

Pubblicato il 21/01/2020

N. 00490/2020REG.PROV.COLL.
N. 05443/2017 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5443 del 2017, proposto da
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale
dello Stato, presso i cui Uffici è legalmente domiciliata in Roma, via dei
Portoghesi, 12;

contro

Cassa Raiffeisen Tures Aurina Soc Coop, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Cintioli e Giuseppe Lo
Pinto con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Vittoria Colonna
32;

nei confronti

Centro Tutela Consumatori Utenti, Banca Popolare dell'Alto Adige, Cassa
Rurale Renon Soc. Coop. non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione
Prima) n. 4753/2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cassa Raiffeisen Tures Aurina Soc Coop;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2019 il Cons. Michele Pizzi e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Anna Collabolletta e l'avvocato Fabio Cintioli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso proposto presso il TAR per il Lazio l'odierna appellata invocava l'annullamento: I) del provvedimento n. 25882 adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'adunanza del 24.2.16 a conclusione del procedimento I-777, e notificato in data 4 marzo 2016; II) delle *“Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, comma 1, della legge n. 287/90”*, adottate dall'Autorità con Delibera del 22 ottobre 2014; III) di ogni altro atto o comportamento presupposto o connesso, ivi compreso il d.P.R. n. 217/1998, recante *“Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato”*.

2. Il Tribunale, prima di procedere all'analisi dell'apparato probatorio utilizzato dall'Autorità, analizzava, alla luce di una ricostruzione economica del mercato oggetto di indagine, la concreta idoneità del supposto accordo a produrre l'effetto di alterare in maniera apprezzabile la possibilità di autodeterminazione delle imprese estranee all'intesa in ordine al prezzo di un prodotto e, più in generale, alle condizioni contrattuali attinenti ad una determinata tipologia contrattuale, nonché di restringere significativamente la possibilità del consumatore di accedere ad un'offerta commerciale diversa e migliore di quella proposta dalle imprese coinvolte nell'accordo anticoncorrenziale. Passaggio ritenuto come pregiudiziale da parte del TAR

atteso che l'originaria ricorrente contestava: a) la ipotizzabilità di un illecito antitrust tra le Casse Raiffeisen, in considerazione del fatto che non esiste, dal punto di vista fattuale ed alla luce della normativa applicabile, un mercato concorrenziale sul quale operano le banche considerate parti dell'intesa (primo e secondo motivo di doglianza); b) la "consistenza dell'intesa", ossia la sua idoneità ad alterare in maniera consistente il gioco della concorrenza nel mercato dei finanziamenti alle famiglie nella provincia di Bolzano (terzo motivo di doglianza); c) la tenuta logica della ricostruzione economica dell'illecito antitrust, laddove l'Autorità ha ritenuto, a parità di condizioni soggettive tra operatori e di comportamenti economici degli stessi, che solo per alcuni di questi sussistesse una spiegazione economica alternativa alla base della condotta tenuta, tale da escludere, solo nei confronti di questi, la partecipazione all'accordo (quinto motivo di doglianza).

Il giudice di prime cure giungeva a condividere le doglianze sopra esposte in ragione del particolare regime giuridico delle Casse Raiffeisen (ad eccezione della Cassa Centrale): banche di credito cooperativo (BCC), le quali devono operare nel rispetto dei principi della mutualità, esercitando il credito prevalentemente nei confronti dei soci (art. 35, comma 1, del Testo unico bancario – T.U.B.) e del "localismo", esercitando la loro attività all'interno di una ben determinata "zona di competenza territoriale", individuata negli statuti delle banche sulla base delle indicazioni della Banca d'Italia (art. 35, comma 2, del medesimo T.U.B.). Solo il 5% delle attività di rischio possono essere assunte dalle Casse nei confronti di soggetti non residenti all'interno della zona di competenza territoriale. Per realizzare economie di scala che consentano di ottimizzare i limiti dimensionali citati, le Casse Raiffeisen sono organizzate secondo un modello a rete, nel cui ambito le singole Casse svolgono l'attività bancaria a livello locale, mentre la Cassa centrale svolge attività bancaria in via "sussidiaria" - ossia quando le singole Casse non sono in grado di svolgere autonomamente determinati servizi, in ragione dei loro limiti dimensionali e territoriali - e la Federazione svolge sia attività di

rappresentanza delle Casse che di sorveglianza sul loro operato. Dal punto di vista organizzativo, la Federazione rappresenta una società i cui soci sono le singole Casse.

