CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
PAOLO MENGOZZI
presentate il 6 novembre 2008 [1]

Table des matières

I — Antecedenti, procedimento e conclusioni delle parti . . . . . I - 5850

II — Analisi giuridica . . . . . I - 5852

A — Premessa . . . . . I - 5852

B — Sul primo motivo d'impugnazione, relativo a una violazione dei diritti della difesa quanto all'attribuzione alla ricorrente della qualità di leader dell'intesa . . . . . I - 5853

1. Considerazioni del Tribunale . . . . . I - 5853

2. Argomenti delle parti . . . . . I - 5854

3. Valutazione . . . . . I - 5856

C — Sul ricorso contro la decisione controversa: valutazione dell'esistenza di una violazione dei diritti della difesa quanto all'attribuzione alla ricorrente della qualità di leader dell'intesa . . . . . I - 5863

D — Sul secondo motivo d'impugnazione, relativo alla violazione delle garanzie procedurali in conseguenza dell'utilizzo del rapporto dell'FBI come prova in ordine alla leadership dell'intesa da parte della ricorrente . . . . . I - 5865

1. Considerazioni del Tribunale . . . . . I - 5865

2. Argomenti delle parti . . . . . I - 5867

3. Valutazione . . . . . I - 5870

a) Interpretazione della sentenza impugnata . . . . . I - 5870

b) Sulla correttezza dei criteri di analisi seguiti nella sentenza impugnata . I - 5872

1 — Lingua originale: l'italiano.

i) Sull'inesistenza di un divieto generale di utilizzo da parte della Commissione di prove formate nel contesto di un procedimento diverso da quello da essa condotto . . . . . I - 5873

ii) Sulla violazione di specifiche garanzie procedurali . . . . . I - 5876

— Sull'esistenza di condizioni all'utilizzo da parte della Commissione di prove formate nel contesto di un procedimento diverso da quello da essa condotto: il rispetto dei diritti procedurali . . . . . I - 5877

— Sui criteri elaborati dal Tribunale quanto alle modalità che la Commissione deve osservare per assicurarsi del rispetto dei diritti procedurali e sulla loro applicazione nel caso di specie . . . . . I - 5880

E — Sul ricorso contro la decisione controversa: se la Commissione potesse utilizzare il rapporto dell'FBI come prova in ordine alla leadership dell'intesa da parte della ricorrente . . . . . I - 5887

F — Sui motivi (terzo, quarto e quinto) d'impugnazione relativi alla dichiarazione scritta della Cerestar . . . . . I - 5887

G — Sul ricorso contro la decisione controversa: se la Commissione abbia sufficientemente dimostrato il ruolo di leader svolto dall'ADM nell'intesa . . . I - 5889

H — Sul sesto motivo d'impugnazione, relativo al mancato riconoscimento di una circostanza attenuante in relazione alla cessazione della partecipazione dell'ADM all'intesa sin dai primi interventi delle autorità antitrust statunitensi I - 5890

1. Considerazioni del Tribunale . . . . . I - 5890

2. Argomenti delle parti . . . . . I - 5892

3. Valutazione . . . . . I - 5892

I — Sul nono motivo d'impugnazione, relativo all'impatto concreto dell'intesa sul mercato . . . . . I - 5895

1. Considerazioni del Tribunale . . . . . I - 5895

2. Argomenti delle parti . . . . . I - 5896

3. Valutazione . . . . . I - 5897

J — Sui motivi (settimo e ottavo) d'impugnazione relativi alla violazione del principio del rispetto del legittimo affidamento per quanto riguarda la valutazione della cooperazione dell'ADM nel corso del procedimento amministrativo . . . . . I - 5901

1. Sul motivo riguardante le dichiarazioni fatte dagli agenti della Commissione nel corso del procedimento amministrativo . . . . . I - 5902

2. Sul motivo relativo alla violazione delle condizioni previste al punto B della comunicazione sulla cooperazione . . . . . I - 5903

K — Sul ricorso contro la decisione controversa: se la ricorrente dovesse essere considerata, in applicazione del punto B, lett. b), della comunicazione sulla cooperazione, come la prima impresa ad aver fornito alla Commissione elementi determinanti ai fini della prova dell'esistenza dell'intesa . . . . . I - 5904

L — Rideterminazione dell'importo dell'ammenda inflitta alla ricorrente . . . . . I - 5909

M — Sulle spese . . . . . I - 5909

III — Conclusioni . . . . . I - 5910

I — Antecedenti, procedimento e conclusioni delle parti

1. Con decisione 5 dicembre 2001, 2002/742/CE (in prosieguo: la «decisione controversa») [2], la Commissione, all'esito di un procedimento condotto a norma del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17 [3], accertava, all'art. 1, che l'Archer Daniels Midland Co. (in prosieguo: la «ricorrente» o l'«ADM») ed altre imprese avevano violato l'art. 81, n. 1, CE e l'art. 53, n. 1, dell'accordo sullo Spazio economico europeo (SEE) partecipando a un accordo continuato e/o a una pratica concordata nel settore dell'acido citrico.

2. Al 'considerando' 158 della decisione controversa la Commissione ha identificato, quali elementi rilevanti nel caso di specie per constatare la suddetta infrazione, la ripartizione dei mercati e delle quote di mercato, il congelamento/limitazione/chiusura della capacità di produzione, la concertazione di aumenti dei prezzi, la designazione del produttore che doveva «guidare» gli aumenti dei prezzi su ciascun mercato nazionale, la diffusione di elenchi di prezzi obiettivo correnti e futuri per coordinare gli aumenti, l'ideazione e l'applicazione di un sistema di rendiconto e di controllo per garantire l'attuazione degli accordi restrittivi, la ripartizione o assegnazione di clienti, la partecipazione a riunioni regolari e il mantenimento di altri contatti per concordare tali restrizioni e per applicarle e/o modificarle come necessario.

3. All'art. 3 della decisione controversa venivano irrogate ammende alle imprese respon-

2 — Decisione della Commissione relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 81 del trattato CE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE (Caso COMP/E-1/36.604 – Acido citrico) (GU 2002, L 239, pag. 18).

3 — Primo regolamento d'applicazione degli articoli [81] e [82] del trattato (GU 1962, n. 13, pag. 204), come modificato.

sabili della suddetta infrazione. Ai fini del calcolo dell'importo di tali ammende, la Commissione ha applicato, sia pure senza menzionarlo espressamente, il metodo esposto nei propri orientamenti del 1998 per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2, del regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5, del trattato CECA (in prosieguo: gli «Orientamenti») [4] e, se del caso, ha altresì applicato, richiamandola espressamente, la sua comunicazione del 1996 sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa tra imprese (in prosieguo: la «comunicazione sulla cooperazione») [5].

4. L'importo dell'ammenda inflitta alla ricorrente veniva fissato in EUR 39,69 milioni.

5. Nell'ambito della determinazione dell'importo delle ammende, la Commissione, valutando la gravità dell'infrazione, ha in particolare tenuto conto del fatto che l'intesa aveva avuto un impatto concreto sul mercato dell'acido citrico nel SEE. All'importo di base dell'ammenda calcolata per l'ADM, determinato in EUR 58,8 milioni in funzione della gravità e della durata dell'infrazione, la Commissione ha applicato, a titolo di circostanza aggravante, una maggiorazione del 35 % per il motivo che l'ADM, unitamente ad un'altra impresa, aveva svolto un ruolo di leader nell'ambito dell'intesa. Inoltre, l'ADM si è vista negare, in favore di un'altra impresa, la Cerestar Bioproducts BV (in prosieguo: la «Cerestar»), il beneficio previsto al punto B della comunicazione sulla cooperazione, ossia la «non imposizione» o la «notevole riduzione» dell'importo dell'ammenda che sarebbe stata inflitta in mancanza di cooperazione. La Commissione ha infatti ritenuto che fosse stata la Cerestar e non l'ADM la prima impresa a fornire elementi determinanti ai fini della prova dell'esistenza dell'intesa, ai sensi del punto B, lett. b), della comunicazione sulla cooperazione, e che l'ADM, in quanto leader dell'intesa, non soddisfacesse neanche la condizione di cui al punto B, lett. e), della medesima comunicazione. Tuttavia, in applicazione del punto D di tale comunicazione, la Commissione ha consentito all'ADM una «riduzione significativa» (del 50 %) dell'importo dell'ammenda.

6. Con ricorso depositato presso la cancelleria del Tribunale di primo grado delle Comunità europee (in prosieguo: il «Tribunale») il 28 febbraio 2002 l'ADM ha chiesto, da un lato, l'annullamento dell'art. 1 della decisione controversa, nella parte in cui si constata che essa ha violato l'art. 81 CE e l'art. 53 dell'accordo SEE partecipando alla limitazione delle capacità di produzione nel mercato rilevante e alla designazione di un produttore che doveva «guidare» gli aumenti dei prezzi in ciascun segmento nazionale di tale mercato e, dall'altro, l'annullamento dell'art. 3 della stessa decisione nella misura in cui la riguarda o, in subordine, la sua modifica nel senso di una soppressione o riduzione dell'ammenda inflittale.

4 — GU 1998, C 9, pag. 3.
5 — GU 1996, C 207, pag. 4.

7. Con sentenza del 27 settembre 2006 (in prosieguo: la «sentenza impugnata») [6] il Tribunale ha accolto la domanda della ricorrente di annullamento parziale dell'art. 1 della decisione controversa, mentre ha respinto le domande della ricorrente relative all'ammenda inflittale all'art. 3 della stessa decisione, condannando la Commissione a sopportare un decimo delle spese esposte dalla ricorrente e quest'ultima a sopportare il resto delle proprie spese nonché quelle esposte dalla Commissione.

8. Con atto depositato presso la cancelleria della Corte l'11 dicembre 2006 la ricorrente ha impugnato la predetta sentenza, chiedendo alla Corte di annullarla nella parte in cui ha rigettato il suo ricorso contro la decisione controversa ed inoltre di annullare l'art. 3 di quest'ultima nella parte che la riguarda o di modificarlo nel senso di sopprimere o ridurre l'ammenda inflittale, oppure, in alternativa, di rinviare la causa al Tribunale perché statuisca in conformità ai principi di diritto che la Corte avrà stabilito, in ogni caso con condanna della Commissione alle spese dei due gradi di giudizio.

9. La Commissione, nel suo controricorso, chiede che la Corte voglia respingere l'impugnazione e condannare la ricorrente alle spese.

6 — Causa T-59/02, Archer Daniels Midland/Commissione (Racc. pag. II-3627).

10. I rappresentanti delle parti sono stati sentiti all'udienza tenutasi l'8 maggio 2008.

II — Analisi giuridica

A — *Premessa*

11. A sostegno dell'impugnazione, la ricorrente deduce nove motivi, tutti vertenti sulla determinazione dell'importo dell'ammenda inflittale.

12. Con i primi cinque motivi d'impugnazione, la ricorrente censura le valutazioni che hanno indotto il Tribunale a respingere argomenti da essa diretti contro la maggiorazione del 35 % dell'importo di base di detta ammenda, maggiorazione applicata dalla Commissione in considerazione della circostanza aggravante rappresentata dal ruolo di leader che l'ADM avrebbe svolto nell'intesa sull'acido citrico. Il primo di tali motivi è relativo all'omesso accertamento, da parte del Tribunale, di una violazione dei diritti della difesa della ricorrente, che risulterebbe dalla mancata contestazione di detta circostanza aggravante o dei fatti ad essa inerenti nel corso del procedimento amministrativo. I quattro successivi motivi si appuntano invece, a vario titolo, su valutazioni con le quali il Tribunale ha escluso che le considerazioni poste nella

decisione controversa a fondamento dell'attribuzione all'ADM della qualità di leader fossero, come sostenuto dalla ricorrente, inidonee a giustificare tale qualificazione.

13. Gli ultimi quattro motivi d'impugnazione riguardano il mancato riconoscimento di una circostanza attenuante, la valutazione dell'impatto concreto dell'intesa sul mercato e la valutazione della cooperazione prestata dalla ricorrente alla Commissione nel corso del procedimento amministrativo.

14. Anticipo sin d'ora che alcuni dei suddetti motivi d'impugnazione mi paiono fondati, che la sentenza impugnata andrebbe quindi, a mio avviso, annullata su alcuni punti e che ritengo che lo stato degli atti consenta alla Corte, in applicazione dell'art. 61, primo comma, del suo Statuto, di statuire definitivamente sulla controversia, come sollecitato dalla ricorrente. Per comodità di esposizione, tenuto conto del numero dei motivi d'impugnazione, farò di volta in volta seguire l'esame di quelli tra loro che considero fondati dall'esame dei pertinenti motivi del ricorso di primo grado che il Tribunale ha rigettato con le parti della sentenza impugnata che andrebbero annullate.

B — *Sul primo motivo d'impugnazione, relativo a una violazione dei diritti della difesa quanto all'attribuzione alla ricorrente della qualità di leader dell'intesa*

1. Considerazioni del Tribunale

15. Dinanzi al Tribunale la ricorrente aveva fatto valere che la Commissione aveva violato i suoi diritti della difesa in quanto l'accusa di essere stata leader dell'intesa non le era stata rivolta nel corso del procedimento amministrativo e in quanto la comunicazione degli addebiti non indicava gli elementi (in particolare relativi al ruolo svolto da alcuni suoi rappresentanti nelle riunioni dell'intesa) posti a sostegno di tale accusa nella decisione controversa. La ricorrente aveva lamentato inoltre di non aver potuto pronunciarsi nel corso dello stesso procedimento sull'utilizzo come prove, a sostegno di quella accusa, del rapporto del Federal Bureau of Investigation (FBI) degli Stati Uniti relativo a dichiarazioni rese ad agenti dell'FBI da un ex rappresentante dell'ADM l'11 e il 12 ottobre 1996 (in prosieguo: il «rapporto dell'FBI») e della dichiarazione scritta della Cerestar del 18 marzo 1999[7] indirizzata alla Commissione (in prosieguo: la «dichiarazione scritta della Cerestar»).

7 — La decisione controversa menziona la dichiarazione della Cerestar del 25 marzo 1999. Non si tratta tuttavia di due dichiarazioni diverse, ma della medesima. Come risulta dal punto 371 della sentenza impugnata, la dichiarazione della Cerestar recava la data 18 marzo 1999, ma è stata comunicata alla Commissione il 25 marzo 1999.

16. Il Tribunale ha anzitutto richiamato la sentenza della Corte Musique diffusion française e a./Commissione [8], secondo cui la Commissione, quando nella comunicazione degli addebiti dichiara espressamente che vaglierà se sia il caso di infliggere ammende alle parti interessate e indica i principali elementi di fatto e di diritto che possono implicare l'irrogazione di un'ammenda, quali la gravità e la durata della presunta infrazione e il fatto di averla commessa «intenzionalmente o per negligenza», adempie agli obblighi che le incombono di rispettare il diritto delle imprese al contraddittorio, fornendo a queste ultime gli elementi necessari per difendersi non solo contro l'accertamento dell'infrazione, ma anche contro l'inflizione di un'ammenda [9].

17. Il Tribunale ha quindi respinto le suddette censure della ricorrente, ritenendo che nella comunicazione degli addebiti la Commissione avesse indicato i principali elementi di fatto e di diritto che potevano costituire il fondamento dell'ammenda che prevedeva di infliggere all'ADM e evidenziando che «[i]l rispetto dei diritti della difesa delle imprese [interessate] non obbliga la Commissione a indicare in modo più preciso, nella comunicazione degli addebiti, la maniera secondo la quale si avvarrà, se del caso, di ciascuno di questi elementi ai fini della determinazione del livello dell'ammenda». Richiamando la sentenza Michelin/Commissione [10], il Tribunale ha osservato, in particolare, che «la Commissione non era tenuta a indicare né che avrebbe potuto considerare l'ADM leader dell'intesa né la misura della maggiorazione che avrebbe eventualmente applicato all'ammenda dell'ADM per tale ragione». Circa l'utilizzo, come prove, del rapporto dell'FBI e della dichiarazione scritta della Cerestar, ha rilevato che «la Commissione [aveva] allegato tali documenti alla comunicazione degli addebiti e che le parti [erano] state così in grado di prendere posizione a tal riguardo, anche per quanto riguarda il loro utilizzo come elementi di prova» [11].

2. Argomenti delle parti

18. Col motivo d'impugnazione in esame la ricorrente rimprovera al Tribunale di aver concluso, in violazione del principio di tutela dei diritti della difesa, che la Commissione non è tenuta nella comunicazione degli addebiti ad avvertire l'impresa destinataria della possibilità che questa sia qualificata leader dell'intesa e che essa non deve indicare i fatti sui quali tale qualificazione si fonderebbe. Peraltro, la seconda di tali conclusioni non sarebbe sufficientemente motivata.

19. Ad avviso della ricorrente, il ruolo di leader dell'intesa costituisce uno dei principali elementi di fatto che qualificano la gravità del comportamento di un'impresa che ha commesso un'infrazione e che devono risultare dalla comunicazione degli addebiti [12], anche perché la maggiorazione applicata

8 — Sentenza 7 giugno 1983, cause riunite da 100/80 a 103/80 (Racc. pag. 1825, punto 21).

9 — Sentenza impugnata, punto 434.

10 — Sentenza 9 novembre 1983, causa 322/81 (Racc. pag. 3461, punto 20).

11 — Sentenza impugnata, punti 436 e 438-439.

12 — La ricorrente invoca al riguardo le sentenze del Tribunale 20 marzo 2002, causa T-9/99, HFB e a./Commissione (Racc. pag. II-1487, punti 316-317), e causa T-23/99, LR AF 1998/Commissione (Racc. pag. II-1705, punti 203-205), nonché 8 luglio 2004, causa T-48/00, Corus UK/Commissione (Racc. pag. II-2325, punto 153).

dalla Commissione per questa circostanza aggravante rappresenta in genere tra il 30 % e il 50 % dell'importo dell'ammenda.

20. Inoltre, anche i fatti su cui si fonda la qualificazione di leader dell'intesa devono, secondo la ricorrente, essere menzionati nella comunicazione degli addebiti o almeno poter essere ragionevolmente dedotti dai documenti alla stessa allegati [13]. Nella fattispecie sarebbe però mancata sia la menzione di tali fatti nella comunicazione degli addebiti sia la possibilità di dedurli dai documenti ad essa allegati, e ciò in quanto: a) la Commissione aveva indicato espressamente nella comunicazione degli addebiti che, nel calcolare l'importo dell'ammenda e, in particolare, nel valutare il ruolo svolto da ciascuna impresa, avrebbe tenuto conto dei fatti quali descritti nello stesso atto; b) l'individuazione del leader dell'intesa era difficile a causa della complessità dei fatti, come sarebbe stato riconosciuto nella decisione controversa ('considerando' 273) e nella sentenza impugnata (punto 300); c) la Commissione, indicando nel corso del procedimento amministrativo all'ADM che poteva beneficiare del punto B della comunicazione sulla cooperazione, aveva dato modo di pensare che non considerava l'ADM leader dell'intesa; d) non può richiedersi ad un'impresa, in mancanza di specifici avvertimenti, di prendere in esame e confutare con prove contrarie ciascun fatto risultante dai diversi voluminosi documenti allegati a una comunicazione degli addebiti, atteggiamento che potrebbe valere all'impresa la perdita del beneficio dell'applicazione del punto B della comunicazione sulla cooperazione, la quale presuppone fra l'altro una cooperazione permanente e totale da parte dell'impresa.

13 — Sentenza del Tribunale 10 marzo 1992, causa T-11/89, Shell/Commission (Racc. pag. II-757, punto 62).

21. La Commissione sostiene che le censure della ricorrente sono infondate. Esse si baserebbero su un'artificiosa distinzione tra il ruolo di leader svolto in un'intesa e le conseguenze che siffatto ruolo hanno sulla determinazione dell'importo dell'ammenda. La ricorrente perderebbe di vista il fatto che il ruolo di leader ha un'incidenza su tale importo, ma non sull'accertamento dell'infrazione. Non sarebbe pertanto necessario che nella comunicazione degli addebiti la Commissione indichi in maniera più dettagliata «fatti che in realtà costituiscono un'anticipazione dell'ammontare dell'ammenda». Nel caso di specie era invece sufficiente, a suo avviso, indicare, come ha fatto, che nel valutare la gravità dell'infrazione avrebbe tenuto conto del ruolo svolto da ciascuna delle imprese interessate.

22. La Commissione fa osservare che il rapporto dell'FBI e la dichiarazione scritta della Cerestar erano compresi fra gli otto documenti allegati alla comunicazione degli addebiti.

23. Essa aggiunge che il ruolo svolto dalla ricorrente nell'intesa è menzionato nella parte principale della comunicazione degli addebiti (riferendosi, a titolo di esempio, ai punti 63, 71, 84, 85, 93, 94 e 104 di quest'ultima). Inoltre, nella sua risposta a tale comunicazione la ricorrente si sarebbe espressamente riferita ai due suddetti documenti e avrebbe preso ampiamente posizione sul suo ruolo nell'intesa, escludendo che fosse quello di un leader o di un istigatore e fondandosi, per dimostrarlo, proprio sul rapporto dell'FBI. Ciò proverebbe che la ricorrente era in grado di costruire la propria difesa sulla base del contenuto di quella comunicazione.

3. Valutazione

24. Sebbene non manchi qualche isolata affermazione interpretabile in senso contrario [14], può ritenersi assodato in giurisprudenza che le imprese sottoposte ad un procedimento per violazione delle regole di concorrenza del Trattato CE dispongono di un diritto di essere sentite dalla Commissione non soltanto sull'esistenza delle infrazioni addebitate, ma anche sull'irrogazione di un'ammenda e sui criteri di determinazione della stessa.

25. Come ricordato dal Tribunale nella sentenza impugnata, la Corte ha affermato che, quando la Commissione, nella sua comunicazione degli addebiti, dichiara espressamente che vaglierà se sia il caso di infliggere ammende alle imprese interessate e indica i principali elementi di fatto e di diritto che possono implicare l'irrogazione di un'ammenda, quali la gravità e la durata della presunta infrazione ed il fatto di averla commessa «intenzionalmente o per negligenza», essa adempie al suo obbligo di rispettare il diritto delle imprese di essere sentite, dato che, in tal modo, fornisce loro le indicazioni necessarie per difendersi non solo contro l'accertamento dell'infrazione, ma altresì contro l'inflizione di un'ammenda [15].

26. In particolare, nella sentenza Michelin/Commissione [16] la Corte sembra essersi in parte discostata dai suggerimenti dell'avvocato generale Verloren Van Themaat, il quale riteneva «ovvio che [la Commissione] non può indicare, in pendenza del procedimento amministrativo, l'importo dell'ammenda *o i criteri della sua fissazione*, poiché solo alla fine del procedimento è in grado di determinare la misura della colpa o della negligenza» [17]. Quanto ai criteri di fissazione dell'ammenda, la Corte ha infatti ritenuto necessario rilevare in quella sentenza che «la Commissione [aveva] dichiarato espressamente, nella comunicazione degli addebiti (…), di avere l'intenzione di infliggere [all'impresa interessata] un'ammenda il cui importo sarebbe stato fissato prendendo in considerazione la durata e la gravità — *a suo avviso rilevante* — dell'infrazione», con ciò mettendo quell'impresa «in grado di difendersi non solo contro la constatazione dell'infrazione, ma anche contro l'inflizione di un'ammenda» [18].

