Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
NILS WAHL
presentate il 21 maggio 2015 [1]

Causa C-194/14 P

AC-Treuhand AG
contro

Commissione europea

«Impugnazione — Intese — Mercati europei degli stabilizzatori termici — Fissazione dei prezzi, ripartizione dei mercati e scambio di informazioni commerciali sensibili — Decisione che constata infrazioni all'articolo 81 CE (divenuto articolo 101 TFUE) e all'articolo 53 dell'Accordo SEE — Decisione diretta a un'impresa di consulenza non costitutiva di una pressione concorrenziale sui mercati rilevanti»

1. Le norme applicabili alle imprese, ai sensi degli articoli 81 CE e 82 CE (divenuti articoli 101 TFUE e 102 TFUE), mirano a vietare le restrizioni al libero gioco della concorrenza. L'individuazione di una restrizione della concorrenza presuppone che sia comprovato, secondo l'analisi economica, che l'impresa considerata abbia, con il suo comportamento, rinunciato, in tutto o in parte, a esercitare una pressione, caratteristica di una concorrenza effettiva, sugli altri operatori del o dei mercati interessati – e ciò, in definitiva, a detrimento dell'efficienza economica e del benessere dei consumatori. Un comportamento non restrittivo della concorrenza, nel senso precedentemente ricordato, per quanto moralmente o eticamente riprovevole, non può, tuttavia, rientrare nel campo di applicazione dei divieti sanciti dal diritto dell'Unione, e in particolare incorrere nel divieto delle intese sancito all'articolo 81, paragrafo 1, CE.

2. La presente causa offre, a mio parere, una particolare opportunità per ricordare tale norma fondamentale.

3. Con la sua impugnazione, la AC-Treuhand AG (in prosieguo: la «AC-Treuhand») chiede l'annullamento della sentenza del Tribunale dell'Unione europea AC-Treuhand/Commissione [2], con cui quest'ultimo ha respinto il suo ricorso diretto all'annullamento della decisione C (2009) 8682 definitivo della Commissione, dell'11 novembre 2009, relativa ad un procedimento ai sensi dell'articolo 81 CE, e dell'articolo 53 dell'Accordo SEE (caso COMP/38589 – Stabilizzatori termici) (in prosieguo: la «decisione controversa») [3] e, in subordine, alla riduzione dell'importo delle ammende che le sono state inflitte.

1 — Lingua originale: il francese.

2 — T-27/10, EU:T:2014:59; in prosieguo: la «sentenza impugnata».

3 — Sintesi nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, 2010, C 307, pag. 9.

4. Tra le questioni sollevate dalla presente causa, una questione inedita merita attenzione. La Corte è infatti chiamata per la prima volta [4] a stabilire se un'impresa di consulenza, non operante sui mercati in questione o su mercati collegati, possa essere perseguita per infrazione alle norme in materia di concorrenza sulla base del fatto che essa avrebbe agevolato l'attuazione dell'intesa. La causa solleva pertanto una problematica importante, di grande attualità [5], che invita la Corte a pronunciarsi sulla portata del divieto delle intese sancito dalle norme dei trattati in materia di concorrenza e, di conseguenza, sulla natura dei comportamenti che possono rientrare nell'ambito di applicazione di tale divieto.

I – **Fatti**

5. I fatti all'origine della controversia, come esposti ai punti da 1 a 24 della sentenza impugnata, possono essere così riassunti:

«2 Con la decisione [controversa], la Commissione (…) ha ritenuto che un certo numero di imprese avessero violato l'articolo 81 CE e l'articolo 53 dell'Accordo [SEE], partecipando a due complessi di accordi e di pratiche concordate anticoncorrenziali che coprivano il territorio del SEE e riguardavano, da un lato, il settore degli stabilizzanti a base di stagno e, dall'altro, il settore dell'olio di soia epossidato e degli esteri (in prosieguo: il "settore ESBO/esteri").

(…)

4 Secondo l'articolo 1 della decisione [controversa], ciascuna di tali infrazioni è consistita nella fissazione dei prezzi, nella ripartizione dei mercati per mezzo di quote di vendita, nella ripartizione dei clienti e nello scambio di informazioni commerciali sensibili, in particolare sui clienti, sulla produzione e sulle vendite.

5 La decisione [controversa] afferma che le imprese interessate hanno partecipato a tali infrazioni nel corso di vari periodi compresi tra il 24 febbraio 1987 e il 21 marzo 2000, per gli stabilizzanti a base di stagno, e tra l'11 settembre 1991 e il 26 settembre 2000, per il settore ESBO/esteri.

6 La ricorrente, AC-Treuhand (...), con sede principale a Zurigo (Svizzera), è una società di consulenza che offre una "gamma completa di servizi su misura alle associazioni nazionali e internazionali e ai gruppi di interesse", con la precisazione che dalla decisione [controversa] emerge altresì che detta società descrive i propri servizi nei termini seguenti: "gestione e amministrazione di associazioni professionali svizzere e internazionali nonché di federazioni, di organizzazioni non a scopo di lucro; raccolta, trattamento e gestione dei dati del mercato; presentazione delle statistiche del mercato; controllo delle cifre comunicate presso i partecipanti (…)"

(…)

4 — Occorre rilevare che la sentenza del Tribunale dell'8 luglio 2008, AC-Treuhand/Commissione (T-99/04, EU:T:2008:256, in prosieguo: la «sentenza AC-Treuhand I»), con la quale il Tribunale si è pronunciato per la prima volta sull'applicazione dell'articolo 81 CE a un'impresa di consulenza che ha contribuito alla commissione di un'infrazione, non era infatti stata oggetto di impugnazione. A tale riguardo, bisogna osservare che, sebbene, nella causa che ha dato luogo a tale sentenza, la AC-Treuhand fosse stata ritenuta responsabile di un'infrazione all'articolo 81 CE, le era stata inflitta soltanto un'ammenda di EUR 1 000 – importo tutto sommato simbolico rispetto a quello delle ammende inflitte alle imprese interessate dalla decisione impugnata nella presente causa [decisione 2005/349/CE della Commissione, del 10 dicembre 2003, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 81 [CE] e dell'articolo 53 dell'Accordo SEE (caso COMP/E-2/37.857 – Perossidi organici) (GU 2005, L 110, pag. 44)].

5 — In una recente decisione del 4 febbraio 2015, la Commissione europea ha inflitto all'ICAP, un mediatore del settore finanziario con sede nel Regno Unito, un'ammenda di importo pari a EUR 14,96 milioni per aver agevolato sei delle sette intese individuate nel settore dei prodotti derivati da tassi di interesse formulati in yen, attraverso diverse azioni che avevano contribuito al raggiungimento degli obiettivi anticoncorrenziali perseguiti dai membri di tali intese. Un ricorso avverso tale decisione è stato presentato dinanzi al Tribunale in data 14 aprile 2015 (causa T-180/15, attualmente pendente).

