CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentate l'11 febbraio 2003 [1]

Indice

I — Fatti all'origine della controversia I-231

II — Procedimento dinanzi al Tribunale di primo grado e sentenza impugnata I-234

III — Procedimento dinanzi alla Corte I-238

IV — Ricorso contro la pronuncia del Tribunale di primo grado I-238

1 — Motivi diretti all'annullamento della sentenza e della decisione I-238

A — Motivi procedurali I-238

1) Sul diritto di accesso a tutti i documenti nel corso del procedimento amministrativo (primo motivo) I-238

a) Il diritto di accesso e le conseguenze della sua violazione (primo argomento del primo motivo) I-239

i) Posizione delle parti I-239

ii) La legittimità delle misure di organizzazione del procedimento adottate dal Tribunale I-240

b) La presunta erroneità, arbitrarietà e infondatezza dell'analisi svolta dal Tribunale (secondo argomento del primo motivo) ... I-245

i) Posizione delle parti I-245

ii) Le cosiddette «prove (a carico) dirette» e la loro valutazione. I-246

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

iii) La ragionevolezza del criterio utilizzato dal Tribunale per valutare le prove a discarico I-247

iv) Il rispetto del proprio criterio di giudizio da parte del Tribunale. Le prove a carico rimaste inaccessibili I-249

2) Sui diritti della difesa e sulla rinuncia agli «addebiti nazionali» da parte della Commissione (secondo motivo) I-250

a) L'impossibilità di addurre argomenti nel procedimento amministrativo di fronte alla decisione di stralcio degli addebiti nazionali I-251

b) La presunta contraddittorietà tra la rinuncia agli addebiti nazionali e la decisione I-252

B — Motivi di merito. L'accordo «riguardante i contratti e le convenzioni firmati» con la Calcestruzzi (terzo motivo). Il principio del «ne bis in idem» I-254

2 — Motivi diretti all'annullamento o alla riduzione dell'ammenda I-259

A — L'intangibilità dell'ammenda nonostante l'annullamento parziale della decisione (settimo motivo) I-259

B — Difetto di motivazione per quanto attiene alla gravità dell'infrazione ascritta alla Italcementi (ottavo motivo) I-262

C — Errata valutazione della durata dell'infrazione ascritta alla Italcementi (nono motivo) I-265

V — Sulle spese I-266

VI — Conclusione I-266

I — Fatti all'origine della controversia

1. La Italcementi SpA (in prosieguo: la «Italcementi») propone ricorso contro la sentenza pronunciata il 15 marzo 2000 dal Tribunale di primo grado (Quarta Sezione ampliata) nella causa nota come Cimenteries CBR e altri/Commissione [2].

2. Nella sentenza impugnata sono esposti, per quanto d'interesse nel presente ricorso, i seguenti fatti pertinenti.

— Dall'aprile 1989 al luglio 1990, la Commissione effettuava una serie di

2 — 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 (Racc. pag. II-491).

accertamenti, ai sensi dell'art. 14, nn. 2 e 3, del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17, primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato (divenuti, in seguito a modifica, artt. 81 CE e 82 CE) [3], presso alcuni produttori europei di cemento e associazioni di categoria del settore. Al termine degli accertamenti, il 12 novembre 1991 la Commissione avviava un procedimento amministrativo [4] nei confronti della Italcementi [5] e di altre imprese del settore.

— Il 25 novembre 1991, la Commissione trasmetteva alle settantasei imprese ed associazioni di imprese interessate, la comunicazione degli addebiti in merito alla quale la Italcementi ha avuto modo di presentare le proprie osservazioni per iscritto e, in seguito, oralmente nel corso delle audizioni svoltesi tra il 1° marzo e il 1° aprile 1993 [6].

— Il testo della comunicazione degli addebiti, contenuto in un unico documento, non veniva trasmesso in forma integrale a tutte le imprese ed associazioni di imprese interessate. A ciascun destinatario venivano inviati l'indice completo della comunicazione degli addebiti e l'elenco di tutti i documenti, con indicazione di quelli da esso consultabili. Alcune delle imprese e associazioni interessate chiedevano alla Commissione di trasmettere loro i capitoli mancanti al testo della comunicazione degli addebiti inviato ad ognuna di esse e di consentire loro la consultazione di tutti i documenti contenuti nei fascicoli, eccetto i documenti interni o riservati. La Commissione non accoglieva tale richiesta [7].

— Con decisione 30 novembre 1994, 94/815/CE (in prosieguo: la «decisione») [8], la Commissione ha addebitato alla Italcementi i seguenti comportamenti anticoncorrenziali, tutti contrari all'art. 85, n. 1, del Trattato CE [9]:

1) Partecipazione, dal 14 gennaio 1983, ad un accordo avente per oggetto l'osservanza dei limiti dei mercati nazionali e la regolamentazione dei trasferimenti di cemento da un paese all'altro (art. 1). Si tratta dell'accordo denominato «Cembureau».

3 — GU 13, pag. 204.
4 — Caso n. IV/33.126 e 33.322 — Cemento.
5 — Punti 2 e 3 della sentenza impugnata.
6 — Punti 3, 9 e 12 della sentenza.
7 — Punti 4-6 della sentenza.
8 — GU L 343, pag. 1.
9 — Punto 22 della sentenza.

2) Partecipazione, dal 14 gennaio 1983 al 14 aprile 1986, ad accordi relativi allo scambio di informazioni sui prezzi, adottati nel corso delle riunioni degli Head Delegates e del comitato esecutivo della Cembureau — Association européenne du Ciment (in prosieguo: «Cembureau»), allo scopo di facilitare l'esecuzione dell'accordo di cui all'art. 1 della decisione (art. 2, n. 1).

3) Partecipazione, tra il 1° gennaio 1984 e il 31 dicembre 1988, con gli stessi fini, a pratiche concordate relative allo scambio di informazioni:

a) sui prezzi minimi dei produttori belgi e olandesi per le forniture di cemento effettuate mediante camion e sui prezzi scontati praticati dal produttore lussemburghese;

b) sui tariffari dei singoli produttori danesi e irlandesi, nonché sulle tariffe approvate per la categoria in Grecia, in Italia e in Portogallo e sui prezzi medi praticati in Germania, Francia, Spagna e Regno Unito (art. 2, n. 2).

4) Partecipazione, a decorrere dal 28 maggio 1986, all'accordo riguardante la costituzione della Cembureau Task Force, o European Task Force (art. 4, n. 1).

5) Partecipazione, dal 9 giugno 1986 al 26 marzo 1993, ad un accordo riguardante la costituzione della Joint Trading Company, Interciment S.A., avente come obiettivo l'attuazione di misure persuasive e dissuasive nei confronti di chiunque minacciasse la stabilità dei mercati del cemento dei paesi membri (art. 4, n. 2).

6) Partecipazione, dal 17 giugno 1986 al 15 marzo 1987, a pratiche concordate miranti a sottrarre ai produttori greci, e in particolare alla Titan Cement Company S.A., la società italiana loro cliente Calcestruzzi [art. 4, n. 3, lett. a)].

7) Partecipazione, dal 3 aprile 1987 al 3 aprile 1992, ad un accordo riguardante i contratti e le convenzioni firmati il 3 e 15 aprile 1987 allo scopo di impedire eventuali importazioni di cemento greco da parte della Calcestruzzi [art. 4, n. 3, lett. b)].

8) Partecipazione nel quadro dell'European Cement Export Committee, dal 14 marzo 1984 al 22 settembre

1989, a pratiche concordate riguardanti lo scambio di informazioni sulla situazione dell'offerta e della domanda nei paesi terzi importatori, sui prezzi praticabili all'esportazione, sulla situazione delle importazioni nei paesi membri e sulla situazione dell'offerta e della domanda nei mercati interni, allo scopo di prevenire eventuali incursioni dei concorrenti nei rispettivi mercati nazionali all'interno della Comunità (art. 5).

9) Partecipazione nel quadro dello White Cement Committee, dal 6 maggio 1982 al 26 maggio 1988, a) alla pratica concordata e all'accordo relativi all'osservanza dei limiti dei mercati nazionali, b) alla pratica concordata continua relativa alla canalizzazione verso l'esportazione nei paesi terzi delle eccedenze produttive e c) ad una pratica concordata continua relativa allo scambio di informazioni riguardanti per ogni singola impresa, le capacità produttive, la produzione effettiva, le vendite sul mercato nazionale e all'esportazione, i prezzi interni per il cemento bianco e il cemento grigio nonché i prezzi all'esportazione (art. 7).

— La Commissione intimava alla Italcementi di porre fine alle infrazioni descritte e di astenersi in futuro da ogni accordo o pratica contrari alla libera concorrenza nei mercati del cemento grigio e del cemento bianco (art. 8), infliggendole due ammende, una di ECU 32 492 000 e l'altra di ECU 1 088 000, i cui importi avrebbero prodotto interessi alla scadenza del termine stabilito per il pagamento, che era di tre mesi a decorrere dalla notifica della decisione (artt. 9, 10 e 11).

3. La Italcementi, insoddisfatta della decisione della Commissione, la impugnava dinanzi al Tribunale di primo grado.

II — Procedimento dinanzi al Tribunale di primo grado e sentenza impugnata

4. Nel ricorso dinanzi al Tribunale la Italcementi chiedeva, in via principale, l'annullamento, totale o parziale, della decisione nella parte che la riguardava. In subordine, chiedeva la sospensione o la riduzione delle ammende inflittele. Chiedeva inoltre l'annullamento della decisione della Commissione 23 settembre 1993, nella parte in cui dichiarava concluso il procedimento nei confronti di dodici imprese tedesche e sei spagnole, per quanto riguardava gli addebiti relativi alla parte internazionale della comunicazione degli addebiti. Chiedeva in ogni caso la condanna della Commissione alle spese del giudizio.

5. Con una misura di organizzazione del procedimento notificata alle ricorrenti tra il 19 gennaio e il 2 febbraio 1996, il Tribunale di primo grado ha invitato la Commissione a produrre diversi documenti; la Commissione vi si è conformata il 29 febbraio, depositando [10]:

1) la comunicazione degli addebiti, come notificata a ciascuna delle imprese interessate, successivamente ricorrenti;

2) il verbale dell'audizione di ciascuna di esse;

3) l'elenco di tutti i documenti registrati nei fascicoli;

4) le casse contenenti i documenti sui quali la Commissione basava le proprie conclusioni relative ai fatti nella comunicazione degli addebiti e

5) la corrispondenza intercorsa durante il procedimento amministrativo tra l'istituzione e le imprese ricorrenti.

6. Con altre due misure di organizzazione del procedimento, notificate alle parti il 2 ottobre 1996, la prima, e il 18 e 19 giugno 1997, la seconda, il Tribunale di primo grado ha adottato le decisioni necessarie affinché le ricorrenti potessero esaminare tutti i documenti originali del fascicolo, ad eccezione di quelli contenenti segreti commerciali o altre informazioni riservate, e i documenti interni della Commissione [11].

7. Dopo avere messo il fascicolo completo a disposizione delle imprese e delle associazioni di imprese ricorrenti, il Tribunale le ha invitate a depositare una memoria che si limitasse ad individuare con precisione ciascun documento non reso accessibile durante il procedimento amministrativo, la cui mancata conoscenza avrebbe pregiudicato la loro difesa, e a spiegare le ragioni per le quali, a loro parere, detto procedimento amministrativo sarebbe potuto pervenire ad un risultato diverso se il documento di cui trattasi fosse stato reso loro accessibile, e le ha inoltre invitate ad allegare alla loro memoria la copia dei documenti esaminati. Tutte le ricorrenti, tranne una [12], hanno depositato osservazioni. La Commissione ha presentato osservazioni in replica a ciascuna di esse [13].

