

SENTENZA

Consiglio di Stato sez. VI - 06/03/2019, n. 1551

Intestazione

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 8750 del 2018,
proposto da

Industria Cementi Giovanni Rossi S.p.A., in persona del
legale

rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli
avvocati

Mario Sanino, Carlo Celani, Lorenzo Coraggio, Paolo
Auteri, Aldo

Roveda, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia e

domicilio eletto presso lo studio Mario Sanino in
Roma, viale

Parioli, 180;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in
persona del

legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 08543/2018, resa tra le parti, concernente annullamento-previa sospensiva della provvedimento n. 26705/2017 adottato nell'adunanza del 25 luglio 2017 e notificato il 7 agosto 2017.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2019 il Cons. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti gli avvocati Mario Sanino e dello Stato Federica Varrone.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. È appellata la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 08543/2018 di reiezione del ricorso proposto da Industria Cementi Giovanni Rossi S.p.A. avverso

il provvedimento del 25 luglio 2017 n. 26705 con il quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in poi AGCM) ha ravvisato nei comportamenti tenuti dal gruppo d' imprese - comprensivo, oltre la società ricorrente e all'associazione di categoria AITEC (Associazione Italiana Tecnico Economica

Cemento), Buzzi Unicem S.p.A., Colacem S.p.A., Cementir S.p.A., Sacci in liquidazione S.r.l., Holcim Italia S.p.A., Italcementi S.p.A., Barbetti S.p.A., Cementeria di Monselice S.p.A., Cementizillo S.p.A., Cal.me S.p.A., Cementi Moccia S.p.A., e TSC S.r.l. - gli estremi di "un'intesa restrittiva della concorrenza", vietata dall'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea - TFUE.

2. Per il comportamento addebitato, consistente "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", è stata adottata a carico della ricorrente, in aggiunta alla prescrizione dell'astensione "per il futuro dal porre in essere comportamenti analoghi", la sanzione pecuniaria pari a 5.849.500,00 euro.

In sintesi, nel comportamento complessivo tenuto dalle imprese operanti nel mercato della produzione e della vendita del cemento è stata ravvisata l'esistenza d'intesa lesiva della concorrenza, vietata dall'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" del cemento.

3. Dopo aver descritto l'*iter* del procedimento istruttorio seguito da AGCM, definito il quadro normativo entro cui inscrivere la vicenda dedotta in causa con particolare riferimento alla nozione (antitrust) di mercato rilevante, i giudici di prime cure hanno respinto il ricorso.

Segnatamente, il Tar ha ravvisato, alla stregua delle prove dedotte in giudizio da AGCM, l'esistenza dell'intesa vietata nel lasso di tempo decorrente dal 1° giugno 2011 fino al 15 giugno 2015; il prodursi "in concreto" l'effetto distorsivo del mercato, affermando infine, in relazione agli addebiti e alla gravità della condotta, la congruità della sanzione adottata.

4. Appella la sentenza Industria Cementi Giovanni Rossi S.p.A. Resiste AGCM.

5. Alla pubblica udienza del 7 febbraio 2019 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

6. Nei motivi d'appello, la società appellante ha denunciato l'erroneità della sentenza di prime cure sulla definizione ed individuazione del mercato rilevante

nonché l'errore di giudizio sull'esistenza dell'intesa e degli elementi di prova adottati dall'Autorità; infine ha lamentato l'erroneità della sentenza appellata laddove ha respinto i motivi d'impugnazione avverso la quantificazione della sanzione

6.1 *In limine* va richiamata la sentenza 31 dicembre 2018 n. 7320 con la quale questa Sezione ha confermato *funditus* la sentenza del Tar Lazio, sez. I, 30 luglio 2018 n. 8541 di reiezione del ricorso proposto da Italcementi, parte del procedimento n. 1793 per cui è causa.

In particolare con la sentenza richiamata questa Sezione ha avallato la decisione impugnata dell'AGCM sulla sussistenza dell'intesa in oggetto cui ha partecipato anche la società appellante.

7. Venendo al primo motivo d'appello, incentrato sulla definizione di mercato rilevante, va condiviso l'affermazione, contenuta nella pronuncia appena richiamata, sull'effetto prodottosi nel mercato in conseguenza dell'intesa, che dimostra nei fatti ed in concreto la dimensione nazionale del mercato rilevante.

