'impresa abbia avuto consapevolezza di contravvenire a dette regole; piuttosto, dimostrandosi sufficiente che essa non potesse ignorare che il suo comportamento aveva per oggetto di restringere la concorrenza nel mercato comune»¹³.

Ora, è evidente che – se si pone mente alla gran parte delle sanzioni erogate dalle Autorità amministrative indipendenti – prima fra tutte l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, le fattispecie materiali della condotta illecita appaiono sovente molto poco tipizzate: prova ne sia che si utilizzano concetti giuridici indeterminati quali «intesa restrittiva della concorrenza», «abuso di posizione dominante», «pubblicità ingannevole», «pratica commerciale scorretta». Sono tutte ipotesi in cui la condotta materiale dell'illecito può assumere le forme più disparate: in un simile contesto, forse l'elemento soggettivo potrebbe effettivamente essere valorizzato come valvola di sicurezza, per recuperare quello che, in termini di garanzia, si perde sul piano della indeterminatezza della fattispecie.

Questo però non sembra avvenire se non in casi eccezionali, dove effettivamente l'impresa sottoposta a sanzione è riuscita a dimostrare la propria incolpevolezza e ad evitare, così, di essere sanzionata.

6 L'esimente della buona fede e la relativa prova nella casistica giurisprudenziale

Occorre premettere che la regola della buona fede viene interpretata dalla giurisprudenza nel senso che, per potervi essere errore sulla liceità della condotta, non è sufficiente una mera percezione in tal senso dell'agente, ma occorre un elemento positivo, estraneo all'autore dell'infrazione, che sia stato idoneo ad ingenerare in lui la convinzione della liceità della sua condotta.

Ciò è accaduto, ad esempio, in un caso molto importante, quello risolto dalla nota sentenza Cons. Stato, sez. IV, 10 marzo 2006, n. 1271, che ha riguardato plurime fattispecie di abuso di posizione dominante imputate a Telecom Italia, con conseguente applicazione di una sanzione da 76 milioni di euro a carico di tale società.

In questa sentenza è stato affrontato il problema del riparto di competenze fra Autorità garante delle comunicazioni e Autorità garante della concorrenza e del mercato in relazione al mercato dei servizi di telefonia, il quale è sottoposto alla potestà regolatoria dell'Agcom.

Il Consiglio di Stato ha affermato che la circostanza per cui tale mercato è sottoposto alla vigilanza e alla regolazione dell'Agcom non esclude la competenza generale dell'Agcm, ma,

12 Cfr. GIOVAGNOLI, R. e FRATINI, M., *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa commentata con dottrina e giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 67 e ss., e pp. 1193 e ss.

13 Cfr. sentenze del Tribunale 2 luglio 1992, causa T-61/89, *Dansk Pelsdyravlterforening*/Commissione, punto 157 e 14 maggio 1998, causa T-347/94, *Mayr-Melnhof*/Commissione, punto 375).

in base al diritto positivo, implica soltanto che l'Agcm, quando vi interviene, debba acquisire il parere, obbligatorio ma non vincolante, dell'Agcom.

Ad ogni modo, fra i vari abusi contestati a Telecom vi era quello di aver inserito all'interno delle offerte contrattuali indirizzate alla clientela *business* delle clausole abusive, in quanto finalizzate ad escludere altri operatori e a fidelizzare la clientela.

Queste clausole, di cui il Consiglio di Stato ha accertato, confermando la valutazione dell'Agcm, il carattere abusivo, erano state tuttavia autorizzate, nell'esercizio della propria funzione di vigilanza e di regolazione, dall'Agcom.

Ebbene, mentre l'Agcm non aveva riconosciuto alcuna importanza a questa circostanza, il Consiglio di Stato, al contrario, l'ha ampiamente valorizzata, riconoscendo che «l'Agcm doveva considerare l'incidenza dell'autorizzazione in ordine all'elemento soggettivo dell'abuso e alla gravità di esso. Pertanto, avrebbe dovuto ritenere che l'intervenuta autorizzazione escludesse il carattere doloso della condotta e la gravità di essa, e dunque comminare solo la sanzione della diffida, e non anche quella pecuniaria».