10 — V. punto 163 della sentenza impugnata, in collegamento con i punti 5 e 95 della medesima.

11 — V. punti 164-168 della sentenza impugnata.

12 — Ciments Luxembourgeois S.A.

13 — Punti 169 e 170 della sentenza.

8. Con la sentenza impugnata, il Tribunale ha parzialmente accolto il ricorso proposto dalla Italcementi e ha così statuito:

«— l'art. 1 della decisione 94/815 è annullato nella parte in cui considera che la ricorrente ha partecipato all'infrazione contestata prima del 19 marzo 1984 e oltre il 3 aprile 1992;

— l'art. 2, n. 1, della decisione 94/815 è annullato nella parte in cui constata che sono stati raggiunti accordi riguardanti scambi di informazioni sui prezzi nel corso delle riunioni del comitato esecutivo della Cembureau — Association européenne du ciment e nella parte in cui considera che la ricorrente ha partecipato all'infrazione contestata prima del 19 marzo 1984 e oltre tale data;

— l'art. 2, n. 2, della decisione 94/815 è annullato nei confronti della ricorrente, da un lato, nella parte in cui constata che lo scambio periodico di informazioni tra la Cembureau — Association européenne du ciment e i suoi membri ha riguardato, relativamente ai prezzi belgi e olandesi, i prezzi minimi per le forniture di cemento effettuate mediante camion dei produttori di questi due paesi e, relativamente al Lussemburgo, i prezzi scontati praticati dal produttore di tale paese nonché, dall'altro lato, nella parte in cui considera che la ricorrente ha partecipato all'infrazione contestata prima del 19 marzo 1984;

— l'art. 4, n. 1, della decisione 94/815 è annullato nella parte in cui considera che la ricorrente ha partecipato all'infrazione contestata oltre il 31 maggio 1987;

— l'art. 4, n. 2, della decisione 94/815 è annullato nella parte in cui considera che la ricorrente ha partecipato all'infrazione contestata oltre il 7 novembre 1988;

— l'art. 5 della decisione 94/815 è annullato nei confronti della ricorrente;

— l'importo dell'ammenda inflitta alla ricorrente nell'art. 9 della decisione 94/815 è fissato in 25 701 000 euro;

— il ricorso è respinto per il resto;

— la ricorrente sopporterà le proprie spese, nonché un terzo delle spese sostenute dalla Commissione;

— la Commissione sopporterà due terzi delle proprie spese».

9. In altre parole, il Tribunale ha dichiarato la Italcementi responsabile di comportamenti anticoncorrenziali per aver partecipato:

1) all'accordo Cembureau, avente per oggetto l'osservanza dei limiti dei mercati nazionali del cemento grigio (art. 1 della decisione) dal 19 marzo 1984 al 3 aprile 1992;

2) a scambi regolari di informazioni sui prezzi del cemento grigio (art. 2, n. 1, della decisione) il 19 marzo 1984;

3) allo scambio periodico di informazioni sui tariffari dei singoli produttori danesi e irlandesi, nonché sulle tariffe approvate per la categoria in Grecia, in Italia e in Portogallo e sui prezzi medi praticati in Germania, Francia, Spagna e Regno Unito, dal 19 marzo 1983 al 31 dicembre 1988 [art. 2, n. 2, lett. b), della decisione];

4) all'accordo riguardante la costituzione della European Task Force (art. 4, n. 1, della decisione) dal 9 settembre 1986 al 31 maggio 1987;

5) all'accordo riguardante la costituzione della Joint Trading Company, Intercisement S.A. (art. 4, n. 2), dal 9 giugno 1986 al 7 novembre 1988;

6) alle pratiche concordate miranti a sottrarre ai produttori greci il cliente Calcestruzzi [art. 4, n. 3, lett. a)] dal 9 settembre 1986 al 15 marzo 1987;

7) all'accordo riguardante i contratti e le convenzioni firmati con la Calcestruzzi il 3 e 15 aprile 1987 [art. 4, n. 3, lett. b)], dal 3 aprile 1987 al 3 aprile 1992;

8) alle pratiche concordate relative al mercato del cemento bianco (art. 7) dal 6 maggio 1982 al 26 maggio 1988.

III — Procedimento dinanzi alla Corte

10. Dopo la presentazione del ricorso e terminata la fase scritta del procedimento, la Corte, avvalendosi della facoltà concessale dall'art. 119 del regolamento di procedura [14], ha dichiarato irricevibili il quarto, il quinto e il sesto motivo con ordinanza 5 giugno 2002.

11. Per gli altri motivi d'impugnazione, il 4 luglio 2002 si è svolta un'udienza congiunta per i sei ricorsi proposti contro la sentenza del Tribunale di primo grado, cui hanno partecipato le imprese ricorrenti e la Commissione.

IV — Ricorso contro la pronuncia del Tribunale di primo grado

12. La Italcementi chiede alla Corte di annullare, in tutto o almeno in parte, la sentenza impugnata, nonché la decisione e l'ammenda inflittale. In subordine, chiede che la causa sia rinviata al Tribunale di primo grado affinché si pronunci nuovamente. In ogni caso, chiede la condanna della Commissione alle spese di entrambi i procedimenti.

13. La Commissione chiede il rigetto del ricorso nella sua interezza e la conferma della sentenza impugnata, nonché la condanna della Italcementi alle spese del procedimento d'impugnazione.

14. A sostegno delle sue richieste, la ricorrente deduce nove motivi di ricorso, alcuni fondati su più argomenti giuridici. Come ho già detto, tre di tali motivi sono stati respinti nel corso del procedimento.

15. Di seguito esporrò le censure della Italcementi e la risposta della Commissione e le analizzerò per poi formulare le mie proposte.

1 — *Motivi diretti all'annullamento della sentenza e della decisione*

A — Motivi procedurali

1) Sul diritto di accesso a tutti i documenti nel corso del procedimento amministrativo (primo motivo)

16. La Italcementi suddivide questo motivo in due argomenti principali. Il primo, più

14 — Testo consolidato, pubblicato in GU 2001, C 34, pag. 1.

astratto, riguarda la natura del diritto di accesso al fascicolo nel corso del procedimento amministrativo sanzionatorio e le conseguenze della sua violazione [15]. Con il secondo argomento, dedotto in subordine, l'impresa ricorrente definisce erronea, arbitraria e infondata l'analisi svolta in concreto dal Tribunale per accertare se i suoi diritti della difesa fossero stati lesi [16].

a) Il diritto di accesso e le conseguenze della sua violazione (primo argomento del primo motivo)

i) Posizione delle parti

17. La Italcementi introduce il suo argomento prendendo in considerazione un fatto indiscusso: l'accesso al fascicolo durante il procedimento amministrativo non è stato regolare.

18. Partendo da questo dato incontestabile, afferma che la garanzia di essere al corrente di tutti i documenti del fascicolo è una manifestazione del diritto fondamentale di difesa, che dev'essere rispettato nell'ambito dello stesso procedimento amministrativo, e non in un momento successivo. La ricorrente aggiunge che in quella fase le imprese interessate avrebbero dovuto avere una conoscenza dei fatti pari a quella della Commissione e che tale squilibrio non può essere corretto in seguito, nell'ambito del procedimento giurisdizionale. Una volta constatato il vizio di procedura, che era insanabile, il Tribunale avrebbe dovuto annullare la decisione. Non avendolo fatto, ed avendo invece verificato in quale misura i documenti rimasti inaccessibili nella fase amministrativa fossero pertinenti ai fini della decisione, ha agito in modo irregolare e arbitrario, sostituendo la valutazione della Commissione con la propria che, oltre tutto, è insindacabile da parte della Corte. Agendo in tal modo, il Tribunale lascerebbe alla discrezionalità della Commissione la scelta di consentire l'accesso al fascicolo e altererebbe l'equilibrio dei poteri.

19. La ricorrente conclude che il modus operandi del Tribunale di primo grado comporta, di fatto, un'inversione dell'onere della prova, confonde i ruoli delle parti e impone alle imprese sottoposte a procedimento l'obbligo di dimostrare che i documenti, il cui contenuto è stato loro ignoto fino a quel momento, sarebbero potuti servire a confutare le conclusioni della Commissione.

15 — Punti 29-56 e 99-106 del ricorso contro la sentenza del Tribunale.

16 — Punti 57-98 del ricorso contro la sentenza del Tribunale.

20. Secondo quest'ultima, il Tribunale si è limitato ad esaminare se i diritti della difesa della Italcementi fossero stati lesi nel corso del procedimento amministrativo. Esso non ha organizzato un nuovo accesso al fascicolo, bensì ha effettuato la stessa valutazione operata nelle sentenze Solvay/Commissione [17] e ICI/Commissione [18], ossia ha verificato se, alla luce dei documenti rimasti inaccessibili, fossero stati lesi in qualche modo i diritti della difesa della ricorrente. Pertanto non v'è inversione dell'onere della prova, giacché alle ricorrenti si chiede soltanto di dimostrare che i documenti tenuti celati dalla Commissione avrebbero potuto essere utili alla loro difesa.

21. La Italcementi replica che la violazione di un diritto fondamentale dev'essere sanzionata, a prescindere dal danno che ha causato. Il modus operandi del Tribunale equivale a negare alle imprese interessate il diritto di accedere all'intero fascicolo. Il giudice non può valutare ex post la pertinenza dei documenti di cui è stata impedita la consultazione durante il procedimento amministrativo. Il tempo trascorso tra il momento in cui si sarebbe dovuto dare accesso al fascicolo e quello in cui il Tribunale ha effettuato la sua verifica priva di qualsiasi senso l'esame svolto in sede giurisdizionale. La distinzione tra i documenti in base alla loro rilevanza per la difesa non è giustificata. Prima che la Commissione adotti la decisione con cui infligge le sanzioni, tutti i documenti sono pertinenti allo stesso modo. Le imprese interessate devono analizzarli, selezionarli e svolgere argomenti alla luce del loro contenuto, operazioni che rientrano nella fase istruttoria. Spettava alla Commissione accoglierli o escluderli, fatto salvo il sindacato giurisdizionale, che non può svolgersi, fittiziamente, in un momento anteriore a quello in cui l'istituzione si è pronunciata.

22. La Commissione risponde che lo scopo del Tribunale era quello di tutelare i diritti della difesa delle imprese ricorrenti e che esso sarebbe stato disposto ad annullare la decisione, in tutto o in parte, qualora l'accesso ad un documento del fascicolo rimasto celato si fosse rivelato utile per la loro difesa, e ha esaminato tutti i documenti citati dalla Italcementi prima di concludere che nessuno di essi poteva esserle utile in alcun modo. L'approccio formalistico della ricorrente ignora la natura e la funzione dei diritti della difesa. Se non esiste una limitazione effettiva dei mezzi, non sussiste violazione del diritto.

ii) La legittimità delle misure di organizzazione del procedimento adottate dal Tribunale

23. In risposta agli argomenti relativi all'irregolarità del procedimento amministrativo

17 — Sentenza 29 giugno 1995, causa T-30/91 (Racc. pag. II-1775).

18 — Sentenza 29 giugno 1995, causa T-36/91 (Racc. pag. II-1847).

e per porre rimedio, se del caso, ai danni determinati dal mancato accesso a determinati documenti, il Tribunale ha chiesto alla Commissione di inviargli l'intero fascicolo, mettendolo a disposizione delle parti [19] affinché, visti i documenti che non avevano potuto esaminare durante la fase istruttoria, individuassero quelli rilevanti, spiegando i motivi per cui l'esito del procedimento sarebbe stato diverso qualora fosse stato loro permesso di consultarli.