Da questo particolare assetto giuridico, secondo il TAR, deriva una limitata possibilità di sovrapposizione tra le sfere di operatività delle singole banche e la conseguente inconfigurabilità di un unico mercato concorrenziale e di un accordo antitrust tra le imprese parti del procedimento. Secondo il primo giudice, infatti, il mercato rilevante dall'Autorità individuato nell'ambito merceologico, di dimensione provinciale, costituito dagli impieghi alle famiglie, non collima con la concreta operatività delle Casse Raiffeisen, ma è anche nozione non riconciliabile con le richiamate scelte di regolamentazione del settore delle BCC, da cui necessariamente discende la presenza, nell'ambito provinciale, e nel medesimo settore merceologico, non già di un mercato unico, bensì di distinti e plurimi segmenti di mercato. Conclusione quest'ultima non smentita dalla possibilità di destinare il 5% delle attività di rischio a favore di soggetti non residenti nell'ambito territoriale di competenza, incapace di produrre l'effetto di limitare la mobilità della clientela e cristallizzare gli equilibri. Né in senso contrario milita la mera possibilità per le banche di aprire succursali nei comuni limitrofi.

A giudizio del TAR, inoltre, non potrebbe configurarsi un'intesa unica e complessa tra tutte le imprese parti del procedimento. Ed infatti l'insussistenza in fatto di un'area di operatività comune a tutte le imprese parti del procedimento, significativamente rilevante da un punto di vista dell'estensione e del volume di affari, comporta l'impossibilità di ipotizzare una politica comune a tutte le Casse che fosse oggettivamente in grado di condizionare l'intero mercato provinciale dei finanziamenti alle famiglie. Ancora difetta, secondo il giudice di prima istanza, il requisito della "consistenza" dell'intesa a fronte di un dato fattuale per cui le casse Raiffeisen considerate parte dell'intesa rappresentano solo il 25-30% del mercato dei finanziamenti nella provincia di Bolzano, e della speculare presenza di

un'ampia platea di banche alle quali le famiglie potevano rivolgersi, ottenendo una flessione, anche minima, del costo dei finanziamenti, sì da vanificare quell'effetto di fissazione del tasso di finanziamento, alla cristallizzazione del quale era, in ipotesi, destinato il cartello.

Infine, il TAR accoglieva pure la censura articolata, con la quale la parte ricorrente ribadiva la tesi, già espressa in sede procedimentale, della irragionevolezza della ricostruzione secondo cui, su un totale di 47 Casse Raiffeisen, di cui 42 partecipanti ai Workshop Roi, solo 13, oltre la Cassa Centrale e la Federazione, venivano ritenute parti dell'intesa unica e complessa.

3. Avverso la pronuncia indicata in epigrafe propone appello l'Autorità Garante, esponendo le seguenti censure:

a) l'esistenza di un mercato provinciale degli impieghi alle famiglie all'interno del quale le Casse Raiffeisen operano *uti singuli* e in concorrenza fra loro, sarebbe legittimamente individuato dall'Autorità nella mera constatazione fattuale che, già allo stato, le rispettive “*zone di competenza territoriale*” delle Casse Raiffeisen - come delimitate in linea con le Istruzioni di Vigilanza di Banca d'Italia - presentano molteplici sovrapposizioni in numerose aree.

Ciò in ragione della prossimità territoriale esistente tra le stesse zone, e della conseguente esistenza di Comuni nei quali possono operare allo stesso tempo più istituti di credito in quanto aree limitrofe rispetto al Comune in cui questi ultimi hanno la sede principale o succursali. Circostanza quest'ultima che sarebbe comprovata anche dalle dichiarazioni delle parti. Inoltre, l'attività delle Casse Raiffeisen potrebbe essere estesa “fuori zona” nel limite del 5%, senza la necessità che la relativa domanda provenga da Comuni limitrofi alla zona di competenza - potendo essere presa in considerazione in tal senso la domanda da ovunque proveniente - né che la RK apra alcuna succursale per soddisfarla, né tantomeno che apra alcuna sede distaccata.