14 — V. sentenza 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione, detta «PVC II» (Racc. pag. I-8375, punto 91), secondo cui «l'ambito di applicazione dei diritti della difesa […] disciplinato dai regolamenti nn. 17 e 99/63 [è] *circoscritto* alle questioni riguardanti la realtà e la rilevanza dei fatti e delle circostanze allegate nonché i documenti sui quali la Commissione ha fondato la propria affermazione dell'*esistenza di un'infrazione* alle norme sulla concorrenza». Il corsivo è mio.

15 — Sentenze Musique diffusion française e a./Commissione, cit. alla nota 8 supra (punto 21), e 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Dansk Rørindustri e a./Commissione (Racc. pag. I-5425, punto 428).

16 — Cit. alla nota 10 supra.

17 — Conclusioni del 21 giugno 1983 nella causa definita con la sentenza Michelin/Commissione, cit. alla nota 10 supra (paragrafo 7). Il corsivo è mio.

18 — Sentenza Michelin/Commissione, cit. alla nota 10 supra (punto 20). Il corsivo è mio.

27. Più recentemente, nella sentenza Showa Denko/Commissione [19] la Corte ha rilevato, con termini assolutamente chiari, che le imprese interessate da un procedimento per infrazione all'art. 81 CE hanno diritto di essere sentite «non solo sul principio della sanzione, ma anche su ciascuno degli elementi di cui [la Commissione intende] tener conto nell'ambito della determinazione delle ammende».

28. La formula giurisprudenziale che ho richiamato al paragrafo 25 supra è tuttavia alquanto generica e non lascia comprendere cosa debba intendersi per «principali elementi di fatto e di diritto» rilevanti per l'ammenda che devono risultare dalla comunicazione degli addebiti; in particolare se sia sufficiente per la Commissione indicare nella comunicazione degli addebiti che terrà conto, nel decidere sull'*an* e sul *quantum* dell'ammenda, della gravità, della durata e dell'elemento soggettivo della presunta infrazione o se sia invece necessario che essa specifichi le sue valutazioni su ciascuno di tali aspetti.

29. Si può certamente escludere che possa bastare alla Commissione fare un astratto richiamo ai tre suddetti elementi della gravità, della durata e dell'elemento soggettivo della presunta infrazione. Come ha già avuto modo di osservare il Tribunale, «l'obbligo di dare un'indicazione sulla gravità e sul carattere intenzionale o negligente dell'infrazione sarebbe svuotato del suo contenuto se una semplice parafrasi dell'art. 15, n. 2, del regolamento n. 17 fosse sufficiente di per sé a adempierlo» [20]. Quanto alla durata dell'infrazione, la Corte ha già chiarito che essa deve essere precisata già nella comunicazione degli addebiti [21].

30. All'opposto, può escludersi, sulla base della giurisprudenza, che il rispetto dei diritti della difesa delle imprese implichi che debbano esser date nella comunicazione degli addebiti precisazioni sul modo in cui la Commissione intende avvalersi di ciascuno di quegli «elementi di fatto e di diritto» per la determinazione dell'entità dell'ammenda. Infatti, dare indicazioni circa l'entità delle ammende, prima che le imprese siano state poste in grado di esporre le loro difese circa gli addebiti contestati, equivarrebbe ad anticipare in modo inopportuno la decisione della Commissione [22].

31. Nello spazio compreso tra quelle due ipotesi estreme, assodato che devono risultare dalla comunicazione degli addebiti sia la durata dell'infrazione che l'essere questa stata commessa intenzionalmente o per negligenza, resta tuttavia da stabilire se basti alla Commissione elencare nella comunicazione degli addebiti i criteri di determinazione della gravità dell'infrazione che intende seguire o se le occorra specificare le valutazioni che intende fare in applicazione di tali

19 — Sentenza 29 giugno 2006, causa C-289/04 P (Racc. pag. I-5859, punto 70).

20 — Sentenza Corus UK/Commissione, cit. alla nota 12 supra (punto 145).

21 — Sentenza Musique diffusion française e a./Commissione, cit. alla nota 8 supra (punto 15).

22 — V. sentenze Michelin/Commissione, cit. alla nota 10 supra (punto 19); Musique diffusion française e a./Commissione, cit. alla nota 8 supra (punto 21); Dansk Rørindustri e a./Commissione, cit. alla nota 15 supra (punti 434 e 439), e 10 maggio 2007, causa C-328/05 P, SGL Carbon/Commissione (Racc. pag. I-3921, punto 58).

criteri. In particolare, nel caso di specie, bastava alla Commissione indicare nella comunicazione degli addebiti, come ha fatto, che avrebbe tenuto conto, fra l'altro, del ruolo svolto da ciascuna impresa nell'infrazione nel fissare l'importo della rispettiva ammenda (indicazione del criterio), o doveva essa invece prospettare già in quell'atto la possibilità di attribuire [all'ADM] la qualità di leader dell'intesa (valutazione in applicazione del criterio)?

32. La giurisprudenza della Corte non mi pare offrire utili indicazioni per risolvere tale questione. Altrettanto può dirsi delle sentenze del Tribunale HFB e a./Commissione e LR AF 1998/Commissione, invocate dalla ricorrente a sostegno della seconda soluzione [23]. Se è vero che in queste sentenze il Tribunale ha evidenziato che la comunicazione degli addebiti inviata alle imprese ricorrenti faceva riferimento, tra le altre circostanze, al ruolo attivo [24] o al ruolo di capofila [25] svolto dalle medesime nell'intesa di cui trattavasi, per poi constatare che, «[i]n tal modo, la Commissione [aveva] precisato, nella sua comunicazione degli addebiti, gli elementi di fatto e di diritto su cui si sarebbe basata per il calcolo dell'ammenda da infliggere alla ricorrente, in modo da rispettare debitamente, a tale riguardo, il diritto di quest'ultima di essere sentita» [26], non può tuttavia dedursene che il Tribunale abbia ritenuto quel riferimento *necessario* ai fini del rispetto di questo diritto.

33. Diversamente, va riconosciuto che nella sentenza Corus UK/Commissione [27], anch'essa invocata dalla ricorrente, il Tribunale ha effettivamente interpretato come più stringenti gli oneri della Commissione quanto al contenuto della comunicazione degli addebiti, in sostanza considerando insufficiente l'indicazione di un dato criterio di gravità non accompagnata da una valutazione provvisoria in applicazione di quel criterio. Dopo aver premesso che la Commissione «deve esporre, nella [comunicazione degli addebiti], una breve valutazione provvisoria sulla durata dell'infrazione contestata, sulla sua gravità e sulla questione se l'infrazione sia stata commessa intenzionalmente o per negligenza nelle circostanze del caso di specie», il Tribunale ha ritenuto che nel caso sottoposto al suo esame la comunicazione degli addebiti fosse «viziata in quanto la Commissione non [aveva] in essa indicato la sua valutazione provvisoria della gravità dell'infrazione commessa», avendo omesso di chiarire se si trattava a suo avviso di un'infrazione «grave» o «molto grave» ai sensi degli Orientamenti [28]. Peraltro, il Tribunale ha osservato che tale vizio non implicava l'annullamento della decisione impugnata non risultando dimostrato che in mancanza del medesimo la ricorrente avrebbe presentato, nella sua risposta alla comunicazione degli addebiti, argomenti sensibilmente diversi da quelli, volti a minimizzare la gravità dell'infrazione commessa, effettivamente presentati in detta risposta [29].

34. Per parte mia, mi domando se non sia più corretto un approccio in qualche modo inverso. Anziché determinare in prima battuta e in modo astratto la portata degli

23 — Citate alla nota 12 supra.
24 — Sentenza HFB e a./Commissione, cit. alla nota 12 supra (punto 316).
25 — Sentenza LR AF 1998/Commissione, cit. alla nota 12 supra (punto 204).
26 — Sentenze HFB e a./Commissione (punto 317) e LR AF 1998/Commissione (punto 205), citate alla nota 12 supra.
27 — Cit. alla nota 12 supra.
28 — Ibidem (punti 146, 151 e 153).
29 — Ibidem (punti 154-159).

oneri che gravano sulla Commissione quanto al contenuto della comunicazione degli addebiti, per poi verificare se la loro violazione abbia concretamente inciso sui diritti della difesa, sarebbe forse più appropriato dedurre la portata di quegli oneri dalla necessità che quei diritti siano rispettati.

35. Se, come sovente affermato in giurisprudenza e ricordato al punto 435 della sentenza impugnata, «per quanto riguarda la determinazione dell'importo dell'ammenda, i diritti della difesa delle imprese interessate sono garantiti dinanzi alla Commissione tramite la possibilità di presentare osservazioni in ordine alla durata, alla gravità e alla prevedibilità del carattere anticoncorrenziale dell'illecito» [30], gli oneri gravanti sulla Commissione dovrebbero essere quelli, e unicamente quelli, atti a rendere effettiva quella possibilità.

36. In tal senso, mi sembra che, una volta che la Commissione indichi nella comunicazione degli addebiti, come ha fatto nel caso di specie, che nel fissare l'ammenda da irrogare ad un'impresa terrà conto, nell'ambito della valutazione della gravità dell'infrazione, del ruolo da questa svolto negli accordi collusivi descritti nella medesima comunicazione, l'impresa in questione è messa in grado di formulare osservazioni sulle conclusioni da trarre, quanto al ruolo da essa svolto, dai fatti menzionati dalla Commissione, deducendo ad esempio che quei fatti non denotano che tale ruolo sia stato attivo o addirittura quello di un leader.

37. Sono perciò del parere che il Tribunale non abbia commesso un errore di diritto concludendo che la Commissione non era tenuta ad indicare nella comunicazione degli addebiti che avrebbe potuto considerare l'ADM leader dell'intesa in questione.

38. Per quanto riguarda la seconda parte del presente motivo, quella relativa all'omessa indicazione, nella comunicazione degli addebiti, di fatti posti nella decisione controversa a fondamento dell'attribuzione all'ADM della qualità di leader dell'intesa, ritengo invece che gli argomenti della ricorrente meritino parziale accoglimento.

39. I fatti cui la ricorrente si riferisce nell'ambito di questa parte del motivo sono le circostanze esposte ai 'considerando' 265-266 della decisione controversa e riprese dal rapporto dell'FBI e dalla dichiarazione scritta della Cerestar. Secondo il rapporto dell'FBI, un rappresentante dell'ADM avrebbe ideato i meccanismi dell'accordo «G-4/5», avrebbe avuto un ruolo piuttosto attivo alla riunione del 6 marzo 1991 a Basilea, dove era stato

30 — Tale affermazione, che si ritrova in diverse altre sentenze del Tribunale (6 ottobre 1994, causa T-83/91, Tetra Pak/Commissione, Racc. pag. II-755, punto 235; HFB e a./Commissione, punto 312, e LR AF 1998/Commissione, punto 200, citate alla nota 12 supra; 15 giugno 2005, cause riunite T-71/03, T-74/03, T-87/03 e T-91/03, Tokai Carbon e a./Commissione, non pubblicata nella Raccolta, punto 140; 25 octobre 2005, causa T-38/02, Groupe Danone/Commissione, Racc. pag. II-4407, punto 51, e 15 marzo 2006, causa T-15/02, BASF/Commissione, Racc. pag. II-497, punto 49), è stata convalidata dalla Corte nella sentenza SGL Carbon/Commissione, cit. alla nota 22 supra (punto 57).

formulato l'accordo sull'acido citrico, era considerato come «il vecchio saggio» ed era soprannominato «il predicatore» da un rappresentante di Jungbunzlauer ('considerando' 265). Secondo la dichiarazione scritta della Cerestar, un diverso rappresentante dell'ADM aveva un ruolo di leader e presiedeva le riunioni cosiddette «Sherpa» (quelle cioè che intervenivano a livello tecnico, contrapposte alle riunioni cosiddette «Masters», tenute a più alto livello), occupandosi di preparare gli argomenti e di avanzare le proposte sui listini prezzi da approvare ('considerando' 266). La Commissione ha considerato tali circostanze quali «elementi supplementari sufficienti per concludere che [l']ADM fosse un leader nell'ambito del cartello», dopo aver ritenuto che «il fatto che [l']ADM e i suoi concorrenti [avessero] tenuto una serie di incontri bilaterali poco prima della riunione multilaterale del cartello non [fosse] sufficiente a dimostrare che questa impresa abbia avuto un ruolo di istigazione» ('considerando' 264). Le suddette circostanze fattuali risultano così essere state decisive ai fini dell'attribuzione alla ricorrente della qualità di leader dell'intesa.

40. Può ritenersi non fondata la censura con cui si allega il difetto di motivazione della sentenza impugnata quanto all'argomento della ricorrente incentrato sull'omessa indicazione, nella comunicazione degli addebiti, di quelle circostanze. Sebbene il Tribunale non abbia illustrato in modo molto chiaro le ragioni per le quali siffatta omissione non aveva a suo avviso comportato una violazione dei diritti della difesa dell'ADM, può ritenersi che dette ragioni risultino implicitamente dal punto 439 della sentenza impugnata. Detto punto si riferisce certo principalmente al diverso argomento, che vi viene respinto, con il quale la ricorrente aveva lamentato di non essersi potuta pronunciare nel corso del procedimento amministrativo circa l'utilizzo come prove del rapporto dell'FBI e della dichiarazione scritta della Cerestar. Tuttavia, la portata di quel punto è più ampia, come emerge dall'espressione «anche per quanto riguarda il loro utilizzo come elementi di prova», nella misura in cui il Tribunale sembra considerarvi che il fatto che la Commissione avesse allegato i due suddetti documenti alla comunicazione degli addebiti era sufficiente a permettere alle parti di prendere posizione non solo sul loro utilizzo come prove, ma anche sulle circostanze fattuali che vi erano descritte.

41. Sono però, per altro verso, del parere che tale valutazione del Tribunale, nella misura in cui esso ha ritenuto non necessaria l'esposizione nella comunicazione degli addebiti delle circostanze fattuali richiamate ai 'considerando' 265-266 della decisione controversa, sia giuridicamente erronea.

42. Il rispetto dei diritti della difesa, infatti, esige, a mio modo di vedere, che nella comunicazione degli addebiti siano almeno palesati all'impresa destinataria tanto il materiale fattuale quanto il relativo materiale probatorio su cui la Commissione intende basare le proprie valutazioni nella decisione finale [31].

43. Secondo la Corte, «[i]l rispetto dei diritti della difesa esige che l'impresa interessata sia

31 — V., al riguardo, sentenza 25 ottobre 1983, causa 107/82, AEG-Telefunken/Commissione (Racc. pag. 3151), secondo cui la Commissione non poteva prendere in considerazione nella decisione finale, in quanto non menzionati nella comunicazione degli addebiti, né determinate vicende particolari (v. punti 21 e 28) né determinati documenti (v. punti 21 e 27).

stata messa in grado, durante il procedimento amministrativo, di far conoscere in modo efficace il proprio punto di vista sulla realtà e sulla rilevanza dei fatti e delle circostanze allegati, nonché sui documenti di cui la Commissione ha tenuto conto per suffragare la sua affermazione circa l'esistenza di un'infrazione» [32].

44. L'onere per la Commissione della previa comunicazione alle imprese del materiale fattuale e del relativo materiale probatorio che intende utilizzare nella decisione finale, così affermato riguardo all'accertamento dell'infrazione, deve valere a mio avviso anche riguardo alla determinazione dell'*an* e del *quantum* dell'ammenda [33].

45. Il caso di specie si caratterizza in particolare per il fatto che la conclusione della Commissione relativa al ruolo di leader dell'ADM si fonda, il che è pacifico, su circostanze fattuali (quelle di cui ai 'considerando' 265-266 della decisione controversa) non menzionate nella comunicazione degli addebiti, le quali sarebbero però provate da documenti non solo, come sottolineato dalla Commissione, allegati alla medesima comunicazione, ma anche in essa menzionati, sia pure quali prove dei fatti narrati in quest'ultima.

46. Deve ritenersi che il fatto che dette circostanze risultavano da quei documenti, di cui la comunicazione degli addebiti precisava che sarebbero stati utilizzati come prova, fosse tale da permettere all'ADM di prendere posizione sulla realtà e sulla rilevanza di quelle stesse circostanze?

47. La ricorrente suggerisce di riferirsi alla sentenza del Tribunale Shell/Commissione [34], dalla quale emerge, in particolare, che:

— documenti allegati alla comunicazione degli addebiti, ma ivi non menzionati, possono essere tenuti presenti nella decisione a carico dell'impresa destinataria soltanto se quest'ultima, partendo da quella comunicazione, abbia potuto ragionevolmente dedurre le conclusioni che la Commissione intendeva trarne [35];

32 — Sentenza 25 gennaio 2007, causa C-407/04 P, Dalmine/Commissione (Racc. pag. I-829, punto 44 e la giurisprudenza ivi citata).

33 — Nella sentenza 14 luglio 2005, cause riunite C-65/02 P e C-73/02 P, ThyssenKrupp/Commissione (Racc. pag. I-6773, punto 92), la Corte riprende la formula giurisprudenziale riportata al paragrafo 43 delle presenti conclusioni impiegando però termini che paiono ampliarne la portata: «[il Tribunale] ha giustamente ricordato che il rispetto effettivo di tale principio esige che l'impresa interessata sia stata posta in grado, fin dalla fase del procedimento amministrativo, di far conoscere in modo efficace il proprio punto di vista sulla realtà e sulla pertinenza dei fatti e delle circostanze *addotti dalla Commissione a sostegno delle sue affermazioni*» (il corsivo è mio).

34 — Cit. alla nota 13 supra.

35 — Ibidem, punto 56. Nello stesso senso v. anche sentenze 10 marzo 1992, causa T-13/89, ICI/Commissione (Racc. pag. II-1021, punto 35); 15 marzo 2000, cause riunite T-25/95, T-26/95, da T-30/95 a T-32/95, da T-34/95 a T-39/95, da T-42/95 a T-46/95, T-48/95, da T-50/95 a T-65/95, da T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, Cimenteries CBR e a./Commissione (Racc. pag. II-491, punto 323), e 30 settembre 2003, cause riunite T-191/98 e da T-212/98 a T-214/98, Atlantic Container Line e a./Commissione (Racc. pag. II-3275, punto 162).

— documenti allegati alla comunicazione degli addebiti ed ivi menzionati a sostegno di una determinata accusa possono essere utilizzati nella decisione a sostegno di un'accusa diversa contro la stessa impresa solo se quest'ultima abbia potuto verosimilmente dedurre dalla comunicazione degli addebiti e dal contenuto dei documenti le conclusioni che la Commissione intendeva ricavarne [36].

48. Tali criteri appaiono condivisibili, in quanto consentono un equilibrato contemperamento tra esigenze relative alla difesa delle imprese ed esigenze relative all'efficace esperimento dell'azione amministrativa della Commissione. D'altronde, i documenti allegati alla comunicazione degli addebiti possono essere (e sono frequentemente) molto numerosi o voluminosi, per cui, come giustamente sostiene la ricorrente, non è pensabile porre a carico delle imprese destinatarie di tale comunicazione l'onere di rilevare dai medesimi ogni elemento che possa astrattamente essere interpretato come elemento a loro carico e di contestarne la materialità o il significato.

49. Un criterio analogo a quelli tratti dalla sentenza Shell/Commissione dovrebbe, a mio parere, poter essere applicato anche nel caso, che ricorre nella fattispecie, in cui documenti allegati alla comunicazione degli addebiti ed ivi menzionati sono utilizzati nella decisione finale come prove di circostanze fattuali diverse da quelle rappresentate nella suddetta comunicazione. Siffatto utilizzo dovrebbe essere consentito solo ove si riscontri che l'impresa interessata poteva dedurre, *partendo dalla comunicazione degli addebiti* e alla luce del contenuto di quei documenti, le conclusioni *in fatto* che la Commissione intendeva ricavare da questi ultimi.

50. Pertanto, ritengo che il Tribunale sia incorso in un errore di diritto quando, omettendo tale tipo di verifica, ha considerato che il semplice fatto che il rapporto dell'FBI e la dichiarazione scritta della Cerestar fossero allegati alla comunicazione degli addebiti permetteva alla Commissione di contestare all'ADM nella decisione finale le circostanze fattuali richiamate ai 'considerando' 265-266 di tale decisione.

51. Tale errore di diritto non può essere, a mio avviso, sanato attraverso una sostituzione di motivi [37], la quale è ammissibile solo quando i motivi giuridicamente erronei possono essere rimpiazzati da motivi di puro diritto [38]. Orbene, l'effettuazione della suddetta verifica, volta a determinare se l'ADM potesse dedurre dalla comunicazione degli addebiti e dal contenuto dei due documenti in questione che la Commissione intendeva contestarle le circostanze fattuali sopramenzionate, implica

36 — Sentenza Shell/Commissione, cit. alla nota 13 supra (punto 62).

37 — Secondo la giurisprudenza della Corte, qualora dalla motivazione di una sentenza del Tribunale risulti una violazione del diritto comunitario, ma il dispositivo della medesima sentenza appaia fondato per altri motivi di diritto, il ricorso avverso tale sentenza deve essere respinto (v., fra tante, sentenze 9 giugno 1992, causa C-30/91 P, Lestelle/Commissione, Racc. pag. I-3755, punto 28; 15 dicembre 1994, causa C-320/92 P, Finsider/Commissione, Racc. pag. I-5697, punto 37, e 13 luglio 2000, causa C-210/98 P, Salzgitter/Commissione, Racc. pag. I-5843, punto 58).

38 — V., oltre alla giurisprudenza citata alla nota precedente, in modo più esplicito, le conclusioni dell'avvocato generale Léger del 4 luglio 1996 nella causa Ojha/Commissione, definita con sentenza 12 novembre 1996, C-294/95 P (Racc. pag. I-5863, paragrafo 179), nonché le mie conclusioni dell'11 gennaio 2007 nella causa Holcim (Deutschland)/Commissione, definita con sentenza 19 aprile 2007, C-282/05 P (Racc. pag. I-2941, paragrafo 123).

una valutazione dei fatti cui la Corte non può procedere in sede di esame dell'impugnazione. La sentenza impugnata dovrebbe perciò, a mio parere, essere annullata sul punto menzionato al paragrafo precedente, senza che occorra a tal fine prendere in considerazione né gli argomenti della ricorrente richiamati al paragrafo 20 supra, lett. da a) a c), né quelli della Commissione richiamati al paragrafo 23 supra, i quali rilevano semmai nel diverso contesto dell'effettuazione della suddetta verifica.

C — *Sul ricorso contro la decisione controversa: valutazione dell'esistenza di una violazione dei diritti della difesa quanto all'attribuzione alla ricorrente della qualità di leader dell'intesa*

52. Ai fini dell'esame, nella parte che interessa, del motivo del ricorso di primo grado fondato sulla violazione dei diritti della difesa della ricorrente in ordine alla questione della leadership dell'intesa, occorre verificare, come ho sopra rilevato, se la ricorrente potesse ragionevolmente dedurre, a partire dalla comunicazione degli addebiti e tenendo conto del contenuto dei documenti allegati a tale comunicazione, che la Commissione intendeva contestarle i fatti menzionati ai 'considerando' 265-266 della decisione controversa quali elementi sintomatici della sua qualità di leader dell'intesa.