24. Nella sentenza il Tribunale ha analizzato i documenti indicati dalle ricorrenti e le osservazioni presentate, e ha deciso, in relazione alla Italcementi, quanto dichiarato al punto 34 del dispositivo della sentenza ed esposto al paragrafo 8 delle presenti conclusioni. Per la pronuncia il Tribunale si è basato sul seguente principio: si sarebbe configurata una violazione dei diritti della difesa delle ricorrenti qualora fosse esistita una possibilità, anche minima, che il procedimento amministrativo portasse ad un risultato diverso nell'ipotesi in cui fosse stato loro possibile avvalersi dei documenti ai quali non hanno avuto accesso [20].

25. La Italcementi contesta questo modo di procedere e ritiene illegittime le «misure di organizzazione del procedimento» adottate dal Tribunale.

26. Il procedimento volto a constatare l'esistenza di violazioni degli artt. 81 CE e 82 CE ha natura sanzionatoria. Oltre a far cessare le pratiche anticoncorrenziali, esso tende a perseguire i comportamenti che ne sono alla base, attribuendo alla Commissione il potere di infliggere sanzioni pecuniarie ai responsabili. A tale scopo, detta istituzione esercita ampi poteri d'indagine e istruttori, ma, proprio in considerazione di tale ampiezza e del cumulo in uno stesso organo di poteri inquisitori e decisionali, i diritti della difesa delle persone sottoposte a procedimento devono essere riconosciuti senza incertezze e rispettati [21].

27. In tal senso dispongono le norme contenute nel regolamento n. 17, in particolare l'art. 19, e nel regolamento (CE) della Commissione 22 dicembre 1998, n. 2842, relativo alle audizioni in taluni procedimenti a norma dell'articolo 81 CE e dell'articolo 82 CE [22], e in tal senso sono state interpretate dalla giurisprudenza della Corte [23] e del Tribunale [24]. La Corte euro-

19 — Ad eccezione dei documenti contenenti segreti commerciali o altre informazioni riservate, nonché i documenti interni della Commissione.

20 — V. punti 241 e 247 della sentenza.

21 — Sui diritti della difesa nei procedimenti in materia di concorrenza si può consultare l'opera di K. Lenaerts e I. Maselis intitolata «Le justiciable face à la Commission européenne dans les procédures de constatation d'infraction aux articles 81 et 82 CE», pubblicata in *Journal des tribunaux*, n. 5973 (2000), pagg. 496-504. V. anche lo studio di L. Goossens, «Concurrence et droits de la défense: la phase administrative devant la Commission», pubblicato in *Journal des tribunaux. Droit européen*, n. 52 (1998), pagg. 169-175, e n. 53 (1998), pagg. 200-204. Nonostante sia stata pubblicata diverso tempo fa, conserva interesse l'opera di O. Due, ex-presidente della Corte di giustizia, «Le respect des droits de défense dans le droit administratif communautaire», pubblicata in *Cahiers de Droit Européen*, nn. 1 e 2 (1987), pagg. 383-396.

22 — GU L 354, pag. 18. Esso ha sostituito il regolamento della Commissione 25 luglio 1963, n. 99/63/CEE, relativo alle audizioni previste all'articolo 19, paragrafi 1 e 2, del regolamento n. 17 del Consiglio (GU L 127, pag. 2268), in vigore all'epoca in cui si è svolto il procedimento amministrativo oggetto della presente causa.

23 — V., per tutte e tra le più recenti, sentenza 8 luglio 1999, causa C-51/92 P, Hercules Chemicals/Commissione (Racc. pag. I-4235, punti 75 e segg.).

24 — Ne è un esempio la stessa sentenza oggetto del presente procedimento (v. punti 142-144 e 240).

pea dei diritti dell'uomo ha esteso l'applicazione delle garanzie previste dall'art. 6 della Convenzione di Roma ai procedimenti amministrativi di natura disciplinare [25].

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [26] prosegue su questa strada, giacché, oltre al diritto dell'accusato a vedere la sua causa esaminata equamente e pubblicamente da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge [27], garantisce il diritto di ogni individuo di essere ascoltato dalle istituzioni dell'Unione europea prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio, nonché il diritto di accedere al fascicolo [28].

28. La consultazione del fascicolo è un ulteriore strumento al servizio dei diritti della difesa [29]. Essa non costituisce di per sé un fine [30]. Le garanzie formali del procedimento, giurisdizionale o amministrativo, si spiegano in funzione di tale obiettivo, che altro non è che la tutela effettiva dei diritti e degli interessi legittimi di tutti. Quando vi è un difetto di procedura, e le forme vengono meno, si producono conseguenze giuridiche se da tale difetto deriva una limitazione dei mezzi di difesa. In altre parole, la nozione di privazione dei diritti della difesa ha natura sostanziale e pertanto le irregolarità del procedimento, per molte che siano, risultano irrilevanti qualora l'interessato, nonostante tutto, si sia potuto valere di mezzi di difesa adeguati. Va quindi respinta l'interpretazione formalistica che la Italcementi pretende di imporre.

29. Orbene, il carattere strumentale del diritto di accesso al fascicolo implica un'ulteriore conseguenza. Quand'anche il mancato rispetto o il rispetto solo parziale di tale diritto abbia determinato una riduzione delle possibilità di difesa dell'interessato, la decisione dev'essere annullata solo qualora si constati che, se le norme di procedura fossero state osservate scrupolosamente, il risultato sarebbe stato diverso o comunque più favorevole per l'interessato o se, proprio a causa del difetto di forma, non si possa sapere se la decisione sarebbe stata diversa. In entrambi i casi, occorrerebbe annullare la decisione finale e, se del caso, ripetere le fasi procedurali che la precedono.

30. In conclusione, i vizi di forma non sono indipendenti dal merito della controversia. Se si annulla una decisione emessa al termine di una procedura viziata da un

25 — V. sentenze 8 giugno 1976, Engel e a./Paesi Bassi, Serie A, n. 22, per i procedimenti disciplinari militari, e 23 giugno 1981, Le Compte, Van Leuven e De Meyere/Belgio, Serie A, n. 43, per i procedimenti disciplinari nell'ambito dell'ordine dei medici.

26 — GU 2000, C 364, pag. 1.

27 — V. artt. 47, secondo comma, e 48, n. 2.

28 — Art. 41, n. 2, primo e secondo trattino.

29 — Così come lo sono anche il diritto di essere sentito, di essere informato sull'accusa, di utilizzare i mezzi di prova pertinenti per la difesa o, a seconda dei casi, all'assistenza legale.

30 — V. le conclusioni presentate il 25 ottobre 2001 dall'avvocato generale Mischo nelle cause riunite C-244/99 P e C-251/99 P, rispettivamente paragrafi 331 e 125. Nelle suddette cause è stata pronunciata il 15 ottobre 2002 la sentenza nota come «sentenza PVC II», procedimenti riuniti 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 (Racc. pag. I-8375).

difetto di forma in quanto, a causa delle irregolarità dell'iter seguito per la sua adozione, essa è errata nel merito, l'annullamento è determinato dall'inesattezza sostanziale della decisione e non dall'esistenza di un errore di procedura. Il vizio di forma mantiene un ruolo autonomo solo quando a causa della sua presenza non sia possibile formulare un giudizio sulla decisione adottata.

31. Dalle considerazioni che precedono emerge il senso delle misure di organizzazione del procedimento adottate dal Tribunale.

32. Poiché l'inosservanza delle condizioni di forma, consistente nel fatto che la Commissione ha negato l'accesso a tutti i documenti a discarico contenuti nel fascicolo, è stata denunciata dalle imprese e dalle associazioni ricorrenti ed è stata constatata dal giudice, si doveva esaminare l'incidenza del vizio di procedura sui diritti della difesa delle ricorrenti. A tal fine, occorreva conoscere gli elementi a discarico la cui consultazione è stata loro negata, nonché il loro parere in merito. Alla luce di questi elementi, il Tribunale ha valutato se la decisione sarebbe stata diversa e più favorevole ai presunti trasgressori qualora essi avessero potuto esaminare i documenti e farli valere dinanzi alla Commissione.

33. Così facendo, il Tribunale non si è sostituito alla Commissione e non ne ha indebitamente occupato il posto. Al contrario, si è limitato ad esercitare con estrema attenzione, nell'ambito delle sue competenze, il proprio potere giurisdizionale, controllando la correttezza del procedimento a carattere sanzionatorio seguito dalla detta istituzione. In tale contesto, il giudizio, che si proietta verso il passato, dev'essere espresso alla luce di tutti gli elementi di cui si dispone nel presente, il che implica la disponibilità di un maggior numero di elementi e un grado di certezza più elevato [31].

34. Nel modus operandi del Tribunale non vi è alcuna discrepanza rispetto alla giurisprudenza della Corte. Nella citata sentenza Hercules Chemicals/Commissione, questa ha dichiarato che la violazione dei diritti della difesa non può essere sanata dalla conoscenza tardiva dei documenti del fascicolo che permetta alle imprese interessate di trarne motivi ed argomenti a sostegno delle loro conclusioni, in quanto tale conoscenza non le restituisce nella situazione che sarebbe stata la loro se avessero potuto basarsi sugli stessi documenti per presentare le loro osservazioni scritte e orali dinanzi alla Commissione [32].

35. Il Tribunale non ha preteso di sanare a posteriori una violazione dei diritti della

31 — Il giudice, come lo storico, ricostruisce il passato e, a tal fine, deve vagliare le prove e le testimonianze per riprodurre i fatti tali quali sono accaduti. Il giudice, come lo storico, non può collocarsi nella posizione delle persone che esamina, ma deve trascenderla. Sui rapporti tra diritto e storia si può consultare l'opera di C. Ginzburg, *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*, ed. Einaudi, Torino 1991.

32 — Punti 78 e 79.

difesa già verificatasi, ma si è limitato a verificare, in una fase anteriore, se tale violazione fosse stata commessa [33]. Quando ha concluso in senso affermativo, ha annullato la decisione [34]. Se, al contrario, la violazione dei diritti della difesa non si è verificata, ha dichiarato che l'errore formale commesso durante il procedimento amministrativo è stato, in definitiva, irrilevante.

36. Ciò, inoltre, è quanto statuisce la stessa sentenza Hercules Chemicals/Commissione. Se si legge il punto 80 di questa sentenza, si può notare che quello che conta non è il vizio di forma di per sé, bensì la sua incidenza sui diritti della difesa, che può essere nulla se l'impresa interessata non dimostra che l'impossibilità di conoscere determinate prove a discarico l'ha privata di strumenti per convincere la Commissione della propria innocenza.

37. Tale conclusione non implica un'inversione dell'onere della prova. Questo principio, che ha natura processuale, è posto a tutela del diritto fondamentale alla presunzione di innocenza, che ha carattere sostanziale, con cui non dev'essere confuso.

38. La presunzione di innocenza impedisce di infliggere una sanzione se non è dimostrata la colpevolezza. Di conseguenza, l'accusatore deve provare che l'accusato ha commesso i fatti costitutivi dell'infrazione e che sussistono gli altri elementi, di fatto e di diritto, che consentono di dichiarare la sua responsabilità. È a questo punto che la presunzione di innocenza e l'onere della prova si incontrano. La Commissione ha imputato alle imprese ricorrenti determinati comportamenti anticoncorrenziali e ha utilizzato varie prove a sostegno della sua accusa. In linea di principio, pertanto, ha rispettato quella regola di procedura che è l'onere della prova. Questione diversa, che non va affrontata in questa sede, è se i documenti utilizzati fossero atti a smentire la suddetta presunzione.

39. Una volta pronunciata, la decisione sanzionatoria è stata impugnata, fra gli altri, dalla Italcementi, la quale ne chiede l'annullamento per violazione dei suoi diritti della difesa, poiché essa non ha potuto accedere a tutti i documenti del fascicolo, e in particolare a quelli che avrebbero potuto essere utili per dimostrare la sua innocenza. In virtù del principio dell'onere della prova, la ricorrente deve dimostrare l'esistenza dei presupposti di fatto di questa censura, ossia, in primo luogo, che non le è stato dato accesso a tutti i documenti utilizzati dalla Commissione nel procedimento amministrativo e, in

33 — Questo è il criterio seguito di recente dalla Corte di giustizia nella citata sentenza PVC II (punti 315 e segg., in particolare punto 325).

34 — Tale è il caso dell'impresa Cedest S.A. (causa T-38/95). V. punti 2211 e 2286 della sentenza.

secondo luogo, che tale circostanza ha pregiudicato i suoi diritti della difesa.

b) La presunta erroneità, arbitrarietà e infondatezza dell'analisi svolta dal Tribunale (secondo argomento del primo motivo)

40. In altre parole: una volta che la Commissione ha adempiuto l'obbligo che le incombeva, spettava alle imprese e alle associazioni accusate confutare le prove a carico, utilizzando tutti i mezzi a loro disposizione, senza alcun limite. Applicando il criterio di giudizio definito ai punti 241 e 247 della sentenza, il Tribunale ha dichiarato che il difetto di forma, cioè il mancato accesso ai suddetti documenti nel corso del procedimento amministrativo, era irrilevante dal punto di vista dei diritti della difesa delle imprese e delle associazioni sottoposte a procedimento.

i) Posizione delle parti

42. A parere della Italcementi, la conclusione del Tribunale è arbitraria e infondata, per tre motivi: in primo luogo, perché è del tutto ingiustificato limitare l'analisi dell'eventuale utilità dei documenti rimasti inaccessibili nel procedimento amministrativo a quelli che presentavano un nesso oggettivo con gli addebiti contestati; in secondo luogo, in quanto le cosiddette «prove documentali dirette» sono particolarmente esili e il Tribunale avrebbe abusato delle presunzioni e, infine, perché nell'esame in concreto dei documenti dedotti il Tribunale ha ignorato il criterio enunciato al punto 247 della sentenza.

41. Nel caso di specie il principio dell'onere della prova è stato applicato correttamente, per cui è irricevibile l'argomento astratto e formalistico della Italcementi: qualsiasi vizio procedurale, per lieve che sia, implicherebbe l'annullamento della decisione, senza bisogno di domandarsi quale sia l'effetto che il vizio avrebbe prodotto sulla correttezza sostanziale della decisione adottata. Questo approccio provocherebbe la paralisi amministrativa, senza aggiungere alcuna garanzia ai diritti dei cittadini, a scapito del principio di efficacia.

43. La Commissione si è limitata ad affermare che questa parte del motivo è, da un lato, irricevibile, in quanto riguarda la valutazione delle prove che spetta al Tribunale, e, dall'altro, infondata, giacché la Italcementi attribuisce alla sentenza affermazioni che non contiene.

44. Esigenze di coerenza espositiva impongono di esaminare anzitutto il secondo dei motivi dedotti dall'impresa ricorrente.

ii) Le cosiddette «prove (a carico) dirette» e la loro valutazione

45. Questa censura presenta un aspetto manifestamente irricevibile, che la Italcementi afferma di non toccare, ma che in realtà costituisce il presupposto del suo argomento ed è rilevabile in vari passaggi del ricorso, soprattutto laddove si parla di «debolezza» delle prove utilizzate contro di lei. Siano le prove deboli, dirette, indirette o per presunzioni, la Corte non può sindacare in sede di impugnazione la valutazione che ne è stata fatta dal Tribunale né emettere giudizi di valore in merito alle conseguenze di fatto che ne sono state tratte.

46. La Corte deve addentrarsi in questo terreno solo qualora nell'assunzione della prova siano stati infranti una disposizione o un principio generale del diritto comunitario, ovvero se, nell'apprezzarla, si siano violate le norme relative all'onere ed alla valutazione delle prove con decisioni illogiche, arbitrarie e, di conseguenza, tali da snaturare gli elementi di prova. La Corte può unicamente rimediare alla violazione di diritto commessa dal Tribunale, ma non accertare i fatti, salvo il controllo sulla loro qualificazione giuridica [35]. Nel caso di specie non è avvenuto niente di simile.

47. Per quanto attiene alla Italcementi, il Tribunale ha proceduto come segue: partendo da fatti non contestati (lo svolgimento delle varie riunioni; la presenza della ricorrente ad alcune di esse; l'adozione e la ratifica in dette riunioni di accordi contrari alla concorrenza; l'astensione della ricorrente da qualsiasi manifestazione espressa di dissenso o di dissociazione da tali accordi; la sua partecipazione agli scambi di informazioni sui prezzi; la sua partecipazione alla costituzione della European Task Force e dell'Interciment; l'attuazione delle azioni Calcestruzzi e l'accordo con la Cementir e l'Unicem), il Tribunale ritiene accertata la sua partecipazione all'intesa. Tale ragionamento non solo non è viziato da nessuno dei difetti che giustificherebbero un controllo da parte della Corte, ma è altresì ragionevole, conforme alle regole del senso comune, e risulta adeguatamente motivato nella sentenza [36].

35 — V. paragrafo 27 delle conclusioni da me presentate il 3 maggio 2001 nella causa C-315/99 P, Ismeri Europa/Corte dei conti, decisa con sentenza 10 luglio 2001 (Racc. pag. I-5281), e la giurisprudenza citata alla nota 16 di dette conclusioni, nonché il punto 19 della stessa sentenza Ismeri Europa/Corte dei conti. Tra le pronunce più recenti della Corte v. sentenza 21 giugno 2001, cause riunite da C-280/99 P a C-282/99 P, Moccia Irme e a./Commissione (Racc. pag. I-4717, punto 78).

36 — V. punti 1350, 1351 e 1352, per quanto riguarda l'accordo Cembureau, 1497-1500 per gli scambi di informazioni sui prezzi, 2745-2753 per la costituzione della European Task Force, e, per la costituzione dell'Interciment, 2997 e segg.; v. infine punti 3264-3270 per le azioni Calcestruzzi e 3345 e segg. per l'accordo sui contratti con detto produttore italiano di calcestruzzo.

48. Se un'impresa partecipa, insieme ai suoi concorrenti sul mercato, ad una o più riunioni in cui viene concluso un accordo che viola le regole della concorrenza, la tecnica della presunzione consente di dedurre, in mancanza di un'esplicita manifestazione di volontà in senso contrario, ch'essa partecipi all'intesa, soprattutto qualora concorra all'applicazione delle misure di attuazione dell'accordo anticoncorrenziale.

49. La prova per presunzioni si basa sulla logica razionale, nonché sul senso comune e sull'esperienza. A tal fine, si deve partire da fatti comprovati che consentano, attraverso un procedimento mentale basato sulle regole dettate dal senso comune, di considerare accertati determinati fatti.

50. La Corte ha riconosciuto che, attraverso questa categoria di prove, si deve ritenere dimostrata la partecipazione di un'impresa ad un accordo anticoncorrenziale, senza escludere che tale presunzione, come tutte le presunzioni iuris tantum, possa essere confutata con altre prove [37]. Aggiungerei che quando si agisce in un settore come quello della tutela della concorrenza nel mercato interno, in cui ci si trova di fronte a comportamenti plurimi, che si manifestano con azioni rapide di strutture organizzative complesse, la prova per presunzioni costituisce uno strumento quasi imprescindibile per stabilire la realtà dei fatti.

iii) La ragionevolezza del criterio utilizzato dal Tribunale per valutare le prove a discarico

51. Il dato decisivo del ragionamento della Italcementi, e presupposto della sua censura, è l'affermazione, attribuita al Tribunale, secondo cui l'impresa è stata sanzionata in base «unicamente [a] prove documentali dirette». Tale affermazione [38] non può essere estrapolata dal suo contesto. Essa figura nella sentenza impugnata, ma va letta unitamente ad una negazione, ossia che la decisione non si basa su «un'analogia nel comportamento rilevata sul mercato» [39], frase, questa, inserita nel testo per escludere la rilevanza dei documenti che potrebbero fornire una spiegazione economica alternativa del comportamento delle imprese sanzionate [40].

37 — Nella sentenza 8 luglio 1999, causa C-49/92, Commissione/Anic Partecipazioni (Racc. pag. I-4125, punto 96), la Corte ha dichiarato che il Tribunale, senza invertire indebitamente l'onere della prova, aveva diritto di considerare che — avendo la Commissione potuto accertare che l'Anic aveva partecipato a riunioni durante le quali erano state decise, organizzate e controllate iniziative in materia di prezzi — spettava all'Anic stessa provare le proprie allegazioni in base alle quali essa non avrebbe sottoscritto tali iniziative. La Corte si è pronunciata nello stesso senso nelle sentenze 8 luglio 1999, causa C-199/92 P, Hüls/Commissione (Racc. pag. I-4287, punto 155), e causa C-235/92 P, Montecatini/Commissione (Racc. pag. I-4539, punto 181).

38 — V., ad esempio, punti 260 e 263 della sentenza.

39 — Punto 264.

40 — V., in generale, punti 264 e 1116. Per il caso specifico della Italcementi v. punti 1257, 1260, 1262 e 1264.

52. In tale contesto si palesa il senso del criterio del Tribunale consistente nel considerare come prove atte a confutare le valutazioni di fatto operate dalla Commissione soltanto i «documenti che si riferiscono direttamente ad infrazioni» accertate nella decisione [41]. Risulta allora corretto il criterio secondo cui ci sarebbe stata lesione dei diritti della difesa delle ricorrenti qualora, durante il procedimento amministrativo, fosse stato loro negato l'accesso ad elementi probatori atti ad inficiare le prove utilizzate dalla Commissione [42] e non solo a fornire spiegazioni supplementari o alternative, del tutto rispettabili, ma che non smentiscono i documenti fatti valere nella decisione.

53. È sufficiente un esempio per convincersene. La Commissione ha dedotto da prove documentali dirette [43] che nelle riunioni dei produttori europei di cemento svoltesi il 14 gennaio 1983, il 19 marzo e il 7 novembre 1984 (la Italcementi ha partecipato solo alla seconda) sono stati conclusi accordi anticoncorrenziali. Sembra ragionevole individuare le violazioni dei diritti della difesa con riferimento alle prove che avrebbero potuto essere opposte a tali elementi probatori, che è la condizione richiesta dal Tribunale laddove parla di «nesso oggettivo» con un addebito sollevato nella decisione [44].

54. La stessa impresa ricorrente sembra condividere questo argomento. Nel ricorso afferma che è corretta la decisione di respingere i «documenti del tutto estranei» [45] alle fattispecie contestate, cioè, alla luce degli sviluppi del procedimento amministrativo, i documenti che non potrebbero minimamente influire sull'efficacia delle prove dirette. La Commissione ha ritenuto, in base ai documenti del fascicolo, che nella riunione degli Head Delegates del 14 gennaio 1983, cui la Italcementi non aveva partecipato, la Cembureau e i suoi membri abbiano concluso un accordo relativo ai mercati nazionali e alla regolamentazione delle vendite internazionali, il cui contenuto è stato confermato, tra l'altro, nella riunione del 19 marzo 1984, alla quale la Italcementi era presente. Pertanto, vi sarebbe stata lesione dei diritti della difesa della ricorrente solo qualora essa non avesse potuto utilizzare a proprio discarico elementi di prova che dimostrassero come nelle predette riunioni non fosse stata adottata né ratificata l'intesa in questione, confermassero che la ricorrente non era presente alle riunioni, o evidenziassero che, pur avendovi partecipato, essa aveva preso la distanze dall'oggetto dell'accordo.

41 — Punto 262 della sentenza impugnata.
42 — V. punto 263 della sentenza.
43 — Indicate ai paragrafi 18, 19 e 45 della decisione.
44 — V. punto 247.
45 — Punto 70.