L'esistenza di un unico mercato provinciale, in cui le Casse Raiffaisen opererebbero in concorrenza tra loro sarebbe incontrovertibile, infine, anche

alla luce del provvedimento n. 25 dell'8 marzo 1999 della Banca d'Italia, che avrebbe accertato l'esistenza di una intesa restrittiva della concorrenza nell'adozione di una circolare della Federazione Raiffeisen, avente ad oggetto un codice di comportamento finalizzato a coordinare l'espansione territoriale delle proprie associate;

b) il TAR avrebbe errato nel ritenere che l'Autorità non avrebbe valutato la realistica probabilità della concorrenza potenziale, non considerando che l'Autorità avrebbe basato la valutazione circa l'esistenza di un mercato concorrenziale in cui operano le Casse Raiffeisen su di un ulteriore elemento, costituito dal fatto che le dinamiche concorrenziali nel mercato degli impieghi alle famiglie si svilupperebbero anche attraverso la possibilità, che le RK hanno alla luce del relativo quadro normativo, di estendere le proprie zone di competenza aprendo altre succursali nei Comuni limitrofi.

Pertanto, anche le Casse Raiffeisen che attualmente non presentano sovrapposizioni tra le rispettive zone di competenza territoriale risulterebbero comunque in grado di ampliare la propria area di operatività a ulteriori comuni in contiguità territoriale, tramite l'apertura di nuove succursali, senza la necessità di autorizzazione da parte di Banca d'Italia. Possibilità sfruttata in concreto dalla Cassa Rurale di Renon, come evidenziato da parte dell'Autorità nel provvedimento impugnato. Da ciò si dovrebbe desumere che il principio del mutualismo e del localismo presente nell'ordinamento bancario cooperativo risulta volto a preservare il legame tra credito cooperativo e territorio ma certamente non a cristallizzare l'area di operatività delle singole RK.

La presenza di una politica concordata dei prezzi sarebbe confermata anche da una *mail* interna alla Federazione Raiffeisen, nonché da altra documentazione elaborata all'interno del Workshop ROI. Questi e altri documenti citati nel provvedimento attesterebbero come le Casse, appartenenti al medesimo ambito geografico provinciale, anche se non sovrapposte territorialmente, si sarebbero confrontate costantemente sulle

condizioni commerciali applicate e adattassero le proprie, in funzione di quelle adottate dalle altre Casse;

c) il primo giudice avrebbe errato nel ritenere che non esistendo un'area di operatività comune a tutte le imprese Parti del procedimento concluso con il provvedimento dell'Autorità, in cui la concorrenza fosse suscettibile di essere falsata, non poteva sussistere un'intesa unica e complessa tra le stesse. Nel provvedimento impugnato, infatti, l'Autorità avrebbe accertato il coordinamento delle politiche commerciali di alcune Casse Raiffeisen, anche tramite la Federazione Raiffeisen, avvenuto attraverso un costante e strutturato scambio di informazioni sensibili, avente ad oggetto la concertazione sul tasso *floor* e le altre principali variabili economiche concorrenzialmente sensibili. Sarebbe stato, infatti, accertato che l'elaborazione delle strategie commerciali delle banche, ivi comprese le decisioni di *pricing* dei propri prodotti, veniva effettuata sulla base dell'analisi comparativa delle politiche di prezzo delle altre Casse del sistema Raiffeisen. Nel caso in esame, dunque, l'obiettivo sotteso a tutti i contesti collusivi sarebbe stato quello di coordinare i tassi di interesse e le condizioni degli impieghi alle famiglie consumatrici tra le CR, attraverso scambi di informazioni sensibili avvenute nei vari gruppi considerati;

d) non sarebbe condivisibile quanto affermato dal TAR in relazione al salto logico che avrebbe fatto l'Autorità, in quanto richiamando la giurisprudenza sulle intese "per oggetto", in cui non sarebbe necessario dimostrare gli effetti dell'intesa, avrebbe, però, omesso di verificare l'idoneità del supposto accordo ad alterare in maniera "consistente" la concorrenza. Ciò in quanto nei casi in cui l'intesa accertata è qualificabile come c.d. *hardcore*, l'accertamento della consistenza non sarebbe necessario, ai sensi della Comunicazione della Commissione europea c.d. *de minimis* 2014/C 291/01, punto 13. Trattandosi di una definizione coordinata delle principali variabili economiche concorrenziali, la fattispecie oggetto del provvedimento dell'Autorità costituirebbe un cartello di prezzo, che insieme a quelli di spartizione dei

mercati e di limitazione della produzione, rappresenterebbero le violazioni antitrust più gravi, c.d. *hardcore*, secondo giurisprudenza nazionale e comunitaria consolidate.

