N. 04873/2012REG.PROV.COLL.

N. 09920/2008 REG.RIC.

N. 09958/2008 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 9920 del 2008, proposto da: RDB s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Claudio Tesauro, con domicilio eletto presso Studio Legale Bonelli Erede Pappalardo in Roma, via Salaria, 259;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - AGCM, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Italgasbeton s.p.a., Xella International Gmbh, Xella Italia s.r.l., non costituite in giudizio nel presente grado e ricorso;

sul ricorso numero di registro generale 9958 del 2008, proposto da: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - AGCM, in persona del

Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

RDB s.p.a., RDB Hebel s.p.a., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'avv. Claudio Tesauro, con domicilio eletto presso Studio Legale Bonelli Erede Pappalardo in Roma, via Salaria, 259;
Xella International Gmbh, Xella Italia s.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Mario Siragusa, Pietro Merlino, Michele Piergiovanni, con domicilio eletto presso il primo in Roma, piazza di Spagna, 15;

nei confronti di

Italgasbeton s.p.a., non costituita in giudizio nel presente grado;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale (T.a.r.) Lazio - Roma, Sezione I, n. 06213/2008, resa tra le parti, concernente INTESA RESTRITTIVA DELLA CONCORRENZA E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio delle rispettive parti appellate;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 maggio 2012 il Cons. Bernhard Lageder e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Tidore e gli avvocati Tesauro, Siragusa e Merlino;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con provvedimento n. 17522 del 24 ottobre 2007 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - AGCM deliberava come segue:

(i) accertava che le società *RDB s.p.a.* e *Xella International GmbH* avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 81 del Trattato CE (oggi, art. 101), avente ad oggetto il coordinamento delle rispettive strategie commerciali al fine di monopolizzare e ripartirsi il mercato italiano del calcestruzzo cellulare autoclavato (d'ora in poi, "CCA") – un materiale edilizio poroso molto leggero costituito da cellule chiuse di aria generate dalla reazione chimica dei componenti e dallo sviluppo di bolle di idrogeno, ottenuto dall'impasto di sabbia silicea finissima, cemento, calce, acqua ed espandente per terminare con la maturazione in autoclave, resistente al fuoco, fono e termoisolante, con buone caratteristiche statiche e connotato da un'estrema facilità di lavorazione simile al legno, impiegato per la produzione di un'ampia gamma dimensionale di blocchi e tavelle particolarmente congeniali alla realizzazione di murature strutturali o di tamponamento – ordinava di conseguenza alle due società di astenersi in futuro da comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata, in particolare disponendo che *RDB s.p.a.* e *Xella International GmbH* definissero iniziative atte ad eliminare la loro compresenza nel capitale sociale dell'impresa comune *RDB Hebel s.p.a.*, ed irrogava alle due società le sanzioni pecuniarie rispettivamente di euro 1.860.000,00 (*RDB s.p.a.*) e di euro 510.000,00 (*Xella International GmbH*);

(ii) accertava che *RDB s.p.a.* aveva posto in essere una condotta di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 del Trattato CE (oggi, art. 102), consistente nell'adozione di una complessa strategia predatoria volta ad estromettere dal mercato italiano del CCA l'impresa concorrente *Italgasbeton s.p.a.*, ordinando a *RDB s.p.a.* di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi e comminandole la sanzione pecuniaria di euro 1.960.000,00.

2. Con la sentenza in epigrafe, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, definitivamente pronunciando sui ricorsi (tra di loro riuniti) n. 384, n. 474 e n. 475 del 2008, proposti rispettivamente da *Xella International GmbH*, *Xella Italia s.r.l.*,

RDB Hebel s.p.a. e *RDB s.p.a.* avverso il menzionato provvedimento sanzionatorio, provvedeva come segue:

(a) annullava il provvedimento in relazione alle statuizioni *sub* 1.(i), escludendo l'integrazione della fattispecie dell'intesa restrittiva della concorrenza sulla base del rilievo centrale dell'insufficienza degli elementi probatori posti dall'Autorità a fondamento del relativo accertamento, in quanto alla luce delle acquisite risultanze istruttorie dovevano bensì ritenersi comprovati l'intento di *Xella* di proporre a *RDB* una politica di coordinamento delle strategie commerciali e l'effettiva formulazione di una simile proposta, ma erano sforniti di sufficienti elementi di prova sia l'accettazione della proposta (e/o la condivisione della proposta strategia commerciale) da parte di *RDB*, sia un eventuale parallelismo di fatto delle condotte delle due imprese rilevatrici di una strategia commerciale comune, mentre ai fini della configurazione di un'ipotesi restrittiva della concorrenza doveva ritenersi insufficiente la sussistenza del rapporto strutturale derivante dalla compartecipazione nell'impresa comune;