55. Una volta provato che nell'ambito di tali riunioni è stata adottata e ratificata l'intesa, gli elementi probatori atti a fornire una spiegazione economica alternativa del comportamento dell'Italcementi risultavano irrilevanti e quindi la loro indisponibilità durante il procedimento amministrativo non può avere privato la ricorrente dei suoi diritti della difesa. Se si leggono con attenzione i punti 1256-1267 della sentenza, si può osservare che i documenti rimasti inaccessibili all'impresa ricorrente erano documenti che, non potendo confutare le prove dirette utilizzate nella decisione, potevano essere considerati «estranei» e non utili alla sua difesa.

iv) Il rispetto del proprio criterio di giudizio da parte del Tribunale. Le prove a carico rimaste inaccessibili

56. La Italcementi sostiene che la sentenza impugnata è viziata da una discrepanza tra la formulazione teorica del criterio di giudizio adottato al punto 247 e la sua applicazione pratica. Per dimostrarlo, cita e analizza i ricorsi proposti con le cause T-38/95 (Cedest, S.A.), T-52/95 (Compañia Valenciana de Cementos Portland, S.A.) e T-56/95 (Castle Cement Ltd), in cui, pur essendosi verificata una violazione dei diritti della difesa, in quanto le imprese ricorrenti non avevano potuto accedere a documenti a discarico, la decisione non è stata annullata, ma solo riformata.

57. Tale argomento non può essere accolto. La Italcementi lamenta la violazione dei diritti della difesa altrui, cosa che non è legittimata a fare, affinché vengano riconosciuti i suoi. Quand'anche sussistano i fatti su cui è basato il ragionamento, essi non possono comunque influire sull'esito della censura formulata in sede d'impugnazione.

58. La Italcementi aggiunge che la sua situazione è identica, in quanto nella sentenza vengono indicati alcuni documenti che sono rimasti inaccessibili e che essa pertanto non ha potuto utilizzare in sua difesa durante il procedimento amministrativo. A suo parere il Tribunale, una volta constatato questo fatto, avrebbe dovuto dichiarare che si era configurato un vizio di forma e annullare la decisione, senza bisogno di analizzare i documenti in questione o di accertare se le infrazioni per le quali la ricorrente era stata sanzionata risultassero comunque sufficientemente dimostrate.

59. Con questo ragionamento circolare, l'impresa ricorrente riproduce un argomento cui è già stata data risposta: quello relativo alla questione se il vizio di forma debba condurre automaticamente, a prescindere dalla sua gravità, all'annullamento della decisione finale. Mi richiamo pertanto alle considerazioni da me svolte alla precedente parte IV, 1, A, 1), a), e in particolare ai paragrafi in cui sostengo che il Tribunale non si è sostituito alla Commissione, bensì ha esercitato correttamente il suo potere giurisdizionale esaminando se il vizio di forma in cui l'istituzione è indiscutibilmente incorsa abbia determinato la lesione

dei diritti della difesa lamentata dalla Italcementi. Esercitando il suo potere giurisdizionale, analizzando gli elementi di fatto e gli argomenti giuridici dedotti dalla ricorrente, il Tribunale ha adottato una soluzione adeguata e fondata in diritto.

60. Il ragionamento della Italcementi è inoltre inficiato da confusione. Tutti i suoi argomenti relativi ai diritti della difesa sono collegati all'impossibilità di consultare e far valere nel procedimento amministrativo documenti che essa avrebbe potuto utilizzare come prove a discarico; tuttavia, quelli cui ora fa riferimento sono elementi a carico utilizzati dalla Commissione, che la ricorrente non ha potuto esaminare né contraddire prima che fosse pronunciata la decisione [46]. Ovviamente, il criterio di giudizio dev'essere diverso nei due casi. Per dimostrare l'incoerenza del criterio stabilito al punto 247 della sentenza impugnata per quanto riguarda il mancato accesso alle prove a discarico, non ci si può avvalere degli argomenti esposti nella stessa sentenza per rispondere alla censura relativa all'impossibilità di consultare le prove a carico.

46 — V. punti 366, 376, 1111, 1112 e 2807 della sentenza.

61. Il criterio utilizzato dal giudice del merito è altresì coerente: gli elementi a carico che le imprese interessate non hanno potuto contraddire nel procedimento amministrativo non devono essere utilizzati contro di loro; se, una volta esclusi tali elementi, non sussiste alcuna prova dell'esistenza dell'infrazione, la decisione dev'essere annullata, ma qualora la sanzione risulti sufficientemente giustificata, il vizio di forma è irrilevante. Per dimostrare l'esattezza di questo argomento mi richiamo a quanto esposto in merito al carattere strumentale del diritto di accesso al fascicolo amministrativo e al significato in concreto della nozione giuridica di lesione dei diritti della difesa.

62. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre dichiarare irricevibile e infondato questo motivo, cioè il primo motivo.

2) Sui diritti della difesa e sulla rinuncia agli «addebiti nazionali» da parte della Commissione (secondo motivo)

63. La Italcementi suddivide questo motivo in due parti, lamentando, da un lato, che il fatto di non essersi potuta esprimere in merito alla rinuncia agli addebiti nazionali

prima che fosse pronunciata la decisione con cui è stata inflitta la sanzione ha causato una lesione dei suoi diritti della difesa [47], e, dall'altro, che esiste una contraddizione tra detta rinuncia e la decisione, dato che quest'ultima sanziona i comportamenti che costituivano l'oggetto degli addebiti nazionali [48].

a) L'impossibilità di addurre argomenti nel procedimento amministrativo di fronte alla decisione di stralcio degli addebiti nazionali

64. Questa censura della Italcementi presenta un aspetto irricevibile. Se si legge l'atto d'impugnazione, si può rilevare che buona parte degli argomenti svolti dalla ricorrente si limitano a riprodurre motivi esposti in primo grado, senza alcuna critica alla risposta formulata ai punti 438 e seguenti della sentenza impugnata.

65. La censura è anche infondata. Il Tribunale dichiara che una decisione di stralcio di addebiti, poiché costituisce l'obiettivo delle destinatarie della comunicazione degli addebiti e per definizione va a loro vantaggio, in linea di massima non può implicare una violazione dei diritti della difesa [49].

66. In via d'eccezione, si deve dare agli interessati la possibilità di pronunciarsi sull'abbandono dell'accusa qualora, nonostante le apparenze, non vi sia rinuncia, bensì modifica in peius degli addebiti.

67. La Italcementi sostiene che, qualora avesse potuto esprimersi dopo che le era stata comunicata la rinuncia agli addebiti nazionali, avrebbe potuto convincere la Commissione a non sanzionare l'accordo Calcestruzzi in quanto esecuzione dell'accordo Cembureau [art. 4, n. 3, lett. b)].

68. Tuttavia l'elemento decisivo non è costituito da questa circostanza, ossia la possibilità di convincere la Commissione, bensì dal momento in cui si sarebbe formato tale convincimento. Lo stralcio degli addebiti relativi ai mercati nazionali non aggiungeva né toglieva nulla a tale riguardo [50]. L'addebito relativo all'accordo tra la ricorrente, la Unicem e la Cementir diretto a fare in modo che la Calcestruzzi interrompesse le importazioni di cemento greco rientrava, in linea di principio, nella parte

47 — A tale questione sono dedicati i punti 113-120 del ricorso.

48 — Punti 121-129 del ricorso.

49 — V. punto 439 della sentenza, in cui il Tribunale si richiama alla sentenza della Corte 7 giugno 1983, cause riunite da 100/80 a 103/80, Musique Diffusion française/Commissione (Racc. pag. 1825), al cui punto 14 si riconosce il diritto della Commissione di rinunciare agli addebiti mossi alle imprese sottoposte a procedimento.

50 — V. punto 443 della sentenza.

internazionale della comunicazione degli addebiti [51] e sembrava riflessa nella parte relativa al mercato italiano, in cui si faceva riferimento ai contratti di fornitura conclusi con detto produttore di calcestruzzo, e pertanto l'impresa ricorrente avrebbe potuto esprimersi e argomentare in merito alla reciproca interdipendenza dei due addebiti e all'obbligo di riservare loro lo stesso trattamento.

69. Quando la Commissione ha adottato la decisione di stralcio delle parti nazionali della comunicazione degli addebiti, la Italcementi aveva già avuto la possibilità di porre in evidenza la presunta identità dei comportamenti contestati nelle due parti dei capi di imputazione. In tale contesto si palesa il senso dell'affermazione del Tribunale secondo cui «i commenti che la ricorrente avrebbe potuto formulare sull'abbandono degli addebiti nazionali non avrebbero, chiaramente, indotto la Commissione ad abbandonare l'addebito internazionale relativo all'accordo tra i produttori italiani di cemento» [52].

b) La presunta contraddittorietà tra la rinuncia agli addebiti nazionali e la decisione

70. Ai fini dell'analisi di questa censura occorre soffermarsi sulle cosiddette misure di difesa del mercato italiano.

71. La decisione descrive due infrazioni collegate a tali misure e rientranti nell'ambito della European Task Force o Cembureau Task Force.

72. La prima, più generica, sanzionata all'art. 4, n. 3, lett. a), consiste nelle pratiche concordate miranti a sottrarre il cliente Calcestruzzi, all'epoca il maggiore produttore italiano di calcestruzzo pronto, ai produttori greci di cemento, e in particolare alla Titan. Questa infrazione è stata imputata alla Italcementi, alla Unicem e alla Cementir, nonché agli altri partecipanti alla predetta intesa [53].

73. La seconda, più specifica, consisteva nell'accordo stipulato dai tre produttori italiani affinché la Calcestruzzi cessasse di importare cemento proveniente dalla Grecia. Il suo scopo era scongiurare una minaccia di importazione di 1,5 milioni di tonnellate di cemento greco da parte della Calcestruzzi. Tale infrazione, sanzionata all'art. 4, n. 3, lett. b), è stata addebitata solo ai tre produttori summenzionati [54].

51 — V. le considerazioni da me svolte più avanti su tale questione.

52 — Punto 447 della sentenza.

53 — Sull'esistenza di questa infrazione v. punti 3138 e segg. della sentenza.

54 — La motivazione del Tribunale in merito all'esistenza di questa infrazione è contenuta ai punti 3345 e segg. della sentenza.

74. Nella parte internazionale della comunicazione degli addebiti si faceva riferimento a due infrazioni collegate alle misure di difesa del mercato italiano, adottate nell'ambito della European Task Force o della Cembureau Task Force. Al paragrafo 61, lett. h), sub iv) [55], si affermava che «[l]e pressioni esercitate su Calcestruzzi e la mancata esecuzione da parte sua del contratto d'acquisto di cemento da Titan rientrano fra le misure dissuasive della Task Force e *sono il risultato di pratiche concordate fra i produttori italiani Italcementi, Unicem e Cementir e tra questi ultimi e gli altri partecipanti alla "Cembureau Task Force"*» [56], finalizzate a sottrarre ai produttori greci un cliente importante per consentire la loro penetrazione sul mercato italiano.

75. L'addebito nazionale relativo all'Italia riguardava i contratti e le convenzioni di fornitura, firmati il 3 e il 15 aprile 1987 da Unicem, Italcementi, Cementir e Calcestruzzi. Nell'ambito di questi contratti esse hanno costituito una controllata comune denominata Società Italiana per le Promozioni ed Applicazioni del Calcestruzzo Spa (SIPAC) [57]. Con tali accordi, i tre produttori si impegnavano a soddisfare il fabbisogno totale di cemento del gruppo Calcestruzzi e a praticare le riduzioni di prezzo ivi indicate. Dal canto suo, la Calcestruzzi si impegnava a mettere il 50% delle riduzioni concesse a disposizione della suddetta controllata comune, che doveva investire tali somme in società di calcestruzzo pronto o in settori collegati, nonché a soddisfare almeno l'80% del proprio fabbisogno di cemento presso la Italcementi, la Unicem e la Cementir o presso società da queste designate. I tre produttori di cemento si riservavano il diritto di recesso se la Calcestruzzi non acquistava presso di loro almeno il 95% del proprio fabbisogno [58].