53. Orbene, a me pare proprio che non si possa rispondere a tale interrogativo in modo affermativo. Come giustamente sottolinea la ricorrente, la comunicazione degli addebiti indicava, al punto 161, che nel valutare la gravità dell'infrazione la Commissione avrebbe tenuto conto dei «fatti quali descritti e valutati sopra» e, al punto 162, che, nel determinare l'ammenda da imporre a ciascuna impresa, essa avrebbe tenuto conto, fra l'altro, del ruolo svolto da ciascuna negli accordi collusivi «quale sopra descritto». I fatti menzionati ai 'considerando' 265-266 della decisione controversa non sono descritti né nei punti 63, 71, 84, 85, 93, 94 e 104, cui si richiama la Commissione nel suo controricorso, né in altri punti della comunicazione degli addebiti. D'altra parte, se il punto 50 della comunicazione degli addebiti indicava certo che la Commissione intendeva utilizzare come prove, tra altri documenti, il rapporto dell'FBI e la dichiarazione scritta della Cerestar, il riferimento era fatto tuttavia alla prova dei «fatti quali esposti nella sezione C» della medesima comunicazione [39].

54. Quanto al fatto, sottolineato dalla Commissione, che nella sua risposta alla comunicazione degli addebiti la ricorrente si sia riferita ai due suddetti documenti e si sia persino fondata sul rapporto dell'FBI per escludere che il suo ruolo nell'intesa fosse quello di un leader o di un istigatore, esso non può certo significare che la ricorrente comprendesse o dovesse comprendere che le venivano contestate le circostanze riferite ai 'considerando' 265-266 della decisione controversa.

39 — La traduzione dei riferiti passi della comunicazione degli addebiti, redatta in inglese, è mia.

55. Non vedo quindi come si possa ragionevolmente ritenere che il tenore della comunicazione degli addebiti, pur considerato alla luce dei documenti a questa allegati, fosse tale da permettere alla ricorrente di dedurre che le venivano contestate quelle stesse circostanze.

56. Il motivo del ricorso di primo grado fondato sulla violazione dei diritti della difesa della ricorrente dovrebbe pertanto, a mio parere, essere accolto nei sensi di cui sopra.

57. Nel valutare se l'ADM avesse svolto un ruolo di leader nell'intesa sull'acido citrico non può dunque tenersi conto delle circostanze fattuali menzionate ai 'considerando' 265-266 della decisione controversa, le quali però, come ho rilevato al paragrafo 39 supra, sono risultate decisive ai fini del riconoscimento di quel ruolo da parte della Commissione per ammissione stessa di quest'ultima. Aggiungo, per di più, che non emerge neanche in modo chiaro dalla decisione controversa se, tra gli elementi che la Commissione ha posto a base di quel riconoscimento, vi sia anche il ciclo di incontri bilaterali tra l'ADM e i suoi concorrenti tenutisi poco prima della prima riunione multilaterale del cartello, di cui si dà conto al 'considerando' 263 di quella decisione. Al successivo 'considerando' 264, la Commissione ha considerato che tali incontri bilaterali suggerivano fortemente che l'ADM aveva avuto un ruolo di *istigatore*, benché non bastassero a provarlo. La Commissione aggiungeva che era tuttavia in possesso di «elementi supplementari sufficienti per concludere che [l']ADM fosse un *leader* nell'ambito del cartello» [40].

58. Orbene, come suggerisce lo stesso punto 2 degli Orientamenti, relativo alle circostanze aggravanti, occorre distinguere l'«organizzazione dell'infrazione», che riguarda il funzionamento dell'intesa, dall'«istigazione a commetterla», che riguarda il momento della fondazione o dell'allargamento dell'intesa [41]. Indizi circa il ruolo di istigatore eventualmente svolto da un'impresa non possono perciò costituire prova del ruolo di leader svolto dalla stessa. Gli incontri bilaterali in questione non assumono pertanto rilevanza al fine di qualificare l'ADM leader dell'intesa.

59. La Commissione non ha invocato né dinanzi al Tribunale né dinanzi alla Corte ulteriori circostanze rilevanti ai fini di tale qualificazione che il giudice comunitario potrebbe prendere in considerazione in virtù della sua competenza giurisdizionale anche di merito in materia di ammende.

60. Ne consegue, in assenza dei presupposti per considerare che l'ADM ha svolto un ruolo

40 — Il corsivo è mio.

41 — In tal senso si è espresso il Tribunale nella sentenza BASF/Commissione, cit. alla nota 30 supra (punto 316), aggiungendo che «in occasione dell'esame del ruolo svolto dalla ricorrente nelle infrazioni del caso di specie occorre distinguere la nozione di leader dell'infrazione da quella di istigatore, ed effettuare le due analisi separatamente per verificare se la ricorrente abbia svolto l'uno o l'altro ruolo».

di leader nell'intesa, che la maggiorazione del 35 % dell'importo di base dell'ammenda, applicata dalla Commissione alla ricorrente a titolo di circostanza aggravante, dovrebbe essere cancellata.

61. Passo ora a esaminare i successivi quattro motivi d'impugnazione, attinenti anch'essi alla questione della leadership dell'intesa, prescindendo dalle conclusioni cui sono pervenuto nei paragrafi che precedono, considerato l'interesse di alcune questioni che detti motivi sollevano e per il caso in cui la Corte, contrariamente a quanto da me suggerito, dovesse ritenere infondato il motivo d'impugnazione sopra esaminato.

D — *Sul secondo motivo d'impugnazione, relativo alla violazione delle garanzie procedurali in conseguenza dell'utilizzo del rapporto dell'FBI come prova in ordine alla leadership dell'intesa da parte della ricorrente*

1. Considerazioni del Tribunale

62. Dinanzi al Tribunale la ricorrente aveva addebitato alla Commissione un errore di diritto nell'aver fondato la propria conclusione circa il ruolo di leader dell'ADM su alcuni passaggi del rapporto dell'FBI. Secondo la ricorrente, detto rapporto non avrebbe dovuto essere utilizzato dalla Commissione come prova della leadership esercitata dalla ricorrente nel cartello. A tale riguardo faceva valere ragioni di ordine procedurale e ragioni attinenti all'affidabilità del documento. Sotto il primo profilo, la ricorrente rilevava, in particolare, che esso era stato redatto dalle autorità di un paese terzo nell'ambito di un'indagine in cui non erano di applicazione le garanzie procedurali offerte dal diritto comunitario; che il resoconto delle dichiarazioni dell'ex rappresentante dell'ADM contenuto in detto rapporto non era stato sottoposto ad esame, approvazione e sottoscrizione da parte di questo o del suo avvocato; che la ricorrente non aveva avuto dinanzi alla Commissione l'opportunità di esercitare, riguardo alle dichiarazioni riprese in quel documento, il suo diritto, di fonte comunitaria, di opporsi all'auto-incriminazione; che le autorità antitrust statunitensi avevano espressamente affermato che le dichiarazioni rese dall'ex rappresentante dell'ADM non sarebbero state divulgate se non nel quadro di procedimenti intentati da autorità degli Stati Uniti, salvo ordine di un giudice. Sotto il secondo profilo, la ricorrente sosteneva che il rapporto dell'FBI, per la sua natura, per contraddizioni interne e per contrasto con altre risultanze probatorie, non era affidabile.

63. Nella sentenza impugnata il Tribunale ha respinto tanto le censure di ordine procedurale, con le considerazioni di cui ai punti 261-270 di tale sentenza, quanto quelle vertenti sulla correttezza della valutazione operata dalla Commissione circa il contenuto di quel rapporto.

64. Con il presente motivo d'impugnazione si censurano unicamente le considerazioni che figurano ai punti 261-270 della sentenza impugnata.

65. Il Tribunale ha ivi anzitutto ritenuto «pacifico che nessuna disposizione vieta alla Commissione di avvalersi, come elemento di prova utile a constatare una infrazione agli artt. 81 CE e 82 CE e a fissare un'ammenda, di un documento che, come quello che nella presente fattispecie è dato dal rapporto dell'FBI, è stato redatto nel contesto di un procedimento diverso da quello condotto dalla Commissione stessa» [42].

66. Dopo aver ricordato che la giurisprudenza comunitaria, a partire dalla sentenza Orkem/Commissione [43], ha riconosciuto il diritto di un'impresa a non essere costretta dalla Commissione, in sede di applicazione dell'art. 11 del regolamento n. 17, ad ammettere la propria partecipazione ad un'infrazione, il Tribunale ha rilevato che la situazione di fatto del caso di specie era diversa da quella, caratterizzata dall'invio da parte della Commissione di richieste di informazioni ad imprese, che era stata esaminata dalla suddetta giurisprudenza [44].

67. Nondimeno, il Tribunale ha ritenuto che, «qualora, come nella specie, la Commissione, nell'ambito della sua libera valutazione degli elementi di prova di cui dispone, si avvalga di una dichiarazione resa in un contesto diverso da quello del procedimento promosso dinanzi alla Commissione, e qualora questa dichiarazione comporti potenzialmente informazioni che l'impresa interessata in forza della giurisprudenza Orkem/Commissione (…) avrebbe il diritto di rifiutare di fornire alla Commissione, quest'ultima è tenuta a garantire a tale impresa diritti [procedurali] equivalenti a quelli conferiti dalla detta giurisprudenza» [45].

68. Secondo il Tribunale, «[i]l rispetto di tali garanzie [procedurali] implica, in un contesto come quello del caso di specie, che la Commissione è tenuta ad esaminare d'ufficio se, a prima vista, vi siano seri dubbi circa il rispetto dei diritti [procedurali] delle parti interessate nell'ambito del procedimento nel corso del quale esse hanno reso siffatte dichiarazioni. In assenza di tali seri dubbi, i diritti [procedurali] delle parti interessate debbono considerarsi sufficientemente garantiti se, nella comunicazione degli addebiti, la Commissione indica chiaramente, eventualmente allegando i documenti interessati da tale comunicazione, di avere l'intenzione di avvalersi delle dichiarazioni di cui trattasi. In questo modo, la Commissione consente alle parti interessate di prendere posizione non solo rispetto al contenuto di tali dichiarazioni, ma anche a eventuali irregolarità o a circostanze particolari che hanno accompagnato sia la loro redazione sia la loro produzione dinanzi alla Commissione» [46].

69. Applicando tali criteri al caso di specie, il Tribunale, in primo luogo, ha osservato che «il rapporto dell'FBI è stato sottoposto alla Commissione da un concorrente dell'ADM, la Bayer, [la quale] aveva pure fatto parte dell'intesa (…), e che l'ADM non ha affermato

42 — Sentenza impugnata, punto 261.
43 — Sentenza 18 ottobre 1989, causa 374/87 (Racc. pag. 3283).
44 — Sentenza impugnata, punti 262-263.
45 — Sentenza impugnata, punto 264.
46 — Sentenza impugnata, punto 265.

che tale documento era stato ottenuto in modo illegittimo dalla Bayer o dalla Commissione» [47].

70. In secondo luogo, esso ha constatato che «il rapporto dell'FBI costituisce un documento redatto dall'autorità competente degli Stati Uniti per perseguire cartelli segreti, che è stato prodotto dinanzi ai tribunali americani nel corso di un procedimento di cui ha costituito oggetto la medesima intesa» e che «[n]on vi era alcun segno esterno che avrebbe dovuto d'ufficio incitare la Commissione a nutrire dubbi circa il suo valore probatorio» [48].

71. In terzo luogo, il Tribunale ha ricordato che nella comunicazione degli addebiti la Commissione aveva manifestato la sua intenzione di avvalersi di tale rapporto, allegato a detta comunicazione, consentendo così all'ADM «di prendere posizione, non solo rispetto al contenuto di tale documento, ma anche su eventuali irregolarità o particolari circostanze che hanno accompagnato sia la sua redazione (…) sia la sua produzione dinanzi alla Commissione, in base alle quali, secondo l'ADM, la Commissione non poteva avvalersi del detto documento senza violare i diritti [procedurali] garantiti dal diritto comunitario» [49].

47 — Sentenza impugnata, punto 266.
48 — Sentenza impugnata, punto 267.
49 — Sentenza impugnata, punto 268.

72. Il Tribunale ha osservato inoltre che l'ADM non aveva formulato nella sua risposta alla comunicazione degli addebiti alcuna censura quanto al fatto che tale documento fosse preso in considerazione dalla Commissione, ma si era al contrario essa stessa espressamente basata su tale documento per sostenere i propri argomenti. Il Tribunale ha aggiunto che l'ADM non assumeva neppure di aver attirato, in un qualsiasi altro momento del procedimento amministrativo, l'attenzione della Commissione sull'inaffidabilità del rapporto dell'FBI o di aver chiesto alla Commissione di interrogare l'ex rappresentante dell'ADM circa la veridicità dei discorsi riprodotti in tale rapporto [50].

73. Il Tribunale ha concluso pertanto che «in una situazione siffatta», avvalendosi del rapporto dell'FBI nell'ambito della «sua libera valutazione delle prove di cui disponeva», la Commissione non aveva violato i diritti procedurali garantiti dal diritto comunitario [51].

2. Argomenti delle parti

74. La ricorrente sostiene, fondandosi sulle sentenze «Banche spagnole» [52] e Otto [53], che non possono essere utilizzate come prove dalla Commissione in un procedimento per infrazione all'art. 81 CE informazioni ottenute

50 — Sentenza impugnata, punto 269.
51 — Sentenza impugnata, punto 270.
52 — Sentenza 16 luglio 1992, causa C-67/91, Asociación Española de Banca Privada e a. (Racc. pag. I-4785).
53 — Sentenza 10 novembre 1993, causa C-60/92 (Racc. pag. I-5683).

e utilizzate, anche legalmente, da autorità pubbliche nell'ambito di altri procedimenti. Il rapporto dell'FBI sarebbe stato preparato in un quadro legale del tutto diverso da quello entro cui si muove la Commissione, con applicazione di garanzie procedurali diverse da quelle conferite dal diritto comunitario. La ricorrente fa osservare che né l'ex rappresentante dell'ADM né il suo avvocato hanno avuto la possibilità di leggere, approvare o sottoscrivere detto rapporto. Inoltre, essa sottolinea che quest'ultimo doveva restare confidenziale, come risulterebbe dalla sua prima pagina, e servire soltanto nell'ambito di procedimenti negli Stati Uniti, come risulterebbe dall'impegno scritto assunto in tal senso dalle autorità antitrust statunitensi in una lettera del 13 giugno 1997, versata agli atti del giudizio di primo grado [54].

75. Con specifico riferimento alla garanzia rappresentata dal diritto delle imprese ad opporsi all'auto-incriminazione quale riconosciuto dalla sentenza Orkem/Commissione [55], la ricorrente fa valere che dalla sentenza Otto [56] si desume che detto diritto è violato dalla Commissione quando essa utilizza come prova informazioni che, ottenute in altri procedimenti mediante l'esercizio di poteri coercitivi, essa non avrebbe potuto ottenere direttamente, per effetto di quel diritto, mediante l'esercizio dei propri poteri coercitivi [57].

76. Orbene, i criteri esposti dal Tribunale al punto 265 della sentenza impugnata (v. paragrafo 68 supra) sarebbero in contraddizione con le suddette regole che la ricorrente desume dalla giurisprudenza comunitaria. Inoltre, il rispetto delle garanzie procedurali conferite alle imprese dal diritto comunitario, in particolare del diritto di opporsi all'auto-incriminazione, si imporrebbe in ogni caso alla Commissione, anche in mancanza di una richiesta in tal senso dell'impresa interessata, senza che possano rilevare in senso contrario l'assenza di seri dubbi circa il rispetto dei diritti procedurali nell'ambito del procedimento «esterno» in cui le informazioni sono state assunte o il fatto che il documento che contiene queste ultime sia stato allegato dalla Commissione alla comunicazione degli addebiti. Tantomeno rileverebbero altre circostanze che il Tribunale ha invece valorizzato nella sua analisi, peraltro — secondo la ricorrente — senza coerenza con i summenzionati criteri da esso accolti, quali il fatto che detto documento sia eventualmente stato ottenuto e trasmesso legalmente alla Commissione da un'impresa terza, che esso sia stato redatto dall'autorità statunitense competente, o che, in denegata ipotesi, avesse valore probatorio e fosse stato prodotto dinanzi a tribunali degli Stati Uniti nell'ambito di un processo relativo all'intesa sull'acido citrico.

77. Nell'ambito di siffatte censure, la ricorrente sostiene anche che il Tribunale, considerando al punto 229 della sentenza impugnata le dichiarazioni riportate nel rapporto dell'FBI come rese nel corso di un «interrogatorio da parte del "grand jury"» e al punto 267 della medesima sentenza che detto rapporto «è stato prodotto dinanzi ai tribunali americani nel corso di un procedimento di cui ha costituito oggetto [l'intesa sull'acido citrico]», ha compiuto un accerta-

54 — V. atto di impugnazione, punti 42 e 44, in fine.
55 — Cit. alla nota 43 supra.
56 — Cit. alla nota 53 supra.
57 — V. atto di impugnazione, punti 41 e 43.

mento dei fatti viziato da inesattezze materiali risultanti dai documenti del fascicolo, come tale censurabile in sede di impugnazione. In effetti, da un lato, emergerebbe dallo stesso rapporto dell'FBI che l'ex rappresentante dell'ADM era stato sentito non da un «grand jury», ma da procuratori della divisione antitrust del Ministero della Giustizia statunitense e da un agente dell'FBI; dall'altro, non vi sarebbe stato alcun processo dinanzi a tribunali degli Stati Uniti per l'intesa sull'acido citrico, avendo tutte le imprese coinvolte in tale intesa concluso dei «plea agreements» (transazioni giudiziarie).

78. La ricorrente contesta al Tribunale anche uno «snaturamento delle prove» laddove esso ha concluso che la Commissione non poteva avere dubbi seri a prima vista circa il rispetto dei diritti procedurali. Secondo la ricorrente, talune circostanze del caso di specie, risultanti dal rapporto dell'FBI, deponevano chiaramente nel senso dell'applicabilità della giurisprudenza inaugurata dalla sentenza Orkem/Commissione, applicabilità che la Commissione avrebbe dovuto rilevare d'ufficio.

79. Infine, la ricorrente critica la sentenza impugnata nella parte in cui sarebbe affermato che la mancata contestazione da parte dell'ADM, nella sua risposta alla comunicazione degli addebiti, dell'ammissibilità come prova del rapporto dell'FBI è tale da «giustificare una violazione dei diritti fondamentali» e comporta la decadenza dell'ADM dal diritto di muovere la suddetta contestazione dinanzi al giudice comunitario.

80. La Commissione ritiene che il presente motivo d'impugnazione sia infondato sotto tutti i profili.

81. Essa sostiene anzitutto che correttamente il Tribunale ha considerato che la tutela garantita dalla sentenza Orkem/Commissione doveva, nella fattispecie in esame, essere adattata alle particolari circostanze del caso, tenuto conto del fatto che la Commissione aveva ricevuto il rapporto dell'FBI da un'impresa terza e non lo aveva richiesto direttamente all'ADM. In dette circostanze, ad avviso della Commissione, spettava alla stessa istituzione verificare se l'utilizzo del documento da parte sua potesse ledere i diritti procedurali della ricorrente. Il miglior modo di far ciò sarebbe stato, come giudicato dal Tribunale, quello di dare alla ricorrente la possibilità di esprimere il proprio punto di vista sull'utilizzo del documento, cosa che la Commissione avrebbe puntualmente fatto, citando il documento nella comunicazione degli addebiti ed allegandolo alla stessa.

82. All'udienza, l'agente della Commissione ha fatto osservare che il diritto riconosciuto dalla sentenza Orkem/Commissione è rinunciabile, l'impresa essendo libera di esercitarlo o meno, e che l'ADM, pur essendo stata messa in grado di farlo, non ha sollevato obiezioni contro l'utilizzo del rapporto dell'FBI nel corso del procedimento amministrativo dinanzi alla Commissione. Detto agente ha aggiunto che i diritti della difesa sono stati rispettati dalle autorità statunitensi che hanno proceduto a raccogliere le dichiarazioni dell'ex rappresentante dell'ADM e che, in particolare, negli Stati Uniti le imprese non

dispongono, a differenza delle persone fisiche, del diritto al silenzio garantito dal quinto emendamento della Costituzione americana.

83. La Commissione sottolinea che, se venisse accolta la censura della ricorrente relativa al modo in cui il Tribunale ha adattato la tutela offerta dalla sentenza Orkem/Commissione alle circostanze del caso di specie, si perverrebbe al risultato «aberrante» di escludere automaticamente l'utilizzabilità di ogni documento contenente dichiarazioni a carico di un'impresa che sia stato comunicato da un'altra impresa.

84. Inoltre, la Commissione ritiene che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente (v. paragrafo 76 supra), tutti gli elementi di valutazione utilizzati dal Tribunale fossero pertinenti in quanto necessari ad un'applicazione della regola stabilita dalla sentenza Orkem/Commissione che si adattasse al caso di specie.

85. Quanto al preteso snaturamento delle prove, la Commissione ritiene difficile comprendere il senso di tale censura e in che modo questa, quand'anche possa essere condivisa, dimostrerebbe l'illegittimità della sentenza impugnata. La Commissione considera poi «assurda» la censura richiamata al paragrafo 79 supra, ritenendo che una violazione dei diritti fondamentali della ricorrente vi sarebbe stata se quest'ultima non fosse stata avvisata dell'intenzione della Commissione di utilizzare il rapporto dell'FBI e messa in condizione di formulare osservazioni sull'utilizzo di tale documento. Come il Tribunale ha constatato, tuttavia, la Commissione, con la comunicazione degli addebiti, avrebbe debitamente avvisato la ricorrente di quell'intenzione, mettendola in condizione di contestare l'utilizzo del rapporto dell'FBI.

3. Valutazione

a) Interpretazione della sentenza impugnata

86. Il ragionamento del Tribunale contenuto ai punti 261-270 della sentenza impugnata non appare limpido in tutte le sue parti.

87. Il punto di partenza di tale ragionamento è tuttavia chiaro e corrisponde in sostanza alla seguente asserzione: non è vietato in linea di principio alla Commissione di utilizzare come prova in un suo procedimento per infrazione agli artt. 81 CE e 82 CE un documento redatto nel contesto di un procedimento diverso da quello da essa condotto [58].

58 — Sentenza impugnata, punto 261.

88. Il secondo stadio del ragionamento corrisponde in sostanza alla seguente asserzione: quando utilizza come prova una dichiarazione resa nel contesto di un procedimento diverso da quello da essa condotto, la Commissione è tenuta a garantire all'impresa interessata «diritti [procedurali] equivalenti» a quelli di cui questa dispone in virtù del diritto comunitario nell'ambito del procedimento da essa condotto [59]. Tale asserzione, anch'essa in sé e per sé chiara, deve tuttavia essere precisata alla luce delle osservazioni che il Tribunale svolge quando passa a descrivere il modo in cui la Commissione deve adempiere a questo obbligo.

89. In proposito il Tribunale indica che la Commissione deve, in un primo tempo, «esaminare d'ufficio se, a prima vista, vi siano seri dubbi circa il rispetto dei diritti [procedurali] delle parti interessate nell'ambito del procedimento nel corso del quale esse hanno reso siffatte dichiarazioni» [60].

90. Orbene, tale passaggio, in apparente contraddizione con la premessa relativa al necessario rispetto di diritti equivalenti a quelli conferiti dal diritto comunitario [61] e con gli ulteriori richiami al rispetto dei «diritti [procedurali] garantiti dal diritto comunitario» [62], sembra riferirsi al rispetto dei diritti procedurali invocabili in quel procedimento, ossia, nella fattispecie, a quelli previsti dalla legislazione statunitense per quanto riguarda le inchieste realizzate dalle autorità antitrust degli Stati Uniti. Sembrano vagamente deporre in questo senso anche i riferimenti fatti dal Tribunale a «eventuali irregolarità» relative alla redazione o alla produzione del rapporto dell'FBI dinanzi alla Commissione [63], irregolarità la cui esistenza non può che essere apprezzata in base al diritto statunitense, nonché il riferimento, nell'ambito di quella che pare essere l'applicazione al caso di specie di quel primo criterio della verifica *prima facie* dell'assenza di seri dubbi circa il rispetto dei diritti procedurali (v. paragrafo 70 supra), a questioni di diritto statunitense quali quella della competenza dell'autorità che ha redatto il rapporto in questione.