Inoltre, l'intesa in oggetto sarebbe stata comunque idonea a falsare sensibilmente il gioco della concorrenza sul mercato rilevante, considerate sia, da un lato, la quota aggregata detenuta dalle Casse coinvolte, sia, d'altro, la quota rappresentata dal sistema Raiffeisen in sé, atteso che tra i partecipanti all'intesa figura anche la relativa Federazione, rappresentativa – per disposizione statutaria – di tutte le 47 Casse aderenti, ben al di sopra della soglia *de minimis*;

e) il provvedimento dell'Autorità non sarebbe irragionevole, nella parte in cui, su 47 Casse che aderiscono all'Associazione, di cui 42 prendevano parte ai Workshop ROI, solo 13, oltre alla Cassa Centrale ed alla Federazione, sarebbero state ritenute parti dell'intesa illecita, pur avendo le Casse non coinvolte tenuto una condotta simile a quella delle Casse considerate coinvolte nella pratica concordata. Infatti, solo nei confronti dei destinatari del provvedimento sanzionatorio l'Autorità avrebbe acquisito documentazione attestante maggiori evidenze in merito al coinvolgimento nella infrazione contestata.

4. Costituitasi in giudizio, l'originaria ricorrente, oltre a contestare i motivi di appello dedotti dell'Autorità, ha riproposto i motivi di censura assorbiti dal giudice di prime cure.

5. In data 30 novembre 2019 l'appellante deposita memoria con la quale riprende gli argomenti già esposti in sede di appello e replica alle motivazioni di parte appellata anche in relazione ai motivi riproposti da parte appellata in relazione alla determinazione dell'ammontare delle sanzioni, nonché all'appello incidentale della Cassa Centrale Raiffeisen riguardante altro giudizio.

6. In data 3 dicembre 2019 l'appellata deposita memoria, riprendendo in sostanza argomenti già esposti con la memoria di costituzione.

7. In data 6 dicembre 2019 l'appellata deposita memoria di replica nella quale argomenta in ordine alla fondatezza dei motivi assorbiti in primo grado, riproposti in seconde cure.

DIRITTO

1. L'appello è infondato e non può essere accolto per le seguenti considerazioni.

La soluzione del presente contenzioso passa necessariamente attraverso la disamina del sistema delle Casse Raiffeisen, al tempo dell'adozione del provvedimento impugnato in prime cure.

Le Casse Raiffeisen operano nei diversi mercati ricompresi nel settore bancario tradizionale, nonché nel settore del risparmio gestito, del leasing, degli strumenti di pagamento e nei comparti del settore. Le Casse Raiffeisen, avendo natura giuridica di banche di credito cooperativo, ispirano la propria attività ai principi del "mutualismo" e del "localismo".

In forza del primo, le Casse Raiffeisen sono vincolate ad operare prevalentemente nei confronti dei propri soci. Tale principio risulta rispettato quando più del 50% delle attività di rischio è destinato ai soci. In omaggio al principio del "localismo", invece, le Casse Raiffeisen devono effettuare il 95% della propria attività nella zona di competenza territoriale, che, ai sensi delle disposizioni di vigilanza, *"ricomprende i comuni ove la banca ha le proprie succursali nonché i comuni ad essi limitrofi. Fra tutti i comuni deve esistere contiguità territoriale"*. Al di fuori di tale zona può essere svolto al più un 5% dell'attività di rischio complessivamente effettuata. Il principio del localismo, al quale si ispira il sistema in questione, fonda anche sull'esigenza di assicurare anche in zone non particolarmente popolate la diffusione del servizio bancario, che diversamente potrebbe non essere assicurato, se si avesse quale unica stella polare la massimizzazione dei profitti.

La Cassa Centrale, che opera sempre all'interno dell'organizzazione Raiffeisen, oltre a prestare alcune attività di natura bancaria a favore della clientela privata, eroga servizi ausiliari alle singole Casse Raiffeisen in ragione

di espresse previsioni statutarie. Inoltre, è a quest'ultime associata all'interno della Federazione delle Cooperative Raiffeisen.

Il legislatore, con il d.l. n. 18/2016, ha ritenuto che il legame giuridico ed economico che avvince i soggetti in questione dovesse essere ulteriormente intensificato, tanto da aver previsto con il comma 1 *bis* dell'art. 33 TUB, l'adesione a un gruppo bancario cooperativo quale condizione per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria in forma di banca di credito cooperativo.

In forza di tanto, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato con provvedimento del 23 maggio 2018 ha autorizzato, anche su istanza dell'appellata, l'operazione di concentrazione inerente alla costituzione di un Gruppo Bancario Cooperativo Provinciale ai sensi degli articoli 33 e ss. del TUB.

Il citato provvedimento, depositato agli atti del presente giudizio, contiene alcune considerazioni svolte dall'odierna appellante in relazione ai mercati locali della raccolta bancaria, degli impieghi alle famiglie consumatrici e degli impieghi alle famiglie produttrici e piccole imprese, che risultano particolarmente importanti per la definizione dell'odierno giudizio. Ivi, infatti, si legge che: *“Inoltre, dall'attività istruttoria è emerso il rilievo che deve essere dato alla circostanza per cui le Parti della concentrazione operano sotto un unico marchio, Raiffeisen, con una sostanziale integrazione del modello operativo, grazie alla presenza di processi di business e di supporto accentrati presso la Cassa Centrale o la Federazione, ad un sistema informativo unico e ad accordi commerciali comuni. In questo contesto, nella percezione dei più diretti concorrenti, le Casse Raiffeisen sono avvertite come un unico aggregato, composto da più soggetti dotati di autonomia ma che esercitano una pressione concorrenziale reciproca limitata”*.

2. Il sistema “Raiffeisen” è presente non solo in Italia, ma anche in Austria, Germania e Svizzera nelle forme di sistema bancario cooperativo, che risulta essere stato oggetto di disamina da parte della Commissione Europea con la decisione dell'11 giugno 2002 (noto come caso “Lombard”), proprio in

relazione ad una violazione del previgente art. 81 TFUE inerente ad accordi e pratiche concordate violativi della concorrenza da parte di istituti bancari austriaci tra i quali anche il gruppo delle casse di credito rurale compresa la Raiffeisen Zentralbank. In quell'occasione la Commissione Europea valutò ai fini dell'attribuzione della responsabilità per la riscontrata violazione del previgente art. 81 TFUE, la Raiffeisen Zentralbank quale vertice di un gruppo articolato su tre livelli rappresentato dalle altre Casse Raiffeisen, individuando un unico soggetto responsabile per gli accordi e pratiche concordate conclusi con altri istituti bancari.

3. L'Autorità nel provvedimento impugnato in prime cure constatava la violazione dell'art. 2, l. 287/1990, secondo il quale: *“Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel:*

a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali...”.

Il paradigma di illecito preso a riferimento dall'odierna appellante impone la rilevazione di alcuni elementi tipici sui quali si è concentrato l'odierno contenzioso, quali: a) la sussistenza di più imprese in rapporto di concorrenza tra di loro (secondo motivo di appello); b) il porre in essere attività idonee a falsare in maniera consistente la concorrenza (quarto motivo di appello).

È sufficiente analizzare le due doglianze con le quali l'Autorità pone critiche alle conclusioni raggiunte dal primo giudice, per concludere nel senso dell'illegittimità del provvedimento sanzionatorio a conferma di quanto affermato dalla pronuncia gravata.

3.1. La descrizione del sistema delle Casse Raiffeisen illustrata *supra*, consente di escludere in modo sufficientemente chiaro che tra le dette Casse vi sia un rapporto concorrenziale.

Occorre rammentare che la finalità della disciplina sulla concorrenza è quella di salvaguardare una concorrenza effettiva anche in omaggio a quanto

stabilito dall'art. 101 TFUE. Da ciò deriva che i soggetti destinatari del provvedimento sanzionatorio nel caso di imprese restrittive devono necessariamente poter essere considerate come imprese che agiscono in modo autonomo sullo stesso mercato rilevante.

L'indipendenza nella gestione economica delle imprese sanzionate rappresenta un *pruus* logico, il cui accertamento non può che precedere ogni altra valutazione in merito alla ricorrenza dell'illecito antitrust.

Nel caso in questione un'indipendenza tra le Casse Raiffeisen non è predicabile, dal momento che le stesse fanno parte di un sistema legittimamente instaurato, al fine di assicurare secondo i citati principi del "mutualismo" e del "localismo" l'esercizio di attività bancaria, quale l'impiego alle famiglie, attraverso un meccanismo che fonda su di una segmentazione territoriale e si rivolge in modo assolutamente prevalente ai soci delle Casse.

Il meccanismo in esame risulta coordinato da una Cassa centrale, che eroga servizi alle singole Casse, tra i quali anche servizi informativi. Si tratta in tutta evidenza di un sistema che non opera secondo meccanismi concorrenziali e che da strategie competitive interne non trarrebbe alcun ragionevole beneficio. Del resto, la circostanza che in passato solo la Cassa Renon ha aperto uno sportello nel Comune di Bolzano, ampliando così la propria zona di competenza, lascia intendere come un simile comportamento sia del tutto isolato e non rappresentativo di un clima concorrenziale tra le singole Casse.

Difetta, in definitiva, non solo la prova che via sia una concorrenza reale tra le Casse, ma anche che vi fosse una concorrenza potenziale. Da ultimo, in questo senso, al di là dell'analisi sui costi e sui rischi dell'espansione, cui pure fa riferimento la Comunicazione della Commissione avente ad oggetto le "*Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*", deve registrarsi come la stessa iniziativa legislativa di riforma del TUB sopra rammentata, e sfociata nel citato provvedimento dell'odierna appellante del 2018, certifichi l'assenza di un possibilità e volontà effettiva di espansione delle singole Casse.

In quest'ottica lo scambio di informazioni accertato dall'appellante non fa che consolidare un sistema che tende a preservare la sussistenza di un'unica entità economica quale il sistema delle Casse Raiffeisen. Non va dimenticato che il sistema in questione opera sulla base di un marchio comune, la denominazione 'Raiffeisen', e opera su di un ambito territoriale segmentato anche a garanzia della copertura dei costi, che il rispetto del principio del "localismo" comporta. In questo senso non può non rimarcarsi come anche in sede Europea la decisione della Commissione dell'11 giugno 2002, interessandosi del sistema bancario austriaco, ne ha apprezzato la natura di unità economica che agisce in modo coordinato attraverso un sistema, peraltro, ben più complesso di quello analizzato dall'appellante.

Nell'esame dell'odierna fattispecie merita, quindi, di trovare il giusto spazio la riflessione operata dalla Corte di Giustizia, secondo la quale in materia di concorrenza la nozione di «impresa», nell'ambito di tale contesto, dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce a un'unità economica anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche. Pertanto, la nozione di «impresa», nel senso menzionato poco sopra, è utilizzata specificamente al fine di attuare le pertinenti disposizioni del diritto della concorrenza dell'Unione e, in particolare, ai fini della designazione dell'autore di una violazione agli articoli 101 e 102 TFUE (cfr. Corte Giust., 5 settembre 2019, C-447/17).

3.2. Con il quarto motivo di gravame l'appellante sostiene che l'Autorità non sarebbe stata tenuta ad offrire la prova del fatto che l'appellata avrebbe posto in essere attività idonee a falsare in maniera consistente la concorrenza in ragione del fatto che l'intesa in questione sarebbe qualificabile come c.d. *hardcore*, trattandosi di una definizione coordinata delle principali variabili economiche concorrenziali, ai sensi della Comunicazione della Commissione europea c.d. *de minimis* 2014/C 291/01, punto 13: “*Alla luce dell'interpretazione della Corte di giustizia di cui al punto 2, gli accordi che abbiano per oggetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato interno non rientrano nell'ambito*

di applicazione della presente comunicazione. La Commissione non applicherà pertanto a tali accordi la «zona di sicurezza» (safe harbour) creata dalle quote basate sulle soglie di mercato di cui ai punti da 8 a 11 (10). Ad esempio, per quanto riguarda gli accordi tra concorrenti, la Commissione non applicherà i principi di cui alla presente comunicazione, nello specifico, agli accordi contenenti restrizioni che, direttamente o indirettamente, hanno come oggetto: a) la fissazione dei prezzi in caso di vendita dei prodotti a terzi; b) la limitazione della produzione o delle vendite; c) la ripartizione dei mercati o della clientela. Analogamente, la Commissione non applicherà la «zona di sicurezza» creata dalle quote basate sulle soglie di mercato agli accordi che contengono restrizioni definite fondamentali o elencate come tali in regolamenti di esenzione per categoria attuali o futuri della Commissione (11); tali restrizioni sono generalmente considerate dalla Commissione restrizioni per oggetto”.