10 Nella decisione [controversa] la ricorrente è ritenuta responsabile per aver svolto un ruolo essenziale e analogo nelle due infrazioni in questione, organizzando delle riunioni per i partecipanti all'intesa alle quali essa ha assistito e partecipato attivamente, raccogliendo e fornendo ai partecipanti dati sulle vendite dei mercati in questione, proponendo di agire in qualità di moderatore in caso di tensioni tra le imprese interessate e incoraggiando le parti a raggiungere dei compromessi, tutto ciò dietro retribuzione (…).

(…)

20 L'articolo 1 della decisione [controversa] dichiara la ricorrente responsabile per la sua partecipazione all'infrazione relativa agli stabilizzanti a base di stagno dal 1º dicembre 1993 al 21 marzo 2000 e a quella relativa al settore ESBO/esteri dal 1º dicembre 1993 al 26 settembre 2000.

(…)

24 L'articolo 2 della decisione impugnata enuncia quanto segue:

"Per l'/(le) infrazione(i) nel mercato degli stabilizzanti a base di stagno (…), sono irrogate le seguenti ammende:

(…)

17) AC-Treuhand è responsabile per l'importo di EUR 174 000; (…)

Per l'/(le) infrazione(i) nel mercato dell'ESBO/degli esteri (…), sono irrogate le seguenti ammende:

(…)

38) AC-Treuhand è responsabile per l'importo di EUR 174 000;

(…)"».

II – **Il procedimento dinanzi al Tribunale e la sentenza impugnata**

6. Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 27 gennaio 2010, la ricorrente ha chiesto l'annullamento della decisione controversa o, in subordine, la riduzione dell'importo delle ammende inflitte.

7. A sostegno del suo ricorso, la ricorrente ha dedotto nove motivi, che il Tribunale, dopo aver preso atto della rinuncia della ricorrente al nono motivo, ha riassunto come segue ai punti 36 e 268 della sentenza impugnata:

«36 Ai fini dell'annullamento della decisione impugnata, la ricorrente deduce quattro motivi nonché la prima parte di un quinto motivo, basati, in primo luogo, sulla violazione dell'articolo 81 CE nonché del principio di legalità dei reati e delle pene (terzo motivo); in secondo luogo, sulla prescrizione dei poteri della Commissione di irrogare delle ammende, in applicazione dell'articolo 25, paragrafo 5, del regolamento n. 1/2003 (secondo motivo); in terzo luogo, sulla violazione dei diritti della difesa a causa dell'informazione tardiva sul procedimento istruttorio avviato nei suoi confronti (ottavo motivo); in quarto luogo, sulla violazione del principio del

termine ragionevole a causa della durata del procedimento amministrativo (settimo motivo) e, in quinto luogo, sulla violazione dell'articolo 23, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 (prima parte del sesto motivo).

(…)

268 A sostegno delle sue conclusioni subordinate volte alla riforma della decisione impugnata nella parte relativa all'importo delle ammende che le sono state irrogate, la ricorrente deduce quattro motivi nonché la seconda parte di un quinto motivo, basati, in primo luogo, su di un errore di valutazione in merito alla durata delle infrazioni (primo motivo); in secondo luogo, sulla durata del procedimento amministrativo (settimo motivo); in terzo luogo, sull'obbligo gravante sulla Commissione di irrogare soltanto un'ammenda simbolica nelle circostanze della presente causa (quarto motivo); in quarto luogo, sulla violazione degli [o]rientamenti del 2006 in relazione al calcolo dell'importo di base dell'ammenda (quinto motivo) e, in quinto luogo, sulla violazione di detti [o]rientamenti in relazione al calcolo della sua capacità contributiva (seconda parte del sesto motivo)».

8. Respinti tutti i suddetti motivi dedotti, il Tribunale ha respinto il ricorso nella sua interezza.

III – **Le conclusioni delle parti e il procedimento dinanzi alla Corte**

9. Con la sua impugnazione, la ricorrente chiede che la Corte voglia:

— annullare la sentenza impugnata;

— annullare la decisione controversa nella parte in cui la riguarda o, in subordine, ridurre l'importo delle ammende a essa inflitte;

— in via di ulteriore subordine, rinviare la causa dinanzi al Tribunale;

— condannare la Commissione alle spese dei procedimenti dinanzi al Tribunale e dinanzi alla Corte.

10. La Commissione chiede il rigetto dell'impugnazione e la condanna della ricorrente alle spese.

11. Le parti hanno esposto le loro posizioni per iscritto e all'udienza del 4 marzo 2015 si è svolta la fase orale del procedimento.

IV – **Analisi dell'impugnazione**

12. A sostegno della sua impugnazione, la ricorrente deduce quattro motivi, vertenti, rispettivamente, I) sulla violazione dell'articolo 81 CE e del principio di legalità dei reati e delle pene, quale sancito dall'articolo 49, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), per il fatto di aver ritenuto che gli atti da essa commessi costituissero un accordo anticoncorrenziale, II) sulla violazione di quest'ultimo principio e del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di motivazione nell'infliggere le ammende, III) sulla violazione

dell'articolo 23, paragrafi 2 e 3, del regolamento (CE) n. 1/2003 [6] e degli orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento n. 1/2003 [7] e (IV) sulla violazione dell'articolo 261 TFUE e degli articoli 23, paragrafo 3, e 31 del regolamento n. 1/2003 nell'esercizio, da parte del Tribunale, della sua competenza estesa al merito.

13. Come ho annunciato nell'introduzione delle presenti conclusioni, il primo motivo solleva una questione di principio su cui incentrerò la mia analisi, dopo aver brevemente esposto l'argomentazione specificamente avanzata da ciascuna delle parti per quanto concerne detto motivo. Si pone, infatti, la questione di stabilire se una società che non operi sul mercato oggetto di un cartello possa costituire, in relazione a tale cartello, un'impresa partecipante a un accordo anticoncorrenziale ai sensi dell'articolo 81 CE e, di conseguenza, vedersi imputare un'infrazione a detta disposizione e, se del caso, essere condannata a pagare un'ammenda a tale titolo.

A – *Argomentazione delle parti*

14. Il primo motivo dell'impugnazione verte sui punti da 43 a 45 della sentenza impugnata, con i quali il Tribunale ha respinto il terzo motivo dedotto dalla ricorrente in primo grado, nonché su vari punti della sentenza AC-Treuhand I, a cui rinvia la sentenza impugnata.

15. La *ricorrente* contesta al Tribunale di aver ritenuto, da una parte, che l'articolo 81 CE fosse applicabile al comportamento da essa adottato e, dall'altra, che una siffatta interpretazione estensiva fosse ragionevolmente prevedibile al momento dei fatti che integrano l'infrazione. Pertanto, il Tribunale avrebbe, da un lato, violato l'articolo 81 CE e, dall'altro, violato i requisiti di determinatezza e di prevedibilità derivanti dal principio di legalità dei reati e delle pene (nullum crimen, nulla poena sine lege), sancito dall'articolo 49, paragrafo 1, della Carta.