Nell'ambito di questa sentenza ne viene citata un'altra molto significativa, quella della Corte di Giustizia 9 settembre 2003, C-198/2001, *Consorzio Industrie Fiammiferi c. Agcm*, la quale non è sfuggita all'attenzione della dottrina¹⁴. In essa il giudice comunitario ha affermato che, in presenza di una normativa nazionale che impone alle imprese comportamenti anticoncorrenziali – nella fattispecie si trattava della normativa italiana che aveva istituito una forma di monopolio nel settore della produzione dei fiammiferi, con la creazione di un Consorzio al quale dovevano obbligatoriamente aderire le imprese produttrici, le quali si ripartivano poi le quote della produzione –, che si pongono in contrasto con gli articoli 81 e ss. del Trattato, l'Autorità per la concorrenza nazionale, se, da un lato, è tenuta a disapplicare questa normativa per contrasto con il diritto comunitario, tuttavia, dall'altro, non può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi; può infliggere sanzioni alle imprese interessate solo per i loro comportamenti successivi alla decisione di disapplicare tale normativa nazionale, una volta che quella decisione sia diventata definitiva nei loro confronti; ancora, può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati semplicemente facilitati o incoraggiati da quella normativa nazionale, pur tenendo in debito conto le specificità del contesto normativo nel quale le imprese hanno agito.

In sostanza, dunque, quando la normativa nazionale abbia imposto una condotta anticoncorrenziale, non possono essere inflitte sanzioni alle imprese che hanno tenuto una simile condotta, per esigenze legate alla certezza del diritto e alla necessità di evitare forme di responsabilità oggettiva delle imprese medesime.

Si badi che queste affermazioni della Corte di Giustizia si inscrivono all'interno di una cornice giurisprudenziale che non sembra del tutto chiara in ordine ai profili della colpevolezza nell'applicazione delle sanzioni amministrative: si consideri, in particolare, che nella sentenza 11 luglio 2002, C-210/00, la Corte ha affermato che solo alle sanzioni penali è applicabile il principio «*Nulla poena sine culpa*» codificato nell'art. 6, par. 2, della Convenzione europea

14 Ne sono prova i commenti di CASSESE, S., "Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale", *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 11, 2003, pp. 1132 e ss.; LIBERTINI, M., "La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza", *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 11, 2003, pp. 1135 e ss.; e NAPOLITANO, G., "Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa", *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 11, 2003, pp. 1138 e ss.

dei diritti dell'uomo. Tuttavia, per sanzioni penali la Corte di Giustizia non intende quelle che all'interno del nostro ordinamento si considerano tali: è noto che in Italia si adotta un criterio formale per distinguere le sanzioni penali, giacché esse sono rappresentate dalla reclusione, dalla multa, dall'arresto e dall'ammenda. Il concetto di sanzione penale adottato dalla Corte di Giustizia guarda, invece, allo scopo della sanzione stessa: se lo scopo è quello di reprimere una condotta rispetto alla quale deve essere espresso un giudizio di biasimo etico-sociale, quella è una sanzione penale.

Ad ogni modo, la Corte si preoccupa di precisare che una sanzione, anche di carattere non penale, può essere inflitta solo qualora abbia un fondamento giuridico chiaro ed inequivocabile. Peraltro, secondo giurisprudenza costante, le disposizioni di diritto comunitario devono essere conformi al principio di proporzionalità.

Una pronuncia interessante, nella quale è stata esclusa la colpevolezza dell'impresa sanzionata, è anche quella del Consiglio di Stato, sez. VI, 9 maggio 2011, n. 2742, nella quale il giudice amministrativo si è trovato ad esaminare una ipotesi di ritardo nella dismissione di un ramo d'azienda prescritta dall'Antitrust come condizione per autorizzare una concentrazione.

In questo caso, il giudice amministrativo, dopo aver ricordato che, in linea di diritto, in tema di sanzioni amministrative pecuniarie irrogate ex art. 19, l. 10 ottobre 1990, n. 287 – per operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell'art. 18, c. 1, o per inottemperanza alle prescrizioni adottate dall'Agcm ai sensi dell'art. 18, c. 3, necessarie a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva e a eliminare gli effetti distorsivi –, la disposizione normativa di cui al citato art. 19, individuando delle fattispecie tipizzate incentrate sulla mera condotta secondo un criterio di agire o di omettere doveroso, ancora il giudizio di colpevolezza a parametri normativi estranei al dato puramente psicologico, con la conseguenza che, una volta integrata e provata dall'Autorità la fattispecie tipica dell'illecito, graverà sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa che permea il sistema della responsabilità da illecito amministrativo, l'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza, afferma che «[t]ale regola di distribuzione dell'onere probatorio resta avvalorata, sul piano sistematico, sia dall'applicazione dei principi in tema di ricostruzione/analisi degli elementi (costitutivi, impeditivi, modificativi e/o estintivi) della fattispecie di diritto sostanziale dedotta in giudizio (integrando, invero, la scusante escludente la colpevolezza un fatto impeditivo della pretesa sanzionatoria dell'Autorità), sia dall'applicazione del criterio della vicinanza della prova alla parte che ne è onerata (rientrando, di norma, gli elementi di fatto fondanti l'esimente in esame, unitamente alle relative fonti di prova, nella sfera di conoscenza/disponibilità dello stesso trasgressore)».