La critica dell'appellante non coglie, però, nel segno.

La giurisprudenza di questo Consiglio (cfr, *ex plurimis*, Cons. St., Sez. VI, 2 settembre 2019, n. 6030) ha, da un lato, chiarito che vanno distinte le "intese per oggetto" dalle "intese per effetto". Le prime si caratterizzano per il fatto che hanno un oggetto di per sé vietato e, quindi, sono, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, con la conseguenza che è inutile dimostrare in concreto la sussistenza di effetti dannosi sul mercato. Le seconde, invece, ricorrono quando non sussistono i presupposti per configurare la sussistenza di una intesa per "oggetto", con la conseguenza che, in tale caso, è necessario verificare in concreto quali siano gli effetti che causano nel mercato.

Ne deriva, quindi, che in questo secondo caso devono sussistere tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo significativo. La stessa giurisprudenza, ha, però, ha precisato che anche l'accertamento della sussistenza di una intesa “per oggetto” non può prescindere dal tenore delle disposizioni dell'intesa stessa, dagli obiettivi che si intendono raggiungere, dal contesto economico e giuridico nel quale l'intesa stessa di colloca. Nella valutazione di tale contesto,

occorre prendere in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione (Cons. St., Sez. VI, 23 settembre 2019, n. 6314). Nello stesso senso si muove anche la giurisprudenza comunitaria. Da ultimo, infatti, Corte Giust., 26 settembre 2018, C-99/17, ha chiarito che: *“Il criterio giuridico fondamentale per determinare se un accordo o una pratica concordata comporti una restrizione della concorrenza "per oggetto", ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, risiede nel rilievo che un siffatto accordo o una siffatta pratica concordata presenta, di per sé, un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente per ritenere che non sia necessario individuarne gli effetti. Per valutare se un tipo di coordinamento tra imprese presenti un grado sufficiente di dannosità per essere considerato come restrizione della concorrenza «per oggetto», occorre riferirsi segnatamente alla sua portata, agli obiettivi che esso mira a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale esso si colloca. Nell'ambito della valutazione di detto contesto, occorre altresì considerare la natura dei beni o dei servizi interessati nonché le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione”*.

In definitiva, la non necessità di valutare gli effetti dell'intesa non può tradursi nell'assoluta indifferenza che l'intesa in questione sia idonea ad alterare in maniera consistente l'equilibrio concorrenziale. Non è necessario, quindi, provare che lo scambio di informazioni rilevanti abbia prodotto in concreto effetti restrittivi della concorrenza, ma è sufficiente e necessario dimostrare che abbia l'attitudine a produrne.

In questa prospettiva non può che essere condivisa la valutazione operata dal primo giudice che ha evidenziato la macroscopica inidoneità di un cartello formato da imprese che complessivamente rappresentano solo il 25/30% del mercato a produrre un apprezzabile effetto anticoncorrenziale, alla luce del fatto che i consumatori avrebbero comunque avuto a disposizione numerose e valide alternative (il rimanente 70/75% del mercato) tali da rendere inutile qualsiasi ipotetica collusione.

4. L'infondatezza dei due motivi di gravame sopra esaminati consente di non procedere all'esame delle ulteriori doglianze, stante la comprovata illegittimità del provvedimento impugnato in prime cure. Del pari non residua alcun interesse all'esame dei motivi del ricorso di primo grado non esaminati dal TAR e riproposti in seconde cure dall'appellante.

5. L'appello in esame deve, quindi, essere respinto. La complessità e novità delle questioni trattate consentono di compensare le spese dell'odierno grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese dell'odierno grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Michele Pizzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Michele Pizzi

IL PRESIDENTE

Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO