

Publicato il 02/09/2019

N. 06027/2019REG.PROV.COLL.
N. 08810/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 8810 del 2017, proposto da Gesa s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuliano Berruti, Luca Toffoletti, Renato Perticarari, con domicilio eletto presso lo studio Giuliano Berruti in Roma, via delle Quattro Fontane 161;

contro

Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ideal Service s.r.l., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza 28 luglio 2017, n. 9051 del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione prima.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2019 e nella camera di consiglio del 13 giugno 2019 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Luca Toffoletti e Anna Collabolletta dell'Avvocatura Generale dello Stato.

FATTO

1.-L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con delibera 17 luglio 2014, n. 25038, ha avviato il procedimento istruttorio n. 1783 “Accordo tra operatori del settore del vending”, nei confronti del Gruppo Argenta s.p.a., D.A.E.M. s.p.a., Molinari s.p.a., Dist. Illy S.r.l., Aromi s.r.l., Dolomatic s.r.l., Govi S.r.l., Sogeda s.r.l., Ge.S.A. s.p.a., Gruppo Illiria s.p.a., IVS Italia s.p.a., Liomatic s.p.a. , Ovdamatic s.r.l. e Geda s.r.l.

Il suddetto procedimento è stato avviato a seguito di una segnalazione inviata da Ideal Service s.r.l. in relazione alla presunto esistenza di un “patto di non belligeranza” tra le citate imprese attive nella distribuzione automatica e semiautomatica di alimenti e bevande.

1.1.- L'Autorità, con delibera 25 febbraio 2015, n. 25339, ha esteso l'intesa: i) oggettivamente al «coordinamento tra le parti relativo ai prezzi dei beni e dei servizi offerti e ai comportamenti da tenere in occasione di gare bandite da soggetti pubblici e privati per

l'affidamento dei servizi di distribuzione automatica e semiautomatica»; ii) soggettivamente alle società Supermartic s.p.a., SE.RI.M., Sellat ed a Confida, Associazione italiana distribuzione automatica.

1.2.- In data 10 dicembre 2015, il termine di conclusione del procedimento è stato differito dal 31 dicembre 2015 al 30 aprile 2016.

In data 17 marzo 2016, il suddetto termine è stato differito al 10 giugno 2016.

1.3.- L'Autorità ha adottato, all'esito del procedimento, la delibera 8 giugno 2016, con la quale è stata accertata la esistenza di una intesa segreta, unica, complessa e continuata posta in essere dalla imprese sopra indicate nel settore del Vending sull'intero territorio nazionale o sua una parte rilevante di esso.

In particolare, a Gesa s.p.a. è stata applicata una sanzione di euro 6.579.942.

2.- Le imprese sanzionate hanno impugnato la suddetta delibera innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio che ha rigettato i ricorsi, accogliendo soltanto alcuni di essi nella parte relativa alla determinazione della sanzione.

Per quanto riguarda la posizione dell'appellante, il Tribunale ha adottato la sentenza 28 luglio 2017, n. 9051.

3.- La ricorrente in primo grado ha proposto appello.

3.1.- Si è costituita in giudizio l'Autorità, chiedendo il rigetto dell'appello.

4.- La causa è stata decisa all'esito delle camere di consiglio del 14 marzo e del 13 giugno 2019.

DIRITTO

1.- L'Autorità antitrust ha accertato, con provvedimento 8 giugno 2016, n. 26064, la commissione di una intesa unica e complessa da parte di quindici imprese, con applicazione del relativo regime sanzionatorio.

La Sezione ha deciso gli appelli proposti dalle diverse imprese coinvolte nel procedimento, unitamente agli appelli dell'Autorità, alle medesima udienza pubblica. La trattazione congiunta si è resa necessaria proprio in ragione della contestazione di una intesa unica, che implicava la necessità di avere un quadro processuale unitario. Le peculiarità delle vicende che hanno coinvolto le singole imprese hanno, però, imposto una trattazione separata dei singoli procedimenti.

2.- In via preliminare è necessario ricostruire il quadro normativo rilevante e la vicenda oggetto di accertamento da parte dell'Autorità

2.1.- L'art. 101, par. 1, Tfu prevede che «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».