Alla luce di questi principi, in caso di ritardo nell'adempimento alle prescrizioni dell'Autorità, l'impresa imputata dell'illecito antitrust dovrà, in particolare, provare in modo pieno e rigoroso: *i)* di aver adottato tutte le misure esigibili secondo la miglior scienza ed esperienza da un operatore di mercato del settore, idonee ad ottemperare, nel termine prefissato, alla prescrizione dell'Autorità medesima; *ii)* di non aver potuto prevenire, secondo lo stesso metro di giudizio, il ritardo nell'adempimento, imputabile a fattori imprevedibili e inevitabili estranei alla sua sfera di responsabilità (ad es., imprevedibili sviluppi del mercato, comportamenti di terzi, ecc.).

Ciò posto, osserva il Consiglio di Stato che «qualora la prescrizione dell'Autorità abbia ad oggetto la dismissione di un ramo d'azienda o di un'impresa intera [...] entro un termine

prestabilito, a condizioni economiche tali che permettano la continuazione dell'esercizio dell'impresa (da dismettere) in condizioni concorrenziali, l'eventuale violazione del termine dovrà essere valutata *cum grano salis* e con una certa flessibilità, in quanto la sua pendenza può fungere essa stessa da elemento incidente in senso distorsivo sui rapporti di forza contrattuale intercorrenti tra impresa tenuta alla dismissione e potenziali acquirenti, i quali, in prossimità della scadenza del termine, saranno portati *naturaliter* a speculare sullo "stato di soggezione" in cui si trova ad agire l'impresa obbligata alla cessione, onde dettare, da una tendenziale posizione di forza contrattuale, condizioni d'acquisto a sé favorevoli».

In questa fattispecie, il Consiglio di Stato ha effettivamente escluso la colpevolezza dell'impresa, avendo essa dimostrato che il ritardo di circa sei mesi nell'adempimento delle prescrizioni imposte dall'Autorità era stato determinato da circostanze imprevedibili e ad essa estranee, rispetto alle quali non poteva muoversi nei suoi confronti alcun tipo di rimprovero. Tali sono state considerate, tra le altre, la difficoltà di reperire acquirenti a motivo delle criticità connotanti l'assetto economico-finanziario dell'impresa; l'esigenza di provvedere al rifinanziamento/ripianamento/ristrutturazione dell'assetto finanziario/economico/aziendale dell'impresa stessa, con esborso di notevoli mezzi finanziari; il fallimento delle trattative contrattuali avviate con terzi interessati all'acquisizione, nell'imminenza della scadenza del termine stabilito dall'Autorità, a motivo della formulazione di condizioni contrattuali inaccettabili ad opera dei potenziali acquirenti; l'imprevedibile sviluppo del mercato delle materie prime proprio nelle fasi più delicate di negoziazione, caratterizzato da un aumento anomalo dei prezzi cui conseguiva un correlativo abbattimento della redditività e del margine di profitto delle imprese attive nel settore.

Questa sentenza dimostra come le decisioni dell'Autorità *antitrust* – pur teleologicamente orientate ad evitare o a sanzionare alterazioni della concorrenza – possano costituire esse stesse fonte di una distorsione del mercato, nella misura in cui si mostrano idonee ad incidere sui rapporti di forza intercorrenti fra le imprese che vi operano. Il principio di colpevolezza, in questi casi, può essere utilizzato come un fattore di riequilibrio dell'alterazione determinata, ponendo l'impresa al riparo dalle indebite pressioni che su di essa possono essere esercitate dalle sue concorrenti.

7 La presunzione di colpevolezza e la personalità della responsabilità nella sentenza del Tribunale di primo grado dell'U.E., Sez. I, 13 luglio 2011, n. 39/07

Molto interessante, per i principi che vengono affermati in ordine alla personalità e alla colpevolezza della responsabilità delle imprese che si rendono responsabili di condotte lesive della concorrenza, è anche la sentenza del Tribunale di primo grado dell'U.E. Sez. I, Sent., 13-07-2011, n. 39/07, nella quale il giudice comunitario ha affrontato la problematica dell'applicazione delle sanzioni con riferimento ai gruppi di impresa, nella fattispecie ENI s.p.a. ed una sua controllata al 100 per cento. In particolare, il nodo centrale della questione esaminata è se la società controllante possa essere ritenuta solidalmente responsabile per gli illeciti concorrenziali imputabili all'impresa controllata.

Secondo la difesa di ENI, non esisterebbe una presunzione secondo cui una società controllante la totalità del capitale della sua controllata eserciti un'influenza determinante sul suo

Regap



ESTUDOS

comportamento. Il Tribunale di primo grado, però, smentisce questa affermazione, rilevando che il diritto comunitario in materia di concorrenza riguarda le attività delle imprese e che «la nozione di impresa abbraccia qualsiasi soggetto che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico del soggetto stesso e dalle sue modalità di finanziamento». In altri termini, la nozione di impresa deve essere intesa nel senso che essa si riferisce a un'unità economica anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche.

Corollario di ciò – secondo il Tribunale – è che «il comportamento di una controllata può essere imputato alla società controllante in particolare qualora, 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, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche. Infatti, ciò si verifica perché, in tale situazione, la società controllante e la propria controllata fanno parte di una stessa unità economica e, pertanto, formano una sola impresa». Così, prosegue il giudice europeo, «il fatto che una società controllante e la propria controllata costituiscano una sola impresa 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».

Per questi motivi, riguardo al caso particolare in cui una società controllante detenga il 100% del capitale della propria controllata che abbia infranto le norme comunitarie in materia di concorrenza, «esiste una presunzione relativa secondo cui detta società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante sul comportamento della propria controllata». Alla luce di queste considerazioni, il Tribunale ritiene sufficiente 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 della 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».

La conclusione del Tribunale di primo grado, dunque, è nel senso che esiste, contrariamente a quanto affermato dall'ENI, una presunzione relativa secondo cui una società controllante che detenga il 100% del capitale della propria controllata esercita un'influenza determinante sul suo comportamento.

8 Conclusioni

L'analisi sin qui svolta dimostra come l'elemento della colpevolezza possa svolgere un ruolo determinante nell'ambito del procedimento sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti. Anche se normalmente la realizzazione della fattispecie materiale di un illecito risulta sufficiente ad integrare i presupposti per l'applicazione della relativa sanzione, tuttavia l'operatore economico può dimostrare che la commissione di quella condotta non gli può essere rimproverata, ostandovi la sussistenza di elementi "scusanti". Tra questi, può esservi un quadro normativo particolarmente complesso o contraddittorio, ovvero l'affidamento riposto su indicazioni provenienti da altre amministrazioni, nonché, ancora, l'inesigibilità di

una condotta diversa, ricollegabile a situazioni di forza maggiore. La giurisprudenza nazionale italiana ha applicato con estrema parsimonia le cause di esclusione della colpevolezza, mentre la giurisprudenza europea ha chiarito che la sussistenza della colpa risiede nella mera consapevolezza della offensività della condotta, senza che sia necessaria anche la conoscenza della sua anti giuridicità. Fedele al suo approccio sostanzialistico, inoltre, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha anche chiarito che la condotta illecita di una società interamente controllata è, in linea di principio, imputabile anche alla sfera soggettiva della controllante, salva la prova contraria in ordine al reale grado di autonomia con la quale la prima opera sul mercato.

Ne emerge un quadro nel quale l'elemento della colpevolezza viene relegato a "valvola di sicurezza" del sistema, da impiegare in tutti quei casi in cui l'applicazione della sanzione risulterebbe caratterizzata da sostanziale ingiustizia. Non è quindi azzardato sostenere che il principio della non colpevolezza, tipico elemento di carattere soggettivo, finisca per tradursi in una sorta di clausola generale di equità, rilevante sul piano oggettivo del rapporto tra azione e sanzione.

9 Bibliografia

- ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffré, Milano, 2003.
- BANI, E., *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2000.
- CASSETTA, E., "Illecito amministrativo", *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Utet, Torino, 1993.
- CASSESE, S., "Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale", *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 11, 2003.
- CERBO, P., *Le sanzioni amministrative*, Giuffré, Milano, 1999.
- GIOVAGNOLI, R. e FRATINI, M., *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa commentata con dottrina e giurisprudenza*, Giuffré, Milano, 2009.
- LIBERTINI, M., "La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza", *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 11, 2003.
- MANTOVANI, F., "Colpa", *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. II, Utet, Torino, 1988.
- NAPOLITANO, G., "Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa", *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 11, 2003.
- PALIERO, C.E. e TRAVI, A., *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Giuffré, Milano, 1988.
- POLICE, A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007.
- RIONDATO, S. e ZANCANI, S., "Le autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative", Cavaleri, P., Dalle, Vedove G. e Duret, P. (dirs), *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Cedam, Padova, 2003.

Regap



ESTUDOS

SANDULLI, M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie: principi sostanziali e procedimentali*, Jovene, Napoli, 1983.

TRAVI, A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1983.

ZANOBINI, G., *Le sanzioni amministrative*, Utet, Torino, 1924