Pubblicato il 31/12/2018

N. 07320/2018REG.PROV.COLL.

N. 05328/2018 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5328 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla
Italcementi S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Siragusa, Beniamino Caravita di Toritto, Matteo Beretta, Saverio Valentino, Annalisa D'Urbano e Marco Zotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Caravita di Toritto in Roma, via di Porta Pinciana, 6;

contro

l’Autorità **garante della concorrenza** e del mercato - AGCM, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Cementi Centro Sud S.p.a. non costituita in giudizio;

per la riforma ovvero l’annullamento,

previa sospensione

della sentenza del T.A.R. Lazio, sede di Roma, sez. I, 12 giugno 2018 n.6534, che ha respinto il ricorso n.10034/2017 R.G. proposto per l’annullamento:

a) del provvedimento 25 luglio 2017 n.26705 pronunciato nel procedimento 1793, notificato il giorno 7 agosto 2017, con il quale l’Autorità **garante della concorrenza** e del mercato - AGCM ha concluso che la ricorrente appellante, in concorso con altri soggetti, avrebbe posto in essere un’intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell’art. 101 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea, ha irrogato alle interessate una sanzione pecuniaria, pari per la ricorrente appellante a € 84.052.057/00, e le ha diffidate dal porre in essere analoghi comportamenti per il futuro;

e di ogni altro provvedimento, atto ovvero comportamento presupposto, consequenziale ovvero connesso, e in particolare:

b) della deliberazione 27 luglio 2016 n.26145, con la quale l’AGCM ha esteso l’istruttoria in corso alla ricorrente appellante e disposto contestualmente la proroga del relativo procedimento;

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell’Autorità;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 novembre 2018 il Cons. Francesco Gambato Spisani e uditi per le parti gli avvocati Beniamino Caravita di Toritto, Mario Siragusa, Annalisa D'Urbano e Marco Zotta e l’avvocato dello Stato Federica Varrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte del provvedimento 25 luglio 2017 n.26705 indicato in epigrafe, con il quale l’Autorità **garante della concorrenza** e del mercato - AGCM, così come indicato nel dispositivo di esso, ha deliberato che i comportamenti posti in essere da un gruppo di imprese del settore, fra le quali la ricorrente appellante, e dall’associazione di categoria della quale esse fanno parte, comportamenti consistenti “nel coordinamento dei prezzi di vendita del cemento, assistito anche da un controllo sistematico dell’andamento delle quote di mercato relative, realizzato tramite uno scambio di informazioni sensibili” costituiscono “un’intesa restrittiva della concorrenza”, come tale vietata dall’art. 101 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea - TFUE; ha di conseguenza deliberato che tali soggetti “si astengano per il futuro dal porre in essere comportamenti analoghi” ed ha applicato loro le sanzioni pecuniarie previste per tali infrazioni, in particolare irrogando alla ricorrente appellante la sanzione del pagamento di un somma pari a € 84.052.057 (doc. B in I grado ricorrente appellante, provvedimento impugnato citato).

2. Contro tale provvedimento, l’interessata ha proposto ricorso avanti il TAR meglio indicato in epigrafe, che lo ha respinto, con la sentenza a sua volta meglio indicata in epigrafe, pubblicata quanto al solo dispositivo il giorno 12 giugno 2018 e quanto alla motivazione il successivo 30 luglio 2018.

3. La ricorrente ha proposto appello.

3.1 Per la precisione, la ricorrente ha proposto appello depositato il giorno 2 luglio 2018, rivolto contro il solo dispositivo e corredato di domanda cautelare, appello chiamato quindi alla camera di consiglio del giorno 19 luglio 2018 avanti questo Giudice.

3.2 Questo Giudice, con ordinanza 20 luglio 2018 n.3356, ha preso atto della impossibilità allo stato di apprezzare, tanto a favore quanto contro la parte ricorrente, il *fumus* dell’appello sulla base del dispositivo stesso, ha ritenuto di fissare una seconda camera di consiglio il successivo 30 agosto 2018, ovvero in data successiva a quella prevista per il deposito della motivazione della sentenza impugnata e nelle more ha respinto la domanda cautelare, ravvisando la mancanza di un *periculum* apprezzabile nel lasso di tempo considerato.

3.3 A tale seconda camera di consiglio, il Presidente del Collegio ha rinviato, su accordo delle parti, la causa alla pubblica udienza per la trattazione del merito, fissata al 15 novembre 2018.

4. Il giorno 12 ottobre 2018, la ricorrente appellante ha quindi depositato atto denominato di “motivi aggiunti”, nel quale ha articolato compiutamente le proprie difese, così come di seguito precisato.

4.1 Come ritenuto dalla giurisprudenza di questo Giudice, per tutte la sentenza dell’Adunanza plenaria 3 febbraio 2014 n.8, nel rito previsto dall’art. 119 c.p.a. applicabile al caso di specie secondo il comma 1 lettera b) dell’articolo citato, l’appello contro il dispositivo e l’appello successivo contro la motivazione costituiscono distinti momenti di esercizio del medesimo potere di impugnazione della parte, che devolvono la controversia al Giudice di appello, nel primo caso solo quanto all’emissione di misure cautelari, nel secondo caso quanto alla cognizione piena del merito rispetto ai motivi di impugnativa, dedotti a seguito dell’esame compiuto della motivazione. E’ però vero, sempre secondo quanto affermato dalla sentenza citata, che la parte la quale abbia anticipato la tutela presentando appello immediato contro il dispositivo della sentenza ha l’onere poi, quando la motivazione sia pubblicata, di effettivamente presentare in modo compiuto i propri motivi di impugnazione, a pena di improcedibilità della precedente impugnazione contro il dispositivo. Ciò significa che l’appello deve essere deciso esaminando l’atto presentato per secondo, in cui i motivi sono appunto dedotti, salvo il caso, pure considerato dalla sentenza 8/2014, ma che qui non ricorre, in cui questo secondo atto faccia espresso riferimento ai contenuti del primo.

4.2 Fatta questa precisazione, la ricorrente appellante, con l’atto 12 ottobre 2018, ha dedotto sette censure, corrispondenti secondo logica ai cinque motivi che seguono, i primi due volti a contestare la stessa sussistenza dell’illecito, ed i restanti, dedotti in subordine al mancato accoglimento dei primi, l’entità della sanzione applicata

- con il primo di essi, corrispondente alle censure prima, terza e settima, alle pp. 6, 35 e 61 dell’atto, deduce in sintesi un eccesso di potere per travisamento del fatto e critica la sentenza impugnata per aver deciso in senso contrario. Sostiene infatti, in sintesi estrema, che l’illecito non esisterebbe come fatto storico, ovvero che le prove individuate dall’Autorità per dimostrare l’esistenza dell’intesa anticoncorrenziale vietata in realtà non sorreggerebbero tale conclusione. Sostiene al contrario che i fatti così come ricostruibili sarebbero invece condotte del tutto lecite ed usuali nel mercato del cemento, e quindi critica la sentenza per non aver considerato tale lettura alternativa dei fatti stessi. In particolare poi afferma che non vi sarebbe la prova di un “piano collusivo globale” (motivi aggiunti, p. 36 quarto rigo), ovvero di una intesa complessiva fra le imprese oggetto di procedimento. La ricorrente appellante sostiene poi che la fondatezza del motivo deriverebbe da un’interpretazione pacifica delle norme di diritto europeo in materia, in particolare dall’interpretazione dell’art. 101 TFUE; chiede però che questo Giudice, nel caso di dubbi interpretativi in proposito, rimetta alla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale tre quesiti interpretativi, che puntualmente formula nei termini di cui appresso (pp. 61-62 dell’atto);