L'art. 2 della legge n. 287 del 1990 contiene analoga disposizione.

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che occorre distinguere le “intese per oggetto” e le “intese per effetto”.

Le prime si caratterizzano per il fatto che hanno un oggetto di per sé vietato e, quindi, sono, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, con la conseguenza che è inutile dimostrare in concreto la sussistenza di effetti dannosi sul mercato.

Le seconde, invece, ricorrono quando non sussistono i presupposti per configurare la sussistenza di una intesa per “oggetto”, con la conseguenza che, in tale caso, è necessario verificare in concreto quali siano gli effetti che causano nel mercato. Ne deriva, quindi, che in questo secondo caso devono sussistere tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo significativo (Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 2014, n. 5275).

La stessa giurisprudenza ha messo, altresì, in rilievo la diversità esistente tra l'accordo e la pratica concordata. Il primo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo. La seconda ricorre quando si realizza una forma di coordinamento fra imprese che «senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza» (Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2018, n. 3197). È evidente come la figura dell'accordo sia rara nella prassi in quanto «gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenteranno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti o accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto». Per queste ragioni la giurisprudenza, «consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena, ritiene che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, possa anche essere indiziaria, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti» (Cons. Stato, sez. VI, n. 3197 del 2018, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4123).

A tale proposito, occorre distinguere tra elementi di prova endogeni ed esogeni.

I primi sono afferenti all'anomalia della condotta delle imprese, non spiegabile secondo un fisiologico rapporto tra di loro, con onere della prova in capo all'Autorità.

I secondi sono afferenti all'esistenza di contatti sistematici tra le imprese e scambi di informazioni, con onere in capo all'imprese che dovranno fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte (Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2925).

L'intesa può essere anche "unica e complessa".

La particolarità di tale tipologia di intesa risiede nel peculiare atteggiarsi dell'elemento soggettivo e oggettivo.

L'elemento soggettivo attiene, innanzitutto, alla presenza di plurime imprese che pongono in essere la pratica vietata. La unicità dell'illecito contestato presuppone che tra le imprese vi sia la consapevolezza dell'azione delle altre imprese. Anche tale elemento deve desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi.

L'elemento oggettivo attiene alla condotta che deve avere rilevanza sul piano causale, contribuendo alla realizzazione dell'illecito.

Il sindacato giurisdizionale volto ad accertare le intese anticoncorrenziali è finalizzato a verificare se l'Autorità ha violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni, anche opinabili, dell'amministrazione con quelle giudiziali.

In particolare, la giurisprudenza amministrativa più recente - superate alcune incomprensioni lessicali legate all'iniziale distinzione tra sindacato "debole" e "forte" - ha ammesso una piena conoscenza del

fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'amministrazione. Si è affermato che «l'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo "intrinseco", che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto» (Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990). Tale sindacato è stato definito di «"attendibilità tecnica" e "non sostitutivo"» (Cons. Stato, sez. VI, n. 4990 del 2019, cit.).

2.2.- Nella fattispecie concreta, l'Autorità ha accertato l'esistenza di un'intesa unica e complessa, consistente in un "accordo generale di non belligeranza" tra le imprese di gestione volto alla ripartizione del mercato e della clientela, i cui partecipanti si sarebbero identificati, in un'apposita lista rinvenuta dall'Autorità, come "concorrenti amici".

In particolare, detto accordo avrebbe previsto: i) l'astensione reciproca dal formulare offerte ai rispettivi clienti; ii) un meccanismo di compensazione dei clienti reciprocamente sottratti tra le parti, finalizzato a mantenere invariati i volumi di vendita tra i concorrenti partecipanti all'intesa, nonché gli ambiti rispettivi di operatività

geografica; iii) il ricorso, a fini spartitori, a subappalti, nonché la partecipazione concertata a gare nazionali dei cd. “grandi clienti”, le cessioni incrociate di rami d’azienda e l’utilizzo distorto di raggruppamenti temporanei tra imprese in occasione di gare pubbliche e private.