76. Orbene, la Commissione ha ritenuto che tali contratti, che ha deciso di non sanzionare, fossero stati sottoscritti nell'ambito dell'accordo concluso fra i tre produttori italiani di cemento descritto all'art. 4, n. 3, lett. b), della decisione.

77. Secondo la Italcementi vi è una contraddizione tra la decisione di stralciare gli addebiti nazionali e quella di confermare gli addebiti relativi al comportamento descritto all'art. 4, n. 3, lett. b), della decisione, in quanto non è vero che, come afferma il Tribunale, nella parte internazionale della comunicazione degli addebiti si facesse riferimento all'accordo fra le tre imprese cementiere italiane.

78. È sufficiente leggere le frasi che ho sottolineato in precedenza per constatare che l'argomento della Italcementi è infon-

55 — Che, come riconosce la Italcementi, è riprodotto in modo letterale al paragrafo 55, lett. a), punto 1, della decisione.

56 — Il corsivo è mio.

57 — V. punti 444 e 445 della sentenza impugnata.

58 — V. paragrafo 27, punto 6, della decisione e punto 3345 della sentenza.

dato. Nella parte internazionale della comunicazione degli addebiti si citava l'accordo tra le tre imprese cementiere, nonché l'intesa conclusa con gli altri produttori partecipanti alla Cembureau Task Force. È vero che tale riferimento è collocato nel contesto dell'infrazione descritta più avanti, all'art. 4, n. 3, lett. a), della decisione, ma è altrettanto vero che nella motivazione relativa all'infrazione di cui alla lett. b) si fa riferimento ad un accordo tra la Italcementi, la Unicem e la Cementir che può essere soltanto quello indicato al paragrafo 61, lett. h), sub iv), della comunicazione degli addebiti.

79. In ogni caso, la seconda parte di questo motivo d'impugnazione contraddice in una certa misura l'argomento addotto a sostegno della censura sollevata nella prima parte. In questa si pone l'accento sullo stretto legame esistente tra le due sezioni della comunicazione degli addebiti, nella seconda si afferma che tale legame non è così stretto e che nella parte internazionale non si fa riferimento ad alcun accordo fra i tre produttori italiani. Se sulla decisione di stralcio degli addebiti nazionali, il cui oggetto erano i contratti conclusi con la Calcestruzzi, a parere della ricorrente si doveva dare alle parti la possibilità di esprimersi per convincere la Commissione che tale rinuncia obbligava a rimuovere l'addebito descritto all'art. 4, n. 3, lett. b), non capisco perché adesso la stessa ricorrente insista sul fatto che nella parte internazionale non si faceva riferimento ad un accordo fra le tre imprese cementiere di cui quei contratti costituirebbero il risultato.

80. Le considerazioni che precedono conducono direttamente al rigetto del secondo motivo di impugnazione dedotto dalla Italcementi.

B — Motivi di merito. L'accordo «riguardante i contratti e le convenzioni firmati» con la Calcestruzzi (terzo motivo). Il principio del «ne bis in idem»

81. Per ottenere l'annullamento della sentenza impugnata e il conseguente annullamento della decisione della Commissione, la Italcementi deduce un unico motivo di merito, con cui mette in discussione la valutazione operata dal Tribunale riguardo all'accordo relativo ai contratti firmati nel 1987 con la Calcestruzzi e, più in particolare, la qualifica di detto accordo come atto di esecuzione dell'accordo Cembureau.

82. La Italcementi afferma che, secondo il Tribunale, l'oggetto dell'accusa formulata all'art. 4, n. 3, lett. b), della decisione era l'accordo concluso dai tre produttori italiani per evitare che la Calcestruzzi importasse cemento greco, finalità che, attraverso le azioni compiute dalla European Task Force, lega la ricorrente all'accordo Cembureau.

83. A suo parere, la sanzione per il comportamento descritto nell'articolo citato della decisione contraddice queste premesse per i tre motivi che seguono:

1) la firma e l'esecuzione dei contratti con la Calcestruzzi erano estranee al principio «ognuno a casa propria», che è stato applicato allorché sono stati interrotti i rapporti di questa impresa con la greca Titan; inoltre, detti contratti segnano la fine dell'infrazione di cui all'art. 4, n. 3, lett. b), della decisione;

2) in realtà, contrariamente a quanto affermato nella decisione e nella sentenza, la Commissione e il Tribunale non hanno censurato l'intesa fra le tre imprese cementiere italiane, bensì i contratti con la Calcestruzzi, decisione che sarebbe incompatibile con la rinuncia agli addebiti nazionali e inconciliabile con qualsiasi decisione dell'*Autorità garante per la concorrenza e per il mercato*, e

3) la qualifica dei contratti con la Calcestruzzi come misure d'attuazione dell'accordo Cembureau provocherebbe un risultato aberrante: tra il 1989 e il 1992 le uniche partecipanti a detto accordo sono le tre imprese italiane; si potrebbe allora parlare di accordo «transnazionale»?

84. Come si può vedere, la contraddizione denunciata, che nel motivo precedente era di carattere formale, acquista ora una dimensione sostanziale.

85. Questo motivo deve essere vagliato basandosi sui fatti di causa, quali sono esposti ai punti 3345 e seguenti della sentenza impugnata.

86. Tali fatti sono suscettibili solo di due interpretazioni in diritto, secondo che si ritenga che l'accordo sanzionato all'art. 4, n. 3, lett. b), della decisione e i contratti firmati nell'aprile 1987 da Italcementi, Unicem, Cementir e Calcestruzzi siano comportamenti diversi, oppure che costituiscano la stessa pratica. Sarebbe inammissibile utilizzare indifferentemente le due valutazioni in funzione del contesto o dell'argomento cui si deve rispondere.

87. Se si adotta la seconda interpretazione, prevale il principio del ne bis in idem, in quanto la stessa infrazione sarebbe stata sanzionata due volte, la prima dalla Commissione e la seconda dall'*Autorità garante della concorrenza e del mercato* [59].

59 — Decisione 6 marzo 1996. Procedimento I.123, *Bollettino* 10/1996, pag. 7.

88. Tale principio [60] impedisce che, per proteggere gli stessi beni giuridici, una persona venga punita più volte per la stessa infrazione, in quanto tale duplicazione di sanzioni comporta un'inammissibile reiterazione dell'esercizio dello ius puniendi [61].

89. Pertanto, affinché il principio citato trovi applicazione devono sussistere tre condizioni: identità dei fatti, identità dell'autore dell'infrazione e identità del bene giuridico tutelato [62].

90. L'esistenza dell'identità soggettiva è indiscutibile.

91. È altresì indubbia l'unicità del bene giuridico tutelato. Nel sistema di protezione della libera concorrenza non si può parlare, all'interno dell'Unione europea, di ambiti diversi, quello comunitario e quelli nazionali, come se si trattasse di compartimenti stagni. Entrambi i settori sono orientati alla tutela di una concorrenza libera e aperta nel mercato comune, nella sua interezza, nel primo, e nei suoi vari componenti, nel secondo, ma la sostanza è la stessa. In tale materia, le legislazioni nazionali devono rappresentare la corretta trasposizione delle disposizioni contenute agli artt. 81 CE e 82 CE, come sviluppate dal diritto derivato.

92. Se si leggono gli artt. 2 [63] e 3 della legge italiana 10 ottobre 1990, n. 287, per la tutela della concorrenza e del mercato [64], si osserva che essi costituiscono la trasposizione pressoché letterale degli artt. 81 CE e 82 CE, con l'unica differenza che in queste ultime disposizioni si parla di «mercato comune», mentre nella legge italiana si parla di «mercato nazionale», ma tale differenza, come dirò più avanti, è secondaria e non presenta carattere sostanziale.

93. Le autorità comunitarie e quelle nazionali svolgono un compito analogo e,

60 — Sul principio del «ne bis in idem» v. le conclusioni da me presentate il 19 settembre 2001 nelle cause C-187/01, Gözütok, e C-385/01, Brügge, pendenti.

61 — L'eventualità che su uno stesso fatto si pronuncino sia le autorità nazionali per la concorrenza sia la Commissione è già stata esaminata dalla Corte nella sentenza 13 febbraio 1969, causa 14/68, Wilhelm (Racc. pag. 1), in cui ha dichiarato che il procedimento parallelo dinanzi alle autorità nazionali non può pregiudicare la piena ed uniforme applicazione del diritto comunitario in materia di intese né l'efficacia degli atti adottati in esecuzione dello stesso (punto 2 del dispositivo). Attualmente l'esistenza di competenze condivise è un fatto acquisito (v. comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CEE, GU 1993, C 39, pag. 6); è altresì un fatto acquisito che quando si verifica una duplicazione di interventi su una stessa pratica o accordo anticoncorrenziale, deve prevalere la pronuncia comunitaria [v. sentenze 28 febbraio 1991, causa C-234/89, Delimits (Racc. pag. I-935), e 14 dicembre 2000, causa C-344/98, Masterfoods e HB (Racc. pag. I-11369)].

62 — Nella sentenza 18 novembre 1987, causa 137/85, Maizena (Racc. pag. 4587), la Corte ha escluso l'esistenza di una violazione del principio del ne bis in idem in quanto le due cauzioni richieste alla stessa persona per gli stessi fatti non avevano la stessa finalità (punti 22 e 23).

63 — Nella decisione dell'*Autorità garante della concorrenza e del mercato*, citata, la Italcementi è stata sanzionata in quanto autrice delle violazioni di tale disposizione.

64 — *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* del 13 ottobre 1990, n. 240.

quando reprimono comportamenti restrittivi della concorrenza, mirano a tutelare lo stesso bene giuridico. Esiste un autentico concorso di competenze nello stesso ambito ratione materiae al fine di raggiungere obiettivi analoghi, che sono state ripartite dalla Corte nelle sentenze citate alla nota 60 delle presenti conclusioni.

94. Nella sentenza Wilhelm, citata, la Corte ha dichiarato che «[l]'articolo [85 del Trattato CE] considera (...) le intese sotto il profilo degli ostacoli che ne possono conseguire per il commercio fra gli Stati membri, mentre le legislazioni nazionali, ispirandosi a considerazioni proprie a ciascuno Stato, considerano le intese in un ambito più ristretto» [65]. Con tali parole, la Corte faceva riferimento a questa duplice prospettiva, una globale e l'altra territorialmente limitata, cui accennavo in precedenza. Nel secondo caso l'azione collusiva non travalica le frontiere di uno Stato membro ma pregiudica ugualmente «il gioco della libera concorrenza all'interno del mercato comune» [66]. Il criterio dell'estensione territoriale del comportamento restrittivo della concorrenza non è sostanziale, bensì accessorio, in quanto non influisce sulla natura dell'infrazione, ma solo sulla sua intensità.

95. Se concorrono le tre identità di cui sopra, un comportamento contrario all'art. 81 CE, una volta perseguito e sanzionato dalla Commissione, non può essere represso dall'autorità nazionale competente in materia di tutela della concorrenza, e viceversa [67].

96. La soluzione secondo cui la seconda autorità che interviene deve ridurre la sanzione in considerazione dell'importo dell'ammenda inflitta dalla prima, che è stata adottata dalla Corte nella sentenza Wilhelm, non è conforme al principio del ne bis in idem. Tale principio non è una norma di procedura da utilizzare come palliativo al servizio della proporzionalità nel caso in cui un soggetto venga giudicato e sanzionato due volte per lo stesso comportamento, bensì una garanzia fondamentale dei cittadini [68].