91. Sebbene possa prospettarsi un'insufficienza o contraddittorietà di motivazione della sentenza sul punto in esame, ritengo si possa comunque ragionevolmente interpretare tale motivazione, al di là dell'infelice formulazione di qualche sua parte, nel senso che:

a) l'utilizzabilità di dichiarazioni assunte in un procedimento «straniero» come prova in un procedimento condotto dalla Commissione presuppone, da un lato, che siano state rispettate le garanzie procedurali previste dall'ordinamento straniero in relazione alla raccolta di quelle dichiarazioni *e*, dall'altro, che le modalità seguite nell'assunzione delle medesime dalle autorità straniere siano

59 — Ibidem, punto 264.
60 — Ibidem, punto 265.
61 — Ibidem, punto 264.
62 — Ibidem, punti 268 e 270.
63 — Ibidem, punti 265 e 268.

compatibili con i diritti procedurali conferiti dall'ordinamento comunitario;

b) prima di utilizzare siffatte dichiarazioni come prova in un suo procedimento, la Commissione ha l'onere di verificare se vi siano seri dubbi *tanto* sul rispetto, nell'ambito del procedimento straniero, dei diritti procedurali conferiti alla parte interessata dall'ordinamento straniero *quanto* sulla compatibilità delle modalità utilizzate in quel procedimento per l'assunzione delle dichiarazioni in questione con i diritti procedurali conferiti dall'ordinamento comunitario.

92. Il Tribunale indica poi che la Commissione, in mancanza di seri dubbi sul rispetto dei «diritti procedurali», deve indicare nella comunicazione degli addebiti la sua intenzione di avvalersi delle dichiarazioni rese nel procedimento straniero [64].

93. Al riguardo, stando al tenore letterale del punto 265 della sentenza impugnata, il Tribunale sembrerebbe considerare che l'assolvimento di tale obbligo sia di per sé sufficiente a garantire la tutela di quei diritti. Una tale conclusione sarebbe, a mio avviso, chiaramente scorretta. Appare ovvio, infatti, che dare all'impresa interessata la possibilità di contestare, in quanto lesivo dei suoi diritti procedurali, l'utilizzo del documento che contiene quelle dichiarazioni non può valere come tale ad escludere che detto utilizzo possa ledere quei diritti. Occorrerà anche, ove delle contestazioni siano effettivamente avanzate dall'impresa, che la Commissione le prenda in considerazione e ne valuti la fondatezza con argomentare giuridicamente corretto.

94. Ciò che il Tribunale sembra in realtà voler dire è che, in mancanza di contestazioni da parte dell'impresa interessata quanto all'utilizzo come prova nel procedimento da essa condotto di dichiarazioni rese in un procedimento straniero, la Commissione è autorizzata a ritenere che detto utilizzo non sia lesivo dei diritti procedurali di cui l'impresa è titolare.

b) Sulla correttezza dei criteri di analisi seguiti nella sentenza impugnata

95. Passo dunque ad esaminare, alla luce degli argomenti presentati dalle parti, la conformità al diritto comunitario dei criteri seguiti dal Tribunale nel suo ragionamento, quali precisati ai paragrafi 87 (inesistenza di un divieto generale di utilizzo da parte della Commissione di prove formate nel contesto di un procedimento diverso da quello da essa condotto), 91 sub a) (condizione per un siffatto utilizzo rappresentata dal rispetto dei diritti procedurali), nonché 91 sub b) e 94

64 — Sentenza impugnata, punto 265.

supra (modalità che la Commissione deve osservare per assicurarsi del rispetto di quei diritti).

96. Il tema toccato, relativo al regime della prova nei procedimenti per infrazione agli artt. 81 CE e 82 CE e alla circolazione delle prove tra procedimenti e finanche ordinamenti giuridici diversi, è di indubbia delicatezza e richiede quindi un'analisi approfondita.

i) Sull'inesistenza di un divieto generale di utilizzo da parte della Commissione di prove formate nel contesto di un procedimento diverso da quello da essa condotto

97. La ricorrente mette in dubbio anzitutto la facoltà per la Commissione di utilizzare come prova, in un suo procedimento per infrazione all'art. 81 CE, informazioni assunte nel contesto di un procedimento diverso da quello da essa condotto, e invoca al riguardo le succitate sentenze «Banche spagnole» e Otto.

98. Nella sentenza «Banche spagnole» [65] la Corte ha dedotto dall'art. 214 del Trattato CE (divenuto art. 287 CE, relativo al segreto d'ufficio) e dalle disposizioni del regolamento n. 17 che gli Stati membri, nell'ambito della loro competenza ad applicare le norme nazionali e comunitarie in materia di concorrenza, non possono utilizzare come mezzi di prova né le informazioni non pubblicate contenute nelle risposte fornite alle richieste d'informazioni rivolte alle imprese ai sensi dell'art. 11 del regolamento n. 17 né le informazioni contenute nelle domande e nelle notificazioni di cui agli artt. 2, 4 e 5 dello stesso regolamento. Il richiamo a tale sentenza da parte della ricorrente si rivela però poco efficace, dal momento che essa riguarda (e considera vietato) l'utilizzo di informazioni assunte dalla Commissione in un suo procedimento a norma del regolamento n. 17 come prova *in un procedimento condotto dalle autorità nazionali di concorrenza,* mentre non era in questione nella causa definita da quella sentenza l'ingresso di informazioni come prove *nel procedimento condotto dalla Commissione*, tema su cui verte il presente motivo d'impugnazione.

99. Quanto alla sentenza Otto [66], il divieto di utilizzo come prova da parte della Commissione in un suo procedimento di determinate dichiarazioni assunte nell'ambito di un giudizio civile nazionale non vi è concepito come divieto di carattere generale dovuto alla separatezza tra i procedimenti, ma è fatto discendere dalla necessità di rispettare il diritto dell'impresa ad opporsi all'auto-incriminazione, quale riconosciuto nella sentenza Orkem/Commissione, sul presupposto del carattere auto-incriminante di quelle dichiarazioni.

65 — Cit. alla nota 52 supra (punto 55).

66 — Cit. alla nota 53 supra (punto 20).

100. Indicazioni più significative a sostegno della tesi sostenuta dalla ricorrente potrebbero semmai trarsi dalle sentenze Dow Benelux/Commissione [67] e «PVC II» [68] (in prosieguo: le «sentenze PVC»), dalle quali risulta che informazioni o documenti ottenuti dalla Commissione in un procedimento a norma del regolamento n. 17 nel corso di accertamenti effettuati ai sensi dell'art. 14 di tale regolamento non possono essere utilizzati direttamente come prove nell'ambito di un secondo procedimento *condotto dalla stessa Commissione a norma dello stesso regolamento*.

101. Potrebbe argomentarsi che, se queste due sentenze hanno sancito il divieto per la Commissione di utilizzare come prove in un suo procedimento per infrazione alle regole di concorrenza informazioni che *essa stessa* ha assunto in un altro procedimento dello stesso tipo, a maggior ragione dovrebbe considerarsi vietato alla Commissione l'utilizzo come prova in un suo procedimento delle informazioni assunte da autorità pubbliche di un paese terzo nell'ambito di un procedimento da queste condotto per infrazione alle regole di concorrenza di quel paese.

102. Questo argomento *a fortiori* non può tuttavia, a mio avviso, essere seguito.

103. Nelle sentenze PVC la Corte ha dichiarato che le informazioni raccolte durante gli accertamenti effettuati ai sensi dell'art. 14 del regolamento n. 17 non possono essere utilizzate per scopi diversi da quelli indicati nel mandato di accertamento o nella decisione di accertamento e che tale prescrizione è intesa a tutelare sia il segreto professionale, cui fa esplicito riferimento l'art. 20 del medesimo regolamento, sia i diritti della difesa delle imprese che l'art. 14, n. 3, di quest'ultimo è inteso a garantire. Secondo la Corte, «[q]uesti ultimi diritti sarebbero infatti gravemente compromessi qualora la Commissione potesse fondarsi, nei confronti delle imprese, su prove che, conseguite durante un accertamento, siano estranee all'oggetto ed allo scopo di questo».

104. Il divieto sancito dalle sentenze PVC appare dunque strumentale alla tutela di garanzie, quelle del segreto professionale e dei diritti della difesa, che, per effetto di regole di diritto comunitario, sono *inerenti alla raccolta di informazioni da parte della Commissione nel procedimento da essa condotto*, vincolando quest'ultima e i suoi funzionari e agenti quanto all'utilizzo di quelle informazioni. Tale essendo la *ratio* di quel divieto [69], dal medesimo non si può ricavare automaticamente e *a fortiori* un divieto generale di utilizzo come prova da parte della Commissione di informazioni assunte in un procedimento antitrust straniero.

67 — Sentenza 17 ottobre 1989, causa 85/87 (Racc. pag. 3137, punti 17-19).

68 — Cit. alla nota 14 supra (punti 298-300 e 305).

69 — Stessa *ratio* ha d'altronde, a tenore della sentenza «Banche spagnole», cit. alla nota 52 supra (punti 36-38 e 47-50), il divieto di utilizzo come prova da parte delle autorità nazionali di concorrenza delle informazioni assunte dalla Commissione in forza dell'art. 11 del regolamento n. 17 o da essa ricevute nelle domande e nelle notificazioni di cui agli artt. 2, 4 e 5 di questo regolamento.

105. L'inesistenza, in diritto comunitario, di un generale divieto di utilizzo come prova in un procedimento condotto dalla Commissione per infrazione all'art. 81 CE di informazioni assunte in un procedimento condotto da altre autorità è confermata dalla sentenza della Corte Dalmine/Commissione [70].

106. In tale sentenza la Corte, come aveva fatto il Tribunale in primo grado [71], si è pronunciata nel senso dell'ammissibilità dell'utilizzo come prova in un procedimento condotto dalla Commissione a norma del regolamento n. 17 di verbali di interrogatori di ex dirigenti di una società coinvolta in quel procedimento, la Dalmine, effettuati dal pubblico ministero di uno Stato membro nell'ambito di indagini penali.

107. Dinanzi al Tribunale la Dalmine aveva addebitato alla Commissione di aver commesso una grave violazione delle norme di procedura utilizzando dichiarazioni rese nell'ambito di un procedimento penale totalmente estraneo all'indagine di cui l'istituzione era incaricata, e si era richiamata in proposito alla sentenza «Banche spagnole». Il Tribunale ha respinto tale censura della Dalmine rilevando, sulla premessa che detta sentenza concerneva l'utilizzo da parte delle autorità nazionali di informazioni raccolte dalla Commissione in conformità all'art. 11 del regolamento n. 17 e che tale situazione era disciplinata in maniera espressa dall'art. 20 del regolamento n. 17, che, mentre «la legittimità della trasmissione da parte della Commissione di [siffatte informazioni] ad un'autorità nazionale e quella del divieto di uso diretto da parte di quest'ultima di tali informazioni come mezzi di prova hanno rilevanza giuscomunitaria», «[a]l contrario, la legittimità della trasmissione alla Commissione, da parte di un procuratore nazionale o delle autorità competenti in materia di concorrenza, di informazioni raccolte in conformità al diritto penale nazionale e del loro utilizzo ulteriore da parte della Commissione vanno valutate, in linea di principio, alla luce della normativa nazionale sullo svolgimento delle indagini ad opera delle dette autorità [e sono questioni che], in caso di contenzioso giudiziario, [rientrano nella] competenza dei giudici nazionali». Il Tribunale osservava però che non risultava che la Dalmine avesse mai sottoposto ad un giudice italiano competente la questione dell'utilizzo a livello comunitario dei verbali summenzionati e che essa non gli aveva nemmeno fornito elementi atti a dimostrare che tale utilizzo era contrario alle disposizioni di diritto italiano applicabili. Gli argomenti della Dalmine potevano perciò, secondo il Tribunale, tutt'al più mettere in dubbio la credibilità delle dichiarazioni testimoniali contenute in quei verbali, ma non la loro ammissibilità come prova nel procedimento [72].

108. Nel giudizio di impugnazione, la Corte, seguendo sul punto le conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed [73], ha convalidato

70 — Cit. alla nota 32 supra.
71 — Sentenza 8 luglio 2004, causa T-50/00, Dalmine/Commissione (Racc. pag. II-2395).
72 — Ibidem (punti 84-87 e 90).
73 — Conclusioni presentate il 12 settembre 2006 (paragrafi 66-67).

questa analisi del Tribunale con il seguente ragionamento:

«62 Per quanto riguarda poi l'ammissibilità di tali verbali quali elementi probatori, si deve constatare, come ha fatto il Tribunale (…), che la legittimità della trasmissione alla Commissione, da parte di un procuratore nazionale o delle autorità competenti in materia di concorrenza, di informazioni raccolte in conformità del diritto penale nazionale va valutata alla luce della normativa nazionale. Inoltre, come ha ricordato il Tribunale (…), il giudice comunitario non è competente a verificare la legittimità, rispetto al diritto di uno Stato membro, di un atto emanato da un'autorità nazionale (…).

63 Con riferimento all'uso delle dette informazioni da parte della Commissione, il Tribunale ha correttamente constatato (…) che gli argomenti della Dalmine potevano valere solo nei confronti della "credibilità e, pertanto, [del]la forza probatoria delle testimonianze dei suoi direttori e non contro la ricevibilità di tali elementi nel procedimento". Infatti, (…) il principio vigente nel diritto comunitario è quello della libera produzione delle prove [74] e il solo criterio pertinente per valutare le prove prodotte è quello della loro credibilità. Pertanto, poiché la trasmissione dei verbali di cui trattasi non è stata dichiarata illegittima da un giudice italiano, non vi è motivo di considerare che tali documenti fossero elementi probatori inammissibili che dovevano essere stralciati dal fascicolo».

109. Detta sentenza esclude evidentemente l'esistenza di un divieto generale per la Commissione di utilizzare come prova, in un procedimento da essa condotto a norma del regolamento n. 17, dichiarazioni rese in un procedimento straniero. L'argomento di carattere generale della ricorrente richiamato al paragrafo 97 supra, a mio avviso, non merita quindi accoglimento.

ii) Sulla violazione di specifiche garanzie procedurali

110. Al di là di quell'argomento di carattere generale, col presente motivo d'impugnazione la ricorrente si duole comunque, in sostanza, della contrarietà dell'utilizzo come prova del rapporto dell'FBI con specifiche garanzie procedurali di cui era titolare, riguardanti sia il procedimento dinanzi alle autorità antitrust statunitensi sia quello dinanzi alla Commissione.

74 — Alcune versioni linguistiche (quali quelle in inglese, tedesco e portoghese) della sentenza della Corte Dalmine/Commissione contengono, al punto 63, un errore di traduzione: i termini «libera produzione delle prove» che figurano nella versione in italiano (facente fede, in virtù dell'art. 31 del regolamento di procedura della Corte, perché in lingua processuale), che corrispondono ai termini «libre administration des preuves» impiegati nella versione in francese (lingua di lavoro interna alla Corte), vi sono tradotti impropriamente con un'espressione corrispondente a *libera valutazione delle prove*.

— Sull'esistenza di condizioni all'utilizzo da parte della Commissione di prove formate nel contesto di un procedimento diverso da quello da essa condotto: il rispetto dei diritti procedurali

111. Occorre anzitutto verificare, ai fini dell'esame di questi argomenti più specifici avanzati dalla ricorrente, se l'utilizzo da parte della Commissione di prove formate nel contesto di un procedimento diverso da quello da essa condotto sia soggetto a restrizioni. Tale verifica si impone stante il richiamo che la Corte fa nella sentenza Dalmine/Commissione (v. paragrafo 108 supra) al principio «della libera produzione delle prove» in diritto comunitario, richiamo che richiede, a mio avviso, alcune importanti precisazioni.

112. Il principio della libera produzione delle prove in diritto comunitario non può essere inteso nel senso che ogni *elemento* di prova è sempre e comunque utilizzabile e che ciò che conta è unicamente la sua credibilità.

113. Occorre non confondere, in materia di prova, principi dal significato diverso. A sostegno dell'affermazione, che anch'esso aveva formulato nella sua sentenza Dalmine/Commissione [75], secondo cui il principio vigente nel diritto comunitario è quello della libera produzione delle prove e il solo criterio pertinente per valutare le prove prodotte è quello della loro credibilità, il Tribunale aveva citato le conclusioni del giudice Vesterdorf, facente funzione di avvocato generale, nella causa Rhône-Poulenc/Commissione [76], e la sentenza Met-Trans e Sagpol [77]. Le osservazioni del giudice Vesterdorf cui il Tribunale si è richiamato mi paiono però piuttosto riguardare un diverso principio, quello della *libera valutazione della prova* da parte del giudice, ossia, in altri termini, quello del libero convincimento del giudice rispetto al contenuto della prova, al significato che deve attribuirsi ad essa [78]. Nella causa definita con la sentenza Met-Trans e Sagpol era chiesto alla Corte, fra l'altro, di precisare quali mezzi di prova fossero sufficienti a dimostrare una data circostanza contemplata da una certa disposizione di diritto comunitario e, in particolare, se si imponesse al riguardo una prova documentale che soddisfacesse determinati requisiti [79]. Rispondendo al riguardo che dalla lettera di quella disposizione risultava che la prova di quella data circostanza non è limitata a taluni mezzi di prova e che, «in assenza di una regolamentazione comunitaria della nozione di prova, tutti i mezzi di prova consentiti dai diritti processuali degli Stati membri in procedure analoghe sono, in linea di principio, ammissibili», la Corte ha evidentemente sancito un principio di *libertà dei mezzi di prova* che va inteso come facoltà di avvalersi, per provare un certo fatto, di

75 — Cit. alla nota 71 supra (punto 72).

76 — Conclusioni del 10 luglio 1991 nella causa T-1/89, definita con sentenza del Tribunale 24 ottobre 1991 (Racc. pag. II-867, in particolare pag. II-954).

77 — Sentenza 23 marzo 2000, cause riunite C-310/98 e C-406/98 (Racc. pag. I-1797, punto 29).

78 — Al libero convincimento del giudice si oppone in genere, in alcuni ordinamenti giuridici nazionali, il sistema della «prova legale», che vincola il giudice quanto al significato da dare al contenuto della prova.

79 — Si trattava, in particolare, di determinare se, ai fini della prova del luogo in cui è effettivamente avvenuta l'infrazione nel corso di un trasporto effettuato con un carnet TIR ai sensi dell'art. 454, n. 3, primo comma, del regolamento (CEE) della Commissione 2 luglio 1993, n. 2454 (GU L 53, pag. 1), siano sufficienti la dichiarazione del titolare del carnet e la testimonianza dell'autista del camion che ha effettuato il trasporto per conto del detto titolare del carnet, oppure se tale prova possa essere fornita solo mediante documenti dai quali risulti chiaramente che le competenti autorità dell'altro Stato membro hanno accertato che l'infrazione era stata commessa nel loro territorio.

mezzi di prova *di qualsiasi natura* (ad esempio, prova testimoniale, prova documentale, confessione, ecc.) e che è soggetto alle eccezioni esplicitamente previste dalla regolamentazione comunitaria [80].

114. Se è vero, dunque, che in diritto comunitario, salvo diversa disposizione, un determinato fatto può essere provato con *mezzi di prova* di qualsiasi natura (libertà dei mezzi di prova) e la determinazione del valore probatorio di un elemento di prova è rimessa all'intimo convincimento del giudice e non ad un sistema di prova legale (libertà di valutazione della prova), non può invece, a mio avviso, affermarsi che ogni *elemento di prova* prodotto è utilizzabile e deve essere oggetto di valutazione nel merito da parte della Commissione o del giudice comunitario. Non si potrebbe pensare ciò, ad esempio, di una dichiarazione che risulti estorta con violenza dalle autorità procedenti. Al di là di questo esempio di scuola, basta ricordare che, secondo la giurisprudenza comunitaria, non possono essere utilizzate dalla Commissione come prove in un procedimento a norma del regolamento n. 17:

— dichiarazioni o documenti acquisiti dalla Commissione nell'ambito di un precedente procedimento a norma dello stesso regolamento (v. paragrafo 100 supra);

— documenti sui quali nel corso del procedimento non è stata data all'impresa sottoposta al medesimo la possibilità di esercitare il proprio diritto di essere sentita [81];

— comunicazioni tra avvocati e clienti aventi carattere riservato legalmente protetto [82];

— dichiarazioni rese da dirigenti di un'impresa in risposta a domande poste nell'ambito di un'escussione testimoniale preliminare ad un procedimento civile nazionale, la risposta alle quali comporti il riconoscimento di una violazione delle norme sulla concorrenza [83];

— verbali di interrogatorio provenienti da un procedimento penale nazionale, qualora la loro trasmissione alla Commissione sia stata dichiarata illegittima dal giudice nazionale competente (v. paragrafi 107-108 supra).

80 — È a questa problematica che si riferisce anche la sentenza del Tribunale 14 dicembre 2005, causa T-210/01, General Electric/Commissione (Racc. pag. II-5575, punto 297), laddove si osserva che le «prove solide» che la Commissione deve fornire per dimostrare la probabilità di comportamenti futuri anticoncorrenziali dell'entità derivante da una concentrazione non devono necessariamente consistere in studi economici, ma possono, in certi casi, essere costituite dalle «semplici realtà di fatto economiche e commerciali del caso di specie».

81 — Sentenza AEG-Telefunken/Commissione, cit. alla nota 31 supra.

82 — V. sentenza della Corte 18 maggio 1982, causa 155/79, AM & S/Commissione (Racc. pag. 1575, punti 29-31), e sentenza del Tribunale 17 settembre 2007, cause riunite T-125/03 e T-253/03, Akzo Nobel e Akcros/Commissione (Racc. pag. II-3523).

83 — Sentenza Otto, cit. alla nota 53 supra (punto 20).

115. A tali esempi di inammissibile utilizzo di prove da parte della Commissione la sentenza impugnata nella presente causa ne aggiunge un altro, quello delle dichiarazioni rese nel contesto di un procedimento diverso da quello condotto dalla Commissione, quando non siano stati garantiti alla parte interessata i diritti procedurali che le spettavano nell'ambito di quel procedimento o quelli di cui questa disporrebbe in virtù del diritto comunitario in caso di assunzione diretta di quelle dichiarazioni da parte della Commissione.

116. Sul punto dei limiti all'utilizzo come prove nel procedimento condotto dalla Commissione di dichiarazioni rese in un procedimento diverso, la sentenza impugnata e le sentenze Dalmine/Commissione [84] appaiono però disomogenee. In base a queste ultime, un problema di inammissibilità di tale utilizzo sembra poter sorgere solo nel caso in cui la trasmissione alla Commissione o l'utilizzo da parte di quest'ultima del verbale in cui dette dichiarazioni sono riportate sia illegittima in base alla normativa dello Stato dell'autorità che le ha assunte (e tale illegittimità sia stata accertata dal giudice nazionale competente) [85]. La sentenza impugnata, più ampiamente, dà rilievo alla mancata osservanza delle garanzie procedurali spettanti nell'ambito del procedimento straniero — tra le quali ben possono, a mio avviso, considerarsi compresi anche i limiti che l'ordinamento straniero pone nell'interesse del dichiarante alla trasmissione delle dichiarazioni ad altre autorità e all'utilizzo delle stesse da parte di queste ultime — e all'incompatibilità delle modalità di assunzione di quelle dichiarazioni seguite in quel procedimento con le garanzie procedurali conferite dall'ordinamento comunitario.