A tale intesa, in “maniera complementare”, sono state affiancate le seguenti “Iniziative”: i) elaborazione, a partire da novembre del 2008, di un “capitolato standard” da sottoporre alle stazioni appaltanti per contrastare un’eccessiva competizione sulle condizioni economiche (prezzi e ristorni) in occasione di gare pubbliche; ii) aumento dei prezzi di vendita dei prodotti, la cui necessità sarebbe stata sostenuta da Confida dal marzo del 2001; iii) sensibilizzazione degli associati affinché venisse traslato a valle l’aumento dell’Iva da 4% al 10%. Nell’analisi delle singole condotte, l’Autorità, correttamente, non ha ritenuto che dovessero ricorrere tutti questi elementi, avendo ritenuto sufficiente la dimostrazione di alcuni di essi ai fini dell’accertamento dell’intesa unica e complessiva.

Il mercato, da punto di vista geografico, è stato individuato nell’intero territorio nazionale o in parte rilevante di esso.

Il mercato, dal punto di vista merceologico, è stato individuato nell’attività di cd. *vending*, consistente nella somministrazione di bevande calde e fredde e di cibi preconfezionati, mediante apparecchi di distribuzione automatici (cd. *vending machines*-Fsm) e semi-automatici (cd. Ocs).

3.- Con un primo motivo si assume l’erroneità della sentenza per non avere ritenute violate le regole del giusto processo quale prefigurate dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, dalla Costituzione. Esse

avrebbero dovuto essere rispettate in quanto l'Autorità avrebbe inflitto una sanzione sostanzialmente penale con applicazione delle garanzie propri del sistema penale. In particolare, vengono prospettate le seguenti censure: i) gravi lacune del processo verbale di accertamento ispettivo e del processo verbale delle operazioni compiute nei quali non vi sarebbe traccia delle operazioni espletate nel corso dell'accesso condotto presso la sede aziendale in data 23 luglio 2014; ii) gli agenti incaricati hanno omesso di avvertire la società del suo diritto di farsi assistente da un difensore ovvero da un consulente tecnico che potesse prendere parte all'indagine ispettiva; iii) mancata disposizione da parte del primo giudice di una consulenza tecnica d'ufficio volta ad accertare l'irripetibilità delle operazioni di acquisizione dei file informatici estratti dagli agenti dell'Autorità; iv) irragionevole durata del procedimento, senza che la proroga sia stata motivata in modo adeguato; v) la difesa della società non è riuscita a visualizzare il documento A4.98 né ad identificare i file avente le estensione «spunti/compensazioni... e Buonristoro/Schede/Vega...».

Il motivo non è fondato.

La natura sostanzialmente penale delle sanzioni impone il rispetto delle regole del giusto processo. Non è necessario che vengano rispettate nella fase del procedimento e sufficiente che vengano osservate nella fase del processo.

Questa Sezione ha recentemente rilevato come «secondo la giurisprudenza della Corte Europea, il *«fair trial»* non ha ad oggetto unicamente il processo, ma anche il procedimento, amministrativo, e segnatamente: per «tribunale» deve intendersi qualunque autorità che, pur attraverso un procedimento non formalmente qualificato

processo nell'ordinamento interno, adottati atti modificativi della realtà giuridica, incidenti significativamente nella sfera soggettiva di un soggetto privato, anche se tale funzione viene esercitata al di fuori di una organizzazione giurisdizionale».

Senonché, «proprio a partire da questa concezione originale di “giusto procedimento”, è emersa la rilevanza centrale, nelle controversie sull'esercizio del potere sanzionatorio, del concetto di “*full jurisdiction*” ». Secondo i giudici di Strasburgo «la decisione amministrativa incidente su *civil rights and obligations*, per quanto adottata senza il rispetto di tutti i requisiti prescritti dal principio del «*fair trial*», può nondimeno essere considerata adottata conformemente alla Convenzione, laddove le garanzie procedurali ivi previste siano comunque riscontrabili nella sede di controllo della decisione stessa» (Cons. Stato, sez. VI, n. 4990 del 2019, cit.).