97. In realtà, la citata sentenza della Corte non ha applicato il principio in questione [69] perché si trattava di «due procedimenti paralleli che [perseguivano] scopi distinti» [70], ossia di procedimenti nei quali si

65 — Punto 3.

66 — Art. 85 del Trattato CE (divenuto art. 81 CE).

67 — Sulla punizione di uno stesso fatto da parte di due ordinamenti giuridici diversi, v. le considerazioni da me svolte ai paragrafi 52 e segg. delle conclusioni presentate nelle cause Gözütok e Brügge, citate.

68 — V. art. 4 del protocollo n. 7 della Convenzione di Roma e art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

69 — V. Pralus, M.: «Étude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe *non bis in idem: non bis*», in *Revue de sciencie criminelle*, luglio-settembre 1996, pagg. 553-574, in particolare pag. 558.

70 — Punto 11.

tutelavano beni o valori giuridici diversi [71]. Non sussisteva l'identità del bene tutelato necessaria all'applicazione della regola del ne bis in idem. Dalla sentenza citata si deduce che, secondo la giurisprudenza comunitaria, anche quando il suddetto principio non opera e la doppia sanzione è legittima, «un'esigenza generale di equità (...) implica che si tenga conto, nel determinare la sanzione, delle decisioni repressive anteriori» [72].

98. Manca però la terza delle identità richieste, quella dei fatti [73].

99. Al punto 3386 della sentenza impugnata si precisa che la decisione dell'*Autorità garante della concorrenza e del mercato* riguardava i contratti di approvvigionamento e le convenzioni di cooperazione sottoscritti dai tre produttori italiani (Unicem, Cementir e Italcementi) con la Calcestruzzi, mentre l'intervento delle autorità comunitarie aveva ad oggetto l'accordo intercorso tra i suddetti produttori di cemento per fare in modo che la Calcestruzzi interrompesse le importazioni di cemento proveniente dalla Grecia.

100. La Italcementi rimette in discussione la suddetta affermazione del Tribunale di primo grado, senza tuttavia criticarla sotto il profilo adeguato ai fini di un'impugnazione, nel cui contesto non sono sindacabili i fatti accertati in sede di merito.

101. Riassumendo, esisteva un accordo fra i tre produttori italiani di cemento il cui scopo era evitare che la Calcestruzzi continuasse ad importare cemento greco, in particolare in esecuzione del contratto stipulato con la Titan nel 1986. Tale accordo, funzionale all'obiettivo comune della European Task Force di eliminare le importazioni di cemento nell'Europa occidentale, richiedeva un complemento, che ne costituiva peraltro l'obiettivo finale. Se si trattava di fare in modo che la Calcestruzzi smettesse di importare cemento proveniente dalla Grecia e lo acquistasse presso produttori italiani, dando così attuazione alla regola «ognuno a casa propria» inerente al principio Cembureau, occorreva regolamentare la fornitura di cemento a detto produttore italiano di calcestruzzo pronto, e tale era lo scopo dei contratti e delle convenzioni firmati il 3 e il 15 aprile 1987.

102. Come si può notare, non è vero che detti contratti fossero estranei al suddetto principio e non vi è nulla di aberrante nella circostanza che dal 1989 al 3 aprile 1992 soltanto le tre imprese italiane produttrici di cemento abbiano continuato ad applicare l'accordo Cembureau.

71 — Non condivido questo argomento in quanto, come ho rilevato in precedenza, le autorità nazionali e la Commissione tutelano valori identici allorché sanzionano lo stesso comportamento applicando il diritto in materia di concorrenza, sia esso nazionale o comunitario.

72 — Punto 11.

73 — Nella sentenza 14 dicembre 1972, causa 7/72, Boehringer Mannheim/Commissione (Racc. pag. 1281), la Corte ha negato l'esistenza di una violazione del principio del ne bis in idem in quanto «[i] fatti cui le due ammende si riferiscono, benché traggano origine dallo stesso complesso di accordi, hanno tuttavia oggetto ed ambito d'applicazione essenzialmente diversi» (punto 4).

103. Infatti la durata dell'infrazione sanzionata all'art. 4, n. 3, lett. b), della decisione è stata stabilita in base alla durata dei contratti e delle convenzioni firmati con la Calcestruzzi. Una volta accertato che la Unicem, la Italcementi e la Cementir si erano accordate per evitare che la Calcestruzzi importasse cemento greco e che a tal fine avevano firmato con essa i contratti di fornitura, non è contraddittorio né illogico fissare la durata di tale accordo in base a quella delle convenzioni, che ne rappresentano la manifestazione esterna. Tale è il senso dei punti 3396, 4340 e connessi della sentenza impugnata.

104. Tale affermazione non contrasta in alcun modo con il ragionamento svolto al punto 4278. L'accordo Cembureau, volto a garantire il rispetto dei mercati nazionali, costituiva un patto globale contro la concorrenza, applicato dalla maggior parte dei produttori comunitari di cemento. Tutte le imprese sanzionate hanno partecipato alla sua adozione e alla sua esecuzione, oppure all'una o all'altra condotta, con azioni più o meno durature. La circostanza che i tre produttori italiani abbiano concordato di applicare il principio Cembureau, che è stato attuato attraverso azioni prolungatesi fino al 3 aprile 1992, mentre a quella data gli altri produttori avevano cessato di applicarlo, indica solo che le dette tre imprese hanno esteso più delle altre l'efficacia di un principio che a quell'epoca non disciplinava più i rapporti tra i produttori europei di cemento.

2 — *Motivi diretti all'annullamento o alla riduzione dell'ammenda*

105. La Italcementi dedica la seconda parte del ricorso, composto da sei motivi, alla critica della sentenza impugnata per non aver annullato o ridotto l'ammenda inflittale dalla Commissione. Tre di tali motivi (il quarto, il quinto e il sesto), volti ad ottenere l'annullamento totale dell'ammenda, sono stati dichiarati manifestamente infondati con ordinanza del 5 giugno scorso. Restano da esaminare gli altri tre motivi, dedotti in subordine, diretti alla riduzione dell'ammenda.

A — L'intangibilità dell'ammenda nonostante l'annullamento parziale della decisione (settimo motivo)

106. La Italcementi contesta il fatto che l'annullamento degli artt. 2 e 5 della decisione non abbia avuto ripercussioni sull'importo dell'ammenda inflittale. Sostiene che tale circostanza viola l'art. 15 del regolamento n. 17 e i principi di proporzionalità e di non discriminazione.

107. Tenuto conto della struttura della decisione e dei motivi che la sorreggono [74], debbo rilevare che la censura della Italcementi si basa su una premessa parzialmente errata. Quando la ricorrente si lamenta del fatto che l'annullamento dell'art. 2, nn. 1 e 2, della decisione non ha avuto ripercussioni sulla sanzione, semplicemente si sbaglia.

108. Il Tribunale ha annullato le due disposizioni in quanto imputavano alla ricorrente la partecipazione alle infrazioni descritte prima del 19 marzo 1984. Tale conclusione ha portato all'annullamento dell'art. 1 per quanto riguarda la partecipazione della ricorrente all'accordo Cembureau a partire dal 14 gennaio 1983 [75] e, dato che l'ammenda è stata calcolata in base alla durata della partecipazione di ciascuna impresa all'accordo, alla riduzione proporzionale del relativo importo. Pertanto non è vero che l'annullamento dell'art. 2, nella parte riguardante la Italcementi, non ha avuto ripercussioni sull'importo dell'ammenda inflitta.

109. La lamentela è fondata per quanto riguarda l'art. 5, ma dalla sua formulazione emerge che l'impresa ricorrente critica la struttura e il fondamento della sanzione inflittale. Per quanto concerne il mercato del cemento grigio, al quale si riferisce l'argomento della Italcementi, la Commissione ha sanzionato un'unica infrazione, quella consistente nella partecipazione all'accordo Cembureau, descritta all'art. 1 della decisione. Le infrazioni descritte agli artt. 2-6 sono misure di esecuzione di detto accordo che non vengono sanzionate separatamente.

110. Ognuna delle imprese è stata punita con un'ammenda in base all'intensità della sua partecipazione all'intesa. A tal fine la Commissione ha distinto due gruppi di imprese e associazioni. Da un lato, quelle che hanno aderito all'accordo Cembureau e, dall'altro, le altre imprese, la cui partecipazione è stata meno decisiva e quindi meno grave [76].

111. Nell'ambito del primo gruppo, la Commissione ha distinto tre sottogruppi: 1) quello costituito dalle imprese e associazioni che hanno partecipato direttamente, in qualità di membri della Cembureau, all'adozione dell'accordo relativo all'osservanza dei mercati nazionali, nonché delle misure volte a proteggere direttamente tali mercati, gruppo in cui ha collocato la Italcementi; 2) un secondo sottogruppo, costituito dalle imprese che, attraverso i loro più alti dirigenti, hanno assunto le funzioni di Head Delegates in seno alla Cembureau, sia all'epoca in cui è stato

74 — V. le considerazioni da me svolte a tale proposito ai paragrafi 83-93 delle conclusioni presentate in data odierna nella causa C-204/00 P, Aalborg/Commissione.

75 — V. punto 4381 della sentenza.

76 — Paragrafo 65, punto 9, lett. a) e b), della decisione.

concluso l'accordo sia nel periodo della sua applicazione; e 3) l'ultimo, formato dalle imprese che hanno partecipato alle misure di applicazione dell'accordo volte a proteggere i mercati nazionali [77].

112. Anche nel secondo gruppo ha distinto tre tipi di responsabili: 1) le imprese che hanno partecipato solo ai provvedimenti d'applicazione dell'accordo miranti a canalizzare le eccedenze di produzione verso i paesi terzi; 2) quelle che, pur avendo partecipato ai provvedimenti dell'accordo volti a proteggere direttamente i mercati nazionali, hanno tentato di sottrarsi all'applicazione del principio Cembureau, e 3) l'impresa Ciments Luxembourgeois che, pur aderendo direttamente all'associazione e pur avendo partecipato alle riunioni degli Head Delegates nel corso delle quali è stato convenuto l'accordo o principio omonimo, non ha attuato alcuna misura di applicazione [78].

113. La Commissione ha inflitto alle imprese e alle associazioni rientranti nel primo gruppo un'ammenda pari al 4% del rispettivo volume d'affari sul mercato del cemento grigio nel 1992. A quelle del secondo gruppo è stata inflitta un'ammenda pari al 2,8% dello stesso parametro [79].

114. Pertanto non si rileva alcuna violazione dell'art. 15 del regolamento n. 17 né dei principi di proporzionalità e di uguaglianza per il fatto che il Tribunale non ha ridotto l'ammenda inflitta alla Italcementi dopo avere dichiarato che il comportamento descritto all'art. 5 della decisione non costituiva una violazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

115. L'annullamento dell'art. 5 della decisione non sminuisce la gravità della sua condotta e non ne riduce la durata, criteri che, conformemente all'art. 15, n. 2, del regolamento n. 17, devono essere presi in considerazione per fissare l'ammontare dell'ammenda. Pertanto, non occorreva che detto annullamento si ripercuotesse sulla sanzione attraverso una riduzione del relativo importo. Come ha rilevato il Tribunale nella sentenza, «[i]l numero di infrazioni specifiche commesse da una data impresa nell'ambito dell'accordo Cembureau non costituisce (...) un criterio pertinente di valutazione del suo grado di responsabilità in tale accordo» [80].

77 — Paragrafo 65, punto 9, lett. a), della decisione.

78 — Paragrafo 65, punto 9, lett. b), della decisione.

79 — V. la lettera inviata dalla Commissione al Tribunale il 7 luglio 1998, in particolare i punti 2 e 3. V. altresì i punti 4738, 4957 e 4963 della sentenza impugnata.