117. Il fatto che le sentenze Dalmine/Commissione non abbiano fatto salvo il motivo di inutilizzabilità relativo al mancato rispetto di queste ultime garanzie può forse ascriversi al fatto che la Dalmine non aveva contestato la legittimità dell'utilizzo come prova, nel procedimento condotto dalla Commissione, dei verbali di interrogatorio in questione per la violazione di *specifici* diritti procedurali (quale, ad esempio, il diritto di opporsi all'auto-incriminazione garantito dal diritto comunitario), ma, più in radice, per un preteso generale contrasto con i diritti della difesa dell'utilizzo come prove in quel procedimento di elementi di informazione provenienti da un procedimento diverso.

118. Peraltro, non va sottaciuto che la concezione particolarmente riduttiva dei limiti all'utilizzo da parte della Commissione di prove formate nell'ambito di un procedimento condotto da altre autorità, fatta propria dai giudici comunitari nel caso Dalmine/Commissione, può anche dover essere letta come inerente ai soli casi in cui si tratti di autorità degli Stati membri della Comunità europea e come fondata in defini-

84 — Citate alle note 32 e 71 supra.

85 — In verità, ai punti 62 e 63 della sentenza della Corte Dalmine/Commissione (v. paragrafo 108 supra) si menziona solo la questione della legittimità della *trasmissione* del documento alla Commissione e non anche la questione della legittimità dell'*utilizzo* come prova dello stesso da parte di quest'ultima. Sia la sentenza del Tribunale Dalmine/Commissione (v. paragrafo 107 supra) che le conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed (cit. alla nota 73 supra, paragrafi 71-73 e 76) avevano invece esplicitamente menzionato, quale circostanza che si oppone all'utilizzo del documento da parte della Commissione, anche il caso in cui il giudice nazionale competente abbia constatato l'illegittimità in base alla normativa nazionale di siffatto utilizzo, a prescindere dalla legittimità della trasmissione. Ritengo tuttavia che la sentenza della Corte Dalmine/Commissione possa sul punto essere interpretata in un senso conforme alle conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed, intendendo il termine «trasmissione» del documento come riferito ad una trasmissione in vista dell'utilizzo del medesimo.

tiva su un'implicita presunzione di sostanziale equivalenza nella protezione dei diritti della difesa a livello comunitario e a livello di Stati membri [86]. Orbene, una siffatta presunzione non può ovviamente valere quando vengono in rilievo procedimenti condotti in Stati terzi.

119. In ogni caso, condivido senz'altro l'idea, seguita nella sentenza impugnata e non controversa tra le parti nella presente causa, di considerare come necessario, ai fini dell'utilizzo come prova in un procedimento condotto dalla Commissione di elementi di informazione assunti nell'ambito di un procedimento condotto da autorità di un paese terzo, il rispetto *tanto* delle garanzie procedurali stabilite per quest'ultimo procedimento *quanto* di quelle stabilite per il procedimento condotto dalla Commissione. Tale idea, che corrisponde all'applicazione cumulativa della legge dello Stato di origine della prova e della legge dello Stato di ricezione della prova, si impone, a mio avviso, in considerazione del fatto che ci si muove nell'ambito del diritto pubblico, in particolare in materia di sanzioni, e che il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento con cui possono essere inflitte sanzioni, in particolare ammende o penalità di mora, costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, che va osservato anche se si tratta di un procedimento di natura amministrativa [87].

120. Il rispetto dei diritti procedurali in una fattispecie come quella in esame presuppone dunque che la prova formatasi nel procedimento straniero sia stata ivi assunta nel rispetto delle formalità prescritte dalle pertinenti disposizioni dell'ordinamento straniero, che la sua trasmissione alla Commissione e il suo utilizzo da parte di quest'ultima siano consentiti da quell'ordinamento e che detto utilizzo non si ponga in contrasto con le specifiche garanzie di cui l'impresa interessata avrebbe beneficiato, in virtù del diritto comunitario, ove l'assunzione della prova fosse avvenuta direttamente nel procedimento condotto dalla Commissione.

— Sui criteri elaborati dal Tribunale quanto alle modalità che la Commissione deve osservare per assicurarsi del rispetto dei diritti procedurali e sulla loro applicazione nel caso di specie

121. Nell'atto d'impugnazione la ricorrente critica i criteri che il Tribunale ha elaborato, al punto 265 della sentenza impugnata, quanto al modo in cui la Commissione è tenuta a garantire i suddetti diritti. Il rispetto dei

86 — Non può omettersi, in questo contesto, di rilevare che il regolamento (CE) del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (GU 2003, L 1, pag. 1), che ha sostituito il regolamento n. 17, prevede espressamente, all'art. 12, n. 1, che «[a]i fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri hanno la facoltà di scambiare e utilizzare come mezzo di prova qualsiasi elemento di fatto o di diritto, comprese informazioni riservate». Il sedicesimo 'considerando' del regolamento n. 1/2003 indica, al riguardo, che, «[q]uando le informazioni scambiate sono utilizzate dall'autorità che le riceve per comminare sanzioni alle imprese, non dovrebbero sussistere altri limiti all'uso delle informazioni oltre all'obbligo di utilizzarle per lo scopo per le quali sono state raccolte, dal momento che le sanzioni comminate alle imprese sono dello stesso tipo in tutti gli ordinamenti», aggiungendo che «*i diritti di difesa di cui godono le imprese nei vari ordinamenti possono essere considerati sufficientemente equivalenti*» (il corsivo è mio).

87 — V., per tutte, sentenze 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione (Racc. pag. 461, punto 9), e 2 ottobre 2003, causa C-176/99 P, ARBED/Commissione (Racc. pag. I-10687, punto 19).

medesimi si imporrebbe in effetti in ogni caso, per cui la Commissione non potrebbe, come invece ritenuto dal Tribunale, limitarsi a constatare l'assenza di seri dubbi e di contestazioni dell'impresa interessata in proposito. Essa ricorda che lo stesso Tribunale, secondo la giurisprudenza, è tenuto a sollevare d'ufficio la questione del rispetto delle garanzie procedurali.

122. Il Tribunale ha in sostanza considerato che non può esservi violazione da parte della Commissione dei diritti procedurali dell'impresa interessata mediante l'utilizzo come prova delle dichiarazioni assunte nel procedimento straniero, quando detta impresa, resa previamente edotta dell'intenzione della Commissione di procedere a siffatto utilizzo, non ha sollevato obiezioni al riguardo e la Commissione stessa non ha motivo di nutrire seri dubbi a prima vista sulla compatibilità del suddetto utilizzo con il rispetto di quei diritti.

123. Ritengo che la ricorrente abbia ragione a contestare la conformità al diritto di tale costruzione. I diritti procedurali vanno rispettati in ogni caso dalla Commissione, quindi anche nell'ipotesi in cui l'impresa interessata ometta di invocarli nel corso del procedimento amministrativo. In diritto comunitario non vi è alcuna regola che imponga all'impresa, a pena di decadenza, di sollevare questioni di diritto nel corso del procedimento amministrativo davanti alla Commissione. Non vi è alcuna regola di concordanza obbligatoria tra la risposta alla comunicazione degli addebiti e il ricorso davanti al giudice comunitario. Non grava sull'impresa nemmeno l'onere di rispondere alla comunicazione degli addebiti. La Commissione è tenuta a adottare una decisione finale conforme al diritto, indipendentemente dall'effettivo esercizio da parte dell'impresa interessata dei diritti della difesa nel procedimento amministrativo e dalla portata di tale esercizio.

124. D'altra parte, osservo che la Commissione è tenuta, in nome del rispetto dei diritti della difesa, a manifestare *in ogni caso* all'impresa destinataria della comunicazione degli addebiti la sua intenzione di utilizzare le dichiarazioni provenienti da un procedimento straniero come prova ai fini della sua decisione finale, indipendentemente cioè dal fatto di nutrire o meno seri dubbi sulla compatibilità di tale utilizzo con il rispetto dei diritti procedurali.

125. Anche ammesso che, come osserva la Commissione, i diritti procedurali siano rinunciabili, il mero fatto di non presentare a quest'ultima osservazioni circa l'utilizzo come prova delle informazioni provenienti da un procedimento straniero, annunciato nella comunicazione degli addebiti, non può essere interpretato come rinuncia a far valere i diritti procedurali, ma va analizzato semplicemente come un mancato esercizio del diritto dell'impresa di essere sentita dalla Commissione quanto alla legittimità di quell'utilizzo.

126. La sentenza impugnata mi pare quindi, sul punto in esame, viziata da errore di diritto.

127. Peraltro, anche considerando conformi a diritto i criteri elaborati dal Tribunale al punto 265 della sentenza impugnata, la sentenza stessa mi sembrerebbe in ogni caso viziata da errore di diritto in quanto l'applicazione che il Tribunale ha fatto di tali criteri al caso di specie non appare corretta.

128. Per un verso, osservo che il Tribunale, senza ulteriore analisi, non poteva addebitare alla ricorrente, ricollegandovi una decadenza, di non essersi opposta, nella sua risposta alla comunicazione degli addebiti, all'utilizzo come prova del rapporto dell'FBI da parte della Commissione. Nel giudizio di primo grado la ricorrente contestava l'utilizzo di tale rapporto a fini di prova delle circostanze fattuali indicate al 'considerando' 265 della decisione controversa. Poiché, tuttavia, tali circostanze non figuravano nella comunicazione degli addebiti, dove figuravano solo circostanze la cui materialità non era contestata dalla ricorrente, il Tribunale avrebbe dovuto, prima di muovere il suddetto addebito alla ricorrente, verificare se questa potesse ragionevolmente dedurre, partendo dalla comunicazione degli addebiti e alla luce del contenuto del rapporto dell'FBI che vi era menzionato e allegato, che la Commissione intendeva contestarle anche quelle circostanze (v. paragrafi 46-50 supra), e se la ricorrente avesse pertanto interesse a sollevare, in risposta a quella comunicazione, obiezioni contro l'utilizzo del rapporto dell'FBI come prova. Il silenzio della ricorrente riguardo ad eventuali ragioni di inutilizzabilità del documento come prova non può interpretarsi come acquiescenza se non rispetto all'utilizzo che era prospettato nella comunicazione degli addebiti.

129. Per altro verso, sussistevano a mio avviso nella specie motivi per dubitare seriamente, a prima vista, della compatibilità dell'utilizzo come prova del rapporto dell'FBI con i diritti procedurali della ricorrente.

130. A tale riguardo, concordo anzitutto con la ricorrente nel ritenere che gli elementi presi in considerazione dal Tribunale ai punti 266 e 267 della sentenza impugnata (v. paragrafi 69 e 70 supra) siano, quando non del tutto irrilevanti rispetto al problema del rispetto delle garanzie procedurali, inidonei a far escludere l'esistenza di seri dubbi quanto alla compatibilità dell'utilizzo di tale rapporto da parte della Commissione con le garanzie procedurali concretamente invocate dalla ricorrente dinanzi al Tribunale e ora dinanzi alla Corte. Si tratta, lo ricordo, del diritto ad opporsi all'auto-incriminazione, dell'obbligo dell'autorità che procede all'assunzione di informazioni di sottoporre al dichiarante per approvazione il resoconto scritto delle dichiarazioni rese preparato dall'autorità stessa, nonché della tutela del carattere riservato delle dichiarazioni rese dall'ex rappresentante dell'ADM alle autorità antitrust statunitensi nel quadro della collaborazione prestata a queste ultime dall'ADM stessa.

131. Mi soffermo, in particolare, su quest'ultimo aspetto, che merita particolare attenzione poiché tocca il delicato tema delle relazioni bilaterali tra la Comunità europea e gli Stati Uniti in materia di cooperazione fra le autorità di concorrenza.

132. Nell'affermare che il rapporto dell'FBI era destinato a servire unicamente nel quadro di procedimenti negli Stati Uniti, la ricorrente ha evidenziato, da un lato, che la prima pagina di detto rapporto indica che la divulgazione di questo a terzi è vietata e, dall'altro, che le autorità antitrust statunitensi avevano espressamente convenuto con il legale dell'ex rappresentante dell'ADM che le informazioni dal medesimo fornite non sarebbero state divulgate se non al fine di un loro utilizzo in procedimenti condotti dagli Stati Uniti. Tali circostanze risultano effettivamente dai documenti prodotti dinanzi al Tribunale.

133. È vero che la Commissione probabilmente non disponeva della lettera contenente siffatto impegno preso dalle suddette autorità [88] e che il rapporto dell'FBI non le era stato trasmesso da queste ultime, ma da un'altra impresa coinvolta nel procedimento condotto dalla Commissione.

134. Tuttavia, la Commissione non poteva, a mio avviso, ignorare la possibilità che l'utilizzo come prova nel procedimento da essa condotto del rapporto dell'FBI confliggesse con garanzie conferite nell'ordinamento statunitense quanto al trattamento confidenziale delle informazioni fornite dall'ex rappresentante dell'ADM. Ciò non solo in quanto il documento recava sulla sua prima pagina, come sottolineato dalla ricorrente, un'indicazione relativa al divieto di divulgazione a terzi, ma soprattutto in considerazione dell'assetto dei rapporti tra la Comunità europea e gli Stati Uniti in materia di cooperazione tra le rispettive autorità di concorrenza.

135. All'epoca di adozione della decisione controversa tali rapporti erano, come sono d'altronde tuttora, governati da un accordo bilaterale concluso nel 1991 [89], completato da un secondo accordo bilaterale concluso nel 1998 [90]. I due accordi prevedono la consultazione, la cooperazione e il coordinamento fra la Commissione, da un lato, e la Divisione antitrust del Ministero della Giustizia e la Federal Trade Commission, dall'altro, nello svolgimento delle attività volte ad assicurare l'applicazione del diritto della concorrenza.

88 — Lettera del 13 giugno 1997 a firma del Trial Attorney della Divisione Antitrust del Ministero della Giustizia degli Stati Uniti (prodotta dall'ADM in allegato alla sua risposta alle domande scritte indirizzatele dal Tribunale).

89 — Accordo tra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d'America del 23 settembre 1991 in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza e scambio di lettere interpretative del 31 maggio e del 31 luglio 1995 in relazione all'accordo stesso (GU 1995, L 95, pag. 47). L'accordo è stato approvato a nome della Comunità europea e della Comunità europea del carbone e dell'acciaio con decisione del Consiglio e della Commissione 10 aprile 1995, 95/145/CE, CECA (GU L 95, pag. 45, con rettifica in GU 1995, L 131, pag. 38).

90 — Accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America del 4 giugno 1998 in merito all'utilizzazione dei principi della «comitas gentium» attiva nell'applicazione del loro diritto della concorrenza (GU 1998, L 173, pag. 28). L'accordo è stato approvato a nome della Comunità europea e della Comunità europea del carbone e dell'acciaio con decisione del Consiglio e della Commissione 29 maggio 1998, 98/386/CE, CECA (GU L 173, pag. 26).

Nessuna disposizione di tali accordi prevede esplicitamente lo scambio di informazioni tra tali autorità *a fini di prova* delle infrazioni al diritto della concorrenza. Nell'accordo del 1991 è previsto, in particolare, quanto allo scambio di informazioni tra tali autorità, che la parte contraente che possiede l'informazione non è tenuta a fornirla all'altra parte se la propria legge interna ne vieta la divulgazione e che ciascuna parte contraente è tenuta a mantenere, nella misura più ampia possibile, la riservatezza di ogni informazione fornitale dall'altra parte in applicazione dell'accordo e ad opporsi, nella misura più ampia possibile, ad ogni richiesta di divulgazione dell'informazione avanzata da terzi in mancanza di autorizzazione della parte contraente che ha fornito l'informazione (art. VIII). Viene altresì precisato che le disposizioni dell'accordo devono essere interpretate in modo che risultino coerenti con le leggi esistenti delle parti contraenti o dei loro Stati membri e nel senso che non richiedono modifiche di queste ultime (art. IX). Inoltre, nello scambio di lettere interpretative relative al medesimo accordo, veniva dichiarato a nome della Comunità europea, in riferimento agli artt. VIII e IX dell'accordo, che le informazioni coperte dal segreto professionale di cui all'art. 20 del regolamento n. 17 non sarebbero state comunicate dalla Commissione alle autorità antitrust statunitensi se non con l'espresso consenso della 'fonte' interessata. Anche l'accordo del 1998 contiene, agli artt. IV, paragrafo 2, lett. c) iii), e V, richiami alla necessità di ottenere previamente il consenso della fonte interessata ai fini della trasmissione alle autorità di concorrenza dell'altra parte contraente di informazioni di carattere riservato.

136. In sostanza, in base a tali accordi la Commissione e le autorità antitrust statunitensi non sono autorizzate a scambiarsi informazioni che non possano essere divulgate secondo l'ordinamento giuridico dell'autorità che possiede l'informazione [91], essendo in particolare «vincolate dalle loro regole interne relative alla tutela della riservatezza delle informazioni da esse raccolte durante le rispettive indagini» [92].

137. Lo scambio di informazioni tra dette autorità avviene quindi «entro i limiti delle disposizioni esistenti in materia di riservatezza» [93] ed è la rinuncia della parte interessata al diritto alla riservatezza che permette alle autorità in questione di scambiarsi informazioni riservate [94]. L'impossibilità delle autorità

91 — Così R. Nazzini, «Concurrent Proceedings in Competition Law», *Oxford University Press*, New York, 2004, pagg. 75-76.

92 — Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 13 agosto 2003 sull'applicazione degli accordi fra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America e il governo del Canada in merito all'applicazione delle rispettive regole di concorrenza (1° gennaio 2002 - 31 dicembre 2002), punto 1.1, reperibile su Eur-Lex con il codice 52003DC0500.

93 — Ibidem, punto 1.2.2.

94 — V. relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 17 settembre 2002 sull'applicazione degli accordi fra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America e il governo del Canada in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza (1° gennaio 2001 - 31 dicembre 2001), punto 1.2.2, reperibile su Eur-Lex con il codice 52002DC0505, dove la Commissione riferisce che nel caso Fine Art Auction Houses «un'impresa coinvolta ha rinunciato al diritto alla riservatezza, fatto che ha permesso alle due autorità di scambiarsi pareri in merito ad elementi di prova riservati».

di concorrenza, in base agli attuali accordi di cooperazione, di scambiarsi informazioni riservate senza il consenso della fonte interessata è d'altronde evidenziata quale significativo limite all'efficacia della cooperazione nella lotta contro i cartelli, tanto che in più sedi istituzionali si auspica la conclusione di un accordo cosiddetto di «seconda generazione» volto a consentire anche lo scambio di informazioni riservate [95].

138. Il limite allo scambio di informazioni tra autorità rappresentato dal rispetto della riservatezza delle informazioni assume peraltro un'importanza tutta particolare quando si tratti, come nel caso di specie, di informazioni fornite volontariamente nel quadro della collaborazione offerta da un'impresa al fine di ottenere un trattamento favorevole sul piano sanzionatorio. È evidente, infatti, che, ove informazioni del genere potessero essere trasmesse dall'autorità che le riceve nel quadro di una domanda di trattamento favorevole ad autorità di concorrenza di altri paesi, ne risulterebbe, specie in mancanza di ogni coordinamento tra i programmi di clemenza predisposti dalle autorità interessate, un fortissimo disincentivo per le imprese a offrire la propria collaborazione nell'ambito di tali programmi [96].

139. Come ha rilevato il Competition Commitee dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), «gli scambi di informazioni non dovrebbero incautamente pregiudicare le indagini sui cartelli hard core, ivi compresa l'effettività dei programmi di clemenza»; «a tal fine, la maggior parte dei paesi membri [dell'OCSE]

95 — Così la Commissione stessa nella sua relazione al Consiglio e al Parlamento europeo del 4 ottobre 2000 sull'applicazione dell'accordo fra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza (1º gennaio 1999 -31 dicembre 1999), punto 2.2, reperibile su Eur-Lex con il codice 52000DC0618. V. anche il terzo rapporto del Competition Committee dell'OCSE del 2005 sull'attuazione della raccomandazione del Consiglio dell'OCSE del 25 marzo 1998 su un'azione effettiva contro i cartelli hard core, punto 4, reperibile sul sito dell'OCSE (www.oecd.org). Ricordo che la facoltà di scambiare e utilizzare come prova *anche informazioni riservate* è oggi previsto, entro certi limiti, dall'art. 12 del regolamento n. 1/2003 nell'ambito della cooperazione all'interno della rete costituita dalla Commissione e dalle autorità di concorrenza degli Stati membri.

96 — Non sorprende perciò apprendere dalla relazione citata alla nota 92 supra (punto 1.2.2) che la Commissione è intervenuta in tre procedimenti civili statunitensi al fine di tutelare la riservatezza di informazioni scritte presentate nel quadro della sua politica di trattamento favorevole, facendo ciò non a sostegno di una delle parti dei summenzionati procedimenti, ma per «salvaguardare l'integrità» di tale politica. Inoltre, significative indicazioni sono contenute nella comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese: nella versione del 2002 (GU C 45, pag. 3, punto 33) la Commissione ha precisato che le dichiarazioni da essa ricevute ai sensi della comunicazione stessa non possono essere divulgate né utilizzate a fini diversi dall'applicazione dell'art. 81 CE, mentre nella versione del 2006 (GU C 298, pag. 17, punto 35) essa ha precisato che dette dichiarazioni possono essere trasmesse, a certe condizioni, soltanto alle autorità di concorrenza degli Stati membri. In entrambe le suddette versioni di tale comunicazione (rispettivamente punto 32 e punto 40) viene evidenziato che la divulgazione di siffatte dichiarazioni arreca pregiudizio alla tutela degli obiettivi delle attività ispettive e di indagine ai sensi dell'art. 4, n. 2, del regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 30 maggio 2001, n. 1049, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (GU L 145, pag. 43).

ha adottato politiche in forza delle quali essi non scambiano informazioni ottenute da un soggetto che richiede la clemenza senza il previo consenso di questo» [97].

140. Orbene, alla luce dell'assetto delle relazioni bilaterali tra Comunità europea e Stati Uniti nella materia in esame e delle problematiche inerenti alla divulgazione di informazioni fornite da imprese che aderiscono a programmi di clemenza, che la Commissione non poteva ignorare, ritengo che, ricevuto il rapporto dell'FBI da una delle altre imprese coinvolte nel procedimento da essa condotto, detta istituzione dovesse adottare le opportune cautele quanto al trattamento da riservare al documento in quel procedimento, onde scongiurare il rischio di violare possibili garanzie riconosciute dall'ordinamento statunitense rispetto alla divulgazione del contenuto del documento medesimo.

141. In particolare, penso che la Commissione non potesse legittimamente utilizzare come prova il rapporto dell'FBI senza aver prima domandato all'impresa che glielo aveva fornito delucidazioni sul modo in cui questa era pervenuta in possesso del medesimo e senza aver prima richiesto alle autorità antitrust statunitensi, in adempimento dei suoi doveri di leale collaborazione con le medesime in forza degli accordi bilaterali esistenti, se detto rapporto costituisse, secondo il diritto statunitense, un documento da considerare riservato, come poteva presumersi fino a prova contraria, oltre che dalla sua prima pagina, dal contesto, noto alla Commissione, in cui fu formato (e come sembra risultare dalla lettera del 13 giugno 1997 della Divisione Antitrust del Ministero della Giustizia degli Stati Uniti).