Lo svolgimento del giudizio amministrativo secondo l'indicato modello della “attendibilità tecnica” con accesso al fatto risulta conforme al modello prefigurato a livello europeo. Ne consegue che tutti i vizi prospettati afferenti al procedimento non sono fondati. In particolare, per quanto attiene alla omessa informazione circa la possibilità di farsi assistere da un difensore, essa non ha valenza invalidante. Per quanto attiene all'asserita irripetibilità di alcune operazioni e la impossibilità di visualizzare alcuni documenti, a prescindere da ogni altra valutazione, non risulta che tali documenti siano stati necessari nel procedimento di contestazione dell'illecito e che non sia stata data conseguentemente la possibilità di difesa. Per quanto alla durata del procedimento, il termine è perentorio.

4.- Con un secondo motivo si assume l'erroneità della sentenza per le seguenti ragioni: i) erronea individuazione del mercato sia sul piano

merceologico (non essendo stati considerati gli operatori Ocs) sia sul piano geografico, operando le imprese in ambito locale; ii) mancata prova dell'esistenza di un'intesa unica e complessa che presuppone la prova di tutti i suoi elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, essendo stati posti a base della determinazioni assunte solo accordi bilaterali; iii) mancata applicazione dell'art. 101, par. 3; iv) la quota del mercato sarebbe pari al 21%; v) l'utilizzo di associazione temporanee di imprese-Ati e subappalti avrebbe una spiegazione alternativa valida connessa alla convenienza economica.

Il motivo non è fondato.

In relazione alla definizione del mercato, sotto il profilo merceologico e geografico, essa è necessaria per individuare l'ambito nel quale le imprese interessate sono in concorrenza tra loro e dunque il contesto economico e giuridico nel quale l'intesa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale, consentendo di verificare il grado di offensività dell'intesa stessa (Cons. Stato, sez. VI, 10 luglio 2018, n. 4211).

Il mercato del prodotto rilevante comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati (Corte di Giustizia, sentenza del 28 febbraio 2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, C 1/12, punto 77). Il mercato geografico rilevante comprende l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse.

La individuazione del mercato, sul piano geografico e merceologico, è espressione del potere di valutazione tecnica che può essere sindacato solo quando viola il principio di ragionevolezza.

Nella fattispecie in esame, l'Autorità ha correttamente individuato il mercato, dal punto di vista geografico, nell'intero territorio nazionale o in una sua parte rilevante. In particolare, si è affermato che: i) «l'articolazione delle imprese parti del procedimento sul territorio nazionale evidenzia la presenza di ampie aree di sovrapposizione tra le stesse, più o meno estese a seconda della loro scala di attività»; ii) «imprese attive su scala nazionale, come ad esempio Ivs e Argenta, si trovano in relazione di concorrenza diretta con pressoché tutte le altre Parti del procedimento»; iii) «poiché le parti del procedimento rappresentano i principali operatori nazionali dell'attività di gestione, in assenza di significative barriere all'entrata a livello locale, tali imprese individuano anche i principali concorrenti potenziali, l'una dell'altra, in grado di espandere la propria attività a nuove aree territoriali in un breve lasso di tempo con una produzione parimenti competitiva».

Dal punto di vista merceologico, le imprese coinvolte operano esclusivamente o prevalentemente nell'attività di gestione che consistente nell'installazione presso il cliente dei distributori automatici e/o delle macchine per il caffè (Ocs) in comodato d'uso gratuito, fornendo l'assistenza tecnica e la manutenzione ordinaria e straordinaria e vendendo prodotti alimentari grazie al rifornimento periodico dei distributori o alla consegna presso il cliente della cialde o capsule per le macchine Ocs. La diversità attiene solo alla circostanze che le macchine Ocs sono più piccole e semplici da

installare, il che non impedisce di considerare, come fatto dall'Autorità, in maniera unitaria il mercato di riferimento.

L'individuazione del mercato, così effettuata, non risulta in contrasto con il principio di ragionevolezza.

Lo svolgimento di un'attività locale circoscritta ad un territorio, come nella specie, non esclude la rilevanza nazionale dell'intesa illecita proprio in ragione della sua valenza unica e complessa. L'Autorità ha individuato, infatti, lo scopo dell'“accordo” tra le diverse imprese coinvolte anche nel solo mantenimento della posizione acquisita in un determinato territorio.