80 — Punto 4966.

116. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre disattendere questo motivo.

B — Difetto di motivazione per quanto attiene alla gravità dell'infrazione ascritta alla Italcementi (ottavo motivo)

117. Dinanzi al Tribunale, la Italcementi ha sostenuto che la decisione non era sufficientemente motivata per quanto riguarda la gravità dell'infrazione imputata a ciascuna impresa. In particolare ha sottolineato il proprio ruolo marginale e passivo nell'ambito dell'accordo. Nel presente ricorso, essa afferma che il Tribunale è incorso nello stesso errore. La sentenza sarebbe poco esaustiva, non ponderebbe i diversi livelli di responsabilità delle imprese nell'infrazione e non spiegherebbe per quale motivo l'infrazione della ricorrente abbia sempre rivestito la stessa gravità benché essa, stando alle sue affermazioni, sia passata da momenti di maggiore coinvolgimento nell'accordo ad altri in cui i legami erano meno stretti.

118. La censura relativa alla mancanza o al difetto di motivazione viene ripetuta in quasi tutti i ricorsi proposti contro la sentenza di primo grado. La verità è che si può criticare la sentenza impugnata perché ridondante, confusa o noiosa, ma sicuramente non in quanto immotivata. La motivazione di cui la ricorrente lamenta la mancanza è riscontrabile nella sentenza. Al punto 4944 si fa riferimento agli argomenti dedotti in merito a tale questione e ai punti 4964 e seguenti, in risposta agli argomenti formulati dai partecipanti, si esamina la correttezza, sotto il profilo giuridico, del criterio adottato dalla Commissione.

119. Credo si debba rammentare che la motivazione richiesta alle istituzioni della Comunità [81], soprattutto per quanto riguarda le decisioni degli organi giurisdizionali, non deve contenere un esame di tutti gli argomenti svolti dalle parti in causa, essendo sufficiente che consenta agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato e che faccia sì che il giudice competente disponga degli elementi di valutazione necessari per esercitare il proprio controllo [82]. Anche le motivazioni implicite della sentenza sono legittime, poiché realizzano gli scopi perseguiti tramite questa garanzia di esercizio razionale del potere.

120. In realtà, la censura mossa dalla Italcementi, più che contestare un difetto di motivazione della sentenza, espone una divergenza rispetto ai criteri applicati dalla Commissione per modulare le ammende,

81 — V. art. 253 CE.

82 — V., tra le più recenti, sentenze 19 ottobre 2000, cause riunite C-15/98 e C-105/99, Italia e Sardegna Lines/Commissione (Racc. pag. I-8855, punto 65), e 25 ottobre 2001, causa C-120/99, Italia/Consiglio (Racc. pag. I-7997, punto 28).

che sono stati confermati dal Tribunale. A parere della ricorrente, detti criteri violerebbero il principio di proporzionalità in quanto trascurerebbero l'intensità della partecipazione di ciascuna impresa all'accordo.

121. Tale argomento è infondato.

122. La sanzione ha un duplice scopo: repressivo e dissuasivo. Con essa si intende punire un comportamento e dissuadere gli autori del medesimo, oltre ad altri potenziali trasgressori, dal porre in essere comportamenti anticoncorrenziali. La sanzione deve quindi essere adeguata ai suddetti scopi e mantenere il giusto equilibrio affinché l'ammenda risulti proporzionata al comportamento censurato e, al contempo, esemplare.

123. Sotto il primo aspetto, quello della proporzionalità, inteso quale corollario del principio della personalità della pena, la sanzione dev'essere proporzionata alla gravità dell'infrazione e alle altre circostanze, soggettive e oggettive, di ciascun caso. Per tale motivo, l'art. 15, n. 2, in fine, del regolamento n. 17 dispone che per determinare l'ammontare dell'ammenda occorre tenere conto, oltre che della gravità dell'infrazione, anche della sua durata.

124. La Corte ha dichiarato che la gravità delle infrazioni va accertata sulla scorta di un gran numero di elementi, come le circostanze proprie al caso di specie, il suo contesto e l'effetto dissuasivo delle ammende, e ha aggiunto che non esiste un elenco vincolante o esauriente di criteri [83].

125. Ritengo tuttavia che tale valutazione debba basarsi su tre criteri fondamentali: la natura dell'infrazione, l'impatto sulla concorrenza e l'estensione geografica del mercato rilevante; ognuno di tali elementi va esaminato da un punto di vista oggettivo, quello dell'infrazione stessa, e da uno soggettivo, quello dell'impresa responsabile [84].

126. Pertanto, si devono valutare il contenuto dei comportamenti anticoncorrenziali, l'estensione del mercato su cui essi incidono e, soprattutto, il danno subito dall'ordine pubblico economico; a tal fine non si debbono trascurare aspetti quali la durata della pratica vietata, la natura sostanziale del mercato in questione, il numero e

83 — V. sentenze Musique Diffusion française e a./Commissione, citata supra alla nota 48 (punto 120), e 17 luglio 1997, causa C-219/95 P, Ferriere Nord/Commissione (Racc. pag. I-4411, punto 33); v. anche ordinanza 25 marzo 1996, causa C-137/95 P, SPO e a./Commissione (Racc. pag. I-1611, punto 54).

84 — In «La détermination du montant des amendes sanctionnant les infractions complexes: régime commun ou régime particulier?», *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 36(3), luglio-settembre 2000, pagg. 511-545, E. David afferma che «la gravité s'apprécie selon trois critères: la nature de l'infraction, son impact sur le marché lorsqu'il est mesurable et le marché géographique et à deux niveaux: ceux de l'infraction et de l'entreprise» (la gravità si calcola secondo tre criteri: la natura dell'infrazione, il suo impatto sul mercato, quando questo sia calcolabile, e l'estensione geografica del mercato, e a due livelli: quelli dell'infrazione e dell'impresa) (pag. 522).

l'intensità delle misure di attuazione adottate nella pratica.

127. Dal punto di vista soggettivo, quello delle imprese responsabili, rilevano circostanze quali la loro importanza relativa o la loro quota di mercato nel settore economico di cui trattasi, nonché la reiterazione di comportamenti anticoncorrenziali.

128. L'esigenza di proporzionalità tra la sanzione e la gravità dell'infrazione implica che quando un'infrazione viene commessa da più persone [85] è necessario esaminare, in base ai suddetti criteri, il peso relativo della partecipazione di ciascuna di esse [86]. Ciò è quanto impone il principio di uguaglianza, il quale esige che l'ammenda sia uguale per tutte le imprese che si trovano nella stessa situazione e vieta di punire comportamenti diversi con la stessa sanzione.

129. Così ha fatto il Tribunale di primo grado, confermando ed applicando i criteri utilizzati dalla Commissione per fissare l'importo delle ammende. Detti criteri, lungi dal rispondere ad una qualificazione arbitraria delle imprese e delle associazioni responsabili, costituiscono il risultato di un'analisi dettagliata della partecipazione e del comportamento di ciascuna di esse. Lo dimostrano i punti 3, 5 e 9 del paragrafo 65 della decisione, la quale comprende, non lo si deve dimenticare, una corposa prima parte contenente l'esposizione dei fatti, in cui viene descritta la partecipazione delle varie imprese e associazioni interessate.

130. Tutti i comportamenti, che non sono necessariamente identici, perseguivano lo stesso obiettivo anticoncorrenziale e pertanto potevano essere raggruppati, ai fini della sanzione, in base alla loro gravità in una o più categorie, in funzione dell'incidenza sul mercato e dell'impatto sulla libera concorrenza.

131. Non vi è nulla di irregolare in tale modus operandi, giacché, come ho già rilevato, la gravità di un'infrazione può essere valutata in base al pregiudizio che i comportamenti hanno causato all'ordine pubblico economico. Come afferma il Tribunale al punto 4966 della sentenza impugnata, ciascuna delle imprese partecipanti all'accordo Cembureau «ha tentato di garantire l'osservanza dei limiti dei mercati nazionali mediante il numero di misure ritenuto necessario in funzione, in particolare, dei suoi interessi commerciali e della situazione geografica del suo mercato naturale. Il fatto di avere partecipato, in considerazione di tali elementi, ad un numero limitato di misure illecite non rispecchia

85 — Le infrazioni dell'art. 81 CE presuppongono per definizione un comportamento collettivo.

86 — V. sentenze 16 dicembre 1975, cause riunite da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Suiker Unie e a./Commissione (Racc. pag. 1663, punto 623), e Hercules Chemicals/Commissione, citata (punto 110).

pertanto un'adesione meno forte all'accordo Cembureau e, quindi, una responsabilità meno grave». Rispetto alla lesione della concorrenza, la sua situazione era identica.

132. I motivi indicati dalla Commissione, e avallati dal Tribunale [87], per distinguere le due categorie di imprese rispondono a un criterio oggettivo e razionale quale l'incidenza dei comportamenti sulla concorrenza e, in particolare, sulla compartimentazione dei mercati nazionali. Pertanto i comportamenti descritti agli artt. 2, 3 e 4 della decisione, poiché erano volti a proteggere direttamente detti mercati, sono stati considerati più gravi, mentre quelli descritti agli artt. 5 e 6, che hanno avuto «effetti meno diretti» [88], potevano essere ritenuti meno gravi.

133. Pertanto, questo motivo dev'essere dichiarato infondato.

134. L'argomento è altresì irricevibile nella parte in cui la Italcementi si addentra in un terreno precluso all'impugnazione. Infatti, quando afferma che il Tribunale non ha distinto le fasi in cui la sua partecipazione all'accordo è stata meno intensa da quelle in cui essa è stata maggiormente coinvolta, propone una nuova versione dei fatti di causa su cui la Corte non è competente a pronunciarsi [89].

C — Errata valutazione della durata dell'infrazione ascritta alla Italcementi (nono motivo)

135. Quest'ultimo motivo è privo di contenuto autonomo. Esso discende dal secondo e dal terzo motivo. La Italcementi chiede alla Corte, qualora accolga uno dei due motivi in questione [90], di annullare la sentenza impugnata in quanto estende la sua partecipazione all'accordo Cembureau sino al 3 aprile 1992 e, in ogni caso, oltre il 31 dicembre 1988. Essa chiede inoltre alla Corte, nel pieno esercizio della competenza di merito conferitale dal Trattato e dal regolamento di procedura, di statuire definitivamente su questo punto e di ridurre l'importo dell'ammenda inflittale.

87 — V. paragrafo 65, punto 9, della decisione e punto 4968 della sentenza.

88 — Punto 4968, in fine, della sentenza impugnata.

89 — V. le considerazioni svolte al paragrafo 46 delle presenti conclusioni.

90 — Che riguardano l'art. 4, n. 3, lett. b), della decisione.

136. Il rigetto dei due motivi di cui essa è corollario implica il rigetto di questa censura, senza bisogno di ulteriori considerazioni.

137. Il rigetto di tutti i motivi ammessi implica il rigetto integrale del ricorso contro la pronuncia del Tribunale.

V — Sulle spese

138. Poiché la Commissione ne ha fatto richiesta, la Italcementi va condannata alle spese del presente procedimento d'impugnazione, conformemente al combinato disposto degli artt. 122, primo comma, e 69, n. 2, primo comma, del regolamento di procedura della Corte.

VI — Conclusione

139. Alla luce delle suesposte considerazioni, propongo alla Corte di

1) respingere tutti i motivi del ricorso contro la pronuncia del Tribunale proposto dalla Italcementi SpA che non sono stati respinti con ordinanza 5 giugno 2002;

2) confermare la sentenza impugnata nella parte riguardante la detta impresa;

3) condannare l'impresa ricorrente alle spese del presente procedimento d'impugnazione.