16. In tale contesto, essa sostiene, anzitutto, che la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia, del 27 settembre 2011, ha chiaramente stabilito la natura penale dei procedimenti relativi alle ammende in materia di diritto delle intese. Occorrerebbe pertanto applicare l'elevato livello di tutela del principio di legalità dei reati e delle pene previsto dal diritto penale. La ricorrente afferma, altresì, che il requisito di chiarezza giuridica sarebbe, secondo la stessa Corte [8], particolarmente impellente in un ambito in cui, come nella fattispecie, è possibile l'applicazione di sanzioni particolarmente severe.

17. Inoltre, la ricorrente afferma di non essere essa stessa parte di un accordo o di una pratica concordata, ai sensi dell'articolo 81 CE.

18. Essa sostiene che dalla stessa formulazione chiara di tale articolo si evince che il semplice aiuto a un'intesa non rientra nel suo campo di applicazione, in quanto detta disposizione verte unicamente sulle parti dell'accordo o sulla pratica concordata in quanto tali. Nel caso di specie, l'accordo restrittivo della concorrenza consisteva in un'intesa tra produttori volta alla fissazione dei prezzi nonché alla ripartizione e all'assegnazione delle quote di consegna e dei clienti. Il comportamento della ricorrente non potrebbe essere qualificato come partecipazione a una tale convergenza di volontà, poiché si imperniava esclusivamente sulla fornitura di servizi alla suddetta intesa. Orbene, conformemente alla giurisprudenza della Corte, l'esistenza di un accordo presuppone la volontà concordante di almeno due parti [9].

6 — Regolamento del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 [CE] e 82 [CE] (GU 2003, L 1, pag. 1).

7 — GU 2006, C 210, pag. 2; in prosieguo: gli «orientamenti del 2006».

8 — Sentenza Commissione/Regno Unito, 32/79, EU:C:1980:189, punto 46.

9 — Sentenze Commissione/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, punto 79) e Commissione/Volkswagen (C-74/04 P, EU:C:2006:460, punto 37).

19. La ricorrente adduce inoltre, che, sempre secondo la giurisprudenza della Corte, l'esistenza di un accordo richiede una volontà comune di comportarsi sul mercato in un determinato modo. Tuttavia, nel caso di specie, i contratti di servizio conclusi tra essa e ciascuno dei produttori erano privi del legame con il mercato preteso dalla Corte. Non sussisterebbe alcun nesso diretto tra detti contratti e la restrizione della concorrenza individuata, che era l'unico risultato dell'intesa tra i produttori. Per di più, la ricorrente non era attiva sui mercati posizionati a monte o a valle o nei pressi dei mercati interessati dall'intesa.

20. La ricorrente ritiene che non le si possa contestare di aver partecipato a una «pratica concordata». Essa non avrebbe, infatti, abbandonato o limitato la sua autonomia di comportamento sul mercato in seguito a un coordinamento o cooperazione con i produttori, così come richiesto dalla giurisprudenza.

21. Inoltre, la ricorrente sostiene che i suoi atti «di complicità» sarebbero potuti, a rigore, essere sanzionati conformemente ai requisiti del principio di legalità se, al momento dell'intesa, fosse esistita una giurisprudenza costante dalla quale si fosse potuto dedurre un'incriminazione in modo sufficientemente chiaro [10]. Orbene, essa rileva che prima della sentenza AC-Treuhand I non sussisteva alcuna giurisprudenza a questo riguardo. Inoltre, sia da tale sentenza che dalla decisione della Commissione all'origine di detta sentenza [11] deriverebbe che la scelta della Commissione di perseguire un'impresa di consulenza costituiva una modifica dell'orientamento della sua prassi decisionale anteriore.

22. Infine, la ricorrente ritiene che considerazioni di opportunità in materia di concorrenza non possano sfociare in una violazione del principio di legalità mediante un'interpretazione estensiva dell'articolo 81, paragrafo 1, CE. Sorgerebbe nel caso di specie unicamente la questione di stabilire se i servizi di assistenza forniti dalla ricorrente siano punibili ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, e non se meritino di essere puniti.

23. La *Commissione* ritiene che il primo motivo debba essere respinto in quanto infondato.

24. Essa rileva, anzitutto, che il principio di legalità, sancito dall'articolo 49, paragrafo 1, della Carta, ingloba il principio di determinatezza, il divieto del ragionamento per analogia e il principio di irretroattività. Il combinato disposto dell'articolo 23, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 e dell'articolo 81 CE non farebbero parte, tuttavia, del «nucleo centrale» del diritto penale, pertanto i principi che disciplinano quest'ultimo non dovrebbero necessariamente applicarsi qui in tutto il loro rigore. Ciò non sarebbe in contraddizione con la citata sentenza A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia, in quanto quest'ultima ha qualificato il procedimento di ammenda a titolo del diritto delle intese come procedimento di natura amministrativa prima di notare che le sanzioni inflitte possono rivestire un carattere penale.

25. In ogni caso, i principi di determinatezza e il divieto del ragionamento per analogia non osterebbero a un graduale chiarimento del contenuto esatto delle norme penali da parte della giurisprudenza. Inoltre, sebbene il principio di retroattività potesse ostare all'applicazione retroattiva di una nuova interpretazione, non ragionevolmente prevedibile, di una norma penale, detta prevedibilità dipenderebbe, in particolare, dal contenuto e dall'ambito di applicazione della norma in questione nonché dai soggetti a cui si rivolge. Peraltro, laddove una norma penale risponda già al principio di determinatezza per la chiarezza del suo tenore, non occorrerebbe più ricorrere a una giurisprudenza interpretativa affinché detto principio sia rispettato [12].

10 — Sentenza Evonik Degussa/Commissione, C-266/06 P, EU:C:2008:295.

11 — Decisione 2005/349.

12 — Sentenza Dansk Rørindustri e a./Commissione, C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, EU:C:2005:408, punti 217 e segg.

26. Inoltre, la Commissione osserva che gli argomenti della ricorrente, che mirerebbero ad ottenere un'interpretazione eccessivamente restrittiva del criterio «dell'accordo tra imprese», ai sensi dell'articolo 81 CE, non possono essere ammessi, poiché il trasferimento mirato delle funzioni di un'intesa a un'impresa fornitrice di servizi ai fini dell'attuazione efficace dell'intesa è senz'altro interessato dal divieto sancito da detta disposizione.

27. A questo riguardo, essa sostiene, in primo luogo, che la formulazione dell'articolo 81 CE è molto ampia e può inglobare qualsivoglia volontà comune concordante o comportamento coordinato o collusivo di almeno due imprese [13]. Dal momento che i servizi forniti dalla ricorrente servivano oggettivamente e soggettivamente a garantire un sostegno a due intese sul mercato degli stabilizzatori termici, sussisterebbe tra la ricorrente e gli altri partecipanti alle intese la volontà concordante richiesta per la sussistenza di un accordo.

28. In secondo luogo, è irrilevante la questione di stabilire se la restrizione della concorrenza sui mercati degli stabilizzatori termici costituisca il principale obiettivo o una funzione accessoria del comportamento della ricorrente, o se sussista o meno un nesso diretto tra tale comportamento e la suddetta restrizione della concorrenza. Se un «accordo» è regolarmente descritto dalla giurisprudenza come «comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo», ciò non significa tuttavia che la necessaria concordanza delle volontà debba imperativamente confluire per tutte le parti in una finalità legata al mercato o mirare a una limitazione della libertà d'azione di tutte le parti. È altrettanto irrilevante che la ricorrente non abbia operato né sui mercati interessati dall'intesa né sui mercati contigui o emergenti, poiché i servizi collusivi della ricorrente sono oggettivamente e soggettivamente serviti a limitare la concorrenza mediante le intese riguardanti gli stabilizzanti termici.

29. In terzo luogo, in merito alla questione di stabilire se l'interpretazione accolta fosse ragionevolmente prevedibile per la ricorrente al momento dell'intesa, la Commissione sottolinea che, già in una decisione adottata nel 1980 [14], ovverosia prima dell'inizio delle infrazioni di cui trattasi nella presente causa, essa aveva accertato che i servizi collusivi forniti da una società di gestione amministrativa violavano l'articolo 81 CE.

30. In quarto luogo, la Commissione sostiene che il Tribunale, lungi dall'estendere l'applicazione dell'articolo 81 CE oltre i limiti del suo tenore, si è pronunciato, al contrario, adducendo la finalità e la funzione di tutela del diritto della concorrenza, contro una limitazione teleologica di tale norma e non avrebbe commesso alcun errore di diritto facendo valere considerazioni relative all'effetto utile dell'articolo 81 CE.

B – *Valutazione*

31. Dall'esame del primo motivo sorgono due questioni.

32. La prima è quella di stabilire se l'articolo 81, paragrafo 1, CE possa essere applicato a un'impresa che, come la ricorrente, non è attiva sul mercato di cui trattasi o su mercati collegati e che, stricto sensu, non ha stipulato un accordo restrittivo della concorrenza o ha condotto pratiche concordate in tali mercati.

13 — Sentenza Consten e Grundig/Commissione, 56/64 e 58/64, EU:C:1966:41.

14 — Decisione 80/1334/CEE della Commissione, del 17 dicembre 1980, relativa ad una procedura d'applicazione dell'articolo 85 del trattato CEE (IV/29.869 – Vetro greggio in Italia) (GU L 383, pag. 19).

33. La seconda, a essa accessoria e che ha senso soltanto nell'ipotesi in cui debba concludersi che il comportamento della ricorrente rientra nel campo di applicazione del divieto enunciato all'articolo 81, paragrafo 1, CE, mira a stabilire se, nella fattispecie, la ricorrente potesse ragionevolmente prevedere che il divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1, CE fosse a essa applicabile in linea di principio.

34. Per i motivi che spiegherò di seguito, sono fermamente convinto della necessità di dare una risposta negativa alla prima questione – e che non occorre pertanto rispondere alla seconda questione. Inizialmente, mi concentrerò sulla portata che si deve attribuire all'articolo 81, paragrafo 1, CE, per esaminare, in una seconda fase, la situazione particolare della ricorrente.

1. La portata del divieto delle intese sancito dai trattati: il divieto di comportamenti collusivi aventi, secondo l'analisi economica, un impatto restrittivo della concorrenza.

35. Mi sembra utile ricordare che la possibilità di sanzionare un'impresa nella situazione della ricorrente è motivata dal Tribunale ai punti 43 e 44 della sentenza impugnata con un riferimento alle considerazioni da esso adottate nella causa che ha dato luogo alla sentenza AC-Treuhand I.

36. Con tale sentenza, il Tribunale aveva convalidato il principio della responsabilità della AC-Treuhand per la violazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE. I comportamenti contestati alla ricorrente erano molto simili a quelli di cui trattasi nel caso di specie. È stato a essa principalmente contestato di aver svolto un ruolo chiave nell'intesa vertente sui perossidi organici, organizzando riunioni tra i produttori, archiviando alcuni documenti segreti relativi all'intesa, raccogliendo ed elaborando alcuni dati cifrati e svolgendo alcuni compiti logistici e di segreteria collegati all'organizzazione delle riunioni.

37. Le motivazioni adottate dal Tribunale nella sentenza AC-Treuhand I, sono essenzialmente le seguenti.

38. In primo luogo, il termine «accordo», di cui all'articolo 81 CE, dovrebbe essere inteso in senso ampio. La presenza di una «volontà comune» di comportarsi sul mercato in un determinato modo sarebbe sufficiente e non può esigersi una perfetta coincidenza tra il mercato rilevante su cui è attiva l'impresa «autrice» della restrizione della concorrenza e quello su cui tale restrizione è destinata a materializzarsi. Qualunque comportamento coordinato con quello di altre imprese, finalizzato alla restrizione della concorrenza all'interno del mercato rilevante, potrebbe pertanto violare il divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1, CE (v. punti da 117 a 122 della sentenza AC-Treuhand I).

39. In secondo luogo, non sarebbe escluso che un'impresa possa partecipare all'attuazione di una restrizione della concorrenza anche se essa non restringe la propria libertà d'azione sul mercato su cui è principalmente attiva. Qualunque altra interpretazione potrebbe ridurre la portata del divieto sancito dall'articolo 81, paragrafo 1, CE in maniera contraria al suo effetto utile, dato che essa non permetterebbe di agire nei confronti di un'impresa che contribuisca attivamente ad una restrizione della concorrenza (v. punti da 124 a 128 della sentenza AC-Treuhand I).

40. In terzo luogo, al fine di stabilire la partecipazione di un'impresa ad un'intesa e di far sorgere la sua responsabilità a tale titolo, sarebbe sufficiente che la Commissione dimostrasse che l'impresa intendeva contribuire con il proprio comportamento – anche in maniera subordinata, accessoria o passiva – al perseguimento degli obiettivi comuni e che tale impresa era a conoscenza dei comportamenti materiali previsti o attuati da altre imprese o poteva ragionevolmente prevederli ed era pronta ad accettarne i rischi. Tali principi si applicano mutatis mutandis alla partecipazione di un'impresa la cui attività economica e capacità professionale le permettono di non poter ignorare il carattere anticoncorrenziale dei comportamenti in questione e di apportare quindi un sostegno non trascurabile alla commissione dell'infrazione (v. punti da 129 a 136 della sentenza AC-Treuhand I).

41. In quarto e ultimo luogo, il Tribunale ha considerato, al punto 164 di detta sentenza AC-Treuhand I, che una prassi decisionale della Commissione, seguita per più di vent'anni, che si limitava a non condannare e a non sanzionare le imprese di consulenza implicate in intese senza tuttavia respingere l'idea che esse potessero essere ritenute responsabili dell'infrazione, non poteva creare una fondata speranza che la Commissione si astenesse in futuro dal perseguire e dal sanzionare le imprese di consulenza quando queste avessero partecipato ad un'intesa. Il fatto che l'importo dell'ammenda, imposto in tale caso, fosse assai limitato non sarebbe determinante per il caso di specie, poiché, come ha fatto giustamente valere la Commissione, si trattava di sanzionare enti, in particolare società di consulenza, per le quali era stato deciso in passato di non sanzionare la loro eventuale implicazione in attività di cartello.

42. Tali considerazioni, che tendono a sostenere che l'articolo 81 CE stabilisce, in definitiva, solo pochi limiti in merito alla natura dei comportamenti collusivi passibili di rientrare nel campo di applicazione del divieto di cui al suo paragrafo 1, ignorano totalmente, a mio avviso, la portata di detto divieto e l'obiettivo che esso mira a raggiungere.

43. L'articolo 81, paragrafo 1, CE stabilisce che «[s]ono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi fra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e *che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune*» [15].

44. A rischio di rammentare ciò che, sotto molti aspetti, potrebbe sembrare ovvio, l'articolo 81 CE, così come l'articolo 82 CE, stabilisce un certo numero di norme destinate alle *imprese* al fine di vietare i comportamenti per i quali sia comprovato o per i quali si possa legittimamente presumere, secondo l'analisi economica, che ledono il gioco della concorrenza.

45. L'obiettivo delle norme in materia di concorrenza consiste globalmente nel garantire che gli effetti della libertà di concorrenza, che costituiscono la conseguenza necessaria dell'apertura dei mercati, non siano distorti da misure, considerate in senso ampio, che portano a favorire o a sfavorire alcune imprese e che, infine, si riflettono a detrimento dei consumatori.

46. Che si ritenga che tali comportamenti abbiano un oggetto anticoncorrenziale o piuttosto un effetto anticoncorrenziale, il divieto dei comportamenti oggetto delle norme dei trattati destinate alle imprese si basa sull'idea che questi ultimi comportano effetti deleteri al buon funzionamento del normale gioco della concorrenza.

47. Affinché un'impresa possa essere ritenuta responsabile di un'infrazione all'articolo 81, paragrafo 1, CE, occorre stabilire in che misura essa si sia accordata con altre imprese al fine di rinunciare a esercitare su di esse una pressione concorrenziale.

48. In questo senso, la Corte ha rammentato assai presto la necessità di ricorrere all'analisi economica tenendo conto, in particolare, della posizione e dell'importanza delle parti sul mercato dei prodotti o dei servizi interessati [16]. Ancora assai recentemente, essa ha ricordato, in merito alla metodologia di individuazione dei comportamenti collusivi aventi un oggetto anticoncorrenziale, l'importanza che occorre attribuire all'analisi economica e all'esperienza [17] al fine di individuare le pressioni concorrenziali gravanti sulle imprese.

15 — Il corsivo è mio.

16 — V. sentenza LTM, 56/65, EU:C:1966:38, che, pur indicando che l'articolo 85, paragrafo 1, del Trattato CE (divenuto articolo 81, paragrafo 1, CE) non operava distinzioni a seconda che le parti si trovino posizionate sullo stesso stadio (accordi detti «orizzontali»), o su stadi diversi (accordi detti «verticali»), del processo economico, precisava che il gioco della concorrenza di cui si asserisce la lesione deve essere inteso nell'ambito reale in cui si produrrebbe senza l'accordo contestato (v., segnatamente, pagine 358 e 360 della sentenza).

17 — V. sentenza CB/Commissione, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punto 51.

49. Allo stesso modo, sia la Commissione [18] che la Corte hanno ripetutamente sottolineato che l'applicabilità delle disposizioni del Trattato che vietano le intese anticoncorrenziali implica che la situazione dei terzi «sul mercato» sia modificata in modo significativo.

50. Per rientrare nell'ambito del divieto previsto in tal senso dai trattati, occorre quindi per lo meno che i comportamenti delle imprese a cui si rivolgono i trattati siano *tali da eliminare una pressione o un ostacolo esistente in linea di principio sul mercato*. Se la natura dei mezzi utilizzati dalle imprese conta poco in definitiva [19], occorre tuttavia che ne derivi una pressione economica tale da limitare la concorrenza [20].

51. In altri termini, per essere parte di un'intesa avente un oggetto o effetti restrittivi della concorrenza, occorre inoltre che l'impresa in questione eserciti, nel normale gioco del mercato, una pressione concorrenziale («competitive constraint») per le altre partecipanti all'intesa. Solo nel caso in cui l'impresa in questione eserciti una pressione concorrenziale che valga la pena di essere limitata, quest'ultima può essere oggetto di una tale limitazione.

52. È in questo senso che la definizione del mercato rilevante riveste un'importanza centrale nell'ambito di applicazione dell'articolo 82 CE e in quello dell'articolo 81, paragrafo 1, CE. Se la definizione di mercato rilevante è raramente controversa nell'ambito di applicazione dell'articolo 81 CE, essa ha sempre per oggetto l'individuazione, in modo sistematico, delle pressioni che la concorrenza esercita sulle imprese di cui trattasi [21].

53. A tale riguardo, sebbene sia esatto affermare che il diritto europeo in materia di concorrenza non richiede che tutti i partecipanti a un'intesa esercitino un'attività economica sul mercato interessato dall'intesa, tuttavia, esso impone di stabilire in cosa la conclusione dell'accordo controverso presenti un oggetto o un effetto restrittivo della concorrenza su un mercato rilevante particolare.

54. La questione non è solo quella di stabilire se le imprese in grado di concludere un'intesa vietata ai sensi dell'articolo 81 CE possano operare su mercati distinti, ma quella di stabilire se siano in grado di esercitare, le une per le altre, pressioni concorrenziali. Se è vero che la concorrenza di cui all'articolo 81, paragrafo 1, CE non è solo quella che potrebbe sussistere tra le parti di un accordo, ma anche quella che potrebbe esercitarsi tra una di esse e parti terze [22], occorre anche che l'ente in questione sia stato in grado di ricevere o di stipulare accordi di natura anticoncorrenziale.

55. Tale esigenza, a mio parere, deriva non solo da un'interpretazione teleologica dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, ma altresì dalla giurisprudenza della Corte stabilita in tale materia per quanto riguarda, specificamente, le restrizioni di natura verticale sin dalla sentenza Consten e Grunding/Commissione [23]. La Corte, pur ricordando che l'articolo 85 del Trattato (divenuto

18 — V., segnatamente, punto I.2 della comunicazione della Commissione del 3 settembre 1986 relativa ad accordi di importanza minore che non sono contemplati dall'articolo 85, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità economica europea (GU 1986, C 231, pag. 2), secondo cui «[s]ono vietati soltanto gli accordi che incidano in modo sensibile sulle condizioni di mercato, ossia che modificano sensibilmente la posizione di mercato delle imprese terze e degli utilizzatori, vale a dire i loro sbocchi o le loro fonti di approvvigionamento». La comunicazione della Commissione relativa ad accordi di importanza minore che non limitano sensibilmente il gioco della concorrenza, ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, [CE] (*de minimis*) (GU 2001, C 368, pag. 13), riprende considerazioni analoghe al punto I e precisa segnatamente che «[l]a Corte di giustizia (…) ha chiarito che [l'articolo 81, paragrafo 1, CE] non si applica agli accordi la cui incidenza sul commercio fra Stati membri o sulla concorrenza è trascurabile».

19 — A questo riguardo, è assodato che l'articolo 81 CE riguarda forme molto diverse di collusione – che si materializzano in accordi più o meno formali o persino in pratiche concordate non ratificate in convenzioni propriamente dette. È sufficiente, infatti, che i comportamenti anticoncorrenziali in questione siano l'espressione di una volontà concordante tra almeno due parti, e la forma in cui tale volontà concordante si manifesta non è determinante per quest'ultima (v., segnatamente, sentenza Commissione/Volkswagen, C-74/04 P, EU:C:2006:460, punto 37).

20 — Conclusioni dell'avvocato generale Mayras nelle 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, EU:C:1975:78.

21 — V., a tale riguardo, sentenza Erste Group Bank e a./Commissione (C-125/07 P, C-133/07 P e C-137/07 P, EU:C:2009:576, punto 60).

22 — Sentenza Italia/Consiglio e Commissione (32/65, EU:C:1966:42).

23 — 56/64 e 58/64, EU:C:1966:41, pag. 493.

articolo 81 CE), che si riferisce in generale a tutti gli accordi che falsano la concorrenza all'interno del mercato comune, non operava alcuna distinzione tra tali accordi, a seconda che siano conclusi tra operatori concorrenti sullo stesso stadio o tra operatori non concorrenti posizionati su stadi diversi, ha precisato, nel seguito del suo ragionamento, in che misura i comportamenti di cui trattavasi nella fattispecie, vale a dire accordi di concessione esclusiva conclusi tra un concedente e il suo concessionario, potevano avere l'effetto di limitare la concorrenza sui prodotti in questione, che si esercita tra i concessionari e i terzi concorrenti di questi ultimi. La situazione generata da detti accordi aveva in particolare l'effetto di compartimentare i mercati nazionali dei prodotti interessati e consentiva di praticare su detti prodotti prezzi sottratti a una concorrenza efficace.

56. È alla luce di tali considerazioni che esaminerò il caso di cui trattasi nella fattispecie.

2. L'applicazione nella fattispecie

57. Nel caso di specie, la Corte è chiamata a decidere se l'articolo 81 CE sia applicabile al comportamento dei «cartels facilitators», vale a dire agli operatori che contribuiscono all'attuazione di un accordo restrittivo della concorrenza organizzando, in particolare, riunioni tra concorrenti e fornendo servizi nell'ambito degli accordi anticoncorrenziali.

58. Al punto 381 della decisione controversa, la Commissione ha descritto il ruolo svolto dalla ricorrente come segue:

«Si evince dai fatti menzionati ai considerando da 356 a 359 che la AC-Treuhand ha svolto un ruolo significativo nell'organizzazione e nello svolgimento delle riunioni. La AC-Treuhand conosceva nel dettaglio il contenuto degli accordi anticoncorrenziali e di fatto ha preparato e distribuito in modo molto professionale tutte le informazioni relative ai prezzi, alle quote e ai clienti. Aveva il potere di effettuare controlli nei locali delle imprese partecipanti alle intese. Solo i dati approvati infine dalla AC-Treuhand potevano costituire la base dei negoziati e degli accordi. La AC-Treuhand ha messo a disposizione i suoi locali per consentire l'occultamento delle intese. Nelle due intese, il suo ruolo era inteso a impedire la rivelazione delle due infrazioni. In quanto moderatore, il suo ruolo era quello di incoraggiare i compromessi al fine di consentire la conclusione degli accordi anticoncorrenziali. La AC-Treuhand ha messo i suoi servizi, la sua professionalità e le sue infrastrutture a disposizione delle due intese, al fine di poterne beneficiare (…)».

59. È giocoforza constatare che i fatti contestati alla ricorrente consistono in un insieme di comportamenti, senza che il ruolo di quest'ultima sia stato giuridicamente e chiaramente definito come quello di un autore (partecipante) o di un complice (o «facilitator») [24].

60. Così descritta, la situazione della ricorrente porta quindi a interrogarsi, anzitutto e in linea con quanto affermato in precedenza, sulla questione di stabilire se un'impresa non presente sul mercato o su un mercato adiacente sia perseguibile in qualità di autrice per una violazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE e, inoltre, se sia ammissibile perseguire una siffatta entità per complicità in comportamenti anticoncorrenziali.

a) Un'impresa non operante sul mercato rilevante o su mercati collegati può essere *l'autrice* di un'infrazione al divieto delle intese?

61. Come ho affermato in precedenza, l'articolo 81, paragrafo 1, CE vieta unicamente gli accordi e le pratiche concordate che abbiano per oggetto o per effetto la limitazione della concorrenza.

24 — Il considerando 668 della decisione controversa, relativo alla determinazione dell'importo delle ammende, segnala, tuttavia, che la AC-Treuhand era considerata responsabile della sua «partecipazione diretta» agli accordi durante tali periodi.

62. Orbene, per avere la capacità di limitare la concorrenza, la persona o l'entità perseguita deve essere in grado di esercitare, solitamente, una pressione concorrenziale («competitive constraint») sugli operatori presenti sul mercato, pressione che può essere eliminata o limitata da atti collusivi.

63. Inoltre, indipendentemente dalla questione di stabilire se l'impresa coinvolta operi sullo stesso mercato o nel medesimo stadio delle imprese facenti parte dell'intesa, occorre quindi determinare in che misura la concorrenza esercitata sul mercato dei prodotti interessati sia stata potenzialmente limitata o eliminata in seguito al coinvolgimento di quest'ultima.

64. Nel caso di specie, non vi è dubbio che la AC-Treuhand possa essere considerata, in maniera generale, un'impresa, nel senso che essa costituisce un'entità economica formata da un'organizzazione unitaria di elementi personali, materiali e immateriali, che perseguono in modo sostenibile un obiettivo economico determinato. Infatti, come risulta dal punto 6 della sentenza impugnata, si tratta di fatto di un'impresa impegnata in attività economiche, in particolare, quella di fornitura di servizi nel mercato della consulenza [25].

65. Tuttavia, è giocoforza constare che, nella fattispecie, essa non può essere considerata un'impresa attiva nel mercato rilevante o nei mercati adiacenti. Nella fattispecie, ha agito in qualità di consulente, ma non ha stipulato né ricevuto alcun accordo anticoncorrenziale. Essa non è, neanche potenzialmente, attiva sui mercati in questione, che sono quelli di prodotti specifici, vale a dire gli stabilizzatori termici di un certo tipo, ma lo è unicamente nel suo ambito di attività, vale a dire la fornitura di servizi di consulenza.

66. Pare che gli unici accordi di cui la AC-Treuhand è eventualmente parte siano gli accordi di fornitura di servizi da essa conclusi con le imprese partecipanti al cartello degli stabilizzatori termici. Per contro, essa non può essere considerata membro a pieno titolo dell'intesa individuata nell'articolo 1 della decisione controversa, vale a dire di un insieme di accordi e di pratiche concordate incentrati su stabilizzatori termici particolari e consistenti, in sostanza, nella fissazione dei prezzi, nella ripartizione dei mercati e dei clienti e nello scambio di informazioni commerciali sensibili.

67. L'oggetto degli accordi conclusi tra la AC-Treuhand e le imprese operanti sul mercato consisteva unicamente nella fornitura di servizi, che, certamente, sono legati all'attuazione dell'intesa, ma che, in quanto tali, sono distinti dai comportamenti contestati ai membri dell'intesa.

68. Inoltre, la Commissione non ha affermato, né tanto meno provato, che la AC-Treuhand esercitava una pressione che la concorrenza fa gravare, in linea di principio, sulle imprese facenti parte del cartello. Non esercitando una tale pressione sui membri del cartello individuato nel settore degli stabilizzatori termici, i comportamenti della AC-Treuhand non potevano, in quanto tali, essere restrittivi della concorrenza e, pertanto, rientrare nell'ambito di applicazione del divieto delle intese sancito dall'articolo 81, paragrafo 1, CE.

69. Anche supponendo che le azioni intraprese dalla AC-Treuhand abbiano avuto un effetto positivo sul funzionamento del cartello, rendendolo più efficiente e occultandolo, gli effetti sulla concorrenza delle azioni nella fattispecie derivano *esclusivamente* dai comportamenti dei membri del cartello. Anche in questo caso, se la AC-Treuhand non esercita, normalmente, una pressione che la concorrenza fa gravare sulle imprese in questione, le azioni da essa intraprese non sono tali da limitare la concorrenza.

25 — V., in tal senso, specificamente sentenza Wouters e a. (C-309/99, EU:C:2002:98, punto 47 e giurisprudenza citata).

70. Pertanto, per quanto generali siano i termini impiegati nel Trattato, non possono, di conseguenza, essere compresi nella sfera del divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1, CE gli accordi che non prevedano come oggetto o che abbiano per effetto di limitare la concorrenza, ma che si riferiscono a servizi intesi ad agevolare per le parti di un accordo, esso stesso restrittivo della concorrenza, il perseguimento di comportamenti illegali [26]. La semplice intenzione di un'impresa di limitare la concorrenza non può essere sufficiente, in assenza di capacità effettiva di operare una tale limitazione.

71. Se la Corte dovesse accogliere l'impostazione auspicata nella presente causa dalla Commissione e convalidata dal Tribunale, la metodologia di individuazione dei comportamenti anticoncorrenziali previsti dai trattati ne risulterebbe profondamente perturbata. Ne risulterebbe, a mio parere, uno scollegamento tale tra i comportamenti di cui trattasi e la necessità di individuare una restrizione della concorrenza, nel senso economico del termine, scollegamento che renderebbe del tutto superflua la delimitazione del mercato rilevante e l'individuazione delle pressioni gravanti, in linea di principio, su detto mercato.

72. Tale scollegamento potrebbe rivelarsi problematico non solo nell'ambito dell'individuazione dei comportamenti collusivi, ai sensi dell'articolo 81 CE, ma anche, per analogia, per quanto riguarda gli abusi di posizione dominante che rientrano nell'ambito del divieto di cui all'articolo 82 CE. Dopo tutto, nulla permette di escludere che un comportamento da «facilitator», consistente, ad esempio, in consulenze di ordine strategico o in perizie economiche, sia anche sanzionato nell'ambito dell'applicazione dell'articolo 82 CE.

73. A titolo esemplificativo, nell'ambito dell'applicazione dell'articolo 81 CE, potrebbe così essere sufficiente stabilire che un'impresa abbia, in un modo o nell'altro, agevolato o assistito imprese che hanno adottato comportamenti collusivi su un determinato mercato, senza che sia tuttavia necessario che, a prescindere dalla sua presenza su detto mercato, essa sia stata effettivamente in grado di esercitare una pressione concorrenziale sulle imprese che operano o che intendono operare nel medesimo, vale a dire senza valutazione del potere economico dell'intesa [27]. Nello stesso senso, si potrebbe contestare a uno o a più partner commerciali di aver preso parte a un abuso di posizione dominante a prescindere dall'esame della questione di stabilire se quest'ultima sia effettivamente detentrice di una siffatta posizione su un mercato ben delimitato e se essa fosse in grado di limitare efficacemente la concorrenza in essere su un dato mercato.

74. Confermando la conclusione accolta a tal riguardo dalla Commissione, il Tribunale, a mio avviso, ha violato i termini di cui all'articolo 81, paragrafo 1, CE, letto alla luce del principio di legalità.

75. In tali circostanze, non vi è, in linea di massima, necessità di stabilire se, come sostiene la Commissione, la ricorrente potesse ragionevolmente prevedere che il divieto di cui all'articolo 81, paragrafo 1, CE fosse, in linea di principio, a essa applicabile.

76. Alla luce di tutte queste considerazioni, sono del parere che la Commissione non potesse ritenere la AC-Treuhand direttamente responsabile di una violazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE.

77. Poteva esserlo ad altro titolo? È quanto mi appresto a esaminare nelle considerazioni seguenti.

26 — Così come menzionato assai presto dalla Corte, se la generalità dei termini impiegati nel Trattato in merito al divieto delle intese evidenzia il proposito di coprire tutte le categorie di intese, il carattere restrittivo dell'articolo 81, paragrafo 1, CE è incompatibile con qualsiasi estensione del divieto che esso prevede al di là delle tre categorie di intese limitatamente elencate (v. sentenza Parke, Davis and Co., 24/67, EU:C:1968:11, pag. 109).

27 — Per un'illustrazione di tale rischio, v., specificamente sentenze Deltafina/Commissione (T-29/05, EU:T:2010:355, punti 45 e segg.) e Gütermann/Commissione (T-456/05 e T-457/05, EU:T:2010:168, punto 53).

b) Un'impresa che non esercita una pressione concorrenziale per i membri di un'intesa può essere *complice* di un'infrazione al divieto delle intese?

78. Sebbene la responsabilità di un'impresa come la AC-Treuhand debba, a mio parere, essere esclusa in qualità di autore principale, in quanto quest'ultima non è attiva sul mercato rilevante o su mercati legati all'intesa, si pone ancora la questione di stabilire se sia possibile ritenerla responsabile di complicità, precisando che, contrariamente alla sentenza AC-Treuhand I (v., in particolare, punto 133), non si ricorre espressamente a tale nozione nella decisione controversa e nella sentenza impugnata.

79. In linea di principio, l'idea è accattivante. Infatti, la complicità è generalmente intesa come qualsiasi contributo alla commissione di un'infrazione, in particolare mediante aiuto o assistenza all'autore di quest'ultima. In ciò, si intende per complice, nel diritto penale di un nutrito numero di Stati membri, qualsiasi persona che, senza integrare gli elementi costitutivi dell'infrazione, ne abbia, attraverso un comportamento positivo e, nella maggior parte dei casi, intenzionale, aiutato o agevolato la realizzazione.

80. I fatti contestati alla AC-Treuhand (organizzazione delle riunioni, distribuzione e archiviazione della documentazione, assistenza e varie azioni per mantenere l'accordo segreto) potrebbero, in linea di principio, rientrare in tale nozione, in quanto il comportamento di detta impresa è consistito, con tutta evidenza, nell'assistere i membri del cartello nella definizione e nell'attuazione di quest'ultimo.

81. Resta il fatto che, in assenza di individuazione e definizione esatta dei comportamenti ritenuti riprovevoli nella fattispecie, una tale conclusione appare difficilmente ammissibile. A questo proposito, non è stato del resto in alcun modo suggerito che il ruolo della AC-Treuhand fosse secondario o accessorio a quello svolto dalle imprese facenti parte del cartello interessate dalla decisione controversa.

82. Inoltre, e soprattutto, sebbene, a mia conoscenza, vi sia accettazione quasi unanime della distinzione tra «autore» e «complice» di un'infrazione in materia di repressione penale, una tale distinzione appare, a mio giudizio, per lo più sconosciuta in ambito amministrativo. Orbene, come la Corte ha confermato in numerose occasioni e benché ciò abbia potuto essere oggetto di dibattito, il diritto dell'Unione in materia di concorrenza è di natura amministrativa. In tale contesto, il ricorso alla nozione di complicità è pertanto privo di senso, in linea di principio. Nel diritto degli Stati membri, benché esistano effettivamente situazioni in cui è stato ipotizzato di sanzionare soggetti o entità che avevano fornito la loro assistenza nella commissione di una violazione delle norme della concorrenza, i casi da me individuati permangono esigui, si riferiscono a disposizioni nazionali specifiche [28] o sono direttamente collegati alla sentenza AC-Treuhand I [29].

83. In ogni caso, una tale incriminazione non risulta dal testo dell'articolo 81 CE o delle norme adottate per la sua attuazione.

28 — V., in particolare, una sentenza della Corte d'appello di Parigi del 26 settembre 1991, con la quale si è ipotizzato di sanzionare un avvocato per una consulenza legale su un meccanismo di pratiche concordate, pur decidendo che quest'ultima era coperta dal segreto professionale. Va rilevato, da un lato, che l'articolo L. 420.1 del Codice di Commercio francese, relativo alle intese, non contempla come condizione di applicabilità la qualità di impresa delle parti e che, dall'altro, l'articolo L. 420-6 del suddetto Codice prevede la possibilità di sanzionare con un'ammenda o con una pena detentiva il fatto per «qualsiasi persona fisica che fraudolentemente prenda personalmente parte e sia determinante nella pianificazione, organizzazione o attuazione di pratiche [anticoncorrenziali] di cui agli articoli L. 420-1 e L. 420-2».

29 — La Nederlandse Mededingingsautoriteit (Autorità garante della concorrenza nei Paesi Bassi), divenuta Autoriteit Consument & Markt, ha, il 12 giugno 2009, sanzionato una società di ingegneria per il suo ruolo di «facilitator» nel settore delle vernici (https://www.acm.nl/en/publications/publication/6366/NMa-imposes-fine-on-two-cartels-and-cartel-facilitator-in-Dutch-painting-industry/). Più recentemente, essa ha sanzionato, con un'ammenda di EUR 5 000 un «facilitator» nel settore agricolo (https://www.acm.nl/en/publications/publication/6749/NMa-fines-two-cartels-in-agricultural-industry/).

84. Tenendo conto di tutte queste considerazioni, sono del parere che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, il perseguimento della AC-Treuhand ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE sia infondato.

85. Ciò non esclude che gli atti di complicità contestati alla AC-Treuhand possano, in futuro, essere sanzionati sul fondamento di una disposizione specifica.

86. A questo proposito, mi sembra interessante sottolineare che, in alcuni Stati membri, il legislatore ha optato per l'adozione di norme specifiche per sanzionare il comportamento del «facilitator», norme che, sovente, ricadono nella sfera penale. Il caso del Regno Unito appare emblematico, a mio giudizio, dei limiti intrinseci delle norme di concorrenza per punire azioni di sostegno all'adozione di comportamenti anticoncorrenziali, poiché è con l'introduzione di un'incriminazione specifica («criminal cartel offence»), prevista dalla sezione 188 dell'Enterprise Act del 2002 [30], entrata in vigore nel giugno 2003, che si è deciso di sanzionare un «facilitator» nel caso «del cartello sui tubi marini» [31].

87. A mio avviso, spetta al solo legislatore dell'Unione prevedere un'infrazione riguardante i complici delle infrazioni al diritto della concorrenza. A questo proposito, tengo a sottolineare che l'auspicio delle istituzioni di garantire l'efficacia delle politiche che intendono perseguire deve conciliarsi con gli imperativi di legalità e di certezza del diritto. Come sottolineato da un autore, la dottrina dell'effetto utile non deve indurre la Corte a interpretare disposizioni del Trattato nel senso di un'estensione massima delle competenze delle istituzioni, ma deve consentire di interpretare le norme pertinenti conformemente al loro obiettivo e al loro fine [32].

88. Per tutte queste ragioni, a mio giudizio, il primo motivo dedotto è fondato e la sentenza impugnata deve essere annullata, senza che sia necessario pronunciarsi sugli altri motivi dell'impugnazione.

89. Poiché mi sembra che la causa sia matura per essere decisa, suggerisco inoltre alla Corte di annullare la decisione controversa nella parte in cui riguarda la AC-Treuhand.

V – **Conclusione**

90. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di statuire come segue:

1) La sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 6 febbraio 2014, AC-Treuhand/Commissione (T-27/10, EU:T:2014:59), è annullata.

2) La decisione C (2009) 8682 definitivo della Commissione, dell'11 novembre 2009, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 81 del trattato CE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE (caso COMP/38589 – Stabilizzatori termici), è annullata nella parte in cui riguarda la AC-Treuhand AG.

3) La Commissione europea è condannata sia alle spese relative al procedimento in primo grado sia a quelle dell'impugnazione.

30 — Tale disposizione prevede quanto segue: «An individual is guilty of an offence if he dishonestly agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of the following kind relating to at least two undertakings».

31 — Secondo la decisione dell'UK Office of Fair Trading, persone fisiche sono state condannate a pene detentive fino a tre anni di reclusione per aver preso parte al summenzionato cartello.

32 — V. Pescatore, P., «Monisme et dualisme et "effet utile" dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne», in *Une communauté de droit*, 2003, pag. 340.