L'Autorità ha dimostrato la sussistenza di un'intesa unica e complessa. La prova di accordi bilaterali tra l'appellante e le altre società indicate assume valenza sufficiente, in ragione delle stesse caratteristiche del mercato, a dimostrare l'esistenza dell'intesa unica in quanto si tratta di tasselli che si inseriscono in un quadro complessivo indiziario idoneo a provare l'intesa stessa. Non è necessario, dunque, come correttamente sottolineato dal primo giudice, che ci sia la prova della partecipazione dell'appellante ad ogni singolo episodio contestato dall'Autorità.

Tale prova è stata fornita in modo adeguata dall'Autorità mediante l'istruttoria che ha fornito gli elementi probatori puntualmente indicati al par. 121-1309 del provvedimento impugnato. In particolare, risultano: i) accordi di non belligeranza con Argenta; ii) accordi di non belligeranza con Ivs come risulta dal contenuto dell'e-mail del 25 giugno 2014; iii) accordi di non belligeranza e sistema di compensazione tra Gesa e il gruppo Buonristoro, come risulta, tra l'altro, dall'e-mail del 19 febbraio 2013; iv) sistema di compensazione tra Gesa e Sellmat, come risulta, tra l'altro, dalle e-mail del 27 maggio

e del 4 giugno 2013 (altri analoghi elementi probatori sono contenuti nei paragrafi sopra indicati del provvedimento, che si omettono per ragioni di sinteticità).

Questi elementi sono sufficienti a fare ritenere sussistente la responsabilità dell'impresa appellante, non essendo stata provata la sussistenza delle condizioni per applicare l'art. 101, richiamato dall'appellante.

4.- Con un terzo motivo si assume l'erroneità della sentenza nella parte relativa alla determinazione della sanzione per seguenti ragioni:

i) mancata considerazione che si tratta di impresa monoprodotto; ii) erronea individuazione della durata dell'intesa che l'Autorità erroneamente fa risalire al 30 giugno 2008, sulla base di mere collaborazioni bilaterali, e terminare il 28 gennaio 2015; iii) mancanza del requisito della gravità della sanzioni; iv) illegittima maggiorazione del 15% a titolo di *entry fee*; v) illegittima applicazione, per mancanza di prova, della circostanza aggravante della *ring leadership*; vi) illegittimo mancato riconoscimento delle attenuanti per avere collaborato e per avere adottato un programma di *compliance* antitrust.

Il motivo è in parte fondato.

L'art. 15, primo comma, della legge n. 287 del 1990 prevede che nei casi «di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione» si applica «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».

L'art. 31 della legge n. 287 del 1990 precisa poi che: «per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente

legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689».

L'articolo 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689, detta i criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie stabilendo che: «nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche».

Le linee guida dell'Autorità, ai fini del calcolo della sanzione, prevedono quanto segue:

- «affinché la sanzione abbia un'effettiva efficacia deterrente, è almeno necessario che essa non sia inferiore ai vantaggi che l'impresa si attende di ricavare dalla violazione»; «tali vantaggi, dipendendo dalla tipologia di infrazione posta in essere, sono funzione del valore complessivo delle vendite interessate dalla condotta illecita»; «per questa ragione, l'Autorità ritiene che le sanzioni applicabili agli illeciti antitrust debbano essere calcolate a partire dal valore delle vendite dei beni o servizi oggetto, direttamente o indirettamente, dell'infrazione, realizzate dall'impresa nel mercato/i rilevante/i nell'ultimo anno intero di partecipazione alla stessa infrazione (di seguito, valore delle vendite)» (par. 8);
- «la percentuale da applicarsi al valore delle vendite cui l'infrazione si riferisce sarà determinata in funzione del grado di gravità della violazione. Tale percentuale non sarà superiore al 30% del valore delle vendite» (par. 11);