142. Il fatto che sia stata un'impresa terza e non dette autorità a trasmetterle il rapporto dell'FBI non può certo giustificare la mancata adozione, da parte della Commissione, di siffatte cautele. Tale fatto non poteva autorizzare la Commissione a considerare che quel documento avesse perso ogni carattere riservato. La Commissione, in base ad un'interpretazione secondo buona fede dell'art. VIII dell'accordo bilaterale del 1991, doveva a mio parere evitare il rischio di portare, utilizzando essa stessa quel rapporto a fini di prova, ad ulteriori conseguenze un'eventuale violazione del carattere riservato del medesimo commessa negli Stati Uniti.

143. Il fatto che il suddetto rapporto non sia stato trasmesso alla Commissione dalle autorità antitrust statunitensi distingue peraltro in maniera sostanziale il presente caso di specie da quello oggetto delle sentenze Dalmine/Commissione [98], in cui la Commissione aveva

97 — Documento dell'ottobre 2005 intitolato *Best Practices for the Formal Exchange of Information Between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations*, reperibile sul sito internet dell'OCSE (www.oecd.org). La traduzione è mia. È interessante notare che la stessa Commissione, nella sua comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (GU 2004, C 101, pag. 43), ha previsto, al punto 40, che, fatte salve specifiche ipotesi, «le informazioni fornite volontariamente dal soggetto che ha richiesto di beneficiare del trattamento favorevole possono essere trasmesse ad un altro membro della rete conformemente all'articolo 12 del [regolamento n.1/2003] solo con il consenso del soggetto che ha richiesto il trattamento favorevole».

98 — Citate alle note 32 e 71 supra.

ricevuto i verbali di interrogatorio in questione direttamente dall'autorità nazionale che ne aveva curato la redazione. Nel caso Dalmine/Commissione la Commissione era, secondo la Corte, autorizzata ad utilizzare come prova quei verbali, in difetto di una pronuncia del giudice nazionale che avesse dichiarato l'illegittimità della trasmissione dei medesimi alla Commissione [99]. Nel presente caso, invece, in difetto di una trasmissione diretta del rapporto dell'FBI da parte delle autorità antitrust statunitensi, non potrebbe assumere rilevanza la mancanza di un'analoga pronuncia di un giudice statunitense. La consultazione delle autorità antitrust statunitensi in merito alla conformità al diritto statunitense dell'utilizzo del documento da parte della Commissione si imponeva a quest'ultima proprio al fine di ottenere sul punto almeno una prima pronuncia delle autorità nazionali competenti, sebbene non di carattere giurisdizionale.

144. Per le ragioni esposte ai paragrafi 121 e ss. supra, sono perciò del parere che, nel caso in cui dovesse ritenersi infondato il primo motivo d'impugnazione, la sentenza impugnata dovrebbe essere annullata nella parte in cui ha respinto le censure, fondate sulla violazione di garanzie procedurali, mosse dalla ricorrente contro l'utilizzo da parte della Commissione del rapporto dell'FBI a fini di prova della qualità di leader che l'ADM avrebbe svolto nell'intesa.

99 — Sentenza della Corte Dalmine/Commissione, cit. alla nota 32 supra (punto 63).

E — *Sul ricorso contro la decisione controversa: se la Commissione potesse utilizzare il rapporto dell'FBI come prova in ordine alla leadership dell'intesa da parte della ricorrente*

145. Ho già rilevato al paragrafo 141 supra che la Commissione non poteva legittimamente utilizzare come prova il rapporto dell'FBI senza aver prima ottenuto dall'impresa che glielo aveva fornito e dalle autorità antitrust statunitensi i chiarimenti necessari ad accertare il regime giuridico di quel documento sotto il profilo della riservatezza. Il motivo del ricorso di primo grado relativo alla violazione di garanzie procedurali, nella parte in cui è fondato sull'incompatibilità tra l'utilizzo come prova di quel rapporto da parte della Commissione e il trattamento confidenziale assicurato al medesimo dalle suddette autorità, dovrebbe perciò, a mio parere, essere accolto.

F — *Sui motivi (terzo, quarto e quinto) d'impugnazione relativi alla dichiarazione scritta della Cerestar*

146. Con tre distinti motivi d'impugnazione la ricorrente muove censure contro le considerazioni che hanno indotto il Tribunale a concludere che, contrariamente a quanto da essa sostenuto in primo grado, la Commissione non era incorsa in errori manifesti nella valutazione della dichiarazione scritta della Cerestar quanto al ruolo svolto dall'ex rappresentante dell'ADM nell'intesa.

147. Al riguardo va anzitutto ricordato che la Corte non è competente ad accertare i fatti né, in linea di principio, ad esaminare le prove sulle quali il Tribunale ha basato il proprio accertamento di tali fatti. Infatti, una volta che tali prove sono state acquisite regolarmente e che i principi generali del diritto nonché le norme di procedura in materia di onere e di produzione della prova sono stati rispettati, spetta unicamente al Tribunale pronunciarsi sul valore da attribuire agli elementi dinanzi ad esso prodotti. Questa valutazione non costituisce quindi, salvo il caso di snaturamento di tali elementi, una questione di diritto soggetta, in quanto tale, al controllo della Corte [100].

148. Con il primo di tali motivi la ricorrente lamenta però proprio lo snaturamento di un elemento di prova, il rapporto dell'FBI. A suo avviso, a differenza di quanto il Tribunale avrebbe ritenuto al punto 288 della sentenza impugnata, detto rapporto non corroborerebbe affatto la dichiarazione scritta della Cerestar secondo cui l'ex rappresentante dell'ADM avrebbe svolto un ruolo di leader nell'intesa, presiedendo le riunioni «Sherpa», preparando gli argomenti e avanzando le proposte sui listini prezzi da approvare. Ai termini di quel rapporto, sarebbe stato un diverso rappresentante dell'ADM a svolgere un ruolo particolarmente attivo nell'ambito dell'intesa.

149. Tale motivo non mi pare meritevole di accoglimento. Anzitutto, come osservato dalla Commissione, al punto 288 della sentenza impugnata non è indicato che il rapporto dell'FBI corrobora, riguardo alla questione appena evocata, la dichiarazione scritta della Cerestar, ma semplicemente che vi è coerenza tra i due documenti. Inoltre, tale constatazione è stata fatta dal Tribunale nell'ambito dell'esame della credibilità della dichiarazione scritta della Cerestar, la quale contrastava con quanto dichiarato dall'ex rappresentante dell'ADM alla Commissione nel corso del procedimento amministrativo. Orbene, il Tribunale ha ritenuto più credibile la dichiarazione scritta della Cerestar non solo perché questa era coerente con il rapporto dell'FBI, ma anche perché era pacifico che la Cerestar non aveva svolto un ruolo attivo in seno all'intesa e perché le dichiarazioni dell'ex rappresentante dell'ADM alla Commissione erano state «rese in epoca sospetta» [101]. La ricorrente non solleva però censure contro tali ulteriori rilievi del Tribunale.

150. Con il secondo dei suddetti motivi la ricorrente denuncia una mancanza di motivazione della sentenza impugnata nella parte in cui rigetta l'argomento con cui essa faceva valere che la dichiarazione scritta della Cerestar sul ruolo svolto dall'ex rappresentante dell'ADM nelle riunioni «Sherpa» era priva di ogni credibilità, non essendo la Cerestar stata in grado di individuare alcuna di tali riunioni né di fornire dettagli sull'oggetto delle medesime.

100 — Sentenza 21 settembre 2006, causa C-167/04 P, JCB Service/Commissione (Racc. pag. I-8935, punto 107 e la giurisprudenza ivi citata).

101 — V. sentenza impugnata, punti 288 e 290.

151. Anche detto motivo mi sembra da respingere. Il Tribunale, al punto 289 della sentenza impugnata, ha infatti evidenziato, in sostanza, che il fatto di non essere in grado di fornire dettagli su talune riunioni dell'intesa non era tale da impedire alla Cerestar di far presente che dette riunioni erano organizzate e dirette dall'ex rappresentante dell'ADM.

152. Infine, con il terzo dei suddetti motivi la ricorrente sostiene che al punto 290 della sentenza impugnata il Tribunale ha erroneamente considerato che essa non poteva contestare nel procedimento giurisdizionale l'esattezza della dichiarazione scritta della Cerestar, non avendolo fatto nel corso del procedimento amministrativo. Concordo però con la Commissione nel ritenere che detta censura sia viziata da una lettura palesemente erronea del suddetto punto, nel quale il Tribunale, lungi dall'accertare decadenze a carico della ricorrente, ha solo rilevato che alla dichiarazione scritta della Cerestar andava riconosciuto «un valore probatorio superiore» a quello della dichiarazione dell'ex rappresentante dell'ADM, per cui non poteva desumersi dalla mera incompatibilità tra le due dichiarazioni l'inesattezza della prima.

153. I motivi d'impugnazione riguardanti la dichiarazione scritta della Cerestar vanno pertanto, a mio avviso, respinti.

G — *Sul ricorso contro la decisione controversa: se la Commissione abbia sufficientemente dimostrato il ruolo di leader svolto dall'ADM nell'intesa*

154. Discende dalle considerazioni che ho svolto in merito all'utilizzo da parte della Commissione del rapporto dell'FBI a fini di prova della qualità di leader dell'intesa attribuita all'ADM che, tale utilizzo essendo illegittimo, la Commissione, nella valutazione del ruolo svolto dall'ADM, non doveva tener conto delle circostanze fattuali menzionate al 'considerando' 265 della decisione controversa, che risultavano soltanto da detto rapporto.

155. Occorre pertanto verificare, nell'ambito dell'esame del ricorso contro la decisione controversa che suggerisco alla Corte di effettuare in applicazione dell'art. 61, primo comma, del suo Statuto, e tenuto conto delle osservazioni che ho formulato ai paragrafi 57-59 supra, se l'attribuzione all'ADM della qualità di leader dell'intesa possa giustificarsi sulla sola base delle circostanze indicate al 'considerando' 266 della decisione controversa e riprese dalla dichiarazione scritta della Cerestar. Si tratta, lo ricordo, dell'«impressione» della Cerestar che l'ex rappresentante dell'ADM avesse un ruolo di leader e il fatto che costui presiedesse le riunioni «Sherpa» e si occupasse «di preparare gli argomenti e di avanzare le proposte sui listini prezzi da approvare».

156. A mio avviso, non si può attribuire alcun particolare valore alla suddetta «impressione»

della Cerestar in sé e per sé considerata, dal momento che la qualificazione di un'impresa come leader di un cartello deve fondarsi su fatti concreti e non su impressioni o giudizi di altri partecipanti al cartello. Quanto ai fatti concreti, mi pare che la presidenza delle riunioni «Sherpa» e la preparazione di argomenti e proposte da parte dell'ex rappresentante dell'ADM, se evidenziano che la ricorrente ha svolto un ruolo attivo nell'ambito dell'intesa, non siano però sufficienti a fondare un giudizio di leadership. Infatti, è assodato che le decisioni importanti del cartello erano prese nell'ambito delle riunioni «Masters», tenute fra dirigenti di rango più elevato nella gerarchia, e che queste riunioni, come affermato dalla Cerestar, erano presiedute generalmente da rappresentanti della Hoffmann-La Roche e della Jungbunzlauer, senza che quest'ultima sia stata però considerata dalla Commissione come leader del cartello. Risulta del resto dalla stessa dichiarazione scritta della Cerestar che l'ex rappresentante dell'ADM, nel presiedere le riunioni «Sherpa», «dava regolarmente un resoconto degli accordi raggiunti nelle riunioni "Masters"» [102]. Inoltre, la stessa Commissione ha rilevato, al 'considerando' 273 della decisione controversa, che «anche altri membri del cartello svolgevano attività solitamente associate a un ruolo di leadership, come la presidenza delle riunioni, la centralizzazione della raccolta dei dati e la loro distribuzione».

157. Mi sembra dunque che la qualità di leader dell'ADM nell'intesa sull'acido citrico non possa ritenersi sufficientemente dimostrata.

102 — Allegato 15 all'atto di impugnazione, pag. 3.

158. Suggerisco perciò alla Corte, anche a questo titolo, di eliminare la maggiorazione del 35 % dell'importo di base dell'ammenda della ricorrente, applicata dalla Commissione nella decisione controversa.

H — *Sul sesto motivo d'impugnazione, relativo al mancato riconoscimento di una circostanza attenuante in relazione alla cessazione della partecipazione dell'ADM all'intesa sin dai primi interventi delle autorità antitrust statunitensi*

1. Considerazioni del Tribunale

159. Dinanzi al Tribunale la ricorrente aveva lamentato che la Commissione non le avesse fatto beneficiare della circostanza attenuante menzionata al punto 3, terzo trattino, degli Orientamenti, ossia l'«aver posto fine alle attività illecite sin dai primi interventi della Commissione (in particolare allo stadio degli accertamenti)». Sottolineando di aver posto fine alla sua partecipazione all'intesa sull'acido citrico immediatamente dopo la perquisizione effettuata dall'FBI nei suoi locali negli Stati Uniti nel giugno 1995 [103], la ricorrente

103 — In realtà sussiste incertezza sul fatto che la partecipazione dell'ADM all'intesa sull'acido citrico sia cessata *a seguito* dalla perquisizione dei suoi locali da parte dell'FBI nel giugno 1995. La decisione controversa ha accertato che la durata della partecipazione dell'ADM all'intesa si è protratta fino al maggio 1995 (v. 'considerando' 247 e art. 1, secondo comma) e l'ADM, nella sua risposta alla comunicazione degli addebiti (punto 5.2), aveva indicato di aver posto fine a tale partecipazione di propria iniziativa nel maggio 1995, «quando il cartello smise di funzionare e prima dell'intervento delle autorità». La decisione controversa contiene però più di un'indicazione nel senso che la partecipazione dell'ADM all'intesa terminò nel giugno 1995 con la perquisizione dell'FBI (v. 'considerando' 128 e 193).

aveva sostenuto che la mancata concessione della suddetta circostanza attenuante da parte della Commissione era contraria al principio di proporzionalità nonché, la Commissione avendo preso una decisione di segno opposto in un caso precedente caratterizzato da circostanze analoghe, al principio di uguaglianza di trattamento.

160. Con articolata motivazione, esposta ai punti 331-346 della sentenza impugnata, il Tribunale ha respinto entrambe le suddette censure.

161. In primo luogo, il Tribunale ha ritenuto di dover «interpretare restrittivamente la disposizione di cui al punto 3, terzo trattino, degli Orientamenti, di modo da non contrastare l'effetto utile dell'art. 81, n. 1, CE». Un'interpretazione di tale disposizione fondata su un'analisi puramente letterale, la quale «potrebbe dare l'impressione che costituisca in modo generale e senza riserve circostanza attenuante il semplice fatto che il contravventore cessi ogni infrazione fin dai primi interventi della Commissione», «sminuirebbe l'effetto utile delle disposizioni che consentono il mantenimento di una concorrenza efficace, perché affievolirebbe sia la sanzione che può essere imposta a seguito di una violazione dell'art. 81 CE, sia l'effetto dissuasivo di una siffatta sanzione». Secondo il Tribunale, «[l]a cessazione di una infrazione unicamente a seguito dell'intervento della Commissione non può (…) essere assimilata ai meriti che derivano da una iniziativa autonoma da parte del contravventore, ma costituisce soltanto una reazione appropriata e normale al detto intervento», «sanc[endo] solo il ritorno del contravventore a un comportamento lecito». Si dovrebbe «di conseguenza interpretare tale disposizione [degli Orientamenti] nel senso che solo circostanze particolari del caso di specie, nelle quali il caso di cessazione dell'infrazione fin dai primi interventi della Commissione viene a concretizzarsi, potrebbero giustificare che [quest'ultima] circostanza venga presa in considerazione come circostanza attenuante» [104].

162. In secondo luogo, il Tribunale ha considerato che, «nel contesto particolare del caso di specie», «il fatto che l'ADM [avesse] posto termine all'infrazione a seguito del primo intervento di un'autorità della concorrenza non [era] tale da costituire circostanza attenuante», dal momento che, trattandosi di «un'intesa segreta, avente ad oggetto una fissazione di prezzo ed una ripartizione dei mercati», non sussisteva «alcun dubbio che tale infrazione [fosse] stata commessa intenzionalmente» [105].

163. Infine, il Tribunale ha rilevato che «il solo fatto che la Commissione abbia valutato, nell'ambito della sua precedente prassi decisionale, un comportamento in un certo modo non vuol dire che sia obbligata a effettuare la medesima valutazione in occasione dell'adozione di una successiva decisione» e, comunque, che il precedente invocato dalla ricorrente non era tale da rimettere in discussione l'analisi da esso svolta, traducendo solo una valutazione della Commissione [106].

104 — Sentenza impugnata, punti 335-338.
105 — Sentenza impugnata, punti 339-342.
106 — Sentenza impugnata, punto 345.

2. Argomenti delle parti

164. Col presente motivo d'impugnazione la ricorrente addebita al Tribunale di avere, con le suesposte considerazioni, violato il principio in forza del quale la Commissione è tenuta a rispettare le regole che essa stessa s'impone o, in mancanza, a indicare le ragioni per cui se ne discosta. La ricorrente avanza al riguardo diversi argomenti con i quali, in sostanza, essa:

— critica l'interpretazione data dal Tribunale al punto 3, terzo trattino, degli Orientamenti, con la quale si sarebbe confuso un vero e proprio obbligo con una mera facoltà della Commissione di concedere una diminuzione dell'importo dell'ammenda in caso di cessazione dell'infrazione sin dai suoi primi interventi;

— contesta in ogni caso al Tribunale di non aver dichiarato che la Commissione era venuta meno al suo obbligo di indicare le ragioni per le quali non aveva inteso esercitare nel caso di specie il suo potere di valutare se la cessazione della partecipazione all'intesa dopo il primo intervento delle autorità statunitensi giustificasse una diminuzione dell'importo dell'ammenda.

165. La Commissione, per parte sua, rileva che il Tribunale ha esaminato in maniera approfondita le doglianze della ricorrente, ha interpretato in maniera corretta la disposizione degli Orientamenti in questione e ha valutato correttamente le circostanze del caso di specie, per concludere, a ragione, che la cessazione della partecipazione dell'ADM all'intesa sin dalla perquisizione effettuata dall'FBI presso i suoi locali non costituiva una circostanza attenuante.

3. Valutazione

166. Dirò subito che condivido l'idea, fatta propria dal Tribunale, secondo cui la cessazione della partecipazione di un'impresa a un'intesa segreta manifestamente illecita non costituisce una circostanza che attenui significativamente la gravità dell'infrazione e che vada quindi ricompensata con una diminuzione dell'importo dell'ammenda [107].

167. Non condivido [108] tuttavia il ragionamento con cui il Tribunale ha respinto la doglianza della ricorrente relativa ad una violazione del principio di proporzionalità

107 — In questo senso v. anche conclusioni dell'avvocato generale Trstenjak del 15 maggio 2008 nella causa C-510/06 P, Archer Daniels Midland/Commissione (non ancora pubblicate nella Raccolta, paragrafo 232), relativa al cartello del gluconato di sodio.

108 — Contrariamente all'avvocato generale Trstenjak nelle conclusioni citate alla nota precedente.

per la mancata concessione della circostanza attenuante in esame. In particolare, sono del parere che la ricorrente a ragione addebiti al Tribunale di aver interpretato in maniera erronea il punto 3, terzo trattino, degli Orientamenti.

168. Come riconosciuto al punto 335 della sentenza impugnata, il tenore letterale di tale disposizione è nel senso che il semplice fatto che il contravventore cessi l'infrazione fin dai primi interventi della Commissione costituisce una circostanza attenuante. Nessun elemento della disposizione lascia adito a possibili distinguo o ad un'applicazione del beneficio in questione «solo [in] circostanze particolari». D'altro canto, è solo con i nuovi orientamenti del 2006 [109] che la Commissione, integrando la formulazione adottata nel punto 3, terzo trattino, degli Orientamenti, ha indicato che la circostanza attenuante rappresentata dall'aver posto fine alle attività illecite immediatamente dopo i primi interventi della Commissione «non si applica agli accordi o alle pratiche di natura segreta (in particolare i cartelli)».

169. È perciò disattendendo il criterio secondo cui *in claris non fit interpretatio* che il Tribunale ha ritenuto di dover accogliere un'interpretazione restrittiva del punto 3, terzo trattino, degli Orientamenti che lo renderebbe applicabile solo in «circostanze particolari», invocando il fatto che «il riconoscimento della cessazione di una infrazione sin dai primi interventi della Commissione come circostanza attenuante comprometterebbe ingiustificatamente l'effetto utile dell'art. 81, n. 1, CE, in ragione dell'attenuazione non solo della sanzione ma anche dell'effetto dissuasivo della sanzione».

170. Tale statuizione, oltretutto, mi pare forzata. Al di là del fatto che l'art. 81, n. 1, CE in quanto tale non prevede nessuna sanzione, ma solo un divieto, non vedo come il riconoscimento in via di principio di una siffatta circostanza attenuante possa addirittura compromettere l'effetto utile di quell'articolo — o comunque degli artt. 83 CE e 15 del regolamento n. 17 che contemplano l'irrogazione di ammende –, posto che l'entità della riduzione di ammenda che ne conseguirebbe può essere modulata in funzione delle caratteristiche del caso di specie ed essere finanche infima, non quindi tale da incidere sull'effetto dissuasivo dell'ammenda.

171. Va osservato che gli Orientamenti non contemplano tra le circostanze aggravanti di cui al punto 2 la prosecuzione dell'infrazione dopo i primi interventi della Commissione. È così possibile pensare che gli Orientamenti abbiano inteso differenziare il trattamento di imprese partecipanti ad un'intesa vietata che reagiscono diversamente all'intervento della Commissione — le une cessando, le altre perpetrando l'infrazione — attraverso un premio (diminuzione di ammenda) da dare nel primo caso anziché una penalizzazione (maggiorazione di ammenda) da dare nel secondo.

109 — Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003 (GU 2006, C 210, pag. 2). V. punto 29, primo trattino.

172. Peraltro, interpretare il punto 3, terzo trattino, degli Orientamenti in un senso aderente al suo tenore letterale, come auspicato dalla ricorrente, non significa riconoscere che la Commissione si è imposta di considerare *in qualsiasi caso* la mera cessazione dell'infrazione sin dai suoi primi interventi come circostanza attenuante. Ha ragione, infatti, la ricorrente a ricordare che, conformemente alla giurisprudenza, la Commissione può discostarsi dagli Orientamenti a condizione di esporre le ragioni che la inducono a farlo e che queste siano compatibili con il principio di uguaglianza [110].

173. Ritengo pertanto che il punto 3, terzo trattino, degli Orientamenti possa essere interpretato nel senso che la cessazione dell'infrazione sin da quegli interventi è in linea di principio — e quindi non solo in circostanze particolari, come ritenuto nella sentenza impugnata — ricompensata con una diminuzione dell'importo di base dell'ammenda.

174. Tale interpretazione non comporta tuttavia che il Tribunale dovesse necessariamente riconoscere a favore della ricorrente la circostanza attenuante di cui alla suddetta disposizione e accordarle perciò una diminuzione dell'importo di base dell'ammenda.

175. Il Tribunale, infatti, disponendo in virtù degli artt. 229 CE e 17 del regolamento n. 17 di una competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le ammende irrogate ai sensi di tale regolamento, è «abilitato, al di là del mero controllo di legittimità della sanzione, a sostituire la sua valutazione a quella della Commissione», e può sopprimere, ridurre o finanche aumentare l'importo dell'ammenda inflitta dalla Commissione quando il problema di tale importo è sottoposto alla sua valutazione [111]. Di conseguenza, come già ha avuto modo di rilevare l'avvocato generale Jacobs nelle sue conclusioni relative alla causa JCB Service/Commissione [112], il Tribunale non è vincolato dagli Orientamenti.

176. Il Tribunale avrebbe quindi potuto respingere la pretesa della ricorrente utilizzando proprio gli argomenti esposti ai punti 336, 340 e 341 della sentenza impugnata — che considero perfettamente condivisibili [113] e che sono, in sostanza, incentrati sull'idea che porre fine ad un'infrazione il cui carattere illecito è manifesto è una reazione «appropriata e normale» all'intervento della Commissione — nel quadro però di una valutazione effettuata sul piano dell'opportunità, che traduca cioè scelte prese nell'ambito di discrezionalità rimesso al giudice dal legislatore comunitario.

110 — V. sentenza Dansk Rørindustri e a./Commissione, cit. alla nota 15 supra (punto 209).

111 — Sentenza 8 febbraio 2007, causa C-3/06 P, Groupe Danone/Commissione (Racc. pag. I-1331, punti 61 e 62). V. anche conclusioni dell'avvocato generale Kokott dell'8 dicembre 2005 nella causa C-113/04, Technische Unie/Commissione, definita con sentenza 21 settembre 2006 (Racc. pag. I-8831, paragrafo 132), e conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro del 16 novembre 2006 nella causa definita con la sentenza Groupe Danone/Commissione, cit. (paragrafi 45 e 48).

112 — Conclusioni del 15 dicembre 2005 nella causa definita con la sentenza citata alla nota 100 supra (paragrafo 141).

113 — Eccettuate, per quanto ho sopra rilevato, le due ultime righe del punto 336, che si riferiscono all'attenuazione della sanzione e dell'effetto dissuasivo della stessa.

177. Il presente motivo d'impugnazione deve pertanto, a mio avviso, essere accolto nella misura in cui addebita al Tribunale un errore di diritto nell'interpretazione degli Orientamenti. La sentenza impugnata dovrebbe essere annullata sul punto. Dato che lo stato degli atti lo consente, la doglianza presentata dalla ricorrente in primo grado può essere riesaminata, e andrebbe, a mio avviso, respinta, dalla Corte nell'esercizio della competenza giurisdizionale di merito di cui anch'essa dispone quando statuisce definitivamente sulla controversia ai sensi dell'art. 61, primo comma, del suo Statuto [114].

I — *Sul nono motivo d'impugnazione, relativo all'impatto concreto dell'intesa sul mercato*

1. Considerazioni del Tribunale

178. Dinanzi al Tribunale la ricorrente aveva sostenuto, con diverse censure, che la Commissione non aveva provato a sufficienza che, come dichiarato nella decisione controversa in applicazione del punto 1 A, primo comma, degli Orientamenti [115], l'accertata intesa avesse avuto un impatto concreto sul mercato. Nell'atto di impugnazione essa critica, sul punto, soltanto le valutazioni con le quali il Tribunale, ai punti 198-203 della sentenza impugnata, ha respinto il suo argomento secondo cui il suddetto impatto non poteva ritenersi dimostrato in quanto la Commissione non aveva proceduto a individuare previamente il mercato del prodotto rilevante. La ricorrente aveva dedotto che siffatta individuazione si imponeva nell'ambito di un'analisi volta ad accertare gli effetti dell'intesa ai fini della valutazione della gravità dell'infrazione, evidenziando che nella decisione controversa non figurava alcuna conclusione secondo la quale l'acido citrico costituiva il mercato del prodotto rilevante [116].

179. Il Tribunale ha respinto il suddetto argomento essenzialmente sulla base delle seguenti considerazioni:

«198 Si deve innanzitutto constatare che nella Decisione la Commissione non ha analizzato se il mercato del prodotto in esame doveva essere limitato all'acido citrico o se doveva essere considerato, come affermato dall'ADM, in modo più ampio, cioè come comprensivo dei suoi prodotti sostitutivi. Sotto i titoli "Il prodotto" (…) e "Mercato dell'acido citrico" (…), la Commissione si è limitata a descrivere le differenti applicazioni dell'acido citrico, nonché il volume del mercato dell'acido citrico.

199 Orbene, nella relazione degli esperti che l'ADM ha sottoposto alla Commissione

114 — V. sentenza 8 luglio 1999, causa C-49/92 P, Commissione/Anic Partecipazioni (Racc. pag. I-4125, punto 218).

115 — A norma di tale disposizione, «[p]er valutare la gravità dell'infrazione, occorre prenderne in considerazione», fra l'altro, «l'impatto concreto sul mercato, quando sia misurabile».

116 — V. ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, punto 7.2.3.

nel corso della fase amministrativa del procedimento, il mercato dei prodotti in esame è analizzato e definito come più vasto, comprensivo dei prodotti sostitutivi, in particolare i fosfati e gli acidi minerali. Ciò nondimeno, nella Decisione, la Commissione non ha esaminato gli argomenti dell'ADM relativi alla necessità di fare ricorso ad una definizione più ampia del mercato del prodotto rilevante.

200 Ciò considerato, si deve ritenere che l'argomento dell'ADM potrebbe avere esito positivo solo se questa dimostrasse che, se la Commissione avesse definito il mercato di prodotti in esame conformemente alle affermazioni dell'ADM, avrebbe dovuto constatare che l'infrazione non aveva avuto impatti sul mercato definito come quello dell'acido citrico e dei suoi sostituti (…)

201 Orbene, di fronte all'analisi dell'evoluzione dei prezzi e delle quote di vendita, effettuata dalla Commissione ai punti 213 e seguenti della Decisione, l'ADM non è riuscita a dimostrare e neppure a proporre elementi che, messi assieme, integrerebbero una serie di indizi coerenti che dimostrino, con ragionevole probabilità, che l'impatto dell'intesa relativa all'acido citrico sul mercato più ampio, comprensivo dei sostituti dell'acido citrico, sarebbe stato inesistente o quanto meno trascurabile. Persino nella relazione degli esperti, nonostante fosse sostenuto che il mercato dovrebbe essere definito in modo più ampio, l'analisi circa l'asserita assenza di ripercussioni dell'intesa sull'evoluzione del prezzo è limitata al solo mercato dell'acido citrico».

2. Argomenti delle parti

180. Nell'atto d'impugnazione la ricorrente deduce che, una volta constatato a ragione, al punto 198 della sentenza impugnata, che la Commissione non aveva definito il mercato del prodotto rilevante, il Tribunale non poteva pervenire alla conclusione che la Commissione aveva provato che l'intesa avesse avuto effetti sul mercato. La ricorrente sostiene che la definizione del mercato rilevante è indispensabile ai fini della verifica degli effetti di un'intesa, sottolineando in particolare che un'intesa sui prezzi di un prodotto non può avere effetti se i consumatori possono orientare la loro domanda verso prodotti sostitutivi e che un aumento generalizzato dei prezzi o della domanda di questi ultimi può determinare un aumento del prezzo del prodotto su cui verte l'intesa a prescindere da quest'ultima. Ritenendo che spettasse alla ricorrente dimostrare che, se il mercato del prodotto fosse stato definito come da essa ricorrente prospettato, la Commissione avrebbe dovuto constatare che l'infrazione non aveva avuto impatto su siffatto mercato, il Tribunale avrebbe erroneamente posto a carico della ricorrente l'onere della prova in ordine agli effetti di un'intesa, che invece graverebbe sulla Commissione. Il Tribunale avrebbe violato il principio secondo cui la Commissione deve rispettare le regole, quali quelle esposte negli Orientamenti, che impone a sé stessa. Non risultando dimostrati gli effetti dell'intesa sul mercato, l'importo dell'ammenda dovrebbe essere conseguentemente ridotto.

181. Premettendo che il Tribunale non ha dichiarato che nella decisione controversa mancava la definizione di un mercato, la Commissione esclude che il Tribunale abbia commesso un errore vertente sull'onere della prova e ritiene che con il presente motivo la ricorrente cerchi in realtà di ottenere dalla Corte l'esame di una questione di fatto in ordine alla quale non ha fornito la prova necessaria nel corso del giudizio di primo grado. All'udienza, il suo rappresentante ha aggiunto che, in ogni caso, l'analisi del mercato del prodotto rilevante non era necessaria nel caso di specie.

3. Valutazione

182. È opportuno rilevare, in premessa, che per definizione del mercato del prodotto rilevante la ricorrente intende la ben nota operazione di identificazione dell'insieme dei prodotti o servizi che, in ragione delle loro caratteristiche, sono particolarmente idonei a soddisfare esigenze costanti e non sono facilmente intercambiabili con altri prodotti [117], operazione cui la Commissione procede in sede di applicazione degli artt. 81 CE e 82 CE e di controllo delle concentrazioni di dimensione comunitaria. Si tratta di un'operazione che, unitamente all'individuazione del mercato geografico rilevante, consente di determinare le pressioni concorrenziali cui sono sottoposte le imprese interessate da un determinato comportamento sul mercato o da una concentrazione e di valutare quindi il loro potere di mercato.

183. Come la stessa Commissione ricorda nella sua comunicazione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza [118], «il concetto di mercato rilevante è diverso da altre nozioni del mercato, frequentemente impiegate in altri contesti. Per esempio, le imprese impiegano sovente il termine "mercato" per designare l'area nella quale vendono i propri prodotti o per indicare genericamente il settore o comparto industriale cui appartengono». Ci si può d'altronde riferire genericamente al mercato di un prodotto (ad esempio l'acido citrico) come all'ambito in cui si incontrano la domanda e l'offerta di tale prodotto, a prescindere dal fatto che possano esistere prodotti con esso intercambiabili la cui domanda e offerta possano interagire con la domanda e l'offerta di quel prodotto. È alla nozione di mercato del prodotto rilevante descritta al paragrafo precedente, contrapposta a nozioni di mercato del prodotto in senso più generico, che mi riferirò in prosieguo parlando di mercato del prodotto rilevante.

184. La censura della ricorrente sollecitava il Tribunale a pronunciarsi sulla questione se una valutazione degli effetti di un'intesa vietata dall'art. 81 CE, nell'ambito della determinazione della gravità dell'infrazione, presupponga necessariamente una definizione del mercato del prodotto rilevante o se possa essere condotta con riferimento al solo prodotto oggetto dell'intesa, a prescindere cioè dall'esistenza di altri prodotti eventualmente intercambiabili con quello dal punto di vista dei consumatori.

117 — Per tutte, sentenza Michelin/Commissione, cit. alla nota 10 supra (punto 37).

118 — GU 1997, C 372, pag. 5 (punto 3).

185. Il presente motivo d'impugnazione muove dall'idea che il Tribunale abbia constatato la mancanza nella decisione controversa di una definizione del mercato del prodotto rilevante e che abbia in sostanza ritenuto a torto non necessaria nella specie siffatta definizione ai fini di una valutazione dell'impatto dell'intesa sul mercato.

186. Sebbene le considerazioni svolte dal Tribunale non siano chiarissime sul punto e la Commissione faccia osservare che esso non le ha addebitato di aver omesso di definire un mercato, ritengo che emerga sufficientemente dai punti 198-199 della sentenza impugnata che la Commissione si è limitata a prendere in considerazione il prodotto acido citrico senza interessarsi di verificarne la sostituibilità con altri prodotti. Il fatto che il Tribunale abbia osservato che la decisione controversa facesse riferimento al «mercato dell'acido citrico» non può significare che il Tribunale ha riconosciuto che la Commissione avesse provveduto a definire il mercato del prodotto rilevante.

187. D'altronde, la stessa Commissione, se nella controreplica presentata in primo grado aveva rilevato che la decisione controversa «indica chiaramente che il mercato del prodotto da prendere in considerazione era quello dell'acido citrico» [119], nella risposta ai quesiti scritti posti dal Tribunale ha dichiarato che con tale rilievo non intendeva affermare di avere effettuato «un'analisi *estensiva e dettagliata* del mercato del prodotto rilevante» [120] come inteso nella sua comunicazione citata al paragrafo 183 supra, non essendo necessario ai fini del caso di specie esaminare tutti i possibili sostituti dell'acido citrico. Per di più, nella suddetta risposta la Commissione aggiungeva che nella decisione controversa aveva semplicemente «descritto *i prodotti interessati dal cartello* nonché l'offerta e la domanda di tali prodotti» [121], affermazione tale da escludere che essa abbia fatto una *qualsiasi* analisi del mercato del prodotto rilevante.

188. Ritengo, pertanto, che la ricorrente non abbia torto quando afferma che il Tribunale ha accertato che la Commissione non ha provveduto a definire il mercato del prodotto rilevante, ma si è limitata a considerare il *prodotto* acido citrico e il relativo mercato in senso generico.

189. Orbene, se dovesse ritenersi fondata la tesi della ricorrente secondo cui è sempre necessaria la definizione del mercato del prodotto rilevante per poter accertare l'impatto concreto di un'intesa nell'ambito della valutazione della gravità dell'infrazione, avrebbe ragione la ricorrente a sostenere nell'atto di impugnazione che il ragionamento seguito dal Tribunale ai punti 200-201 della sentenza impugnata trasferisce indebitamente sulla ricorrente un onere della prova che grava invece sulla Commissione. Se la Commissione doveva definire il mercato del prodotto rilevante e non lo ha fatto, interes-

119 — Controreplica, punto 25.

120 — V. risposta al quesito n. 1, pag. 2. Traduzione non ufficiale (il corsivo è mio).

121 — Ibidem, pag. 3. Traduzione non ufficiale (il corsivo è mio).

sandosi solamente al prodotto acido citrico senza tener conto della sostituibilità del medesimo con altri prodotti, il Tribunale non poteva far altro che accertare l'omissione della Commissione e non avrebbe dovuto richiedere alla ricorrente la dimostrazione che nel mercato rilevante definito come quest'ultima aveva suggerito l'intesa non aveva avuto impatto.

190. Il presente motivo d'impugnazione solleva dunque una questione di diritto e non rimette in discussione la valutazione dei fatti operata dal Tribunale. Esso è perciò ricevibile.

191. Quanto al merito, ritengo che le valutazioni del Tribunale siano nella sostanza condivisibili.

192. Nessuna conseguenza pratica sembra avere il fatto che il Tribunale abbia esaminato la censura della ricorrente come diretta a far constatare un'*erronea* definizione del mercato del prodotto rilevante [122], quando essa era in realtà imperniata sull'*omessa* definizione di tale mercato. Il Tribunale è partito dall'idea che la mancata analisi da parte della Commissione della sostituibilità tra l'acido citrico e altri prodotti si fosse tradotta in pratica nella presa in considerazione di un mercato rilevante limitato all'acido citrico, quando la ricorrente lo riteneva più ampio. La censura che la ricorrente sollevava davanti al Tribunale, invece, partiva dall'idea che la Commissione avesse considerato l'acido citrico quale mercato del prodotto in senso solo generico. Nella sostanza, tuttavia, questa diversità di prospettiva è priva di rilievo pratico, in quanto ciò che la ricorrente denuncia è essenzialmente il fatto che, in conseguenza della mancata definizione del mercato del prodotto rilevante, la Commissione non ha verificato gli effetti dell'intesa su quello che a suo avviso era il mercato del prodotto rilevante, ossia un mercato comprensivo non solo dell'acido citrico, ma anche di altri prodotti.

193. Ritengo, con la Commissione, infondata la tesi della ricorrente secondo cui, per poter accertare l'impatto concreto di un'intesa nell'ambito della valutazione della gravità dell'infrazione, è sempre necessaria la definizione del mercato del prodotto rilevante.

194. Va anzitutto ricordato che non tutte le valutazioni che la Commissione è chiamata a compiere in sede di applicazione delle regole del Trattato CE sulla concorrenza presuppongono che sia stato previamente definito un mercato rilevante.

122 — V. sentenza impugnata, punti 194 e 203, ove si fa riferimento, rispettivamente ad «errori nella definizione del mercato rilevante» e a un'«erronea definizione del mercato del prodotto in esame».

195. La definizione del mercato rilevante è per esempio indispensabile, come noto, per poter accertare una posizione dominante ai sensi e per gli effetti dell'art. 82 CE [123].

196. Quanto all'art. 81 CE, la Corte ha avuto modo di affermare che «[l]a definizione del mercato rilevante, nell'ambito dell'applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato [divenuto art. 81, n. 1, CE], ha il solo obiettivo di determinare se l'accordo di cui trattasi possa pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e abbia per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune» [124]. Peraltro, come chiarito dalla giurisprudenza del Tribunale, l'obbligo di operare una definizione del mercato rilevante in una decisione adottata ai sensi dell'art. 81 CE non è assoluto, ma si impone alla Commissione «*solamente quando, senza siffatta definizione,* non sia possibile stabilire se [l'intesa in questione] può incidere sugli scambi tra Stati membri ed ha per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune» [125].

197. La definizione del mercato rilevante appare inoltre necessaria al fine di verificare se sia soddisfatta in una determinata fattispecie la condizione di cui all'art. 81, n. 3, lett. b), CE ai fini della dichiarazione di inapplicabilità del n. 1 del medesimo articolo [126], mentre non lo è al fine di verificare se siano soddisfatte le altre tre condizioni di cui all'art. 81, n. 3, CE [127].

198. Anche nell'ambito della determinazione della gravità di un'infrazione, agli effetti dell'applicazione dell'art. 15 del regolamento n. 17, occorre giudicare della necessità di una previa definizione del mercato rilevante in relazione alla specifica valutazione che si intende effettuare.

199. Trattandosi della valutazione dell'impatto concreto di un'intesa, a me non pare che, al fine di verificare se un'intesa abbia avuto simile impatto, occorra in ogni caso che la Commissione delimiti previamente il mercato rilevante.

200. Nel caso di specie, la Commissione ha accertato che l'intesa aveva avuto effetti sui prezzi dell'acido citrico. Le censure che la ricorrente ha mosso contro tale accertamento

123 — V., ex multis, sentenze 31 maggio 1979, causa 22/78, Hugin/Commissione (Racc. pag. 1869, punto 5); Michelin/Commissione, cit. alla nota 10 supra (punto 37), e 13 dicembre 2007, causa C-250/06, United Pan-Europe Communications e a. (Racc. pag. I-11135, punto 21).

124 — Ordinanza 16 febbraio 2006, causa C-111/04 P, Adriatica di Navigazione/Commissione (Racc. pag. I-22*, punto 31).

125 — Sentenza 19 marzo 2003, causa T-213/00, CMA CGM e a./Commissione (Racc. pag. II-913, punto 206). Il corsivo è mio. V. anche sentenze 6 luglio 2000, causa T-62/98, Volkswagen/Commissione (Racc. pag. II-2707, punto 230), e 8 luglio 2004, causa T-44/00, Mannesmannröhren-Werke/Commissione (Racc. pag. II-2223, punto 132).

126 — In questo senso, v. comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, cit. alla nota 118 supra (punto 11), nonché sentenza CMA CGM e.a./Commissione, cit. alla nota precedente (punto 226).

127 — Sentenza CMA CGM e.a./Commissione, cit. alla nota 125 supra (punto 226).

dinanzi al Tribunale sono state respinte da quest'ultimo con valutazioni, esposte ai punti 152-168 e 180-193 della sentenza impugnata, che non sono state contestate nell'atto d'impugnazione. Detti effetti sono dunque da considerare definitivamente accertati.

201. Orbene, anche ammesso che il mercato del prodotto rilevante comprendesse nella specie altri prodotti oltre all'acido citrico, resta il fatto che l'intesa avrebbe avuto effetti almeno su un segmento di tale ipotetico più ampio mercato, il segmento appunto rappresentato dall'acido citrico. Accertati tali effetti, la Commissione ha, a mio avviso, assolto all'onere di provare che l'intesa aveva avuto un impatto concreto sul mercato. Spettava a quel punto alla ricorrente confutare la concludenza di quegli effetti a questo riguardo, allegando e dimostrando ad esempio che essi erano controbilanciati da effetti di segno opposto che l'intesa avrebbe spiegato su altri segmenti di quel più ampio mercato. Tuttavia, come giustamente rilevato dal Tribunale al punto 201 della sentenza impugnata, la ricorrente non ha offerto alcun elemento che potesse dar adito a pensare che, se avesse considerato anche i sostituti dell'acido citrico, la Commissione avrebbe dovuto concludere che l'impatto dell'intesa su quel più ampio mercato sarebbe stato inesistente o trascurabile.

202. Il presente motivo d'impugnazione, pertanto, non merita a mio parere accoglimento.

J — *Sui motivi (settimo e ottavo) d'impugnazione relativi alla violazione del principio del rispetto del legittimo affidamento per quanto riguarda la valutazione della cooperazione dell'ADM nel corso del procedimento amministrativo*

203. Dinanzi al Tribunale la ricorrente aveva censurato la decisione controversa nella parte in cui le veniva negata l'applicazione del beneficio di cui al punto B della comunicazione sulla cooperazione, relativo alla «[n]on imposizione o notevole riduzione delle ammende». Tale diniego, nella parte in cui era motivato in relazione al fatto che l'ADM non soddisfaceva la condizione di cui alla lett. b) del predetto punto B, sarebbe stato contrario al principio del rispetto del legittimo affidamento per due ragioni. In primo luogo, la ricorrente deduceva che, contrariamente a quanto affermato nella decisione controversa, essa, e non la Cerestar, era stata la prima impresa a fornire elementi determinanti ai fini della prova dell'esistenza dell'intesa, ai sensi della lett. b) di detto punto. Gli elementi di prova forniti dalla Cerestar nel corso della riunione con gli uffici della Commissione del 29 ottobre 1998 non permettevano infatti, secondo l'ADM, di dimostrare l'esistenza dell'intesa, contrariamente a quelli che l'ADM aveva fornito alla Commissione nel corso della riunione dell'11 dicembre 1998. In secondo luogo, la ricorrente faceva valere che, in ogni caso, nel corso di varie riunioni con gli uffici della Commissione e nella corrispondenza scambiata con detti uffici durante il procedimento amministrativo, le era stato confermato che era stata la prima a cooperare con la Commissione ai sensi del punto B della suddetta comunicazione.

204. Il Tribunale ha respinto entrambe le suddette censure. La prima è stata ritenuta

inoperante, dal momento che l'ADM risultava non soddisfare la condizione di cui alla lett. e) del punto B della comunicazione sulla cooperazione, essendo stato accertato che aveva svolto un ruolo di leader nell'intesa, e che le condizioni stabilite nel medesimo punto B, lett. da a) a e), devono essere cumulativamente soddisfatte ai fini della concessione del beneficio in questione [128]. La seconda di tali censure è stata considerata infondata, in quanto il Tribunale, previo esame delle dichiarazioni fatte valere dalla ricorrente, ha considerato che la Commissione, nel corso del procedimento amministrativo, non aveva fornito alcuna precisa assicurazione nel senso che avrebbe concesso all'ADM quel beneficio e che non avrebbe d'altronde potuto fornire assicurazioni di tal genere, dato che solo sulla base di una valutazione dell'insieme delle informazioni sottopostele dalle imprese nel corso della fase amministrativa del procedimento la Commissione può decidere se una di esse può fruire del beneficio stesso [129].

1. Sul motivo riguardante le dichiarazioni fatte dagli agenti della Commissione nel corso del procedimento amministrativo

205. Col presente motivo la ricorrente sostiene che, una volta constatato, ai punti 391-392 della sentenza impugnata, che «la Commissione ha effettivamente cercato di incitare le parti interessate a cooperare con lei nel modo più completo possibile rendendo loro tale attività il più attraente possibile, tramite il riferimento al punto B della comunicazione sulla cooperazione» e che «ha segnalato all'ADM che, in linea di principio, l'ADM poteva essere "presa in considerazione" per una riduzione notevole dell'ammenda in applicazione del [suddetto] punto», il Tribunale avrebbe dovuto concludere che erano state date alla ricorrente assicurazioni precise idonee a far nascere un legittimo affidamento sulla concessione del beneficio in questione.

206. Inoltre, il Tribunale avrebbe a torto ritenuto che non potessero riscontrarsi siffatte assicurazioni dato che la valutazione da parte della Commissione della cooperazione delle imprese interviene solo alla fine del procedimento amministrativo. La comunicazione sulla cooperazione affermerebbe che un legittimo affidamento sorge nel momento stesso in cui le prove sono fornite.

207. La Commissione sostiene che i rilievi del Tribunale sono esenti da errori di diritto. Essa sottolinea, in particolare, che, se è vero che la comunicazione sulla cooperazione crea legittime aspettative, un'impresa non può tuttavia nutrire, nel momento in cui fornisce prove alla Commissione, un legittimo affidamento sul fatto che questa le concederà una riduzione di ammenda in applicazione del punto B di tale comunicazione. La Commissione sarebbe infatti in grado di valutare se quell'impresa soddisfi le condizioni cumulative previste da tale punto soltanto dopo aver acquisito e valutato tutte le prove.

208. Per parte mia, osservo in primo luogo che la questione se con le dichiarazioni fatte dagli agenti della Commissione nel corso del procedimento amministrativo siano state date

128 — V. sentenza impugnata, punti 375-379
129 — V. sentenza impugnata, punti 384-395

alla ricorrente assicurazioni precise circa l'applicazione in suo favore del punto B della comunicazione sulla cooperazione rientra nella sfera della valutazione dei fatti operata dal Tribunale, che non può essere censurata in sede di impugnazione, salvo allegazione di uno snaturamento dei fatti stessi o degli elementi di prova dei medesimi. Orbene, nell'atto d'impugnazione la ricorrente non avanza alcuna allegazione di tale tenore.

209. Ritengo peraltro che le conclusioni del Tribunale non contrastino affatto con le constatazioni da esso operate ai punti 391-392 della sentenza impugnata (v. paragrafo 205 supra), dalle quali non può inferirsi che fossero state date alla ricorrente assicurazioni precise sul fatto che le sarebbe stato concesso il beneficio di cui alla sezione B della comunicazione sulla cooperazione. Emerge da tali constatazioni soltanto che la concessione di tale beneficio era stata ventilata all'ADM dagli agenti della Commissione come una possibilità, «in applicazione» di quella sezione, il che significa subordinatamente alla sussistenza delle condizioni ivi previste.

210. Inoltre, del tutto correttamente il Tribunale ha considerato, in sostanza, che nel momento in cui la ricorrente ha prestato la sua cooperazione all'inchiesta della Commissione non poteva in ogni caso sorgere nella ricorrente medesima un legittimo affidamento nella concessione di quel beneficio. La ricorrente doveva infatti essere cosciente, già in quel momento, del fatto che, come precisato espressamente al punto E, n. 2, della comunicazione sulla cooperazione [130], la Commissione valuta la sussistenza delle condizioni di cui al punto B di quella comunicazione solo al momento dell'adozione della decisione finale.

211. Il presente motivo dovrebbe pertanto essere respinto.

2. Sul motivo relativo alla violazione delle condizioni previste al punto B della comunicazione sulla cooperazione

212. Col presente motivo la ricorrente deduce in sostanza che il rigetto in quanto inoperante del motivo del suo ricorso di primo grado fondato sulla violazione della lett. b) del punto B della comunicazione sulla cooperazione, e quindi del principio del rispetto del legittimo affidamento, è viziato dall'erronea constatazione del mancato soddisfacimento, da parte dell'ADM, della condizione di cui alla lett. e) del predetto punto B. Tale erronea constatazione sarebbe la conseguenza degli errori di diritto commessi dal Tribunale nell'esame dei motivi con i quali la ricorrente aveva contestato il giudizio della Commissione secondo cui essa aveva svolto un ruolo di leader nell'intesa.

130 — Ai termini del quale «[l]a Commissione valuterà la sussistenza delle condizioni di cui ai punti B, C o D e, conseguentemente, se è possibile ridurre l'ammenda o non infliggerla solo al momento dell'adozione della sua decisione».

213. La Commissione rileva che con il presente motivo la ricorrente reitera semplicemente le censure che nell'ambito di altri motivi d'impugnazione ha formulato contro le valutazioni con le quali il Tribunale ha confermato l'attribuzione all'ADM della qualità di leader dell'intesa, operata nella decisione controversa. La Commissione sostiene quindi che il presente motivo deve essere respinto dato che quelle censure, come da essa argomentato in risposta alle medesime, sono infondate.

214. Poiché, all'esito dell'esame dei motivi relativi al ruolo di leader pretesamente svolto dall'ADM nell'intesa sull'acido citrico, ho considerato che non può concludersi, per ragioni sia procedurali sia sostanziali, che la ricorrente abbia effettivamente svolto siffatto ruolo, non posso che suggerire di accogliere anche il presente motivo d'impugnazione. Non potendo cioè ritenere che la ricorrente fosse un leader di quell'intesa e che non soddisfacesse perciò la condizione di cui alla lett. e) del punto B della comunicazione sulla cooperazione, il Tribunale avrebbe dovuto esaminare nel merito la censura relativa all'erronea applicazione, da parte della Commissione, della lett. b) del medesimo punto B.

215. La sentenza impugnata andrebbe perciò annullata nella parte in cui ha rigettato come inoperante detta censura, che passo ora ad esaminare ritenendo che lo stato degli atti consenta alla Corte di statuire definitivamente anche riguardo ad essa in applicazione dell'art. 61, primo comma, del suo Statuto.

K — *Sul ricorso contro la decisione controversa: se la ricorrente dovesse essere considerata, in applicazione del punto B, lett. b), della comunicazione sulla cooperazione, come la prima impresa ad aver fornito alla Commissione elementi determinanti ai fini della prova dell'esistenza dell'intesa*

216. La ricorrente aveva sostenuto dinanzi al Tribunale di essere stata la prima impresa a fornire alla Commissione elementi determinanti ai fini della prova dell'esistenza dell'intesa sull'acido citrico. Tali elementi sarebbero stati forniti, attraverso testimonianze dirette, prove documentali risalenti all'epoca dell'intesa e documenti descrittivi del contesto e dell'attuazione dell'intesa, nel corso della riunione tenutasi tra i suoi rappresentanti e gli agenti della Commissione l'11 dicembre 1998. Viceversa, gli elementi forniti dalla Cerestar nel corso della riunione tenutasi tra i rappresentanti di quest'ultima e gli agenti della Commissione il 29 ottobre 1998 non potrebbero, contrariamente a quanto ritenuto nella decisione controversa, essere considerati come determinanti ai fini della prova dell'esistenza dell'intesa.

217. A tale ultimo riguardo la ricorrente aveva addotto i seguenti argomenti [131]:

— la Cerestar non ha fornito informazioni sull'intesa relative al periodo precedente il suo coinvolgimento nella stessa;

131 — V. ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, punto 9.2.1.

— le informazioni fornite dalla Cerestar quanto alle date delle riunioni dell'intesa e ai partecipanti alle stesse non erano precise né concludenti e sono state in parte poi smentite, dopo più approfondita verifica, dalla stessa Cerestar;

— la Cerestar si è vista indirizzare dalla Commissione una richiesta d'informazioni dettagliata datata 3 marzo 1999, la quale era basata sulle affermazioni dell'ADM.

— la Cerestar ha fornito informazioni vaghe e poco concludenti circa l'oggetto delle riunioni e non ha fornito alcun dato preciso quanto ai prezzi e alle quote convenuti;

218. La Commissione ha obiettato che il carattere incompleto delle informazioni fornite da un'impresa non impedisce, ai sensi del punto B, lett. b), della comunicazione sulla cooperazione, di poter considerare che dette informazioni costituiscono elementi determinanti ai fini della prova dell'esistenza di un'intesa. Detta disposizione non richiederebbe prove della durata esatta dell'intesa o della costante partecipazione di tutti i suoi membri.

— non sembra risultare che la Cerestar abbia fornito alla Commissione prove testimoniali dirette;

— la Cerestar stessa ha ritenuto necessario approfondire e chiarire le dichiarazioni orali rese nel corso della riunione del 29 ottobre 1998 mediante l'invio di informazioni supplementari, comunque successivo alla riunione tra l'ADM e gli agenti della Commissione dell'11 dicembre 1998;

219. In via preliminare, osservo che la ricorrente non ha revocato in dubbio che elementi determinanti ai sensi di quella disposizione possono anche essere forniti oralmente e non ha lamentato la mancanza di certezza in ordine al contenuto delle dichiarazioni orali rese dai rappresentanti della Cerestar nel corso della riunione del 29 ottobre 1998. Il contenuto di tali dichiarazioni risulta da una «nota per il fascicolo» del 6 novembre 1998 redatta da uno degli agenti della Commissione presenti a quella riunione e che è stata versata agli atti del giudizio di primo grado in ossequio ad una specifica richiesta del Tribunale. Inoltre, la ricorrente non ha contestato, o almeno non lo ha fatto in maniera sufficientemente chiara e circostanziata, quanto affermato all'inizio del 'considerando' 306 della decisione controversa, e cioè che le informazioni fornite dalla Cerestar nel corso di quella riunione corrispondono a quelle che figurano nella dichiarazione scritta della Cerestar.

220. Ai fini dell'esame della presente censura sollevata nel ricorso di primo grado occorre dunque solo verificare, alla luce degli argomenti formulati dalla ricorrente, se quelle informazioni, quali risultano dalla predetta «nota per il fascicolo» e dalla dichiarazione scritta della Cerestar, costituissero elementi determinanti ai fini della prova dell'esistenza dell'intesa sull'acido citrico.

221. A questo riguardo, va anzitutto rilevato che, come la giurisprudenza del Tribunale ha già evidenziato, la nozione di «elementi determinanti ai fini della prova dell'esistenza dell'intesa», ai sensi del punto B, lett. b), della comunicazione sulla cooperazione, non si riferisce a prove che siano di per sé sufficienti per dimostrare l'esistenza dell'intesa [132]. Gli elementi forniti, però, non devono essere semplicemente una fonte di orientamento per le indagini che la Commissione deve effettuare, ma devono poter essere utilizzati direttamente per provare l'infrazione [133].

222. La disposizione in esame non richiede affatto che siano forniti elementi di prova riguardanti tutti i fatti rilevati nella decisione della Commissione [134]. Gli elementi forniti non devono perciò necessariamente coprire l'intero periodo di esistenza dell'intesa. Detta disposizione non prescrive neanche che gli elementi di prova siano forniti necessariamente attraverso testimonianze dirette dei protagonisti delle attività illecite. Il primo e il quarto degli argomenti ripresi al paragrafo 217 supra sono pertanto infondati e andrebbero respinti.

223. Il semplice fatto che, dopo la riunione del 29 ottobre 1998, la Cerestar abbia inteso fornire ulteriori informazioni o che la Commissione le abbia inviato una richiesta di informazioni non rileva al fine di stabilire se gli elementi forniti nel corso di quella riunione fossero determinanti ai fini della prova dell'esistenza dell'intesa. Anche il quinto e il sesto degli argomenti ripresi al paragrafo 217 supra andrebbero dunque respinti.

224. Quanto alla mancanza di precisione delle informazioni fornite dalla Cerestar il 29 ottobre 1998 sulle date delle riunioni dell'intesa e sui relativi partecipanti, osservo che le circostanze fatte valere dalla ricorrente - cioè che in quelle informazioni otto riunioni fossero identificate solo come «possibili» riunioni dell'intesa, che l'identità dei partecipanti alle riunioni fosse stata fornita solo in relazione a tre riunioni dell'intesa effettivamente accertate e che sei delle riunioni menzionate in quelle informazioni si fossero rivelate inesistenti secondo gli accertamenti della Commissione - non consentono di

132 — V. sentenze Tokai Carbon e a./Commissione (punto 362) e BASF/Commissione (punto 492), citate alla nota 30 supra, nonché sentenza del Tribunale 15 marzo 2006, causa T-26/02, Daiichi Pharmaceutical/Commissione (Racc. pag. II-713, punto 156), le quali tutte hanno evidenziato che l'aggettivo «sufficienti», utilizzato al punto B, lett. a), della comunicazione sulla cooperazione, non figura invece nel punto B, lett. b), della stessa comunicazione; v. anche sentenza del Tribunale 26 aprile 2007, cause riunite T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 e T-136/02, Bolloré e a./Commissione (Racc. pag. II-947, punto 692).

133 — V. sentenze BASF/Commissione, cit. alla nota 30 supra (punto 493), e Daiichi Pharmaceutical/Commissione, cit. alla nota precedente (punto 157).

134 — In tal senso sentenza Daiichi Pharmaceutical/Commissione, cit. alla nota 132 supra (punto 162).

escludere che con quelle informazioni la Cerestar abbia comunque fornito alla Commissione elementi determinanti. Resta infatti che, come emerge dagli stessi rilievi della ricorrente, con le medesime informazioni — corredate, ove necessario, di opportune e comprensibili riserve, dato il tempo trascorso e l'allegata mancanza di documentazione cartacea — la Cerestar è stata in grado di identificare un certo numero di riunioni dell'intesa accertate nella decisione controversa nonché i relativi partecipanti [135].

225. Infine, riguardo al carattere asseritamente vago e poco concludente delle informazioni fornite dalla Cerestar il 29 ottobre 1998 quanto all'oggetto delle riunioni dell'intesa e alla mancanza di dati precisi relativi ai prezzi e alle quote convenuti, ritengo che non si tratti di circostanze tali da escludere che la Cerestar abbia fornito in quella data elementi determinanti ai fini della prova dell'esistenza dell'intesa.

226. È vero che dette informazioni non sono complete al punto da indicare, per ogni riunione accertata dell'intesa di cui danno conto, la data, il luogo, i partecipanti, l'oggetto e l'andamento delle discussioni. Tuttavia, esse offrono, per ognuna di quelle riunioni, dettagli specifici che le rendono utilizzabili direttamente come elemento di prova di fatti costitutivi di infrazione, fatti la cui prova piena risulta dalla combinazione di quelle informazioni con gli elementi di prova che la Commissione ha poi acquisito da altre fonti.

227. Così, ad esempio, se è vero che per la riunione dell'intesa del 19 maggio 1992 a Gerusalemme le informazioni fornite dalla Cerestar non indicavano l'oggetto delle discussioni, ma soltanto la data approssimativa, il luogo e i partecipanti, la Commissione ha potuto stabilire, grazie alle informazioni fornite da altre imprese, che in quella riunione fu esaminato un sistema di compensazione delle vendite tra membri del cartello per i casi in cui le quote di mercato individuali convenute erano superate [136]. D'altra parte, queste informazioni fornite da altre imprese risultano a loro volta corroborate dalle informazioni fornite dalla Cerestar il 29 ottobre 1998, nelle quali, pur se in mancanza di riferimenti a riunioni specifiche dell'intesa, detto sistema di compensazione viene descritto in termini generali e vengono dati dettagli quantitativi su singole transazioni concluse dalla Cerestar a fini di compensazione.

228. In relazione alla riunione del 2 novembre 1994 a Bruxelles [137], le informazioni fornite

135 — Si tratta, in particolare, delle riunioni del 19 maggio 1992 a Gerusalemme (v. 'considerando' 103 della decisione controversa e pag. 5 della dichiarazione scritta della Cerestar, ove è indicato il giorno seguente come probabile data della riunione, con uno scarto temporale dunque minimo); del 1º giugno 1993 in Irlanda (v. 'considerando' 113 della decisione controversa e pag. 6 della dichiarazione scritta della Cerestar) e del 27 ottobre 1993 a Bruges (v. 'considerando' 118 della decisione controversa e pag. 6 della dichiarazione scritta della Cerestar).

136 — V. 'considerando' 103 della decisione controversa.

137 — V. 'considerando' 122 della decisione controversa e pagg. 7-8 della dichiarazione scritta della Cerestar.

dalla Cerestar comprendevano peraltro anche riferimenti all'oggetto delle discussioni e, in particolare, all'iniziativa, concordata in quella sede, di far ventilare ai produttori cinesi concorrenti, tramite propri rappresentanti, la possibilità di una denuncia nei loro confronti per pratiche antidumping.

229. La circostanza che la Commissione abbia dovuto, per dimostrare fatti costitutivi dell'infrazione quali le diverse riunioni accertate dell'intesa, integrare gli elementi di prova forniti dalla Cerestar il 29 ottobre 1998 con quelli successivamente forniti da altre imprese del cartello o dalla stessa Cerestar non esclude il valore «determinante» di quei primi elementi, idonei appunto ad essere direttamente utilizzati a fini di prova e non mere fonti di orientamento delle indagini della Commissione.

230. È inoltre vero che le informazioni fornite dalla Cerestar il 29 ottobre 1998 non contenevano dati precisi relativi ai prezzi convenuti e, quanto alle quote, facevano unicamente riferimento alla quota del 5 % delle vendite mondiali aggregate dei membri del cartello assegnata alla Cerestar medesima.

231. Tuttavia, dette informazioni identificano i membri dell'intesa, consentono di riferire al periodo 1991-1995 la durata approssimativa dell'infrazione, individuano un certo numero di riunioni dell'intesa, il luogo di tali riunioni e i relativi partecipanti, offrono un resoconto dettagliato delle circostanze in cui avvenne l'adesione della Cerestar all'intesa, contengono una descrizione generale, ma non per questo vaga, dei meccanismi di funzionamento dell'intesa, con riferimento sia alla tipologia delle riunioni («Masters» e «Sherpa») che alle diverse aree tematiche coperte dagli accordi (in particolare, prezzi, allocazione di quote di mercato e scambio di informazioni sui volumi di vendita). Non vi è dubbio, a mio avviso, che con tali informazioni, sebbene non corredate di dati numerici su prezzi e quote convenuti, la Cerestar abbia fornito elementi determinanti ai fini della prova dell'esistenza dell'intesa [138], essendo tali da agevolare sostanzialmente il compito della Commissione di ricostruire e provare i fatti costitutivi dell'accertata infrazione. Se poi questo contributo, considerato il limitato livello di dettaglio che lo caratterizza, meritasse una riduzione di ammenda tanto ampia quale quella concessa alla Cerestar dalla Commissione (90 %) è una questione diversa che ovviamente non deve essere trattata in questa sede.

232. Gli argomenti della ricorrente non mi paiono perciò tali da dimostrare che la Commissione abbia commesso errori di valutazione nel considerare che gli elementi forniti dalla Cerestar nel corso della riunione del 29 ottobre 1998 erano determinanti ai fini della prova dell'esistenza dell'intesa sull'acido citrico.

138 — V., per analoghe conclusioni in circostanze comparabili, sentenza BASF/Commissione, cit. alla nota 30 supra (punto 568), nonché sentenze del Tribunale 27 settembre 2006, causa T-322/01, Roquette Frères/Commissione (Racc. pag. II-3137, punti 238-244, in particolare punto 242), e causa T-329/01, Archer Daniels Midland/Commissione (Racc. pag. II-3255, punti 320-324, in particolare punto 323).

233. La censura formulata al riguardo dalla ricorrente nel ricorso avverso la decisione controversa dovrebbe perciò, a mio parere, essere respinta.

L — *Rideterminazione dell'importo dell'ammenda inflitta alla ricorrente*

234. Traendo le conseguenze dalle considerazioni e conclusioni fin qui formulate, ritengo che la Corte, statuendo definitivamente nel merito ai sensi dell'art. 61, primo comma, del suo Statuto, debba rideterminare l'importo dell'ammenda inflitta alla ricorrente nella decisione controversa come segue: andrebbe cancellata la maggiorazione del 35 % applicata, per la circostanza aggravante della qualità di leader dell'intesa, all'importo di base di tale ammenda calcolato dalla Commissione; andrebbe quindi applicata a quest'ultimo importo, pari a EUR 58,8 milioni, la riduzione del 50 % concessa dalla Commissione in applicazione del punto D della comunicazione sulla cooperazione.

235. L'ammenda inflitta alla ricorrente sarebbe in tal modo ridotta a EUR 29,4 milioni.

M — *Sulle spese*

236. Ai sensi dell'art. 122, primo comma, del regolamento di procedura della Corte, quando l'impugnazione è accolta e la controversia viene definitivamente decisa dalla Corte, quest'ultima statuisce sulle spese. Ai sensi dell'art. 69, n. 2, dello stesso regolamento, applicabile in forza dell'art. 118 di quest'ultimo al procedimento d'impugnazione, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Tuttavia, ai sensi dell'art. 69, n. 3, se le parti soccombono rispettivamente su uno o più capi, la Corte può ripartire le spese o decidere che ciascuna parte sopporti le proprie spese.

237. Nel caso di specie, tenuto conto della reciproca soccombenza, ritengo appropriato disporre che ciascuna parte sopporti le proprie spese relative al presente procedimento d'impugnazione.

238. Inoltre, tenuto conto dell'annullamento parziale della sentenza impugnata e del parziale accoglimento delle conclusioni della ricorrente dirette avverso la decisione controversa, ritengo equo, in parziale accoglimento delle conclusioni in tal senso formulate dalla ricorrente nell'atto d'impugnazione, riformare il regolamento delle spese effettuato nella sentenza impugnata. Propongo al riguardo di condannare la Commissione a sostenere un quarto, e non solo un decimo, delle spese esposte dalla ricorrente nel procedimento dinanzi al Tribunale, e la ricorrente a sostenere le restanti spese dello stesso procedimento.

III — Conclusioni

239. Alla luce di quanto esposto, suggerisco alla Corte di:

1) annullare la sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee 27 settembre 2006, causa T-59/02, Archer Daniels Midland/Commissione, nella parte in cui si respinge la censura della ricorrente relativa ad una violazione dei diritti della difesa per omessa indicazione, nella comunicazione degli addebiti, delle circostanze fattuali sulle quali la Commissione si è fondata per considerarla leader dell'intesa nella decisione 5 dicembre 2001, 2002/742/CE, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 81 del trattato CE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE (Caso COMP/E-1/36.604 – Acido citrico), oppure, in subordine, annullare la predetta sentenza nella parte in cui si respingono le censure, fondate sulla violazione di garanzie procedurali, mosse dalla ricorrente contro l'utilizzo da parte della Commissione del rapporto dell'FBI a fini di prova della qualità di leader che la ricorrente stessa avrebbe svolto nell'intesa;

2) annullare la predetta sentenza nella parte in cui si respinge la censura della ricorrente relativa alla violazione del principio di proporzionalità per la mancata concessione della circostanza attenuante di cui al punto 3, terzo trattino, degli orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2, del regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5, del trattato CECA;

3) annullare la predetta sentenza nella parte in cui si respinge in quanto inoperante la censura della ricorrente relativa all'erronea applicazione da parte della Commissione del punto B, lett. b), della sua comunicazione del 1996 sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi d'intesa fra imprese;

4) fissare l'importo dell'ammenda inflitta alla ricorrente in EUR 29,4 milioni;

5) respingere per il resto l'impugnazione;

6) condannare la Commissione a sostenere un quarto delle spese esposte dalla ricorrente nel procedimento dinanzi al Tribunale e le proprie spese relative al presente procedimento d'impugnazione;

7) condannare la ricorrente a sostenere, quanto al procedimento dinanzi al Tribunale, tre quarti delle proprie spese e la totalità delle spese della Commissione, nonché le proprie spese relative al presente procedimento d'impugnazione.