Ossia l'Autorità, muovendo dal presupposto che il mercato del cemento sia caratterizzato da un calo della domanda e da un complessivo andamento decrescente dei costi di produzione, investigando nel lasso di tempo preso in considerazione la reale dinamica del mercato, ha riscontrato "una sequenza di salti verso l'alto proprio in corrispondenza degli incrementi dei prezzi nominali"; e, in parallelo, la 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.

7.1 Il provvedimento impugnato ha ravvisato 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.

7.2 In base all'indirizzo giurisprudenziale, qui condiviso, cui va data continuità applicativa (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2014 n. 3032; Id, sez. VI, 24 ottobre 2014 nn. 5274, 5275), uno solo di questi due profili è ritenuto sufficiente per qualificare l'intesa come illecita, e quindi a legittimare l'irrogazione di una sanzione.

8. Con il secondo ordine di motivi d'appello Industria Cementi Giovanni Rossi S.p.A lamenta gli errori di giudizio in cui sarebbe incorso il Tar nel valutare gli elementi di prova raccolti da AGCM per ravvisare raggiunta l'intesa vietata

9. Il motivo è infondato.

9.1 L'Autorità attraverso le proprie indagini, costituite principalmente da acquisizione di documenti, ha potuto ricostruire quello che il provvedimento chiama "parallelismo dei comportamenti di prezzo", poi riassunto nel provvedimento impugnato in un apposito quadro illustrativo.

9.2 Con coerente ragionamento logico-giuridico, AGCM ha tratto la conseguenza che il descritto quadro di aumenti paralleli non sia frutto del caso, ovvero di dinamiche involontarie di mercato.

Il provvedimento impugnato dà conto infatti di "risultanze istruttorie" le quali evidenziano "lo svolgersi fra le parti di discussioni relative a prezzi e a listini" risultanze puntualmente descritte nel testo del provvedimento e confermate dai documenti cui esso si riferisce.

9.3 In aggiunta, 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.

Tanto che la "verifica dell'applicazione degli aumenti di prezzo" ha dato luogo ad ulteriori contatti fra le parti - anch'essi descritti - non fatti oggetto di specifiche contestazioni.

9.4 Quanto alla prova dell'illecito, in conformità ai principi generali in tema di prova contenuti nell'art. 2729 c.c., è necessario e sufficiente che dell'intesa vietata esistano indizi gravi, precisi e concordanti.

Ravvisabili, in particolare nel caso in esame, nel parallelismo delle condotte tenuto da imprese operanti in un mercato oligopolistico, che potrebbe in sé esser lecito, se non fosse invece frutto di concertazione; e che può essere considerato come risultato di un'intesa anticoncorrenziale vietata alla stregua di indizi gravi, precisi e concordanti, rappresentati: da un elemento endogeno, quale la non plausibilità della condotta come effetto delle normali dinamiche di mercato; e da un elemento esogeno, quale la sussistenza di elementi di riscontro rivelatori della concertazione non consentita, ed 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.

9.5 Nel caso in esame, quanto alla ripartizione dell'onere della prova, è dirimente quanto condivisibilmente affermato da Cons. Stato, sez. VI, 31 dicembre 2018 n. 7320 che, qualora come nel caso in esame, emergono elementi di riscontro di tipo esogeno, la prova della razionalità della condotta incombe sull'impresa appellante: prova non affatto assolta da quest'ultima.

10. Con l'ultimo ordine di motivi, l'appellante censura il capo di sentenza che avrebbe immotivatamente respinto le censure sulla quantificazione della sanzione sia con riguardo ai criteri utilizzati che alla oggettiva non gravità dell'illecito anticoncorrenziale imputatole

10.1 La ritenuta gravità dell'intesa (c.d. orizzontale) ha costituito, ai sensi dell'art. 15, comma 1, della legge n. 287/1990, parametro di commisurazione della sanzione: pari (nel limite edittale) fino al 10% del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida.

Nello specifico, l'impatto della sanzione finale sul fatturato dell'appellante è stato quantificato nel 5% dell'ammontare complessivo.

In ossequio alle linee guida approvate del 22 ottobre 2014, l'AGCM l'Autorità, sul presupposto che l'intesa ha avuto attuazione ed ha prodotto significativi effetti sul mercato, ha qualificato

l'intesa come "molto grave" in ragione della natura della concertazione, tale da rendere di per sé certa la sua capacità di serio pregiudizio alla concorrenza.

10.2 *Ex adverso*, richiamato l'indirizzo giurisprudenziale (cfr., Cons. Stato, sez. VI, 7 ottobre 2013, n. 5928; Id, sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3291) a mente del quale per determinare l'entità della sanzione pecuniaria applicabile a ciascuna delle imprese che abbia partecipato a tali violazioni si deve tener conto del livello di gravità dal punto di vista soggettivo e oggettivo delle violazioni, l'appellante, lamenta che la sanzione applicata dall'Autorità alla ricorrente non tiene conto in alcun modo della gravità delle violazioni dell'art. 101 TFUE imputabili a Cementi Rossi.

Sicché, denuncia l'appellante, la sanzione non sarebbe stata determinata in conformità a quanto stabilisce l'art. 11 l. 689/81 richiamata dall'art. 31 della legge n. 287/90.

10.3 In disparte la prova sulla partecipazione effettiva, *in apicibus*, l'appellante evidenzia in fatto che l'impresa occupa ed opera in una fetta di mercato locale, territorialmente circoscritta: in sintesi, Cementi Rossi non avrebbe potuto vendere il proprio cemento oltre il raggio di 150/250 chilometri dai propri stabilimenti, aree di commercializzazione al di là delle quali non avrebbe potuto arrivare nel mercato dell'Italia settentrionale.

11. Il motivo è fondato per quanto di ragione.

11.1 Non è contestato da AGCM che Cementi Rossi ha avuto nell'anno 2015 un quota del mercato nazionale del 5% concentrata nel mercato dell'Italia settentrionale; di conseguenza l'impresa ha operato solo nel mercato locale.

A fronte del dato oggettivo, acquisito in causa, la sanzione comminatale ammonta a 5.849.500 euro, ossia è pari a più del doppio della sanzione applicata ad Holcim s.p.a. che ha una quota di mercato del 4.8 %; ed è comunque superiore alla sanzione applicata a Cementir che opera in tutto il mercato nazionale e nell'anno 2015 ha avuto una quota di mercato pari al 7,7%.

11.2 Il principio di proporzionalità della sanzione è parte integrante dei principi generali del diritto dell'Unione europea: l'art. 49.3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea stabilisce che "Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato".

Avendo la sanzione impugnata natura punitiva-afflittiva, devono trovare applicazione gli istituti e le garanzie tipiche di tutte le sanzioni di carattere punitivo afflittivo pur aventi natura amministrativa (cfr., Corte cost. 4 giugno 2010, n. 196 che richiama la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 Cedua: Corte di Giustizia UE 13 febbraio 1979, in causa C-85/76 Corte di Giustizia UE 19 gennaio 2006, in causa C-240/03).

Sicché le pene pecuniarie di natura afflittiva, comminate in caso di violazione della normativa antitrust, non sfuggono dall'ambito precettivo del principio di proporzionalità.

11.3 Nel duplice e concorrente spettro della ragionevolezza e della proporzionalità, non è giustificato - sia in assoluto, ossia con specifico riguardo alla condotta addebitata all'incolpata, che in senso relativo, vale a dire con riferimento a quanto stabilito per lo stesso fatto a carico di imprese terze parti dell'intesa - calcolare la sanzione, parametrata ad una quota del fatturato, senza tenere in alcun conto la realtà economica entro la quale opera l'impresa sì da pervenire al risultato di quantificare la sanzione pecuniaria in modo sproporzionato sia in senso assoluto che relativo.

11.4 Tirando le fila sul punto, in forza ex art. 134, comma 1, lett. c) del cod. proc. amm., che riconosce in materia la giurisdizione del giudice amministrativo con cognizione estesa al merito, la misura della sanzione pecuniaria comminata dall'AGCM va ridotta del 20%.

12. Conclusivamente, in riforma parziale della sentenza impugnata e in parziale accoglimento del ricorso di primo grado, la sanzione finale va rideterminata nella misura di cui alla motivazione.

13. La complessità delle questioni dedotte e la parziale reciproca soccombenza giustificano la compensazione integrale tra le parti delle spese di entrambi i gradi dei giudizi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte ai sensi della motivazione e, per l'effetto, in riforma parziale della sentenza impugnata, accoglie in parte il ricorso di primo grado.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente FF

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 06 MAR. 2019.