- «nel valutare la gravità della violazione, l'Autorità terrà conto in primo luogo della natura dell'infrazione»; «l'Autorità ritiene che le intese orizzontali segrete di fissazione dei prezzi, di ripartizione dei mercati e di limitazione della produzione costituiscano le più gravi restrizioni della concorrenza»; «al riguardo, l'eventuale segretezza della pratica illecita ha una diretta relazione con la probabilità di scoperta della stessa e, pertanto, con la sanzione attesa» (par. 12);
 - per le infrazioni da ultimo indicate «la percentuale del valore delle vendite considerata sarà di regola non inferiore al 15%» (par. 12, ult. cpv);
 - le circostanze attenuanti includono, tra l'altro: i) la prova di «aver svolto un ruolo marginale alla partecipazione dell'infrazione, provando altresì di non aver di fatto concretamente attuato la pratica illecita»; ii) l'adozione e il rispetto di uno specifico programma di *compliance*, adeguato e in linea con le *best practice* europee e nazionali. Tale programma, per ridurre il cd. rischio antitrust, deve essere adeguata alla natura, alla dimensione e alla posizione di mercato dell'impresa. La mera esistenza di un programma di *compliance* non sarà considerata di per sé una circostanza attenuante, in assenza della dimostrazione di un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma (par. 23, alinea 3 e 5).
- Le stesse linee guida dispongono che quando l'importo finale della sanzione superi il massimo edittale del 10 per cento del fatturato «esso è ridotto nella misura eccedente tale limite»; in questi casi la base di calcolo del massimo edittale è rappresentata dal «fatturato totale realizzato a livello mondiale nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, da parte di ciascuna impresa partecipante all'infrazione» (par. 29).

Infine, si prevede che «le specifiche circostanze del caso concreto o l'esigenza di conseguire un particolare effetto deterrente possono giustificare motivate deroghe dall'applicazione delle presenti Linee Guida, di cui si dà espressamente conto nel provvedimento che accerta l'infrazione» (part. 34).

Alla luce di quanto esposto risulta che le linee guida hanno previsto che, nell'applicazione delle sanzioni pecuniarie, da un lato, non occorre superare il limite massimo del 10% del fatturato in attuazione di quanto prescritto dall'art. 15 della legge n. 287 del 1990, dall'altro, il limite minimo del 15% del valore delle vendite.

Le due prescrizioni hanno una portata differente e rispondono a finalità diverse.

Il limite massimo del 10% persegue una finalità di garanzia per l'impresa e ha ad "oggetto" il fatturato globale.

Il limite minimo del 15% persegue una finalità punitiva per l'impresa e ha ad "oggetto" il valore delle vendite relativi all'intesa illecita.

Tale normativa, quando vengono in rilievo imprese multiprodotto, implica, in relazione alla parte di attività oggetto dell'intesa illecita, l'applicazione del limite minimo del 15% che, spostato sull'intero fatturato, non deve comunque superare il 10%.

Nel caso di imprese monoprodotto l'applicazione del minimo edittale del 15% implica l'applicazione sempre del massimo edittale del 10%.

Nella fattispecie concrete tali regole sono state solo in parte rispettate.

In relazione alla questione relativa al monoprodotto, questa Sezione ha già avuto modo di affermare che il limite massimo del 10% del fatturato in attuazione di quanto prescritto dall'art. 15 della legge n.

287 del 1990 e il limite minimo del 15% del valore delle vendite, hanno una portata differente e rispondono a finalità diverse.

Il limite massimo del 10% persegue una finalità di garanzia per l'impresa e ha ad "oggetto" il fatturato globale.

Il limite minimo del 15% persegue una finalità punitiva per l'impresa e ha ad "oggetto" il valore delle vendite relativi all'intesa illecita.

Tale normativa, quando vengono in rilievo imprese multiprodotto, implica, in relazione alla parte di attività oggetto dell'intesa illecita, l'applicazione del limite minimo del 15% che, spostato sull'intero fatturato, non deve comunque superare il 10%.

Nel caso di imprese monoprodotta l'applicazione del minimo edittale del 15% implica l'applicazione sempre del massimo edittale del 10%.

Tale conseguenza non può però ritenersi in contrasto con il principio di ragionevolezza e proporzionalità con discriminazioni non consentite rispetto alle imprese multiprodotto.