- con il secondo motivo, corrispondente alla seconda censura a p. 32 dell’atto, deduce sempre eccesso di potere per travisamento del fatto, sotto un profilo differente, relativo alla sussistenza giuridica dell’illecito, e critica la sentenza impugnata per avere sul punto condiviso le opposte conclusioni dell’Autorità. Premette sul punto che secondo il provvedimento impugnato l’intesa vietata avrebbe avuto carattere continuato nel tempo, essendo durata, in ipotesi, dal giugno 2011 al gennaio 2016. Osserva poi, che, sempre secondo il provvedimento impugnato, nel corso di tale periodo di durata dell’intesa in questione, sempre a dire del provvedimento impugnato, vi sarebbe un lasso di tempo abbastanza lungo, dal dicembre 2012 al giugno 2015, in cui ella non avrebbe posto in essere alcuna delle condotte attraverso le quali, in ipotesi, l’intesa vietata veniva attuata. Sostiene allora che, in base ai fatti storici così come accertati, l’Autorità avrebbe dovuto ritenere o l’insussistenza giuridica della condotta contestata, per mancanza di uno dei suoi elementi costitutivi, ovvero della continuazione ritenuta a suo carico, oppure, in subordine, un’infrazione di minore gravità. In altre parole, a suo dire, “l’interruzione” dell’illecito impedirebbe “all’Autorità di infliggere sanzioni per il periodo durante il quale l’infrazione è stata interrotta” (motivi aggiunti, p. 33 dal diciassettesimo rigo);

- con il terzo motivo, corrispondente alla quarta censura a p. 39 dell’atto, deduce violazione ovvero falsa applicazione dell’art. 15 della l. 10 ottobre 1990 n.287 e del punto 29 delle “Linee guida per il calcolo delle sanzioni” approvate dalla Autorità con deliberazione 22 ottobre 2014 n.25152. In proposito sostiene che, come base di calcolo per determinare la sanzione, l’Autorità avrebbe utilizzato senza alcuna motivazione sul punto un dato non applicabile, ovvero il dato del proprio fatturato mondiale 2015, in luogo del dato corretto, ovvero il dato del fatturato mondiale 2016. Di conseguenza, la sanzione applicata è risultata di € 84.052.057, come indicato in epigrafe, quando, ove fosse stato utilizzato il dato corretto, essa a tutto voler concedere non sarebbe potuta essere superiore a € 27.880.000;

- con il quarto motivo, corrispondente alla quinta censura a p. 51 dell’atto, deduce violazione degli artt. 2, 15 e 31 della l. 287/1990 e del punto 12 delle Linee guida citate: sostiene l’errata applicazione dei criteri previsti da tali norme per determinare l’ammontare della sanzione entro il minimo ed il massimo, e critica la sentenza impugnata per avere deciso diversamente. Deduce quindi che l’Autorità avrebbe errato nel ritenere la violazione come molto grave, e in particolare non avrebbe considerato gli effetti della condotta, il proprio ruolo specifico nell’illecito, l’assenza di segretezza della condotta contestata, che sarebbe invece stata realizzata alla luce del sole; non avrebbe poi tenuto conto della durata effettiva della condotta nel tempo e avrebbe omesso di applicare una circostanza attenuante, ovvero l’asserita spontanea attuazione degli impegni ad eliminare la condotta;

- con il quinto motivo, corrispondente alla sesta censura a p. 59 dell’atto, deduce infine violazione dell’art. 134 c.p.a., sostenendo che il TAR avrebbe illegittimamente omesso di esercitare la giurisdizione di merito di cui è titolare in materia, al fine di evitare che fosse applicata una sanzione sproporzionata.

5. L’Autorità ha resistito, con memoria depositata già il giorno 27 agosto 2018, in cui, in sintesi estrema, difende la motivazione del proprio provvedimento sanzionatorio.

Con memoria 29 ottobre 2018 per l’Autorità e con replica 2 novembre 2018 per la ricorrente appellante, le parti hanno ribadito le rispettive asserite ragioni, e alla pubblica udienza del giorno 15 novembre 2018, dopo discussione, il Collegio ha trattenuto la causa in decisione.

6. L’appello è solo parzialmente fondato, ovvero è fondato solo con riferimento al terzo motivo, che concerne l’entità della sanzione, per le ragioni di seguito esposte.

7. Il primo ed il secondo motivo, i quali come si è detto sono relativi alla sussistenza dell’illecito quanto al fatto storico ed alla qualificazione giuridica di esso, sono all’evidenza connessi, vanno esaminati congiuntamente, e risultano entrambi infondati.

8. Per chiarezza, vanno sintetizzate le norme applicabili alla fattispecie.

8.1 Gli artt. 101 e 102 del TFUE stabiliscono nell’ordinamento europeo le “*regole di concorrenza*” fondamentali applicabili alle imprese e in generale proibiscono, quanto all’art.101 “*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*”, e quanto all’art. 102, che nella fattispecie però non rileva, “*lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato*”. Per dare concreta attuazione nel nostro ordinamento a tali norme, è stata emanata com’è noto la l. 10 ottobre 1990 n.287, istitutiva dell’AGCM.

8.2 Nel caso di specie, è processo per una asserita intesa lesiva della concorrenza, vietato dalla norma dell’art. 101 comma 1 lettera a) del TFUE, e dal conforme art. 2 comma 2 lettera a) della l. 287/1990, come accordo o per lo meno pratica concordata volta a “*fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita*” di una merce, in questo caso, come si dirà meglio, del cemento. In proposito, l’Autorità ha esercitato i poteri che le spettano in base agli artt. 12-15 della l. 287/1990, ovvero ha proceduto ad istruttoria ai sensi dell’art. 12 per verificare l’esistenza dell’intesa; ai sensi dell’art. 14 comma 2 ha raccolto la documentazione cui ci si riferirà in seguito e all’esito, ritenuto che l’intesa restrittiva effettivamente esistesse, ha irrogato la sanzione e disposto la diffida previste dall’art. 15.

8.3 In materia, la giurisprudenza di questo Giudice ha elaborato una serie di principi, cui è pure necessario fare in sintesi riferimento, dato che, anche secondo il senso comune, i comportamenti che, come nella specie, si traducono nella pratica nella fissazione di prezzi uniformi da parte delle imprese attive in un mercato oligopolistico non necessariamente sono il risultato di un’intesa vietata, potendo anche derivare da libere e lecite decisioni prese dalle imprese stesse in modo autonomo l’una dall’altra. Ci si riferisce quindi all’elaborazione contenuta nella sentenza della Sezione 22 marzo 2001 n.1699, ove ampie ulteriori citazioni, che si considera per tutte sia perché particolarmente approfondita, sia perché relativa ad un caso analogo al presente, di “parallelismo tariffario” fra imprese di un settore economico, accertato come prodotto da una concertazione fra esse.

8.4 Secondo la sentenza in esame, quindi, il principio in materia di concorrenza espresso dalle norme del Trattato è che ogni operatore economico deve determinare autonomamente la propria condotta sul mercato; ciò non esclude che egli abbia il diritto a reagire in maniera razionale al comportamento, constatato o atteso, dei propri concorrenti; gli proibisce però di instaurare con i concorrenti stessi ogni contatto, diretto o indiretto, volto influenzare il reciproco comportamento sul mercato o mettersi reciprocamente al corrente dei comportamenti che si intendono porre in atto. Se tali contatti fossero ammessi, infatti, si sostituirebbe “all'alea della concorrenza il vantaggio della concertazione” ed il consumatore sarebbe privato sistematicamente dei benefici che gli derivano dalla tendenza fisiologica di ogni impresa concorrente a conquistarsi fette di mercato offrendo condizioni più favorevoli rispetto ad altre imprese.

8.5 Ciò posto, sempre seguendo l’esposizione di C.d.S. 1699/2001, l’intesa vietata, anche secondo quanto risulta dalle norme del Trattato e della legge nazionale, può assumere le forme di un vero e proprio esplicito accordo, che potrebbe al limite risultare da un documento, ma anche quelle della “pratica concordata”, ovvero di “una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere stata spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse ai rischi della concorrenza” ed ha l’effetto, in sostanza, di riprodurre “in una sfera collettiva ed apparentemente concorrenziale, i vantaggi propri del comportamento del monopolista”, vantaggi cui corrisponde notoriamente un pregiudizio per il consumatore, il quale si trova in una situazione nella quale, rispetto alla concorrenza, è disponibile sul mercato una minor quantità della merce, che si paga ad un prezzo superiore.

8.6 E’ poi il caso di ricordare che le intese di tal tipo sono vietate di per sé, ovvero per il mero fatto di essere state poste in essere: non è necessario per incorrere nel divieto che dall’intesa vietata sia effettivamente derivato un effetto distorsivo. Il problema, come ricorda sempre la sentenza 1699/2001, si era posto perché la versione italiana dell’originario art. 81 del Trattato CEE vietava, alla lettera, le intese aventi “*per oggetto e per effetto*” l’alterazione della concorrenza di cui si è detto: l’uso della congiunzione “*e*” in luogo della “*o*” presente invece nei testi nelle altre lingue aveva fatto ritenere ad una parte della dottrina che i due requisiti, dell’intesa e dell’effetto di essa, dovessero essere compresenti. La giurisprudenza della Corte di Giustizia lo aveva invece comunque escluso, con riferimento sia agli accordi, come da sentenza VI sezione 17 luglio 1997 C 219/95 *Ferriere Nord* §§ 18-20, sia alle pratiche concordate, come da sentenza 8 luglio 1999 C 235/92 *Montecatini* § 43. La questione peraltro attualmente non ha ragione di porsi, perché la disgiuntiva “*o*” è presente, come si è visto, sia nel testo dell’art. 101 TFUE, sia nel testo della norma nazionale, art. 2 comma 2 della l. 287/1990.

8.7 Tanto premesso, come si comprende secondo il senso comune, e come ricorda anche la sentenza 1699/2001, le intese in questione, e in particolare le pratiche concordate, pongono problemi di prova: da un lato, è praticamente un caso di scuola quello in cui dell’intesa vietata esistano prove dirette -come un documento che la renda esplicita, ovvero una confessione di chi ne sia parte; dall’altro lato, se si richiedesse comunque una prova di tal tipo, la normativa a difesa della concorrenza resterebbe ineffettiva. La giurisprudenza considera pertanto, ai fini della prova dell’illecito, necessario e sufficiente che dell’intesa vietata esistano indizi gravi, precisi e concordanti, in armonia del resto con i principi generali in tema di prova contenuti anche nell’art. 2729 c.c. In particolare, nel caso che interessa, il parallelismo delle condotte tenuto da imprese operanti in un mercato oligopolistico, che potrebbe in sé esser lecito, se non frutto di concertazione, può essere considerato come risultato di un’intesa anticoncorrenziale vietata se di essa emergano indizi gravi, precisi e concordanti, rappresentati da un elemento endogeno, ovvero la non plausibilità della condotta come effetto delle normali dinamiche di mercato, e da un elemento esogeno, ovvero la sussistenza di elementi di riscontro rivelatori della concertazione non consentita, fra i quali in particolare l’accertata sussistenza di una serie di contatti e di scambi di informazioni fra le imprese concorrenti circa le proprie iniziative e strategie di mercato, nonché la condivisione di valutazioni che in un mercato concorrenziale ogni impresa terrebbe per sé.

8.8 La giurisprudenza ha parimenti sostenuto – si veda sempre la sentenza 1699/2001 – che di norma la prova dell’elemento endogeno, ovvero dell'irrazionalità della condotta incombe sull’Autorità; se però nel caso in esame emergono elementi di riscontro di tipo esogeno l'onere probatorio contrario relativo viene spostato in capo all'impresa. L’affermazione però non va intesa in modo meccanico, ovvero nel senso che fra le modalità di valutazione dei due elementi citati vi sia una rigida distinzione. Secondo logica infatti in primo luogo è molto raro, se non impossibile, che l’elemento endogeno, ovvero come si è detto una condotta che non sarebbe plausibile se non ipotizzando che fra le imprese coinvolte vi sia un’intesa del tipo vietato, non possa ricevere in assoluto alcuna spiegazione alternativa, che al limite lo potrebbe interpretare come casuale. Si osserva poi che, se ciò accadesse realmente, ovvero se l’elemento endogeno fosse del tutto univoco nel senso di rimandare ad un’intesa vietata, di elementi esogeni non vi sarebbe bisogno alcuno. Si deve allora concludere che la valutazione degli elementi endogeno ed esogeno va fatta congiuntamente: in presenza di un elemento endogeno per così dire sospetto, anche se non assolutamente univoco, sarà l’esame degli eventuali elementi esogeni a far propendere per una delle due ipotesi possibili, ovvero a far concludere per la sussistenza o insussistenza di un’intesa vietata.

9. Entro questo quadro normativo, si deve ora esaminare il provvedimento impugnato (doc. B in I grado ricorrente appellante) per vedere in qual modo l’Autorità, attraverso l’istruttoria svolta, abbia ritenuto l’esistenza dell’intesa illecita.

9.1 Il procedimento (doc. B in I grado ricorrente appellante, cit. p. 6) prende le mosse da una segnalazione che l’Autorità riceve il giorno 12 giugno 2015 da parte di un’impresa attiva nel settore della produzione e vendita di calcestruzzi, che come si comprende utilizza il cemento come materia prima, e segnala appunto che con distinte comunicazioni del giugno stesso quattro proprie fornitrici le avevano dato notizia di un identico e simultaneo aumento del prezzo di vendita del cemento sfuso.

9.2 Sempre nel provvedimento, l’Autorità si dà carico, ancorché tale aspetto sia sostanzialmente incontroverso, di individuare con precisione il mercato rilevante cui l’istruttoria avviata a seguito della segnalazione si riferisce. Il provvedimento infatti spiega che per “cemento” si intende il cemento grigio, il ben noto legante utilizzato dall’industria delle costruzioni, che si produce macinando alcuni minerali e miscelandoli con appositi additivi e si vende prevalentemente sfuso, oppure in sacchi preconfezionati. L’Autorità spiega, per quanto qui interessa, che il cemento, come è noto anche per comune esperienza, è un materiale difficilmente sostituibile con altri, si produce con impianti a cd. alta densità di capitale, ovvero che richiedono grossi investimenti e rendono difficile l’ingresso di nuovi concorrenti sul mercato. Per tali ragioni, il mercato di tale prodotto è “tendenzialmente abbastanza concentrato, con un numero di operatori relativamente ridotto”. Particolare è poi la situazione del nostro Paese, in cui il numero di imprese attive nel settore è maggiore rispetto ad altri Paesi europei: ciò, a fronte di una domanda decrescente, fa sì che esista una notevole capacità produttiva inutilizzata (doc. B in I grado ricorrente appellante, pp. 12-14).

10. Ciò posto, l’Autorità attraverso le proprie indagini, costituite principalmente da acquisizione di documenti, ha potuto anzitutto ricostruire quello che il provvedimento chiama “parallelismo dei comportamenti di prezzo”, puntualmente riassunto nel provvedimento impugnato in un apposito quadro illustrativo, indicato come “tabella A” (doc. B in I grado ricorrente appellante p. 26). Tale quadro non è sostanzialmente contestato, tuttavia l’Autorità ha spiegato nella motivazione del provvedimento stesso, come chiarito anche nel corso della discussione orale, in qual modo sia giunta ad elaborarlo.

10.1 Il quadro va anzitutto descritto. Esso dà ragione di sette episodi, dal giugno 2011 al gennaio 2016, anche se come si vedrà nessuno di questi singoli episodi si svolge in un solo giorno: l’indicazione, ad esempio, “giugno 2011”, si riferisce ai fatti di un periodo, come spiegato nella motivazione del provvedimento. Le imprese oggetto di indagine quindi comunicano alla clientela tra la fine di aprile e la prima metà di maggio un primo aumento parallelo dei prezzi di vendita del cemento, in misura pari a 12 euro per tonnellata, a valere dai primi giorni del mese di giugno 2011. Le stesse imprese comunicano tra i primi di ottobre e la fine di novembre 2011 un secondo aumento, sempre di 12 euro a tonnellata a decorrere dall’inizio 2012, nonché un terzo aumento, di circa 10 euro a tonnellata, comunicato nel novembre 2012 a valere dall’inizio 2013. Vi sono poi due tentativi di aumento, nel senso che l’aumento, programmato in un primo tempo, viene poi ritirato. Il primo episodio di questo tipo è della primavera 2014, in cui sono diffuse comunicazioni relative ad un aumento di 5 euro a tonnellata, poi ritirate. Il secondo episodio è del febbraio 2015, in cui è comunicato un aumento per 7 euro a tonnellata a decorrere dal marzo successivo, aumento che è ritirato dopo che una delle principali imprese coinvolte, diversa dalla ricorrente appellante, decide di non darvi corso. Vi sono infine altri due aumenti di prezzo effettivi, uno di 9 euro a tonnellata del giugno 2015 e un ultimo di ammontare compreso fra i 9 e i 10 euro, annunciato fra l’ottobre e il novembre 2015 a valere per il gennaio 2016 (doc. B in I grado ricorrente appellante pp. 27-28 §§ 79-84). Il provvedimento dell’Autorità dà conto di un parallelismo anche nelle modalità con cui l’aumento viene effettuato, ovvero tramite “invio massivo” di comunicazioni alla clientela, nelle quali si dà notizia dell’ammontare e della decorrenza dell’aumento stesso (doc. B in I grado ricorrente appellante p. 28 § 86).

10.2 Per arrivare a tale ricostruzione, il provvedimento argomenta dalla documentazione acquisita, che puntualmente cita. In primo luogo, come è stato chiarito anche nella discussione orale, i verbali di audizione della ricorrente appellante (doc. ti 47 e 55 in I grado Autorità) contengono in sostanza il resoconto di una discussione con i rappresentanti di essa, la quale dà per presupposto il quadro degli aumenti appena descritto. Inoltre, sono stati prodotti ulteriori documenti, da cui risultano le comunicazioni di aumento di cui si è detto: a titolo di esempio, i doc.ti 8 [70], 22 [214], rubricato “integrazione istanza di riservatezza”, ma in realtà contenente gli aumenti, e 30 [283.19] in I grado dell’Autorità, che non sono stati specificamente contestati, al pari degli altri. Si avverte che il numero fra parentesi quadre corrisponde alla numerazione di procedimento dell’Autorità ed è quello cui si riferisce il testo del provvedimento per le proprie citazioni: i documenti di cui sopra sono appunto quelli citati nelle note del testo del provvedimento, nel passo cui ci si è riferiti sopra, mentre la chiave che fa corrispondere l’una numerazione all’altra è nel foliario di I grado dell’Autorità.

11. L’Autorità, in ordine logico, ha poi dimostrato che il descritto quadro di aumenti paralleli non è frutto del caso, ovvero di dinamiche involontarie di mercato. Il provvedimento impugnato dà infatti conto di “risultanze istruttorie” le quali evidenziano “lo svolgersi fra le parti di discussioni relative a prezzi e a listini” (doc. B in I grado ricorrente appellante p. 31 § 91), risultanze puntualmente descritte nel testo del provvedimento e confermate dai documenti cui esso si riferisce. Esso si riferisce anzitutto a documentazione interna alle imprese coinvolte, nella quale si tratta, in termini più o meno velati, degli aumenti di cui si è detto come di aumenti concordati. Nell’ordine e per non citare che i più significativi: la minuta datata 15 aprile 2011 di una riunione tenutasi presso l’associazione di categoria, in cui si parla di “possibilità di alzare il prezzo” (doc. B in I grado ricorrente appellante p. 31 §§ 92-93 e doc. 27 [278] in I grado Autorità); la mail 25 maggio 2011 di un responsabile vendite all’autore della minuta di cui sopra, in cui si dice che tutti i “big” hanno confermato l’aumento di 12 euro (doc. B in I grado ricorrente appellante p. 31 § 93 e doc. 29 [283.15] in I grado Autorità); la lettera del funzionario vendite di una delle ditte coinvolte, il quale il 26 marzo 2013 lamenta che, a differenza di alcune altre aziende, “gli aumenti … noi gli abbiamo applicati … come era stato pattuito” (doc. B in I grado ricorrente appellante p. 32 § 94 e doc. 9 [71.5] in I grado Autorità); la relazione 1 luglio 2015 reperita presso un’altra delle imprese coinvolte, ove si afferma che gli aumenti “pattuiti” sono stati “comunicati da tutti” (doc. B in I grado ricorrente appellante p. 33 § 96 e doc. 26 [274.23] in I grado Autorità); una lettera 29 maggio 2015 relativa al prossimo aumento di prezzi del 3 giugno 2015, che una delle imprese coinvolte invia ad altra fra esse, e che questa diffonde fra i suoi rappresentanti con la dicitura “questa lettera sarà replicata da tutti i cementieri” (doc. B in I grado ricorrente appellante p. 34 § 99 e doc. 30 [283.19] in I grado Autorità). E’ poi considerata ugualmente significativa la circostanza che in almeno due occasioni siano state ritrovate presso gli uffici di una delle imprese coinvolte le bozze delle lettere di aumento predisposte da altra impresa concorrente, prima che l’aumento stesso fosse reso noto (doc. B in I grado ricorrente appellante p.32 e 35 §§ 95 e 104; si tratta di fatti non contestati specificamente).

12. L’Autorità ha ancora dimostrato in modo diretto il coinvolgimento della ricorrente appellante in uno almeno di questi scambi di informazioni sugli aumenti. Il provvedimento dà conto di due mail 3 giugno 2015, indirizzate da un funzionario vendite di una delle imprese coinvolte agli organi centrali di esse, che riportano nella prima “oggi 3 giugno 2015 partono le email di Italcementi e … aumento di 9 euro tonnellata dal 15 giugno 2015 …” e nella seconda “Sabato” ovvero il 30 maggio, “i funzionari hanno ricevuto direttive analoghe a … e Italcementi, 15 giugno 9 euro tonnellata di aumento”. Il provvedimento da ciò desume che l’informazione relativa al futuro aumento, operato anche dalla ricorrente appellante, era stata condivisa prima che l’aumento fosse operato, e nella nota osserva che ciò è in contrasto con la versione dei fatti data dalla ricorrente appellante in sede di audizione (doc. B in I grado ricorrente appellante p. 33 § 97 e nota 85; la prima delle mail è prodotta come doc. 10 [71.10] in I grado Autorità, e sul testo della seconda non vi è specifica contestazione).

13. L’Autorità infine, lo si dice per completezza, dato che sulle parti corrispondenti del provvedimento non vi è specifica contestazione, osserva che in aggiunta alle condotte descritte ne constano altre, tramite le quali le partecipanti all’impresa si scambiavano le comunicazioni di futuro aumento e i listini di conseguenza modificati, in quest’ultimo caso anche con la collaborazione di clienti amici (doc. B in I grado ricorrente appellante pp. 38-44 §§ 114-132).

14. L’Autorità nel provvedimento impugnato completa la propria analisi osservando che l’intesa non era limitata ai comportamenti appena descritti, di aumenti di prezzo paralleli, ma comprendeva altre condotte, volte in sintesi estrema a verificare che l’intesa stessa fosse effettivamente tradotta in atto e rispettata. Ci si riferisce alla “verifica dell’applicazione degli aumenti di prezzo” analizzata alle pp. 44-46 del provvedimento (doc. B in I grado ricorrente appellante), che secondo lo stesso avveniva in sintesi attraverso ulteriori contatti fra le parti, puntualmente descritti, e sulla quale, ancora una volta, non vi sono specifiche contestazioni. Ci si riferisce poi alle statistiche predisposte dall’Associazione di categoria, sulle quali è necessario invece soffermarsi, perché la relativa ricostruzione è oggetto di specifiche censure, contenute nell’appello (motivo primo, § 1.4, pp. 22 e ss.).

14.1 Il provvedimento premette (doc. B in I grado ricorrente appellante p. 47 e ivi nota 153) che nel settore cementiero statistiche relative alla produzione vengono predisposte da lungo tempo dalla competente autorità amministrativa, attualmente dal Ministero dello sviluppo economico - MISE. Rileva però (doc. B in I grado ricorrente appellante p. 47 § 140) che nel periodo di interesse, ovvero “quantomeno a far data dal 31 gennaio 2012” (ibidem) alle statistiche dell’amministrazione se ne sono affiancate altre, predisposte dall’Associazione di categoria anche con la collaborazione di una società esterna specializzata, statistiche definite “tempestive” in quanto, secondo il provvedimento stesso, esse “consentivano … di verificare in tempo reale l’andamento della propria quota di mercato relativa rispetto agli altri operatori … e definivano quindi un fondamentale strumento di verifica del rispetto della concertazione sui prezzi” (*ibidem*).

14.2 Il provvedimento considera di particolare interesse le statistiche elaborate a partire dal mese di giugno 2013 in via autonoma dall’associazione, a seguito di una riunione svoltasi il 19 giugno di quel mese, in cui si osserva che i tempi di pubblicazione delle statistiche ministeriali comportano “un ritardo che vanifica di fatto il valore informativo del dato di produzione” (doc. B in I grado ricorrente appellante p. 49 e doc. 51 [510.3.134] in I grado Autorità, p. 2). Di conseguenza, l’associazione, come si è detto con l’aiuto di una società specializzata esterna, predispone un sistema di rilevazioni parallelo, che in sintesi tiene conto delle consegne di cemento alla clientela e delle esportazioni elaborando dati forniti dalla quasi totalità delle imprese produttrici e rendendo i risultati disponibili entro la metà del mese successivo a quello di rilevazione (doc. B in I grado ricorrente appellante pp. 50-52, in particolare il § 149). Sempre il provvedimento osserva come il sistema di immissione dati contenesse un algoritmo che, in sostanza, consentiva ad ogni impresa la quale immetteva i propri dati nel sistema, nel momento stesso in cui ciò avveniva, “se il dato immesso era o meno in linea con un livello ritenuto non anomalo dal sistema, ovvero rispetto ad una quota storica nell’area di riferimento, ovvero, dinamicamente, rispetto dall’andamento di questa” (doc. B in I grado ricorrente appellante p. 53 § 155). In base a tutte queste considerazioni, il provvedimento conclude che l’associazione di categoria ha “ideato e messo a disposizione delle associate uno strumento che ha consentito loro di seguire l’andamento delle rispettive quote di mercato, funzionale ad un’attività di controllo reciproco delle condotte di mercato concordate” (doc. B in I grado ricorrente appellante pp. 54-55 § 161).

15. L’Autorità da ultimo si fa carico di dimostrare che l’intesa descritta ha avuto anche “esiti di mercato” (doc. B in I grado ricorrente appellante p. 60), ovvero, come meglio argomentato più avanti nel provvedimento (*ibidem* p. 100) che l’intesa stessa fa parte delle intese vietate non solo per l’oggetto di essa, che è restrittivo della concorrenza, ma anche per gli effetti da essa prodotti. In sintesi, l’Autorità parte dal presupposto che il mercato del cemento sia caratterizzato da un calo della domanda e da un complessivo andamento decrescente dei costi di produzione, e da ciò ritiene “ragionevole” ritenere che “una normale dinamica competitiva tra le imprese cementiere non avrebbe dovuto dare luogo ad un andamento crescente dei prezzi, quale invece si è effettivamente riscontrato nel periodo di riferimento” (doc. B in I grado ricorrente appellante p. 261 § 178). A dimostrazione di tale tesi, il provvedimento evidenzia due elementi. Il primo è dato (*ibidem* p. 63 § 181) dalla rilevazione dei prezzi medi di vendita del cemento, che mostrano “una sequenza di salti verso l’alto proprio in corrispondenza degli incrementi dei prezzi nominali”. Il secondo (*ibidem*, pp. 69-71 §§ 195-197) è infine dato dalla relativa stabilità nel tempo delle quote di mercato relative delle imprese coinvolte, pur a fronte di un calo nel tempo dei quantitativi di prodotto consegnati.

16. Gli elementi sin qui descritti, ad avviso del Collegio, dimostrano con tranquillante certezza che il provvedimento impugnato è motivato in modo corretto e congruo nella parte in cui ritiene esistente l’intesa vietata e ritiene che la ricorrente appellante ne fosse parte. Il provvedimento in questione infatti da un lato soddisfa i criteri di prova dell’intesa stessa individuati dalla giurisprudenza, come sopra spiegato, e dall’altro lato resiste alle critiche che gli sono mosse nell’atto di appello attraverso la critica alla sentenza di I grado, che ha respinto il relativo ricorso condividendo le motivazioni del provvedimento stesso.

16.1 In primo luogo, si deve affermare che sussiste l’elemento endogeno, ovvero un comportamento economicamente implausibile, dato dal riscontrato parallelismo degli aumenti di prezzo, se non nell’ambito di un accordo collusivo. La difesa della ricorrente appellante ha inteso dimostrare il contrario, in ordine logico, anzitutto negando che, quanto alla ricorrente appellante stessa, il parallelismo degli aumenti sussista (appello, § b 1 p. 1 e ss.). L’argomentazione va respinta, ricordando quanto si è già osservato, ovvero che tutti gli aumenti considerati non si sono realizzati con assoluta sincronia, ma ciascuno all’interno di un arco di tempo di una certa ampiezza, sì che il giudizio di parallelismo fra gli stessi rimane giustificato.

16.2 La difesa della ricorrente appellante ha poi sostenuto che gli aumenti paralleli osservati dall’Autorità – secondo logica, nell’ipotesi in cui essi si ritengano effettivamente sussistenti – sarebbero risultato di una dinamica usuale nei mercati del tipo in esame, e ciò ha fatto argomentando dal parere di un docente, prodotto tanto in sede di procedimento, quanto in causa (doc. 11 in I grado ricorrente appellante). Secondo il parere in questione, il comportamento osservato sarebbe “esattamente l’implicazione empirica di un modello competitivo proposto da Edgeworth circa un secolo fa e ripreso più di recente dai premi Nobel Maskin e Tirole che ne hanno chiarito in modo rigoroso le basi teoriche. In tali modelli di oligopolio si ammette che le imprese fissino i prezzi in sequenza tra loro, potendoli poi modificare a piacere successivamente … Equivale concettualmente alla nozione di *price leadership* “barometrica”, nella quale un’impresa eleva il prezzo per “prendere la temperatura” al mercato, mentre gli altri lo seguono o meno a seconda della risposta del mercato. In queste situazioni è quindi del tutto naturale che un’impresa – operando al di fuori di uno schema di concertazione aumenti il prezzo per testare il mercato, le altre la seguano (con ritardi che dipendono dalla trasparenza del mercato) e poi riprendano a farsi concorrenza come sempre ma a partire da livelli di prezzo superiori ai precedenti” (doc. 11 ricorrente appellante, pp. 3-4).

16.3 Tale ricostruzione, che astrattamente potrebbe anche essere condivisibile, è nel caso di specie smentita dai fatti, ovvero dagli elementi esogeni raccolti dall’Autorità, di cui si è puntualmente dato conto. Anche secondo il senso comune, infatti, se vi sono prove dirette del fatto che alcuni degli aumenti di prezzo considerati sono stati concordati, è del tutto logico ritenere che concordati fossero anche gli altri, avvenuti ad opera degli stessi soggetti e con modalità analoghe, mentre diventa molto improbabile sostenere quanto per vero nemmeno nel parere citato si afferma, ovvero che alcuni episodi sarebbero frutto di collusione, e gli altri invece di una normale dinamica di mercato. Ciò posto, identico discorso si deve svolgere per la partecipazione all’intesa della ricorrente appellante: una volta acquisita la prova diretta, di cui si è detto, della sua partecipazione consapevole ad uno degli episodi di aumento concordato, diventa estremamente implausibile sostenere che tale partecipazione consapevole non vi fosse per gli episodi analoghi. Gli elementi di prova in tal senso sopra descritti sono poi a semplice lettura del tutto univoci, e pertanto il Collegio non ritiene di condividere le argomentazioni in contrario contenute nel § 1.3 alle pp. 15-22 dell’atto di appello. E’ solo il caso di ricordare che il riferimento ad aumenti concordati avviene più volte, e che il ritrovamento presso la sede di un’impresa delle comunicazioni di aumento di un’altra impresa, in teoria concorrente, prima che esse siano rese note, costituisce rivelazione di informazioni che normalmente si tengono riservate, ovvero integra uno degli indizi della pratica concordata valorizzati dalla giurisprudenza. E’ solo per completezza che si ricorda come i rilievi qui svolti, concernenti il carattere non plausibile della ricostruzione alternativa dei fatti proposta dalla ricorrente appellante, fossero già contenuti nel provvedimento (doc. B in I grado ricorrente appellante in part. pp. 74, 92 e 108-109)

16.4 La difesa della ricorrente appellante si è altresì soffermata, negandone secondo logica il valore di elemento esogeno di prova, sulle descritte statistiche predisposte a cura dell’associazione di categoria (atto di appello, § 1.4 pp. 22-27), sostenendo in sintesi estrema che si sarebbe trattato di statistiche del tutto lecite. Si osserva però che né nel provvedimento né altrove l’Autorità ha mai sostenuto il contrario, affermando invece che le statistiche, utilizzate da chi era parte dell’intesa, costituivano uno strumento per amministrarla, controllando in parole semplici cosa accadeva sul mercato, e per tal ragione l’associazione se ne è dotata. In altre parole, si può dire che l’illecito fosse non nelle statistiche, ma nello scopo che si prefiggeva chi le creava e le utilizzava.

16.5 Sotto altro profilo, la difesa della ricorrente appellante ha contestato le conclusioni cui il provvedimento è pervenuto a proposito degli effetti di mercato dell’intesa vietata, sostenendo anzitutto che la propria assistita presenterebbe una diversa fluttuazione delle quote sul mercato stesso, pari al 2,4% nel periodo considerato, a fronte di variazioni inferiori al punto percentuale per le altre imprese (appello, p. 13 con riferimento a quanto risulta nella tabella a p. 70 del provvedimento impugnato), poi che il provvedimento non avrebbe valutato i “prezzi effettivi” di vendita (appello, p.27) e che l’impianto accusatorio mancherebbe di “congruità narrativa” (appello, p. 30), nel senso che si dirà.

16.6 In proposito, è necessaria una considerazione preliminare. Il provvedimento impugnato ravvisa nell’intesa per cui è causa un duplice profilo di illiceità, tanto per l’oggetto, come restrittiva della concorrenza, quanto per gli “effetti apprezzabili” da essa prodotti (doc. B in I grado ricorrente appellante, p. 100 § 288). In base all’interpretazione di cui si è dato conto sopra, uno solo di questi due profili basterebbe a qualificare l’intesa come illecita, e quindi a legittimare l’irrogazione di una sanzione; non è invece vero quanto sostiene la ricorrente appellante (cfr. l’atto di appello, p.29 § e) ovvero che gli effetti economici dell’intesa sarebbero “elemento costitutivo dell’illecito”, sì che, se essi non fossero pienamente provati, l’illecito stesso non si potrebbe ritenere sussistente.

16.7 Ciò posto, ai rilievi della ricorrente appellante si risponde in ordine logico, incominciando da quello relativo alla “congruità narrativa” di quanto ritenuto dall’Autorità, rilievo che è volto a contestare la sussistenza del profilo di illecito in esame nella sua globalità. La ricorrente appellante sostiene allora che la realtà macroeconomica del periodo considerato sarebbe “diametralmente opposta” a quella ipotizzata dal provvedimento, e tale quindi da rendere implausibile la stessa idea dell’esistenza dell’intesa anticoncorrenziale: le imprese italiane del settore avrebbero continuato ad accumulare “ingenti perdite”, alcuni operatori sarebbero addirittura usciti dal mercato, i prezzi del cemento sarebbero saliti in misura inferiore ai costi di produzione, restando comunque i più bassi di Europa, e in sintesi “nel periodo 2011-2016 i produttori italiani di cemento” avrebbero “costantemente venduto a prezzi inferiori ai costi di produzione con il solo obiettivo di riuscire a sopravvivere nel mercato” in attesa di un “riequilibrio … realizzabile in due modi, o grazie ad una ripresa della domanda, o grazie ad una riduzione dell’offerta, da realizzarsi attraverso l’uscita dal mercato degli operatori finanziariamente più deboli” (appello, p. 31, da cui le citazioni). A fronte di ciò si osserva anzitutto che l’argomento prova troppo, perché il dato storico dell’esistenza dell’intesa anticoncorrenziale è ampiamente dimostrato dagli elementi sopra esaminati. Si osserva poi che la situazione del mercato italiano rimane quella tratteggiata dal provvedimento (doc. B in I grado ricorrente appellante, p. 13 § 43), caratterizzata da un numero maggiore di operatori rispetto agli altri Paesi europei. In tale contesto, come per implicito la stessa ricorrente appellante riconosce nel passo citato, sarebbe stato da attendersi un processo di riorganizzazione e di concentrazione, che in sostanza non vi è stato, e tale scenario rende del tutto plausibile che l’intesa abbia avuto effetto, anche se nel senso di limitare gli effetti della dinamica di mercato, e non di invertirli completamente.

16.8 Sempre in ordine logico, al rilievo, anch’esso di ordine generale, per cui il provvedimento non terrebbe conto dei “prezzi effettivi” del prodotto (appello, pp. 27 e ss.) si risponde semplicemente che l’intesa aveva per oggetto l’aumento generalizzato dei listini, che effettivamente ha avuto luogo; non riguardava invece in nessun modo la gestione dei listini una volta aumentati, ovvero non escludeva che, a partire dal listino incrementato, venisse praticata la politica di sconti precedente all’aumento, ovviamente riferita a valori di partenza superiori.

16.9 Si osserva infine che la diversa fluttuazione della quota di mercato della ricorrente appellante non è necessariamente interpretabile come prova della mancanza di effetti dell’intesa poiché non mette nella sostanza in discussione l’andamento di mercato illustrato dai già citati grafici a p.71 del provvedimento (doc. B in I grado ricorrente appellante), nel senso che pur in presenza della fluttuazione indicata, nel mercato non si sono determinati sostanziali rivolgimenti.

16.10 Quanto sin qui esposto porta a respingere il primo motivo di appello.

16.11 Va poi respinto anche il secondo motivo di appello, incentrato su una presunta discontinuità della condotta della ricorrente appellante, la quale non avrebbe, in tesi, partecipato all’intesa restrittiva dal 29 dicembre 2012 al 15 giugno 2015 (appello, p. 32). Si è invece sopra visto che nel periodo in esame non vi furono comunicazioni generalizzate di aumento perché gli aumenti decisi vennero ritirati prima di essere messi in opera, e non perché l’intesa più non esistesse o perché la ricorrente appellante ne fosse uscita: a riprova, come correttamente osserva il provvedimento impugnato (doc. B in I grado ricorrente appellante, pp. 27 in fine e 28), l’entità dell’aumento successivo, che invece ebbe luogo e fu operato dalla stessa ricorrente appellante, “appare congrua a recuperare sia l’aumento mancato nel 2014 … che quello mancato appena tre mesi prima”.

17. E’ viceversa fondato e va accolto il terzo motivo di appello, concernente il corretto calcolo dell’importo della sanzione da applicare.

17.1 Le norme che rilevano nella fattispecie sono l’art. 15 comma 1 seconda parte della l. 287/1990, per cui l’Autorità “*nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida …*”, e il punto 29 delle Linee guida per il calcolo delle sanzioni, ovvero del regolamento in materia di cui l’Autorità stessa si è dotata, secondo il quale “*La base di calcolo del massimo edittale*” della sanzione” *è rappresentata, in conformità con la giurisprudenza nazionale, dal fatturato totale realizzato a livello mondiale nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, da parte di ciascuna impresa partecipante all’infrazione*”. La giurisprudenza europea, correttamente richiamata dalla difesa della ricorrente appellante, ha chiarito che il riferimento all’ultimo esercizio chiuso di cui si è detto è imperativo, nel senso che esso opera ogni volta che si sia in presenza di un “esercizio completo durante il quale sono state effettivamente svolte attività commerciali”; ci si deve invece riferire ad un esercizio precedente solo quando un fatturato per l’esercizio di riferimento manchi del tutto, oppure l’impresa non ha predisposto i conti annuali, oppure non li ha comunicati all’Autorità: per tutte, Corte giustizia IV sezione 7 giugno 2007 C 76/06 *Britannia Alloys & Chemicals* § 30 e Tribunale VI sezione 15 luglio 2015 T 391/10 *Nedri Spanstaal BV* §§ 96-98. Argomentando dalla prima delle sentenze citate, per cui le risorse finanziarie dell’impresa vanno correttamente valutate perché la sanzione raggiunga il proprio scopo dissuasivo, si potrebbe aggiungere ai casi riportati quello in cui il fatturato dell’ultimo esercizio sia stato artificiosamente diminuito con operazioni elusive, ma al di là di ciò non è evidentemente possibile spingersi.

17.2 Ciò posto, nel calcolare la sanzione l’Autorità ha proceduto così come segue (v. doc. B in I grado ricorrente appellante, capitolo 7.1 “Criteri per la quantificazione della sanzione”). In primo luogo, ha determinato l’importo base della sanzione, equivalente concettualmente alla pena base del diritto penale, moltiplicando il valore delle vendite del prodotto cui l’intesa si riferisce, ovvero del cemento, relativo all’ultimo anno di partecipazione all’infrazione, anzitutto per una percentuale determinata in funzione della gravità dell’infrazione, poi per un coefficiente pari agli anni e alla frazione di anno di partecipazione all’intesa. Per la ricorrente appellante, ciò ha portato ad un importo base di € 186.782.350, ottenuto moltiplicando il fatturato specifico di € 271.683.418 per un 15%, che è la misura minima prevista per le intese orizzontali, e per 4.58, ovvero per la durata della partecipazione all’intesa (doc. B in I grado ricorrente appellante, cit. pp. 115-116). Tutti questi calcoli sono eseguiti in applicazione del capo II punti 8-16 delle linee guida, e non sono contestati come tali.

17.3 Determinato l’importo base, l’Autorità ha ad esso applicato una riduzione del 10% a titolo di circostanza attenuante, per avere la ricorrente appellante tempestivamente adottato un programma di *compliance*, ovvero un *corpus* di regole interne volto ad evitare il ripetersi di infrazioni similari, arrivando così ad una sanzione di € 168.104.115.

17.4 Sull’importo della sanzione così determinato, l’Autorità ha poi proceduto ad applicare l’art. 15 della legge e il punto 29 delle linee guida, ovvero a verificare se esso superasse o no il massimo edittale del dieci per cento di fatturato, e per la ricorrente appellante ha ritenuto che ciò non si era verificato, considerando un fatturato totale di 4.032 milioni di euro. Pertanto, è arrivata a determinare la sanzione finale negli € 84.052.057 di cui al dispositivo del provvedimento applicando all’importo invariato di € 168.104.115 di cui si è detto una riduzione del 50% in ragione della crisi del settore (doc. B in I grado ricorrente appellante, cit. pp.120-122).

