



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MELCHIOR WATHELET
presentate il 3 dicembre 2015¹

Causa C-542/14

**«VM Remonts» SIA, già «DIV un Ko» SIA,
«Ausma grupa» SIA
contro
Konkurences padome**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Augstākā tiesa (Corte suprema, Lettonia)]

«Rinvio pregiudiziale — Concorrenza — Articolo 101, paragrafo 1, TFUE — Imputabilità a un'impresa del comportamento illecito di un fornitore di servizi indipendente — Mancata conoscenza da parte dell'impresa del comportamento illecito del fornitore di servizi indipendente»

I – Introduzione

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta il 27 novembre 2014 dall'Augstākā tiesa (Corte suprema), verte sull'interpretazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE in merito a un'asserita concertazione di imprese durante la loro partecipazione a una gara d'appalto organizzata dalla città di Jūrmala (Lettonia).

II – Contesto normativo

A – Il diritto dell'Unione

2. L'articolo 101 TFUE (già articolo 81 CE) così dispone:

«1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;

¹ — Lingua originale: il francese.

- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi

(...)».

B – *Il diritto lettone*

3. A termini dell'articolo 11, paragrafo 1, della legge sulla concorrenza (Konkurences likums), del 4 ottobre 2001 [*Latvijas Vēstnesis*, 2001, n. 151]:

«Sono vietati e nulli sin dalla loro conclusione gli accordi tra operatori economici il cui oggetto o effetto sia impedire, restringere o falsare la concorrenza nel territorio della Lettonia, ivi compresi gli accordi relativi:

(...)

- 5) alla partecipazione a o astensione da appalti o aste, o alle clausole relative a tale partecipazione (o astensione), salvi i casi in cui i concorrenti abbiano reso pubblica la loro offerta generica e l'oggetto di tale offerta non impedisca, restringa o falsi la concorrenza;

(...)».

III – **Procedimento principale e questione pregiudiziale**

4. Il consiglio comunale della città di Jūrmala ha indetto una gara d'appalto per la fornitura di prodotti alimentari agli istituti scolastici. Le società «VM Remonts» SIA, già «DIV un Ko» SIA (in prosieguito: la «DIV un Ko»), «Ausma grupa» SIA (in prosieguito: l'«Ausma grupa») e «Pārtikas kompānija» SIA (in prosieguito: la «Pārtikas kompānija») hanno presentato offerte in tale gara d'appalto.

5. La Pārtikas kompānija si è rivolta alla «Juridiskā sabiedrība “B&Š partneri”» SIA per ricevere assistenza legale nell'ambito della preparazione e della presentazione della propria offerta. A tal fine, la «Juridiskā sabiedrība “B&Š partneri”» SIA si è rivolta, a sua volta, a un subappaltatore, la «MMD lietas» SIA (in prosieguito: la «MMD lietas»), la quale ha ricevuto dalla Pārtikas kompānija un progetto di offerta, preparato da tale società in modo indipendente, senza concertazione con la DIV un Ko o con l'Ausma grupa.

6. Dalla decisione di rinvio risulta infatti chiaramente che la Pārtikas kompānija ha definito i propri prezzi in modo indipendente (v., in particolare, punti 3.3 e 3.5 di tale decisione) e che, in primo grado, l'Administratīvā apgabaltiesa (Corte amministrativa regionale) – unico giudice competente per le questioni di fatto – ha dichiarato che non sussistevano intese o pratiche concordate tra la Pārtikas kompānija e le altre imprese interessate (v., in particolare, punti 3 e 3.5 di detta decisione).

7. Dalla decisione di rinvio risulta inoltre che la MMD lietas si era parallelamente impegnata, senza informare la Pārtikas kompānija, a preparare le offerte rispettive della DIV un Ko e dell'Ausma grupa. In tale contesto, un dipendente della MMD lietas avrebbe utilizzato l'offerta della Pārtikas kompānija come riferimento per redigere le offerte delle altre due concorrenti. In particolare, la MMD lietas avrebbe redatto queste due offerte a partire dai prezzi indicati in quella della Pārtikas kompānija, in modo tale che l'offerta dell'Ausma grupa fosse inferiore di circa il 5% rispetto a quella della Pārtikas kompānija e quella della DIV un Ko fosse inferiore di circa il 5% rispetto a quella dell'Ausma grupa.

8. Con decisione del 21 ottobre 2011, la Konkurences padome (autorità garante della concorrenza) ha dichiarato che le tre società concorrenti avevano violato l'articolo 11, paragrafo 1, punto 5, della legge sulla concorrenza, per aver preparato congiuntamente le loro offerte al fine di simulare una concorrenza effettiva tra queste ultime. L'autorità garante della concorrenza ha considerato che tale pratica concordata aveva falsato la concorrenza e ha inflitto un'ammenda a dette imprese.

9. La DIV un Ko, l'Ausma grupa e la Pārtikas kompānija hanno chiesto l'annullamento della decisione dell'autorità garante della concorrenza dinanzi all'Administratīvā apgabaltiesa (Corte amministrativa regionale). Con sentenza del 3 luglio 2013, quest'ultimo organo giurisdizionale ha annullato la decisione impugnata nella parte in cui constatava un'infrazione a carico della Pārtikas kompānija, ma ha confermato tale decisione per quanto riguarda le altre due società.

10. Sebbene detto organo giurisdizionale abbia ritenuto che il rapporto aritmetico tra i prezzi delle offerte delle tre concorrenti dimostrasse l'esistenza di una pratica concordata relativa alla partecipazione alla gara d'appalto, esso ha tuttavia considerato che nessun elemento dimostrava che la Pārtikas kompānija si fosse associata a detta pratica.

11. La DIV un Ko e l'Ausma grupa hanno proposto ricorso per cassazione dinanzi all'Augstākā tiesa (Corte suprema) avverso la sentenza dell'Administratīvā apgabaltiesa (Corte amministrativa regionale) nella parte in cui essa aveva respinto il loro ricorso. Dal canto suo, l'autorità garante della concorrenza ha proposto ricorso per cassazione avverso la medesima sentenza nella parte in cui essa aveva accolto il ricorso della Pārtikas kompānija.

12. In tale contesto, il giudice del rinvio si chiede se la partecipazione di un'impresa a un'infrazione al diritto della concorrenza possa comportare la sua responsabilità qualora non sia stato dimostrato che i dirigenti di detta impresa avessero acconsentito a tali atti o ne fossero stati informati.

13. Il giudice del rinvio rileva che l'articolo 11, paragrafo 1, della legge sulla concorrenza è stato redatto tenendo conto della necessità di un'armonizzazione tra il diritto nazionale e il diritto dell'Unione nell'ambito del diritto della concorrenza e che, pertanto, l'interpretazione di tale disposizione non dovrebbe essere diversa da quella dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

14. Orbene, dalla giurisprudenza della Corte, e in particolare dalle sentenze *Musique Diffusion française* e *a./Commissione* (da 100/80 a 103/80, EU:C:1983:158) e *Slovenská sporiteľňa* (C-68/12, EU:C:2013:71), risulterebbe che un'impresa è responsabile, con riferimento all'articolo 101 TFUE, degli atti commessi da una persona, quale un dipendente, che agisce per conto di tale impresa, a prescindere dalla circostanza che le persone investite del potere di decisione all'interno dell'impresa abbiano autorizzato detta persona ad agire in tal senso o ne siano state informate. Tuttavia, il giudice del rinvio si chiede se siffatta giurisprudenza sia applicabile in situazioni come quelle oggetto del procedimento principale, giacché gli atti esaminati in tale procedimento sono stati commessi non da un dipendente della Pārtikas kompānija, ma da un fornitore di servizi indipendente di detta società. Peraltro, tale fornitore non avrebbe agito esclusivamente per quest'ultima, ma anche per conto della DIV un Ko e dell'Ausma grupa.

15. In tali circostanze, l'Augstākā tiesa (Corte suprema) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'articolo 101, paragrafo 1, del TFUE debba essere interpretato nel senso che, per dichiarare che un'impresa ha partecipato a un accordo restrittivo della concorrenza, occorre dimostrare il comportamento personale di un dirigente di tale impresa, la consapevolezza o il consenso del medesimo riguardo al comportamento di una persona che presta servizi esterni all'impresa e al contempo agisce per conto di altri partecipanti a un eventuale accordo vietato».

IV – Il procedimento dinanzi alla Corte

16. Sono state presentate osservazioni scritte dai governi lettone e italiano nonché dalla Commissione europea. Il governo lettone e la Commissione hanno partecipato all'udienza che si è tenuta il 21 ottobre 2015.

V – Analisi

A – *Sulla ricevibilità*

17. La Commissione, unica a presentare osservazioni su tale punto, sostiene la ricevibilità della questione pregiudiziale. Infatti, benché il diritto dell'Unione non sia applicabile nel procedimento principale, in quanto la pratica concordata di cui trattasi nella presente causa non è tale da pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, la legge sulla concorrenza è stata adottata precisamente allo scopo di allineare il diritto lettone a quello dell'Unione. La Commissione aggiunge che le circostanze di cui al procedimento principale sarebbero comparabili più a quelle che hanno dato luogo alla sentenza *Allianz Hungária Biztosító e a.* (C-32/11, EU:C:2013:160) che a quelle della sentenza *Kleinwort Benson* (C-346/93, EU:C:1995:85).

18. A mio avviso, la presente questione è ricevibile.

19. Infatti, la Corte è competente a statuire sulle domande di pronuncia pregiudiziale vertenti su disposizioni del diritto dell'Unione in situazioni in cui i fatti del procedimento principale si collocano al di fuori della sfera di applicazione del diritto dell'Unione, ma nelle quali dette disposizioni sono state rese applicabili dalla normativa nazionale, la quale si uniforma, per le soluzioni date a fattispecie puramente interne, a quelle adottate dal diritto dell'Unione. Infatti, in simili casi, vi è un sicuro interesse dell'Unione europea a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto dell'Unione ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate².

2 — V. sentenze *Allianz Hungária Biztosító e a.* (C-32/11, EU:C:2013:160, punto 20 e giurisprudenza citata) e *FNV Kunsten Informatie en Media* (C-413/13, EU:C:2014:2411), nelle quali, in presenza di circostanze analoghe a quelle della presente causa, la Corte ha risposto alle questioni pregiudiziali.

B – *Nel merito*

20. Nella presente causa, la questione sollevata dal giudice del rinvio invita la Corte a determinare se a un'impresa possa imputarsi, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, la partecipazione a una pratica concordata vietata dall'articolo 101 TFUE, consistente in un'offerta collusiva presentata nell'ambito di una gara d'appalto («bid rigging»³), sulla base della sola prova del comportamento illecito di un fornitore di servizi indipendente di tale impresa, incaricato della preparazione dell'offerta, qualora non sia stato dimostrato che i dirigenti dell'impresa siano stati informati di detto comportamento o l'abbiano autorizzato.

1. Sintesi degli argomenti delle parti

21. Il governo lettone suggerisce di rispondere alla questione sollevata dal giudice del rinvio dichiarando che l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE dev'essere interpretato nel senso che, per dichiarare che un'impresa ha partecipato a un accordo restrittivo della concorrenza, non occorre dimostrare né un comportamento personale di un dirigente di tale impresa, né la consapevolezza o il consenso del medesimo riguardo al comportamento di un fornitore di servizi all'impresa il quale agiva anche per conto di altri partecipanti all'eventuale accordo.

22. Infatti, tale governo ritiene che, in un caso come quello di cui al procedimento principale, lo status giuridico dell'esecutore del compito affidato dall'impresa (lavoratore dipendente o indipendente, impiegato o agente) sia irrilevante ai fini dell'accertamento della responsabilità dell'impresa per un'infrazione al diritto della concorrenza.

23. Per detto governo, dalle definizioni di mandatario e di lavoratore dipendente nel diritto lettone risulterebbe che entrambi agiscono nell'interesse dell'impresa che si avvale dei loro servizi. Lo stesso varrebbe per quanto riguarda un fornitore indipendente incaricato dall'impresa di prestare un servizio legale. Infatti, quest'ultimo avrebbe ottenuto l'autorizzazione ad agire utilizzando informazioni detenute dall'impresa. Il fornitore di servizi esterni non si assumerebbe i rischi dell'attività economica qualora agisse per conto di un terzo e, in tali circostanze, i suoi atti sarebbero imputabili all'impresa che si avvale dei suoi servizi.

24. Peraltro, un'impresa dovrebbe essere prudente nello scegliere il proprio mandatario così come dev'esserlo nell'assumere un lavoratore dipendente. Se tale obbligo non esistesse, alle imprese sarebbe sufficiente avvalersi di terzi per commettere infrazioni al diritto della concorrenza senza rischiare sanzioni.

25. Peraltro, occorrerebbe verificare se le informazioni trasmesse dall'impresa al fornitore siano tali da incidere sulla concorrenza. A tale riguardo, informazioni sull'offerta concreta di un'impresa nell'ambito di una gara d'appalto potrebbero avere una siffatta incidenza, poiché conterrebbero indicazioni non disponibili al pubblico per quanto riguarda, ad esempio, il prezzo proposto o il funzionamento dell'impresa.

26. Tenuto conto del fatto che, nel procedimento principale, la MMD lietas era in possesso di informazioni (sensibili) tali da incidere sulla concorrenza nel mercato interessato e che essa era incaricata di agire per conto della Pārtikas kompānija con dette informazioni, si potrebbe concludere che tale impresa è responsabile degli atti compiuti dal fornitore per conto di altri partecipanti a un eventuale accordo.

3 — In lingua francese, «trucage des offres» (manipolazione delle offerte). In generale, si ha manipolazione delle offerte quando almeno due imprese partecipanti a una gara d'appalto si accordano affinché una o più di esse non presentino offerte, presentino un'offerta o la ritirino.

27. Il governo lettone sostiene inoltre che non è necessario dimostrare che i dirigenti dell'impresa abbiano autorizzato il fornitore indipendente a trasmettere le informazioni controverse né che essi fossero informati di detta trasmissione. Infatti, i dirigenti dovrebbero essere considerati necessariamente informati degli atti commessi dai fornitori di servizi indipendenti incaricati dalla loro impresa.

28. Il governo italiano propone di rispondere alla questione pregiudiziale nel senso che la responsabilità di un accordo anticoncorrenziale può essere imputata a un'impresa che vi è coinvolta a causa del comportamento di un fornitore di servizi indipendente, il quale ha trasmesso alle imprese concorrenti le informazioni che aveva ricevuto dalla prima impresa, anche se i dirigenti di quest'ultima ignoravano tale trasmissione di informazioni e non l'hanno autorizzata, a meno che l'impresa interessata dimostri di non aver avuto alcuna possibilità ragionevole di prevedere e di evitare il comportamento illecito del fornitore.

29. A tale riguardo, detto governo ritiene che la giurisprudenza della Corte relativa ai comportamenti attuati dai dipendenti di un'impresa sia trasponibile, *mutatis mutandis*, a una situazione, come quella oggetto del procedimento principale, in cui il comportamento controverso è stato attuato da un fornitore indipendente. Non sarebbe quindi necessario che il comportamento costitutivo di un accordo sia attuato da dirigenti o da rappresentanti di tale impresa, ma semplicemente che il comportamento sia attuato da una persona tenuta ad agire per conto dell'impresa.

30. Infatti, da una parte, consentire alle imprese di invocare l'argomento secondo cui i comportamenti illeciti sono stati attuati da persone che non fanno parte dei dirigenti dell'impresa al fine di sottrarsi alla loro responsabilità pregiudicherebbe la possibilità di reprimere gli accordi illeciti.

31. Dall'altra, una violazione delle disposizioni dell'articolo 101 TFUE non richiederebbe l'intento dell'impresa, ma potrebbe risultare da una negligenza di quest'ultima. Così, la mera circostanza che i dirigenti di un'impresa quale la Pärtikas kompānija non abbiano esplicitamente autorizzato la MMD lietas a comunicare il progetto di offerta ai concorrenti di tale impresa o che essi ignorassero che una siffatta comunicazione fosse stata effettuata non consente di escludere che detta impresa abbia partecipato all'accordo risultante dal comportamento di tale fornitore. La Pärtikas kompānija avrebbe agito con negligenza nell'affidare la redazione dell'offerta a un fornitore senza vietargli di fare altrettanto per imprese concorrenti e di utilizzarne il contenuto a vantaggio di queste ultime.

32. Pertanto, la Pärtikas kompānija avrebbe accettato un rischio che le rende pienamente imputabile la responsabilità dell'accordo anticoncorrenziale risultante dal comportamento di detto fornitore. Ne conseguirebbe che tale impresa potrebbe sottrarsi a detta responsabilità soltanto dimostrando in modo specifico di non aver avuto alcuna ragionevole possibilità di prevedere e di evitare il comportamento illecito del fornitore.

33. La Commissione propone di rispondere alla questione sollevata dal giudice del rinvio nei seguenti termini:

«L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che, per dichiarare che un'impresa ha partecipato a un accordo restrittivo della concorrenza a causa del comportamento di un agente che non sia uno dei suoi dipendenti, occorre dimostrare:

- che il comportamento illecito rientra nell'ambito delle funzioni delegate all'agente dall'impresa, o
- che l'impresa era a conoscenza del comportamento illecito dell'agente e non se ne è dissociata pubblicamente.

Qualora il comportamento illecito rientri nell'ambito delle attività delegate all'agente, non è comunque necessario dimostrare che quest'ultimo sia stato incaricato di compiere dette attività in maniera illecita, né che la direzione dell'impresa sia stata a conoscenza di tale comportamento o vi abbia acconsentito».

34. A tale riguardo, in primo luogo, la giurisprudenza della Corte distinguerebbe le nozioni di «dipendente» e di «agente». In particolare, nella sentenza *Suiker Unie e a./Commissione* (da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, EU:C:1975:174), la Corte avrebbe riconosciuto che un agente potrebbe essere un'impresa distinta dal suo committente ai fini dell'applicazione dell'articolo 101 TFUE, tranne nel caso in cui l'agente «facesse parte» dell'impresa del committente. A tale riguardo, la Corte avrebbe riconosciuto vari criteri, vale a dire, da una parte, l'assunzione o meno di un rischio economico da parte dell'agente e, dall'altra, il carattere esclusivo o meno dei servizi forniti da quest'ultimo. Tali criteri sarebbero stati applicati, in particolare, dal Tribunale dell'Unione europea nella sentenza *Minoan Lines/Commissione* (T-66/99, EU:T:2003:337), nella quale sarebbe stata esaminata la questione dell'imputazione a un'impresa della responsabilità di un atto illecito commesso da un agente.

35. Tuttavia, questi due criteri non sarebbero né esaustivi né cumulativi. Dalla sentenza *Energetický a průmyslový e EP Investment Advisors/Commissione* (T-272/12, EU:T:2014:995) risulterebbe che sarebbe importante altresì determinare se il comportamento illecito in questione rientri nell'ambito delle competenze dell'agente, mentre il criterio del rischio economico o dell'esclusività non sarebbe sempre decisivo.

36. Tale orientamento sarebbe stato identico a quello seguito dal Competition Appeal Tribunal (tribunale d'appello in materia di concorrenza, Regno Unito) nella sua sentenza *A H Willis & Sons Ltd/Office of Fair Trading (OFT)* [2011] CAT 13. Detto giudice avrebbe dichiarato, in sostanza, che il comportamento illecito di un agente non può essere imputato al suo committente qualora costituisca un atto del tutto distinto dalle funzioni che gli sono affidate da quest'ultimo.

37. Per quanto riguarda, in secondo luogo, i principi generali del diritto applicabili alla responsabilità dei committenti per le attività dei loro agenti, la Commissione sostiene, in particolare, che, nel diritto francese⁴, un committente è responsabile dei comportamenti illeciti del suo agente a condizione che l'infrazione sia stata commessa nell'ambito – reale o apparente – delle sue funzioni⁵.

38. Da tale giurisprudenza e da detti principi deriverebbe che la mera circostanza che la MMD lietas non fosse un agente esclusivo della Pārtikas kompānija non è sufficiente per escludere la responsabilità di tale impresa per i comportamenti illeciti della MMD lietas. Per contro, il comportamento della MMD lietas non può essere imputato alla Pārtikas kompānija qualora non rientri nell'ambito delle funzioni che le sono state affidate, a meno che la Pārtikas kompānija sia stata a conoscenza di tale comportamento e non se ne sia dissociata pubblicamente. Poiché la MMD lietas era incaricata soltanto di preparare i documenti dell'offerta della Pārtikas kompānija conformemente alle istruzioni impartite da tale impresa (mera rappresentanza dell'impresa e deposito dell'offerta), la decisione di un dipendente della MMD lietas di preparare le offerte dei concorrenti della Pārtikas kompānija sulla base di quella redatta per quest'ultima impresa apparirebbe, quindi, come l'esercizio di una funzione totalmente distinta, che non può essere imputata a detta impresa. Peraltro, dal fascicolo sottoposto alla Corte risulta altresì che la MMD lietas non ha ricevuto il mandato di negoziare con le altre imprese.

4 — La Commissione richiama l'articolo 1384 del codice civile.

5 — La Commissione fa riferimento a una sentenza della Corte di cassazione francese del 19 maggio 1988, n. 87-82654. Da tale sentenza risulterebbe che un committente potrebbe sottrarsi alla responsabilità degli atti del suo agente qualora quest'ultimo avesse agito al di fuori delle proprie funzioni, senza autorizzazione e per scopi estranei alle proprie attribuzioni.

2. Valutazione

a) Riflessioni generali e giurisprudenza

39. In via preliminare, va ricordato che, secondo la giurisprudenza della Corte, la nozione di «pratica concordata», ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, comprende qualsiasi forma di coordinamento dell'attività delle imprese che, senza esser stata spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, costituisce in pratica una consapevole collaborazione fra le imprese stesse, a danno della concorrenza⁶. Una siffatta pratica può risultare, segnatamente, da contatti diretti o indiretti tra concorrenti, aventi lo scopo o l'effetto di influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente reale o potenziale o di rivelare a tale concorrente il comportamento che essi stessi hanno deciso, o prevedono, di tenere sul mercato⁷.

40. Da detta giurisprudenza risulta che a un'impresa non può imputarsi una pratica concordata se non si dimostri che essa vi ha deliberatamente partecipato. In tale contesto, sebbene la giurisprudenza della Corte non esiga la dimostrazione del fatto che tale impresa fosse consapevole di violare l'articolo 101 TFUE, occorre comunque constatare che detta impresa non poteva ignorare che il proprio comportamento aveva l'effetto di restringere la concorrenza⁸.

41. Tenuto conto in particolare delle pesanti sanzioni connesse alle infrazioni al diritto della concorrenza, in linea di principio, la responsabilità può essere soltanto personale, indipendentemente dal fatto che l'infrazione sia stata intenzionale o commessa per negligenza.

42. La domanda di pronuncia pregiudiziale sottopone alla Corte la questione, nel diritto della concorrenza, della possibile imputazione a imprese di atti commessi da un terzo.

43. A tale riguardo, è possibile distinguere a seconda che la pratica vietata dal diritto della concorrenza sia attuata:

- da un dipendente dell'impresa;
- da una delle sue società controllate; o
- da un terzo (persona fisica o giuridica) che non fa parte dell'organigramma della società.

44. Qualora sia la stessa impresa, tramite i propri rappresentanti o i propri dipendenti nell'esercizio delle loro funzioni nell'ambito della società, ad adottare un comportamento contrario al diritto della concorrenza, sussiste la sua responsabilità diretta, indipendentemente dal fatto che l'infrazione sia stata commessa intenzionalmente o per negligenza. In tale ipotesi, l'applicazione del diritto della concorrenza «non presuppone l'azione o quanto meno la consapevolezza dei soci o dei dirigenti principali dell'impresa interessata, ma l'azione di una persona che sia autorizzata ad agire per conto dell'impresa stessa»⁹.

45. Secondo la Corte, «la partecipazione ad accordi vietati dal Trattato FUE costituisce nella maggior parte dei casi un'attività clandestina che non si svolge nel rispetto di regole formali. È raro che il rappresentante di un'impresa partecipi a una riunione munito di un mandato al fine di commettere un'infrazione». Pertanto, «l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che per

6 — Sentenza Imperial Chemical Industries/Commissione (48/69, EU:C:1972:70, punto 64).

7 — Sentenza Suiker Unie e a./Commissione (da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, EU:C:1975:174, punto 174).

8 — Sentenze Miller International Schallplatten/Commissione (19/77, EU:C:1978:19, punto 18); Musique Diffusion française e a./Commissione (da 100/80 a 103/80, EU:C:1983:158, punto 112), e IAZ International Belgium e a./Commissione (da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, EU:C:1983:310, punto 45).

9 — Sentenza Musique Diffusion française e a./Commissione (da 100/80 a 103/80, EU:C:1983:158, punto 97).

constatare l'esistenza di un accordo restrittivo della concorrenza non è necessario dimostrare il comportamento personale del rappresentante statutario di un'impresa oppure l'assenso specifico, in forma di mandato, di tale rappresentante al comportamento di un suo dipendente che abbia partecipato a una riunione anticoncorrenziale»¹⁰.

46. La giurisprudenza ha inoltre riconosciuto la responsabilità delle società controllanti per gli atti contrari al diritto della concorrenza compiuti dalle loro controllate nel caso in cui tali imprese costituiscano un'unità economica: «[q]ualora un ente di tal genere violi le regole della concorrenza, esso è tenuto, secondo il principio della responsabilità personale, a rispondere di tale infrazione»¹¹.

47. Inoltre, secondo costante giurisprudenza, «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»¹².

48. Rimane l'ipotesi in cui l'atto contrario al diritto della concorrenza sia compiuto da una persona (fisica o giuridica) che non è una società controllata dell'impresa interessata, né fa parte di quest'ultima, e in cui, come nel caso di specie, tale terzo rispetto all'impresa abbia agito in qualità di fornitore di servizi indipendente. Ci si chiede in che misura l'impresa beneficiaria dei servizi di siffatto fornitore possa essere ritenuta responsabile degli atti di quest'ultimo.

49. Possono presentarsi due eventualità:

- il terzo ha agito a nome dell'impresa e ha commesso l'atto contrario al diritto della concorrenza in esecuzione dei compiti che gli sono stati assegnati da quest'ultima. In tale ipotesi, la responsabilità dell'impresa che si è avvalsa dei servizi del terzo è chiara, poiché essa sapeva o avrebbe dovuto necessariamente sapere che il terzo si accingeva a commettere o aveva commesso un atto contrario al diritto della concorrenza, essa vi aveva acconsentito o addirittura tale atto faceva parte dei compiti affidati al terzo;
- il terzo ha agito nell'ambito di un contratto con l'impresa interessata, ma ha adottato iniziative (consistenti segnatamente in atti contrari al diritto della concorrenza) non rientranti tra le mansioni che gli erano affidate, senza che risulti comprovato che i dirigenti di detta impresa fossero stati a conoscenza di un tale atto contrario al diritto della concorrenza commesso dal fornitore di servizi né, a fortiori, vi avessero acconsentito.

50. Ci si chiede sulla base di quali criteri la responsabilità di un atto illecito commesso da tale terzo possa imputarsi all'impresa che si è avvalsa dei suoi servizi.

51. Nella sua sentenza *Minoan Lines/Commissione* (T-66/99, EU:T:2003:337)¹³, il Tribunale ha correttamente voluto accertare se l'impresa e l'agente «costituiscano, o facciano parte di una sola ed unica impresa o entità economica che tiene sul mercato un unico comportamento» (punto 124). In caso affermativo, il terzo che esercita un'attività a vantaggio del proprio committente «può (...) essere

10 — Sentenza *Slovenská sporiteľňa* (C-68/12, EU:C:2013:71, rispettivamente punti 26 e 28). V. altresì punti 25 e 27 di tale sentenza.

11 — Sentenza *Akzo Nobel e a./Commissione* (C-97/08 P, EU:C:2009:536, punto 56 e giurisprudenza citata).

12 — *Ibidem* (punto 58 e giurisprudenza citata).

13 — Tale sentenza è stata oggetto di un'impugnazione, di cui uno dei motivi verteva precisamente sulla questione dell'imputabilità al committente degli atti illeciti dell'agente, ma la Corte l'ha respinta in quanto puramente fattuale e pertanto manifestamente irricevibile (ordinanza *Minoan Lines/Commissione*, C-121/04 P, EU:C:2005:695, punti 19 e 20). Per quanto riguarda la sentenza *Minoan Lines/Commissione* (T-66/99, EU:T:2003:337), v. Blaise, J.-B., e Idot, L., «Chronique de droit communautaire de la concurrence – Mise en œuvre des articles 81 et 82 CE», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, pagg. da 131 a 223, punto 81, e Idot, L., «Transports maritimes – Commentaires aux arrêts du Tribunal du 11 décembre 2003», *Europe*, 2004, n. 2, pagg. 18 e 19.

considerato, in linea di massima, come un organo ausiliario facente parte dell'impresa [di quest'ultimo], tenuto a seguire le istruzioni di questi, e tale da formare con detta impresa, alla stessa stregua di un dipendente ad esso legato da un rapporto di lavoro subordinato, una sola entità economica» (punto 125).

52. Il Tribunale ha quindi adottato due parametri principali per determinare l'esistenza di un'unità economica: «l'assunzione o meno, da parte dell'intermediario, di un rischio economico e l'esclusività o meno dei servizi che fornisce» (punto 126), laddove la mancata condivisione dei rischi e l'esclusività dei servizi depongono a favore dell'esistenza di un'unità economica.

53. Come hanno osservato in udienza il governo lettone e la Commissione, tali due criteri non possono essere esaustivi e, da soli, decisivi per stabilire se il comportamento illecito di un agente possa essere imputato al suo committente.

54. Nella sua sentenza *voestalpine e voestalpine Wire Rod Austria/Commissione* (T-418/10, EU:T:2015:516), il Tribunale, ancorché nessun elemento di prova consentisse di dimostrare che l'impresa avesse avuto una qualsiasi informazione sul comportamento anticoncorrenziale del proprio agente, e dopo aver esaminato in concreto i comportamenti illeciti nonché le funzioni di quest'ultimo, ha dichiarato che «[t]uttavia, in circostanze come quelle del caso di specie, in cui l'agente agisce in nome e per conto del preponente senza assumersi il rischio economico delle attività che gli sono state affidate, il comportamento anticoncorrenziale di tale agente nell'ambito di dette attività può essere imputato al preponente, analogamente a quanto è possibile fare per un datore di lavoro per quanto riguarda gli atti censurabili commessi da uno dei suoi dipendenti, anche senza la prova della conoscenza, da parte del preponente, del comportamento anticoncorrenziale dell'agente» (punto 175) e ha concluso, al punto 178 di tale sentenza, «che, nella fattispecie, la Commissione può, da una parte, concludere nel senso dell'esistenza di un'unità economica tra l'agente e il preponente per quanto riguarda le attività affidate al sig. G. dall'Austria Draht e, dall'altra, considerare che, a causa di tale unità economica, è possibile imputare al preponente gli atti censurabili commessi dal sig. G. per conto dell'Austria Draht nell'ambito delle attività affidate a quest'ultimo, senza che sia necessario dimostrare che il preponente ne sia stato a conoscenza».

55. Peraltro, nella stessa sentenza, il Tribunale ha altresì considerato che la partecipazione di un agente a talune riunioni anticoncorrenziali non poteva essere imputata al suo committente, in quanto le questioni ivi discusse non rientravano chiaramente nella missione di rappresentanza affidata da quest'ultimo a detto agente (v., in tal senso, punto 384 di detta sentenza). Il Tribunale ha ritenuto che la responsabilità dei comportamenti anticoncorrenziali dell'agente attuati al di fuori del mercato italiano non potesse imputarsi alla *voestalpine Austria Draht* (poiché il mandato copriva soltanto il territorio italiano). Alla luce di tali elementi, il Tribunale ha deciso di ridurre l'ammenda inflitta in solido alle due società da EUR 22 milioni a EUR 7,5 milioni.

56. Occorre aggiungere che, in detta causa (così come in quella che ha dato luogo alla sentenza *Minoan Lines/Commissione*, T-66/99, EU:T:2003:337), l'agente aveva chiaramente agito a nome dell'impresa e disponeva di poteri inerenti alla politica commerciale del proprio committente, tanto che la fissazione dei prezzi costituiva uno degli aspetti del mandato che gli era stato conferito, il che implicava una negoziazione con le altre imprese.

57. Lo stesso non avviene nella presente causa, nella quale dal fascicolo sottoposto alla Corte risulta che la stessa *Pārtikas kompānija* aveva determinato il prezzo della propria offerta (v. supra, paragrafo 6) e che la *MMD lietas* era soltanto un agente incaricato della redazione tecnica dei documenti. Sembra pertanto che la decisione della *MMD lietas* di utilizzare l'offerta della *Pārtikas kompānija* come base per la preparazione dell'offerta di altre imprese rientri nell'esercizio di una funzione del tutto distinta da quella che le era stata affidata, e che a mio avviso non può essere imputata alla *Pārtikas kompānija*.

58. Ribadisco che, nella presente causa, non sussistono elementi che dimostrino la conoscenza e/o l'approvazione degli atti illeciti dell'agente da parte della Pärtikas kompānija, e ciò contrariamente alla causa che ha dato luogo alla sentenza *Minoan Lines/Commissione* (T-66/99, EU:T:2003:337, in particolare punti da 139 a 147).

b) Il caso oggetto del procedimento principale

59. Ci si chiede cosa decidere dunque nell'ipotesi di cui trattasi nel presente procedimento, in cui nulla consente di dimostrare che la Pärtikas kompānija sia stata a conoscenza del comportamento della MMD lietas, in cui tale intermediario agiva come un operatore indipendente, non condivideva il rischio economico con la Pärtikas kompānija, non era legato contrattualmente da un accordo di esclusiva con tale impresa (anche se, a mio avviso, la deontologia minima della sua professione lo impone ex officio a proposito dell'offerta di cui trattasi) e ha adottato iniziative che hanno manifestamente esorbitato dal compito che gli era stato affidato dalla Pärtikas kompānija.

60. Ritengo che debbano essere escluse due posizioni estreme: da una parte, un'imputazione automatica della responsabilità alla società per le azioni di terzi a prescindere dal grado di coinvolgimento di tale società, il che contrasterebbe con i principi fondamentali che disciplinano l'inflizione di sanzioni quali quelle previste dal diritto della concorrenza (in particolare, la personalità delle pene e la certezza del diritto) e, dall'altra, l'obbligo, per l'autorità competente in materia di diritto della concorrenza, di dimostrare in modo convincente che la società beneficiaria dei servizi del terzo sia stata a conoscenza di atti illeciti commessi da quest'ultimo o che essa vi abbia acconsentito, e ciò a pena di pregiudicare gravemente l'efficacia del diritto della concorrenza.

61. Infatti, «poiché sono noti tanto il divieto di partecipare a pratiche e accordi anticoncorrenziali quanto le sanzioni che possono essere irrogate ai contravventori, di norma le attività derivanti da tali pratiche e accordi si svolgono in modo clandestino, le riunioni sono segrete, spesso in un paese terzo, e la documentazione ad esse relativa è ridotta al minimo»¹⁴. Sarebbe in tal caso troppo facile «nascondersi» dietro un terzo per restare impuniti riguardo al diritto della concorrenza.

62. Inoltre, l'importanza di salvaguardare la libera concorrenza consente di esigere che le imprese che affidano a terzi compiti quali quelli di cui trattasi nel caso di specie adottino tutte le precauzioni per evitare che tali terzi commettano infrazioni al diritto della concorrenza, evitando in particolare qualsiasi negligenza o imprudenza nella definizione o nel controllo di detti compiti.

63. In linea con quanto precede, la soluzione che propongo per i casi come quello di cui trattasi è di stabilire una presunzione relativa di responsabilità di una società per gli atti contrari al diritto della concorrenza commessi da un terzo dei cui servizi essa si sia avvalsa e che non possa essere considerato un organo ausiliario facente parte di tale società. Una siffatta presunzione consente di mantenere l'equilibrio tra, da una parte, l'obiettivo di reprimere efficacemente i comportamenti contrari alle regole della concorrenza, segnatamente l'articolo 101 TFUE, e di prevenirne il ripetersi sapendo che il rispetto di tali regole impone un comportamento attivo costante delle imprese e, dall'altra, le esigenze dei diritti fondamentali in materia di sanzioni. Tale presunzione si applicherebbe anche se gli atti commessi dal terzo siano distinti dalle funzioni che gli erano affidate e anche se non sia dimostrato che la società che si è avvalsa dei suoi servizi sia stata a conoscenza dei suoi atti o vi abbia acconsentito¹⁵.

14 — Sentenza *Knauf Gips/Commissione* (C-407/08 P, EU:C:2010:389, punto 49).

15 — Le presunzioni sono note nel diritto dell'Unione. Sia la Corte che il Tribunale hanno utilizzato presunzioni per determinare la responsabilità solidale della società controllante per gli atti commessi dalle proprie controllate (sentenza *Akzo Nobel e a./Commissione*, C-97/08 P, EU:C:2009:536) o per gli atti commessi dai propri dipendenti (sentenza *Musique Diffusion française e a./Commissione*, da 100/80 a 103/80, EU:C:1983:158, punto 97).

64. Detta presunzione dovrebbe applicarsi nei confronti di un'impresa qualora l'autorità incaricata del rispetto delle regole della concorrenza abbia dimostrato l'esistenza di un atto contrario al diritto della concorrenza commesso da una persona che lavorava per tale impresa senza far parte, direttamente o meno, del suo organigramma.

65. Affinché sia rispettato l'equilibrio che ho menzionato al paragrafo 63 delle presenti conclusioni, l'impresa potrà rovesciare la presunzione di responsabilità presentando elementi che possano avvalorare la tesi secondo cui essa non era affatto al corrente dei comportamenti illeciti del terzo fornitore di servizi e dimostrando di aver adottato tutte le precauzioni necessarie per impedire una siffatta violazione del diritto della concorrenza, e ciò in tre momenti¹⁶.

66. Il primo coincide con il momento dell'assunzione o del conferimento dell'incarico al terzo. Ciò riguarda, in particolare, la scelta del fornitore, la definizione dei compiti e il controllo della loro esecuzione, le condizioni (o l'esclusione) di un ricorso a subfornitori, gli obblighi imposti per assicurare il rispetto del diritto, segnatamente della concorrenza, e le sanzioni previste in caso di inosservanza del contratto, nonché l'autorizzazione necessaria per qualsiasi atto non previsto dal contratto.

67. Il secondo momento comprende l'intero periodo di esecuzione dei compiti affidati al terzo, verificando che quest'ultimo si attenga rigorosamente ai compiti quali definiti dal contratto.

68. Il terzo momento è quello in cui l'infrazione al diritto della concorrenza è commessa dal terzo, quand'anche all'insaputa dell'impresa. Quest'ultima non può limitarsi ad ignorare tale infrazione, ma deve dissociarsi pubblicamente dall'atto vietato, impedire che esso si ripeta e/o denunciarlo agli organi amministrativi. Infatti, come ha statuito la Corte, «le modalità passive di partecipazione all'infrazione, quale la presenza di un'impresa a riunioni durante le quali sono stati conclusi accordi di natura anticoncorrenziale senza esservi manifestamente opposta, rappresentano una complicità idonea a far sorgere la sua responsabilità nell'ambito dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, dal momento che il fatto di approvare tacitamente un'iniziativa illecita, senza distanziarsi pubblicamente dal suo contenuto o denunciarla agli organi amministrativi, ha l'effetto di incoraggiare la continuazione dell'infrazione e pregiudica la sua scoperta» (sentenza AC-Treuhand/Commissione, C-194/14 P, EU:C:2015:717, punto 31).

69. In udienza è stata sollevata la questione se possa essere in qualche modo rilevante, ai fini dell'inversione della presunzione, la dimostrazione, fornita dall'impresa, del fatto che essa non poteva trarre alcun vantaggio dagli atti contrari al diritto della concorrenza commessi dall'agente. Sia il governo lettone che la Commissione hanno risposto in senso negativo a tale questione.

70. Sono dell'avviso contrario, ma a due condizioni che sono state peraltro indirettamente al centro della discussione in udienza. È vero che l'interesse o meno dell'impresa ad una pratica concordata non può avere alcuna influenza sull'accertamento dell'infrazione al diritto della concorrenza. Tuttavia, qui si tratta non dell'accertamento dell'infrazione, ma di un elemento che consente di rovesciare una presunzione di responsabilità. La dimostrazione, fornita dall'impresa, del fatto che i comportamenti illeciti dell'agente hanno avuto per essa soltanto conseguenze negative potrebbe corroborare gli altri elementi addotti al fine di rovesciare la presunzione di responsabilità. È ovviamente vero l'inverso se, al contrario, l'impresa fosse interessata al risultato dell'accordo o della pratica concordata.

71. Come è stato osservato in udienza, il fatto che la Pärtikas kompānija non abbia ottenuto l'appalto non dimostra che essa non abbia partecipato in un modo o nell'altro alla pratica concordata, in quanto essa potrebbe essersi accordata con le altre imprese per una ripartizione degli appalti nel tempo («bid rigging»). Condivido tale osservazione, ma non è questa l'ipotesi che considero, vale a dire la

16 — Per quanto riguarda l'inversione della presunzione di responsabilità di una società controllante per il comportamento della sua controllata, v. sentenza ENI/Commissione (C-508/11 P, EU:C:2013:289, punti 46 e segg. nonché 68 e 69).

dimostrazione, fornita dall'impresa, del fatto che, al di là della mancata aggiudicazione dell'appalto in questione, essa non ha partecipato affatto ad altri elementi di trattativa che le abbiano fatto beneficiare di un'infrazione al diritto della concorrenza. Si tratta ovviamente soltanto di un elemento, tra gli altri, che l'impresa può invocare nella sua argomentazione al fine di rovesciare la presunzione.

72. In sintesi, l'impresa può rovesciare la presunzione qualora dimostri che il terzo ha agito al di fuori dei compiti affidatigli, che essa ha adottato tutte le precauzioni necessarie all'atto della sua designazione e nel controllare l'esecuzione dell'incarico affidatogli, e che, una volta appreso del comportamento vietato, essa se ne è dissociata pubblicamente o l'ha denunciato agli organi amministrativi.

73. Spetterà ovviamente al giudice nazionale valutare, alla luce degli elementi di cui sopra, i fatti sottopostigli nella presente causa per concludere o meno nel senso della responsabilità della Pärtikas kompānija.

VI – Conclusione

74. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere come segue alla questione pregiudiziale sollevata dall'Augstākā tiesa (Corte suprema):

L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che, per dichiarare che un'impresa ha partecipato a un accordo restrittivo della concorrenza, non occorre dimostrare un comportamento personale di un dirigente di tale impresa né la consapevolezza o il consenso del medesimo riguardo al comportamento di una persona che presta servizi esterni all'impresa e al contempo agisce per conto di altri partecipanti a un eventuale accordo vietato.

Spetta al giudice nazionale verificare, nel procedimento di cui è investito, se, sul fatto che il terzo abbia agito al di fuori dei compiti affidatigli dall'impresa, sulle precauzioni adottate dalla stessa all'atto della designazione del terzo e nel controllare l'esecuzione dei compiti in questione, e sul proprio comportamento una volta appreso del comportamento vietato, l'impresa abbia presentato elementi di prova sufficientemente convincenti da rovesciare la presunzione della sua responsabilità.