(b) respingeva il ricorso proposto da *RDB* avverso la statuizione *sub* 1.(ii), ritenendo integrati gli elementi costitutivi dell'abuso di posizione dominante, concretizzatosi nell'adozione di una strategia predatoria tesa ad estromettere la principale concorrente *Italgasbeton s.p.a.* dal mercato nazionale del CCA con l'intento di sfruttare le gravi condizioni economico-finanziarie in cui quest'ultima versava, e ritenendo altresì la congruità dell'irrogata sanzione;

(c) dichiarava le spese di causa interamente compensate tra le parti.

3. Avverso tale sentenza interponevano separati appelli la società *RDB s.p.a.* (ricorso in appello n. 9920 del 2008) e l'Autorità (ricorso in appello n. 9958 del 2008).

3.1. *RDB s.p.a.*, ad impugnazione del capo di sentenza *sub* 2.(b), deduceva i seguenti motivi:

a) l'erronea individuazione del mercato rilevante, non costituendo il mercato del CCA un mercato distinto da quello relativo agli altri materiali per murature, nel cui ambito l'appellante era detentrice di una quota alquanto ridotta con conseguente inconfigurabilità di una sua posizione dominante, e la correlativa carenza istruttoria e motivazionale della sentenza (e, a monte, del provvedimento), sotto vari profili;

b) l'erroneità dell'accertamento della condotta anticoncorrenziale, per difetto d'istruttoria, travisamento dei fatti, contraddittorietà, illogicità, inattendibilità del processo valutativo ed insufficiente e contraddittoria motivazione;

c) la "*violazione del principio di proporzionalità tra lesione della concorrenza e sanzione inflitta, sotto il profilo della scorretta valutazione della gravità ed offensività dell'abuso, eccesso di potere per difetto d'istruttoria; violazione dell'art. 15 della l. 287/1990; violazione dell'art. 11 della l. 689/1981*" (v. così, testualmente, la rubrica del terzo motivo d'appello).

L'appellante *RDB* chiedeva dunque, in parziale riforma dell'appellata sentenza, l'integrale accoglimento del ricorso di primo grado e il conseguente integrale annullamento dell'impugnato provvedimento, nonché, in via subordinata, la riduzione dell'irrogata sanzione pecuniaria.

3.2. L'Autorità, ad impugnazione del capo di sentenza *sub* 2.(a), deduceva i seguenti motivi:

a) l'erronea affermazione della carenza di prova dell'accordo anticoncorrenziale tra le imprese per l'asserito difetto dell'accettazione, da parte di *RDB*, delle proposte di *Xella*, basata su un'erronea accezione, in senso prettamente civilistico, della nozione di accordo, non applicabile alle intese anticoncorrenziali, oltre che sull'erronea valutazione del materiale probatorio, sotto vari profili;

b) l'erronea "*affermazione del Tar secondo cui mancherebbe la prova della pratica concordata per l'insufficienza degli elementi esogeni (intesi come mancata accettazione, da parte di RDB, delle proposte di Xella) e degli elementi endogeni (intesi come parallelismo di condotte)*" (v. così, testualmente, la rubrica del secondo motivo d'appello).

L'appellante AGCM chiedeva dunque, in parziale riforma dell'appellata sentenza, l'integrale reiezione dei ricorsi di primo grado, con vittoria di spese.

4. Nell'ambito di entrambi i giudizi si costituivano le rispettive parti appellate, resistendo.

5. All'udienza pubblica del 15 maggio 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

6. Premesso che i due appelli, proposti avverso la medesima sentenza, a norma dell'art. 96 cod. proc. amm. devono essere riuniti e trattati congiuntamente, si osserva che infondato è l'appello proposto da *RDB*.

6.1. Destituito di fondamento è il primo motivo d'impugnazione, di cui sopra *sub* 3.1.a), con cui è censurata l'erronea identificazione del mercato rilevante ai fini della configurazione dell'illecito *antitrust* di abuso di posizione dominante contestato all'odierna appellante.

Giova premettere che per l'esame di tale profilo il T.a.r. ha correttamente richiamato i limiti del sindacato giurisdizionale nelle materie riservate alla discrezionalità tecnica dell'amministrazione, poiché nel settore *antitrust* l'Autorità, nell'applicare la legge al caso concreto, deve qualificare fatti complessi rapportandoli a concetti indeterminati – come è quello di "mercato rilevante", definito nell'ordinamento comunitario come quella zona geograficamente circoscritta connotata da condizioni di concorrenza sufficientemente omogenee, nella quale, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra di loro intercambiabili o sostituibili (in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati), le imprese in causa, che forniscono quel prodotto o servizio, si pongono tra di loro in rapporto di concorrenza – con utilizzo a questo scopo di regole scientifiche, nella specie per lo più tratte dalla scienza economica (oltre che da regole di comune esperienza).

Questo Consiglio di Stato ha, al riguardo, chiarito che il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica si svolge non soltanto riguardo ai vizi dell'eccesso di

potere (logicità, congruità, ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza del provvedimento e del relativo impianto motivazionale), ma anche attraverso la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche compiute dalla pubblica amministrazione quanto a correttezza dei criteri utilizzati e applicati, al contempo precisando che resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché al giudice amministrativo è consentito di censurare la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, di modo che il relativo giudizio non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile (v., *ex multis*, C.d.S., Sez. VI, 14 luglio 2011, n. 4283; C.d.S., Sez. V, 5 marzo 2010, n. 1274; C.d.S., Sez. VI, 6 febbraio 2009, n. 694; C.d.S., Sez. VI, 4 settembre 2007, n. 4635; C.d.S., Sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6201). Il giudice amministrativo – nella ricerca di un punto di equilibrio, da verificare di volta in volta in relazione alla fattispecie concreta, tra l'esigenza di garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale e quella di evitare che il giudice possa esercitare egli stesso il potere amministrativo che compete all'Autorità – può, dunque, sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto dell'indagine e il processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata, ma, ove ne accerti la legittimità sulla base di una corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il suo sindacato deve arrestarsi, in quanto diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato (con specifico riferimento al concetto di "mercato rilevante", v. C.d.S., Sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 896).

Applicando gli evidenziati criteri di giudizio al caso di specie, merita conferma l'appellata sentenza, nella parte in cui ha respinto le censure di carenza d'istruttoria, di contraddittorietà e di violazione del canone di ragionevolezza mosse avverso la qualificazione, nell'impugnato provvedimento, del mercato nazionale del CCA

quale mercato rilevante ai fini dell'accertamento dell'illecito dell'abuso di posizione dominante contestato a *RDB*.

Premesso che *RDB* e *Xella* sostengono che il CCA è sostituibile con altri prodotti edilizi da costruzione per pareti, con la conseguenza che si dovrebbe aver riguardo all'intero mercato nazionale dei materiali edilizi (anche di quelli tradizionali) usati per la realizzazione di murature (nel cui ambito l'odierna appellante detiene una quota di mercato alquanto ridotta, insufficiente a configurare la sussistenza di una posizione dominante), mentre l'Autorità nell'impugnato provvedimento ritiene che il mercato del CCA costituisca un distinto e autonomo segmento di mercato rilevante del prodotto (nel cui ambito l'odierna appellante, nell'anno 2006, risulta detentrice della quota di mercato del 65% - 67%), si osserva che le conclusioni dell'Autorità sono suffragate dal rilievo centrale della differenziazione qualitativa del prodotto, munito di caratteristiche fisico-meccaniche e funzionali che gli conferiscono un rilevante vantaggio competitivo rispetto agli altri prodotti edilizi tradizionali quali definiti dal d.m. 14 settembre 2005, e della conseguente rigidità della domanda, insensibile a pur rilevanti variazioni del prezzo, inidonee a spostare la domanda dei consumatori su altri materiali edilizi.

Deve, al riguardo, ritenersi incontroverso, sulla base della stessa documentazione proveniente dalle imprese acquisita dall'AGCM in sede procedimentale, che la struttura alveolare del CCA determina superiori prestazioni fisico-meccaniche, oltre a una serie di vantaggi specifici ottimizzanti sia le operazioni di cantiere sia le funzionalità d'impiego. Infatti, vi emerge che, dato un determinato edificio di nuova costruzione, i blocchi di CCA ottengono i migliori risultati in assoluto in termini di isolamento termico, acustico e di diminuzione dei consumi energetici rispetto ai principali altri tipi di murature comuni (quali blocchi cementizi in argilla espansa, i blocchi in laterizio porizzato, i blocchi in laterizio doppio, i quali in aggiunta presentano un rapporto peso/spessore superiore) e, per la loro notevole

leggerezza, consentono la movimentazione manuale di elementi di dimensioni anche notevoli e un'agevole manovrabilità nell'attività edilizia, cui si aggiunge il fatto che il CCA è prodotto in blocchi e tavelle di grande formato e vario spessore, nonché di componenti prefabbricati c.d. speciali (quali blocchi scanalati, canalette, architravi, solai e pannelli armati), in modo da renderlo un sistema costruttivo completo, per di più suscettibile di essere tagliato, sagomato e scanalato in cantiere. Parimenti assodati devono ritenersi i rilievi, contenuti nell'impugnato provvedimento, attorno alle peculiarità del mercato italiano dei prodotti di costruzione edile, date dal prevalente impiego di elementi per muratura di tipo tradizionale diversi dal CCA, cioè sostanzialmente di prodotti in laterizio, prevalentemente impiegati in ragione delle tradizioni costruttive riscontrabili nel settore (infatti, l'Italia risulta il maggiore produttore a livello mondiale del laterizio tradizionale, in ragione delle tradizioni nazionali determinate in maniera preponderante, sin dall'antichità, dall'alta disponibilità di materia prima alla produzione). Per contro, il mercato della produzione e della vendita di CCA in Italia costituisce un mercato relativamente recente (il primo impianto di produzione risulta realizzato negli anni settanta del secolo scorso) e dalle dimensioni in volume e valore ancora contenute, ma suscettibile di una notevole espansione nei prossimi anni (v. §§ 43 e 44 dell'impugnato provvedimento), anche in conseguenza delle recenti normative in tema di risparmio energetico nel settore delle costruzioni edili (protocollo di Kyoto del 1997; direttiva 2002/91/CE del 16 dicembre 2002 sul rendimento energetico nell'edilizia; d.lgs. 19 agosto 2005, n. 192, di recepimento della direttiva comunitaria). Le evidenziate peculiarità del mercato italiano dei prodotti edilizi non consentono, dunque, di attribuire valenza di precedenti alle determinazioni assunte dalla Commissione europea o dalle Autorità *antitrust* di altri paesi comunitari in materia di individuazione del mercato rilevante di prodotti edilizi, compreso il CCA (ad es., dalle Autorità della Germania

o dell'Olanda; v. §§ 35 ss. dell'impugnato provvedimento sanzionatorio, nonché p. 16 del ricorso in appello di *RDB*).

Alla luce delle peculiarità del mercato nazionale italiano dei prodotti edilizi e dell'accertata rigidità sia dell'offerta sia della domanda di CCA, l'AGCM è pervenuta alla corretta individuazione del mercato di CCA come mercato autonomo e a sé stante, rilevante ai fini della disciplina *antitrust*.

Mentre attorno all'accertamento della rigidità dell'offerta – dovuto alla circostanza che la produzione di CAA, a differenza del processo produttivo dei materiali tradizionali in laterizio, è connotata dall'impiego di tecnologie brevettate e da specifici *know-how*, di cui dispongono pochi operatori a livello mondiale, nonché di materie prime selezionate e costose, con conseguente conformazione di un mercato a struttura oligopolistica fortemente concentrata e con forti barriere all'ingresso di nuovi operatori – le parti non hanno sollevato specifiche censure nel presente grado, il motivo d'appello in esame s'incentra primariamente sulla metodologia di accertamento della rigidità della domanda rispetto alle variazioni di prezzo, consistita nell'esecuzione di una ricerca di mercato con l'invio di questionari a 55 imprese clienti di *RDB* e nel rilevamento del comportamento dei clienti di *RDB* nel periodo 2004 - 2005, al cui esito è rimasto accertato che, a fronte di un aumento medio del prezzo del CCA pari all'8,6%, la domanda complessiva dei clienti di RDB nel periodo in questione è aumentata dell'8,4% senza spostarsi su altri materiali edilizi di tipo tradizionale (v. §§ 29 e 208 del provvedimento), a dimostrazione dell'autonomia e separatezza del segmento di mercato relativo al CCA rispetto a quello del residuo mercato dei materiali edilizi da costruzione.

La metodologia adottata dall'Autorità si sottrae ai vizi d'irragionevolezza denunziati dall'odierna appellante, in quanto:

- l'approccio metodologico rispetta i criteri indicati dalla Commissione Europea sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (di cui alla Comunicazione 97/C 372/03), risultando i quesiti e i rilevamenti idonei ad accertare la reazione dei clienti dell'area considerata ad un aumento non transitorio, ridotto ma significativo, dei prezzi del prodotto in questione, a prescindere dalla mancata rigida applicazione del c.d. *SSNIP test*, costituente secondo la stessa Comunicazione della Commissione solo uno dei possibili modi di rilevamento della rigidità della domanda;
- l'indagine di mercato non può ritenersi falsata dalla (prevalente) natura di rivenditori, anziché di costruttori/consumatori finali, dei soggetti destinatari dei quesiti, rispecchiando invero la composizione del campione un'altra peculiarità della situazione sul mercato italiano, costituita dall'estrema polverizzazione della domanda e dalla presenza di migliaia di piccoli rivenditori che, nei confronti della clientela finale, svolgono un fondamentale ruolo d'indirizzo nella scelta delle soluzioni costruttive (v. § 204 dell'impugnato provvedimento);
- non trova riscontro la tesi dell'odierna appellante, secondo cui il risultato del rilevamento sperimentale relativo agli anni 2004 e 2005 sarebbe falsato dall'incidenza di fattori esogeni, quale la crescita in assoluto della domanda, imputabile a clienti anche diversi da quelli costanti già acquisiti, e/o dall'aumento del prezzo anche dei materiali tradizionali.

Alla stregua delle considerazioni innanzi svolte, l'individuazione del "mercato rilevante" operata dall'Autorità deve ritenersi conforme ai criteri normativi e giurisprudenziali, stabiliti ed elaborati a livello comunitario e nazionale, che devono presiedere all'operazione di ricostruzione nel caso concreto del richiamato concetto indeterminato, integrante elemento costitutivo della fattispecie d'illecito *antitrust* di abuso di posizione dominante.

6.2. Destituito di fondamento è, altresì il motivo d'appello *sub* 3.1.b), col quale *RDB* deduce l'erroneità dell'accertamento della condotta anticoncorrenziale di abuso di posizione dominante.

In linea di fatto, deve ritenersi incontrovertibilmente comprovato che *RDB*, nel mercato nazionale del CCA, a struttura oligopolistica e fortemente concentrato, era giunta a detenere, nel 2006, una quota di mercato in valore attestata al 65% - 67%, con una crescita negli ultimi tre anni di oltre il 10%, pari rispettivamente al quadruplo e oltre il quintuplo dei più immediati concorrenti (*Xella* e rispettivamente *Italgasbeton*, attestati alle quote del 17% - 19% e dell'11% - 13%) e oltre il doppio della somma di tutti gli altri operatori (§§ 249 ss. dell'impugnato provvedimento; peraltro, un documento riconducibile alla stessa *RDB s.p.a.*, nell'ambito della collocazione delle proprie azioni in borsa, ha attribuito alla società una quota corrispondente al 73% del mercato in questione).

Inoltre, risulta documentalmente provato che:

- *RDB* è un'impresa a capo di un gruppo dalle rilevanti economie di scala e di scopo e primo operatore nazionale anche nella progettazione, produzione e vendita di strutture prefabbricate;

- *RDB*, con specifico riferimento alle attività di vendita di CCA, dispone di una capillare rete di vendita operante sull'intero territorio nazionale e con la disponibilità anche di altri prodotti del gruppo, ed è dunque munita di un vantaggio concorrenziale non replicabile dagli altri operatori del settore;

- *RDB* dispone di marchio d'impresa molto noto ("*Gasbeton*") ed ha investito ingenti mezzi finanziari per rafforzare la reputazione e l'immagine del CCA commercializzato con tale marchio, con l'obiettivo di promuovere lo sviluppo delle vendite di CCA proporzionato al programmato raddoppio delle capacità produttive.

Orbene, alla luce delle esposte circostanze l'Autorità è pervenuta alla corretta conclusione che *RDB* detiene una posizione dominante all'interno del mercato italiano del CCA, ai fini e per gli effetti dell'art. 82 del Trattato CE – costituita da una situazione di potere economico, grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare il persistere di una concorrenza effettiva sul mercato in questione e di agire in maniera significativamente indipendente rispetto ai suoi concorrenti, ai suoi clienti e, da ultimo, ai consumatori – con la conseguenza che la stessa, in quanto tale, in conformità a consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia CE (v., *ex plurimis*, Corte Giust. CE, sent. 14 ottobre 2010, causa C-280/08, punto 174, e gli ulteriori precedenti ivi richiamati), deve ritenersi soggetta a un particolare statuto di responsabilità, in virtù del quale è tenuta a comportamenti diversi da quelli normalmente consentiti agli operatori del mercato e all'osservanza di un grado di diligenza e precauzione maggiore nell'esplicazione della propria attività nel mercato, onde non compromettere ulteriormente con la propria condotta il confronto concorrenziale residuo, già pregiudicato dal significativo potere di mercato di cui essa è detentrice.

Orbene, l'accertamento dell'illecito di abuso di posizione dominante, perpetrato da *RDB* ponendo in essere un complesso di condotte volte ad estromettere dal mercato italiano del CCA l'impresa concorrente *Italgasbeton s.p.a.* attraverso l'adozione di una complessa strategia predatoria nei confronti del rivale, incentrata sul ricorso estensivo a prezzi selettivi e sorretta da attività tese a pregiudicare le già precarie condizioni finanziarie del rivale, oltre ad essere conforme ai richiamati criteri di valutazione della responsabilità di un'impresa in posizione dominante, sul piano fattuale è suffragato da una serie di elementi probatori gravi, precisi e concordanti, adeguatamente valorizzati nell'appellata sentenza a supporto dell'affermazione di responsabilità in capo a *RDB*.

È, al riguardo, sufficiente richiamare la congerie di elementi probatori, messi in rilievo nei §§ 5.2. e 6.3. dell'appellata sentenza, corroborati dagli ivi richiamati puntuali riscontri documentali, e nella loro consistenza fattuale e valenza giuridica non incrinati dai profili di censura dedotti dall'odierna appellante.

Ne è risultato un quadro istruttorio di indubbia ed incontrovertibile configurabilità dell'illecito anticoncorrenziale in esame (posto in essere con l'intento di estromettere *Italgasbeton s.p.a.*, ossia la principale concorrente, dal mercato nazionale in questione), riassumibile come segue:

- *RDB*, ben informata della grave situazione di dipendenza finanziaria della concorrente dai creditori (con un'esposizione debitoria incidente con una percentuale del 5% sul bilancio), dal 2005, dopo il rifiuto della proprietà di *Italgasbeton* a cedere l'azienda, ha iniziato ad applicare una politica selettiva nei confronti dei clienti specifici di *Italgasbeton*, applicando prezzi inferiori alla media dei costi totali, ossia attuando una politica commerciale di prezzi sotto-costo e così deliberatamente soffrendo perdite o rinunciando a utili nel breve periodo in funzione escludente della concorrente (infatti, secondo la giurisprudenza comunitaria tali prezzi possono estromettere dal mercato imprese, le quali potrebbero essere altrettanto efficienti come l'impresa dominante, ma che, per via delle loro più modeste capacità finanziarie, sono incapaci di resistere alla concorrenza che viene esercitata nei loro confronti; v., per tutte, Corte Giust. CE, sent. 14 ottobre 2010, causa C-280/08, punto 199, e l'ulteriore giurisprudenza ivi richiamata);

- l'intento escludente è provato direttamente da una serie di documenti interni di *RDB*, intitolati "*Azione contro Italgasbeton*", riportanti elenchi di clienti distolti o da distogliere a *Italgasbeton*, e dallo scambio di *e-mail* tra il direttore commerciale e l'amministratore delegato di *RDB*, contenenti notizie di aggiornamento dell'"*azione contro ITGB*" (v. documenti citati nei §§ 265 ss. del provvedimento);

- il disegno eliminatorio perseguito dall'odierna appellante nei confronti di *Italgasbeton* era persino notorio e di pubblico dominio tra gli operatori del mercato (v. documentazione citata al § 268 del provvedimento);
- le sopra evidenziate azioni sono state accompagnate dalla diffusione di notizie destabilizzanti sul conto di *Italgasbeton*, dirette a indurre i relativi clienti ad abbandonare il proprio fornitore, e dallo storno di dipendenti fino a sottrarre alla concorrente (nel mese di settembre 2005) persino il direttore commerciale (v. §§ 141, 142, 145 e 298 dell'impugnato provvedimento ed i riscontri probatori ivi richiamati).

Conclusivamente, in reiezione del motivo d'impugnazione in esame – infondatamente teso a ricondurre le sopra accertate condotte commerciali di *RDB* nell'alveo di lecite pratiche concorrenziali – merita conferma il capo di sentenza, col quale sono state respinte le censure dedotte avverso l'accertamento dell'illecito *antitrust* di abuso di situazione dominante imputato all'odierna appellante, sorretto da ampi riscontri probatori e basato su una corretta applicazione delle regole tecnico-scientifiche pertinenti all'oggetto, senza contraddizioni rilevabili nella indicazione dei fatti o di carattere logico.

6.3. Deve, infine, essere disatteso il motivo d'appello *sub* 3.1.c), dedotto ad impugnazione della determinazione dell'entità della sanzione pecuniaria, comminata nella misura di euro 1.960.000,00, corrispondente ad una percentuale inferiore all'1% del fatturato del gruppo *RDB* realizzato sul mercato italiano nel periodo di riferimento (a fronte di una sanzione pecuniaria massima prevista fino al 10% del fatturato).

Infatti, la gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito *antitrust* come sopra accertato, puntualmente messa in rilievo dall'Autorità (v. §§ 313 e 314 del provvedimento), rapportata al fatturato di *RDB*, giustifica ampiamente l'entità della sanzione irrogata, in quanto conforme ai criteri di commisurazione delle sanzioni

amministrative pecuniarie stabiliti dal combinato disposto degli artt. 31, comma 1, l. n. 287 del 1990 e 11 l. n. 689 del 1981, mentre priva di rilievo resta la circostanza della mancata fuoriuscita effettiva di *Italgasbeton s.p.a.* dal mercato nazionale del CCA, unicamente rilevando l'idoneità oggettiva delle condotte predatorie poste in essere da *RDB* e la tensione soggettiva dell'impresa agente a conseguire siffatto effetto gravemente turbativo dell'assetto concorrenziale nel mercato in questione, in violazione dei precisi obblighi comportamentali scaturenti dalla specifica responsabilità incombente ad un'impresa, quale *RDB*, che si trovi in una posizione dominante di mercato, specie a struttura oligopolistica (v. sopra *sub* 6.2.).

6.4. Per quanto considerato, l'appello proposto da *RDB* è infondato e deve essere perciò respinto.

7. Né a miglior sorte è destinato l'appello proposto dall'Autorità coi motivi *sub* 3.2.a) e 3.2.b), tra di loro connessi e da esaminare congiuntamente.

Giova premettere che l'AGCM, nell'impugnato provvedimento, ha ritenuto *RDB s.p.a.* e *Xella International GmbH* responsabili di aver posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 81 Trattato CE, avente ad oggetto sia il coordinamento delle rispettive strategie commerciali, al fine di monopolizzare il mercato italiano del CCA e di ripartirlo tra le due società, sia la compartimenzaione di mercati territorialmente contigui. Segnatamente l'Autorità, all'esito dell'istruttoria procedimentale, ha ritenuto "*(…) provato che, a partire dagli ultimi mesi del 2004, XELLA e RDB si sono accordati per (1) un aumento concordato dei prezzi a decorrere dal gennaio 2005; (2) una protezione delle attività dei rispettivi agenti di vendita; (3) una protezione delle rispettive vendite, con il disegno di coordinarsi in particolare per evitare di trovarsi in diretta concorrenza rispetto a specifici segmenti del mercato italiano del CCA, quali rivenditori e forniture a grandi progetti di costruzione; (4) una compartimentazione di mercati territorialmente contigui, con l'impegno da parte di RDB a non vendere proprio CCA in*

Francia; (5) l'acquisizione dei restanti prodotti concorrenti (…)" (v. così, testualmente, il § 214 dell'impugnato provvedimento).

Orbene, ritiene il Collegio, sulla base di una valutazione globale e unitaria della documentazione acquisita al giudizio, che devono condividersi le conclusioni del T.a.r. in ordine all'insufficienza degli acquisiti elementi probatori a dimostrare l'intesa restrittiva della concorrenza e/o la pratica concordata anticoncorrenziale imputate alle due imprese.

Infatti, in primo luogo deve escludersi il raggiungimento di un accordo tra le due società – da intendersi, per gli effetti di cui all'art. 81 Trattato CE, come qualsivoglia incontro di volontà proveniente da una pluralità di soggetti indipendenti, che può estrinsecarsi anche nell'attuazione di fatto di una semplice lettera d'intenti, oppure ad un'acquiescenza tacita ad una proposta altrui, a prescindere dalla circostanza che abbia dato luogo ad obbligazioni giuridicamente vincolanti alla stregua di un vero proprio contratto – in quanto i documenti centrali a tal fine valorizzati dall'Autorità si riducono a comunicazioni interne a *Xella*, in particolare a messaggi *e-mail* inviati nell'autunno del 2004 dall'allora direttore di *Xella Italia* all'amministratore delegato di *Xella International GmbH*, con cui viene proposto un coordinamento delle strategie d'impresa con *RDB* sul mercato italiano del CCA. Il rinvenimento, presso gli uffici di *RDB*, di una copia dell'ultima parte del documento intitolato "*Considerazioni strategiche rispetto alla cooperazione con RDB*" può tutt'al più comprovare che la proposta – contenuta, infatti, nell'ultima parte (composta da 8 pagine) del documento, rinvenuta presso *RDB* – sia fatta pervenire a *RDB*, ma non risulta acquisito alcun elemento di prova, neppure a valenza indiziaria, da cui si possa desumere che *RDB* avesse accettato, in forma espressa o tacita, le prospettate ipotesi di cooperazione, sicché i citati documenti non provano altro che l'esplicitazione unilaterale dell'intendimento di *Xella Italia* di pervenire a forme di coordinamento delle strategie d'impresa con

RDB. Né, in difetto di prova dell'invio del documento intero (composto da 37 pagine), comprensivo delle parti relative a informazioni commerciali, può ritenersi dimostrato un eventuale scambio di informazioni sensibili che in ipotesi fosse stato idoneo a suggerire all'impresa destinataria di tenere delle condotte di mercato acquiescenti simmetriche e parallele.

Che nell'autunno 2004 non fosse stato raggiunto alcun accordo di coordinamento delle strategie delle due imprese sul mercato italiano del CCA, risulta del resto confermato dal tenore dei messaggi *e-mail* interni a *Xella* nell'anno 2005, in cui tra l'altro si discorre della volontà di riprendere i contatti con *RDB*, incompatibile con un accordo in atto.

Né, come specificamente messo in rilievo nell'appellata sentenza, può ritenersi raggiunta la prova di una pratica concordata, presupponente un parallelismo (anche tacito, ma consapevole) tra i comportamenti delle imprese, mancando per un verso, per quanto sopra esposto, la prova di una relativa intesa sottostante, e difettando per altro verso qualsiasi elemento concreto sulla cui base si possano ricostruire comportamenti qualificabili *sub specie* di condotte strategiche parallele delle due società nel mercato italiano del CCA.

Il T.a.r. ha, poi, puntualmente evidenziato la contraddittorietà dell'ipotesi ricostruttiva contenuta nell'impugnato provvedimento, laddove quest'ultimo, per un verso, dà conto dell'aggressiva politica concorrenziale di *RDB* a seguito del cambio di vertice avvenuto a fine anno 2004 (e di cui si lamentano i vari esponenti di *Xella Italia*, di *Xella Thermopierre* e di *Xella International* nella documentazione richiamata nei §§ 101 ss. del provvedimento), e, per altro verso, ritiene che proprio a partire da tale periodo le due società *Xella* e *RDB* si siano accordate per un aumento concordato dei prezzi a decorrere dal gennaio 2005, per una protezione delle attività dei rispettivi agenti di vendita. Tutt'al contrario, l'acquisita

documentazione smentisce che la condotta commerciale di *RDB* si fosse allineata, a mo' di condotta parallela, a quella di *Xella*.

Infine, la compartecipazione delle due società nell'impresa comune *RDB Hebel s.p.a.* risale a vicende societarie svoltesi nel 2002, approvate dalla Commissione Europea, ed esula, in quanto tale, dall'alveo dell'illecito anticoncorrenziale contestato alle due società.

Per le esposte ragioni, in reiezione dell'appello dell'Autorità merita conferma anche il capo di sentenza *sub* 2.(a), con assorbimento di ogni altra questione, ormai irrilevante ai fini decisori.

8. Considerata la situazione di soccombenza reciproca, si ravvisano i presupposti di legge per dichiarare le spese del presente grado di giudizio interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli tra di loro riuniti, come in epigrafe proposti (ricorsi n. 9920 del 2008 e n. 2958 del 2008), li respinge; dichiara le spese relative al presente grado di giudizio interamente compensate fra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/09/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)