17.5 La ricorrente appellante contesta tale risultato finale, esponendo anzitutto che il valore di € 4.032 milioni preso in considerazione dall’Autorità per verificare il non sforamento del massimo edittale rappresenta il fatturato mondiale 2015 del gruppo di appartenenza (appello, p.39 decimo rigo dal basso). Espone poi che questo valore, assieme ad un valore di € 557.6 milioni per il fatturato mondiale 2016, fu da lei comunicato all’Autorità su espressa richiesta di questa. Sono effettivamente agli atti una richiesta di informazioni dell’Autorità (doc. 8 ricorrente appellante) e la relativa risposta dell’impresa (doc. 9 ricorrente appellante), ove sul punto specifico si dice: “In ragione dell’acquisizione da parte di Heidelberg Cement, perfezionatasi in data 1° luglio 2016, e della successiva revoca della quotazione in borsa di Italcementi, la Società non redige un bilancio consolidato e non riceve più pertanto alcuna informazione finanziaria relativa alle società estere, di cui continua a detenere indirettamente le partecipazioni finanziarie, essendo venuta meno qualsivoglia forma di supervisione, coordinamento o effettivo controllo sulle medesime. Nel 2016, il fatturato totale realizzato a livello mondiale da Italcementi e dalle società controllate italiane, le uniche per le quali il dato è disponibile, è stato pari a € 557,6 milioni. Non essendo disponibile il dato relativo al 2016, come richiesto da codesta spettabile Autorità, si comunica che, nel 2015, il fatturato totale realizzato a livello mondiale da Italcementi e dalle società controllate è stato pari a € 4.302 milioni”. La ricorrente appellante, la quale produce sul punto anche una nota contabile (suo doc. 4), sostiene che l’Autorità avrebbe dovuto utilizzare il dato di fatturato del 2016 suindicato, appunto per le ragioni indicate nella risposta alla richiesta di informazioni, ovvero perché si tratta del dato relativo alle società sulle quali essa ha effettivamente un potere gestionale, e quindi del dato espressivo delle sue risorse, e che tenendo conto di tale dato e invariate tutte le operazioni compiute dalla Autorità l’importo finale della sanzione sarebbe stato di € 27.880.000 (importo base € 168.104.115, superiore a € 55.760.000, che sono pari al 10% del fatturato 2016, quindi superiore al massimo edittale; ridotto quindi al massimo edittale stesso e portato agli indicati € 27.880.000 in ragione del dimezzamento per crisi del settore).

17.6 Tale ordine di idee va condiviso. Va notato l’Autorità non spiega affatto quale sia l’origine del dato di 4.302 milioni preso in considerazione per determinare il massimo edittale: il provvedimento è muto sul punto, e le difese in giudizio, a parte ogni rilievo sulla possibilità di integrare la motivazione del provvedimento in tal sede, si limitano ad affermare che la stessa ricorrente appellante avrebbe riconosciuto la “inadeguatezza” e “incompletezza” del dato 2016. A fronte di ciò, si deve invece ritenere che non sussista alcuna delle ipotesi che, secondo la giurisprudenza esaminata, impongono di valorizzare un dato diverso dal fatturato dell’ultimo esercizio. Anzitutto, il dato del 2016 non può dirsi né mancante né inadeguato o incompleto, dato che rappresenta il giro di affari della ricorrente appellante e delle società che sono rimaste effettivamente sotto il suo controllo: il suo doc. 4, recante il metodo di calcolo, non risulta affatto contestato. In più, tale riduzione di fatturato consegue ad un’operazione non certo elusiva, ovvero all’acquisizione della ricorrente appellante e del suo gruppo da parte di un’importante multinazionale del cemento di nazionalità straniera, la quale ha operato una serie di riorganizzazioni nell’assetto del gruppo nell’attuazione di una propria politica industriale complessiva. Che si tratti di operazione elusiva, volta solo a ridimensionare l’importo della sanzione, non è possibile affermare, né per vero l’Autorità lo ha sostenuto: è sufficiente osservare che l’acquisizione in parola è fatto all’epoca notorio, riportato anche dalla stampa nazionale, dato che ha portato sotto il controllo straniero uno dei gruppi storici dell’industria manifatturiera italiana. Ad ogni buon conto, la ricorrente appellante ha dettagliato il modo in cui tale riorganizzazione è avvenuta, evidenziando che vi sono stati una sostituzione di tutto il *management* e una serie di profondi cambiamenti a livello organizzativo, intesi ad integrare nel gruppo estero quelle che erano le attività controllate dalla ricorrente appellante fuori di Italia (appello, pp. 46-48 e documenti ivi citati, il tutto non contestato quanto ai fatti storici). Si deve pertanto ritenere corretto il calcolo proposto dalla ricorrente appellante e rideterminare la sanzione così come in dispositivo, utilizzando per il calcolo del massimo edittale il dato di fatturato del 2016.

18. I motivi di appello quarto e quinto, sempre relativi all’entità della sanzione, vanno infatti respinti perché infondati.

18.1 Come detto, con il quarto motivo la ricorrente appellante sostiene che l’Autorità avrebbe errato nel determinare la sanzione con riguardo agli effetti della condotta, al proprio ruolo specifico nell’illecito, all’assenza di segretezza della condotta contestata, alla durata effettiva della condotta nel tempo e alla circostanza attenuante della attuazione degli impegni di *compliance*.

18.2 Sotto il primo e il terzo profilo, questo Giudice deve invece ritenere congrua la valutazione dell’Autorità: le intese orizzontali come quella per cui è causa sono considerate gravi ai sensi del punto 12 delle linee guida, e contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente appellante, l’intesa per cui è causa era segreta, se non altro perché essa non era certo palesata al pubblico e per averne la prova si è dovuta acquisire corrispondenza delle imprese coinvolte, che di norma è coperta dal segreto epistolare. A fronte di ciò, per determinare l’importo base della sanzione è stata applicata la percentuale del 15% del fatturato specifico indicata come minima normale, senza che risultino ragioni speciali per diminuirla.

18.3 Sotto il secondo ed il quarto profilo, bisogna poi notare che la ricorrente appellante è una delle principali imprese del settore e che la sua partecipazione all’illecito si è protratta per tutta la sua durata, come dimostrato, e quindi anche in questi termini la sanzione appare congrua.

18.4 Da ultimo, come si è già detto, la circostanza attenuante della adozione di un programma di *compliance* è stata invece effettivamente valutata.

18.5 A fronte di tutto ciò, non si vedono quindi ragioni per le quali questo Giudice dovrebbe rideterminare la sanzione al di là di quanto già spiegato, e ciò porta a respingere l’ultimo motivo di appello.

19. Per completezza, si deve infine dare atto che non vi è luogo a disporre la rimessione alla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale chiesta come sopra dalla parte (appello, pp. 61-62), la quale presuppone che il fatto fosse diverso da come invece è stato effettivamente accertato, ovvero che la partecipazione della ricorrente appellante all’illecito fosse stata interrotta e che l’intesa vietata consistesse soltanto nello scambio di dati in forma aggregata, anonima, pubblica e accessibile.

20. La soccombenza parziale è giusto motivo per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull’appello di cui in epigrafe (ricorso n. 5328/2018 R.G.), lo accoglie in parte, e per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie in parte il ricorso di I grado (n. 10034/2017 R.G. TAR Lazio Roma) e ridetermina la sanzione applicata con il provvedimento dell’AGCM 25 luglio 2017 n. 26705 di cui sopra in € 27.880.000 (ventisettemilioniottocentottantamila/00), fermo il resto.

Compensa per intero fra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Bernhard Lageder, Presidente FF

Marco Buricelli, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere, Estensore

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|   |  |  |
|   |  |  |
| L'ESTENSORE |  | IL PRESIDENTE |
| Francesco Gambato Spisani |  | Bernhard Lageder |
|   |  |  |
|   |  |  |
|   |  |  |
|   |  |  |
|   |  |  |

IL SEGRETARIO