Questa Sezione ha affermato che «la diversità delle fattispecie giustifica una applicazione diversa alle due tipologie di imprese che può condurre ad una modulazione di effetti per le imprese multiprodotto ed una applicazione rigida per le imprese monoprodotta». Ciò in quanto «quando viene in rilievo quest'ultima articolazione di impresa l'illecito copre l'intera attività dell'impresa stessa e dunque assume una maggiore gravità in quanto è l'intero fatturato che ottiene vantaggi dalla stipulazione di tale accordo. In questa prospettiva si giustifica l'applicazione del minimo edittale del 15% che coincide con il massimo edittale del 10%». Non si può ritenere che «ciò impedisca la graduazione nell'applicazione della sanzioni in quanto la particolarità della fattispecie consegua ad uno

scenario che giustifica l'applicazione "sempre" del limite "massimo" del 10%, che comunque non viene superato». In altri termini, in questi casi «la graduazione nella fase applicativa in relazione al limite massimo del 10% non potrebbe avere una concreta incidenza proprio perché si tratta di fattispecie connotate, in ragione della oggettiva natura dell'impresa, da un livello alto di gravità; l'estensione all'intera attività dei vantaggi conseguiti con l'accordo di spartizione del mercato giustifica l'applicazione costante del limite massimo del 10%.» (Cons. Stato, sez. VI, 13 luglio 2017, n. 5997)

La stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea ha avuto modo di affermare che è legittimo applicare, per le restrizioni più gravi, come quelle in esame, «un tasso di almeno il 15% del valore delle vendite, che costituisce il minimo del "valore più alto", di cui al punto 23 degli orientamenti del 2006, per tale tipo d'infrazione» (Corte di Giustizia UE, sentenza del 27 aprile 2017, causa C-469/15).

In relazione alla durata, l'Autorità ha ragionevolmente, sulla base di incontri bilaterali in particolare tra Argenta e Gesa, individuato il *dies a quo* nel 30 giugno 2018 e il *dies ad quem* il 28 gennaio 2015, data dell'ispezione.

In relazione al coefficiente di gravità, esso è stato correttamente applicato dall'Autorità venendo in rilievo un'intesa per oggetto.

In relazione all'*entry fee*, il punto 17 delle linee guida prevede che «l'Autorità potrà considerare opportuno l'inserimento nell'importo di base di un ammontare supplementare compreso tra il 15% e il 25% del valore delle vendite dei beni o servizi oggetto dell'infrazione».

In questi casi, occorre che l'applicazione di tale importo sia adeguatamente motivato. Nella specie, avuto riguardo a quanto risulta dal materiale probatorio, tale specifica motivazione manca.

In relazione all'applicazione della circostanza aggravante della *ring leadership*, la giurisprudenza di questo Consiglio ha affermato, alla luce degli orientamenti maturati in sede comunitaria, che, ai fini dell'applicazione della cosiddetta aggravante organizzativa, è necessario, alternativamente, che l'impresa: i) «abbia rappresentato una forza promotrice ed abbia avuto una particolare responsabilità nel suo funzionamento; ii) si sia incaricata di elaborare e di suggerire la condotta, dando impulso fondamentale all'esecuzione dell'accordo; iii) si sia impegnata al fine di assicurare la stabilità e la riuscita degli accordi illeciti; iv) si sia incaricata di organizzare gli incontri» (Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2014, n. 4511).

Nella vicenda in esame l'Autorità, nel provvedimento impugnato, non ha fornito tale prova, non essendo sufficiente il riferimento ad alcune e-mail in cui si fa genericamente riferimento a riunioni svolte.

In relazione alla evocata circostanza attenuante della collaborazione essa non è stata fornita.

In relazione all'adozione del programma di *compliance*, esso, per ridurre il cd. rischio antitrust, deve essere adeguato alla natura, alla dimensione e alla posizione di mercato dell'impresa. Non è sufficiente la mera esistenza di tale programma ma occorre dimostrare un effettivo e concreto impegno al rispetto di quanto previsto nello stesso programma. Tale prova, nella specie, è mancata. Alla luce di quanto esposto, la sanzione deve essere rideterminata dall'Autorità nei limiti indicati nella presente decisione.

5.- L'esito della controversia giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

- a) accoglie, in parte, nei limiti indicati in motivazione, l'appello proposto con il ricorso indicato in epigrafe;
- b) le spese del presente giudizio sono integralmente compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 14 marzo e 13 giugno 2019, con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE
Vincenzo Lopilato

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO