

Antitrust

Limiti soggettivi della pronuncia di annullamento del giudice amministrativo nei casi di cartello

21 maggio 2015

Con sentenza pubblicata il 30 aprile 2015 il TAR Lazio – Roma (“*TAR*”) ha chiarito che, se un’impresa ritenuta partecipante ad un cartello anti-concorrenziale da parte dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“*AGCM*”) omette di impugnare il provvedimento sanzionatorio, non possono ad essa estendersi gli effetti del successivo annullamento da parte del giudice amministrativo, in accoglimento del ricorso promosso da altri partecipanti al cartello. In tal caso il cartello e la sanzione vengono meno per tutti i soggetti accusati di far parte del cartello tranne che per l’impresa che, omettendo di promuovere l’azione di annullamento, ha di fatto prestato acquiescenza.

La pronuncia è stata resa nell’ambito giudizio per l’ottemperanza promosso dalla società Hapag-Lloyd (Italy) Srl (“*HL*”) per ottenere l’esecuzione, da parte dell’*AGCM*, del giudicato di annullamento dalla sentenza pronunciata dallo stesso TAR il 15 gennaio 2013 (e confermata dal Consiglio di Stato il 4 luglio 2014), che era stata ottenuta dagli altri membri del cartello. Soltanto costoro infatti avevano agito per l’annullamento del provvedimento

con cui l’*AGCM* il 22 febbraio 2012 aveva accertato a loro carico l’esistenza di un’intesa restrittiva della concorrenza (consistente nell’incremento concentrato dei corrispettivi dei servizi di agenzia marittima) posta in essere insieme a HL e Maersk Italia S.p.A..

Quest’ultima società, partecipando al cosiddetto “programma di clemenza”, aveva potuto beneficiare dell’immunità totale dall’applicazione della sanzione in qualità di prima *leniency applicant*, avendo per prima svelato all’*AGCM* l’esistenza del cartello e fornito le prove dell’infrazione. Anche HL aveva partecipato al programma di clemenza e collaborato con l’*AGCM*, risultando tuttavia seconda nel *raking dei leniency applicant* e venendo quindi ammessa solamente al beneficio della riduzione della sanzione (e non – naturalmente – a quello dell’immunità).

Sebbene fosse stata evocata nel giudizio di impugnazione promosso dalle altre società come controinteressata, HL non si era costituita davanti al TAR e non aveva spigato alcuna attività difensiva. Nel giudizio per l’ottemperanza HL ha giustificato una tale scelta pro-

prio affermando che, se si fosse costituita in giudizio contro l’*AGCM*, vi sarebbe stato il rischio di incorrere nella violazione del dovere di leale, completa e continua collaborazione con la stessa *AGCM* gravante sui *leniency applicant* e di vedersi, di conseguenza, revocato il beneficio della riduzione della sanzione. Secondo HL proprio in questo aspetto si radicava altresì la carenza di legittimazione e di interesse a ricorrere avverso il provvedimento sanzionatorio dell’*AGCM*. Legittimazione ed interesse ad agire che sarebbero quindi risorti in seguito all’annullamento del provvedimento da parte del TAR.

Il giudice dell’ottemperanza ha respinto *in toto* le argomentazioni di HL prendendone le distanze sulla base di due ordini di ragioni.

In primo luogo è stato chiarito che **in un caso di cartello la collaborazione di un’impresa non priva quest’ultima della legittimazione o dell’interesse a ricorrere avverso il provvedimento sanzionatorio adottato dall’*AGCM* a conclusione del procedimento.** Ciò in quanto, quand’anche un’impresa decida spontaneamente di fornire informazioni e documenti e di collabo-

Highlights

rare con l'AGCM, la valutazione dei fatti resta sempre di esclusiva competenza di quest'ultima. **L'autonomia decisionale dell'AGCM legittima di conseguenza i *leniency applicant* a contestarne in sede giurisdizionale le valutazioni** (con riferimento sia agli aspetti sostanziali, quali ad esempio la sussistenza dell'intesa, sia in merito alla determinazione della sanzione), **senza incorrere in alcuna violazione del dovere di leale, completa e continua collaborazione con l'AGCM gravante sui *leniency applicant*, dovere che – è stato ben chiarito – cessa in ogni caso di esistere con la conclusione del procedimento.**

Nel caso di specie il TAR non ha condiviso l'interpretazione suggerita da HL secondo cui l'accertamento posto in essere dal TAR nel giudizio di impugnazione avrebbe avuto ad oggetto un "atto inscindibile", da cui deriverebbe parimenti l'inscindibilità degli effetti dell'accertata insussistenza

dell'intesa (da qui, per HL, la legittimazione a proporre ricorso per l'ottemperanza). In proposito il TAR ha ricordato che, secondo un consolidato orientamento della Corte di Cassazione che evidenzia la natura puramente sanzionatoria del provvedimento dell'AGCM nel caso di cartello, ne è stata più volte affermata la natura di "atto plurimo" (negando per converso quella dell'"atto collettivo"), riguardante cioè una pluralità di soggetti, ciascuno però singolarmente titolare di una situazione giuridica autonoma nonché di un autonomo diritto di impugnazione.

Pertanto, il TAR ha ben chiarito che la ratio e l'ambito applicativo del *leniency program* non può essere forzato fino ad escludere la legittimazione o l'interesse ad agire nel giudizio di impugnazione delle imprese che abbiano collaborato con l'AGCM nel corso del procedimento. Diversamente dovrebbe disconoscersi il diritto dei

leniency applicant a contestare le valutazioni del tutto discrezionali dell'AGCM. Allo stesso tempo, però, non può ammettersi che l'impresa che sia rimasta totalmente inerte nel giudizio di impugnazione possa poi beneficiare degli effetti dell'annullamento dello stesso, prodottisi a seguito dell'accoglimento del ricorso promosso da altri membri del presunto cartello.

La pronuncia del TAR ha il pregio di chiarire l'ambito e i limiti del dovere di leale, completa e continua collaborazione con l'AGCM gravante sui *leniency applicant* nei casi di cartello e suggerisce loro la strategia da seguire per far valere eventuali contestazioni. Resta da vedere se, nell'eventuale giudizio di appello, la tesi del TAR verrà confermata.

Ughi e Nunziante – Studio legale