

N. 03013/2011REG.PROV.COLL.

N. 06426/2010 REG.RIC.

N. 06427/2010 REG.RIC.

N. 06429/2010 REG.RIC.

N. 06430/2010 REG.RIC.

N. 06432/2010 REG.RIC.

N. 06433/2010 REG.RIC.

N. 06569/2010 REG.RIC.

N. 06616/2010 REG.RIC.

N. 06635/2010 REG.RIC.

N. 06636/2010 REG.RIC.

N. 06638/2010 REG.RIC.

N. 06642/2010 REG.RIC.

N. 06649/2010 REG.RIC.

N. 06651/2010 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

sui

seguenti

ricorsi:

1) ricorso numero di registro generale 6426 del 2010, proposto da ANIE -

Federazione Nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche, rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Stefano Cassamagnaghi, Enrico Adriano Raffaelli, Paolo Todaro, con domicilio eletto presso Paolo Todaro Rucellai & Raffaelli in Roma, via Gregoriana, n. 5;

contro

Esi Ecological Scrap Industry s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Ielo e Fabio Cintioli, con domicilio eletto presso il secondo, in Roma, via Salaria, n. 259;

nei confronti di

Autorità garante della concorrenza e del mercato, COBAT - Consorzio nazionale batterie al piombo esauste e rifiuti piombosi, Eco-Bat s.p.a., Piomboleghe s.r.l., Piombifera Bresciana s.p.a., Meca Lead Recycling s.p.a.;

2) sul ricorso numero di registro generale 6427 del 2010, proposto da ANIE - Federazione Nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche, rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Stefano Cassamagnaghi, Enrico Adriano Raffaelli, Paolo Todaro, con domicilio eletto presso Paolo Todaro Rucellai & Raffaelli in Roma, via Gregoriana, n. 5;

contro

COBAT - Consorzio nazionale batterie al piombo esauste e rifiuti piombosi, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Borromeo, Piero Fattori e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 349;

nei confronti di

Autorità garante della concorrenza e del mercato, Eco-Bat s.p.a., Piomboleghe s.r.l., Piombifera Bresciana s.p.a., Meca Lead Recycling s.p.a., Esi Ecological Scrap Industry s.p.a.;

3) sul ricorso numero di registro generale 6429 del 2010, proposto da ANIE - Federazione Nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche, rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Stefano Cassamagnaghi, Enrico Adriano Raffaelli, Paolo Todaro, con domicilio eletto presso Paolo Todaro Rucellai & Raffaelli in Roma, via Gregoriana, n. 5;

contro

Eco-Bat s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Ielo e Claudio Tesauro, con domicilio eletto presso il secondo, in Roma, via Salaria, n. 259;

nei confronti di

Autorità garante della concorrenza e del mercato, COBAT - Consorzio nazionale batterie al piombo esauste e rifiuti piombosi, Esi Ecological Scrap Industry s.p.a., Piomboleghe s.r.l., Piombifera Bresciana s.p.a., Meca Lead Recycling s.p.a.;

4) sul ricorso numero di registro generale 6430 del 2010, proposto da ANIE - Federazione Nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche, rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Stefano Cassamagnaghi, Enrico Adriano Raffaelli, Paolo Todaro, con domicilio eletto presso Paolo Todaro Rucellai & Raffaelli in Roma, via Gregoriana, n. 5;

contro

Piomboleghe s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Tommaso Di Nitto e Luisa Torchia, con domicilio eletto presso la seconda, in Roma, via Sannio, n. 65;

nei confronti di

Autorità garante della concorrenza e del mercato, COBAT - Consorzio nazionale batterie al piombo esauste e rifiuti piombosi, Eco-Bat s.p.a., Esi Ecological Scrap Industry s.p.a., Piomboleghe s.r.l., Piombifera Bresciana s.p.a., Meca Lead Recycling s.p.a.;

5) sul ricorso numero di registro generale 6432 del 2010, proposto da ANIE - Federazione Nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche, rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Stefano Cassamagnaghi, Enrico Adriano Raffaelli, Paolo Todaro, con domicilio eletto presso Paolo Todaro Rucellai & Raffaelli in Roma, via Gregoriana, n. 5;

contro

Piombifera Bresciana s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Chiola, Innocenzo Gorlani e Mario Gorlani, con domicilio eletto presso Claudio Chiola, in Roma, via della Camilluccia, n. 785;

nei confronti di

Autorità garante della concorrenza e del mercato, COBAT - Consorzio nazionale batterie al piombo esauste e rifiuti piombosi, Eco-Bat s.p.a., Esi Ecological Scrap Industry s.p.a., Piomboleghe s.r.l., Meca Lead Recycling s.p.a.;

6) sul ricorso numero di registro generale 6433 del 2010, proposto da ANIE - Federazione Nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche,

rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Stefano Cassamagnaghi, Enrico Adriano Raffaelli, Paolo Todaro, con domicilio eletto presso Paolo Todaro Rucellai & Raffaelli in Roma, via Gregoriana, n. 5;

contro

Meca Lead Recycling s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Tommaso Di Nitto e Luisa Torchia, con domicilio eletto presso la seconda, in Roma, via Sannio, n. 65;

nei confronti di

Autorità garante della concorrenza e del mercato, COBAT - Consorzio nazionale batterie al piombo esauste e rifiuti piombosi, Eco-Bat s.p.a., Esi Ecological Scrap Industry s.p.a., Piomboleghe s.r.l., Piombifera Bresciana s.p.a.;

7) sul ricorso numero di registro generale 6569 del 2010, proposto da Consorzio Ecovorbat - Euroconsorzio ambiente, ditta individuale Saraceno Demetrio, Saraceno s.r.l., rappresentati e difesi dagli avvocati Franco Giampietro e Fabrizio Bonfante, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, via Franco Sacchetti, n. 114;

contro

COBAT - Consorzio nazionale batterie al piombo esauste e rifiuti piombosi, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Borromeo, Piero Fattori e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso Maria Alessandra Sandulli, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 349;

nei confronti di

Autorità garante della concorrenza e del mercato;
ANIE - Federazione Nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche,
rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Stefano
Cassamagnaghi, Enrico Adriano Raffaelli, Paolo Todaro, con domicilio eletto
presso Paolo Todaro Rucellai & Raffaelli in Roma, via Gregoriana, n. 5;

8) sul ricorso numero di registro generale 6616 del 2010, proposto dall'Autorità
garante della concorrenza e del mercato, rappresentata e difesa dall'Avvocatura
Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Piombifera Bresciana s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Chiola,
Innocenzo Gorlani, Mario Gorlani, con domicilio eletto presso Claudio Chiola, in
Roma, via della Camilluccia, n. 785;

nei confronti di

ANIE - Federazione Nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche,
rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Stefano
Cassamagnaghi, Enrico Adriano Raffaelli, Paolo Todaro, con domicilio eletto
presso Paolo Todaro Rucellai & Raffaelli in Roma, via Gregoriana, n. 5;

9) sul ricorso numero di registro generale 6635 del 2010, proposto dall'Autorità
garante della concorrenza e del mercato, rappresentata e difesa dall'Avvocatura
Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Esi - Ecological Scrap Industry s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Ielo e Fabio Cintioli, con domicilio eletto presso il secondo, in Roma, via Salaria, n. 259;

nei confronti di

ANIE - Federazione Nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche, rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Stefano Cassamagnaghi, Enrico Adriano Raffaelli, Paolo Todaro, con domicilio eletto presso Paolo Todaro Rucellai & Raffaelli in Roma, via Gregoriana, n. 5;

10) sul ricorso numero di registro generale 6636 del 2010, proposto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Piomboleghe s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Tommaso Di Nitto e Luisa Torchia, con domicilio eletto presso la seconda, in Roma, via Sannio, n. 65;

nei confronti di

ANIE - Federazione Nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche, rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Stefano Cassamagnaghi, Enrico Adriano Raffaelli, Paolo Todaro, con domicilio eletto presso Paolo Todaro Rucellai & Raffaelli in Roma, via Gregoriana, n. 5;

11) sul ricorso numero di registro generale 6638 del 2010, proposto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Meca Lead Recycling s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Tommaso Di Nitto e Luisa Torchia, con domicilio eletto presso la seconda, in Roma, via Sannio, n. 65;

nei confronti di

ANIE - Federazione Nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche, rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Stefano Cassamagnaghi, Enrico Adriano Raffaelli, Paolo Todaro, con domicilio eletto presso Paolo Todaro Rucellai & Raffaelli in Roma, via Gregoriana, n. 5;

12) sul ricorso numero di registro generale 6642 del 2010, proposto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Ecolead s.r.l., non costituita in appello;

nei confronti di

ANIE - Federazione Nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche, rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Stefano Cassamagnaghi, Enrico Adriano Raffaelli, Paolo Todaro, con domicilio eletto presso Paolo Todaro Rucellai & Raffaelli in Roma, via Gregoriana, n. 5;

13) sul ricorso numero di registro generale 6649 del 2010, proposto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

COBAT - Consorzio nazionale batterie al piombo esauste e rifiuti piombosi, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Borromeo, Piero Fattori e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 349;

nei confronti di

ANIE - Federazione Nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche, rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Stefano Cassamagnaghi, Enrico Adriano Raffaelli, Paolo Todaro, con domicilio eletto presso Paolo Todaro Rucellai & Raffaelli in Roma, via Gregoriana, n. 5;

14) sul ricorso numero di registro generale 6651 del 2010, proposto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Eco - Bat s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Ielo e Claudio Tesauro, con domicilio eletto presso il secondo, in Roma, via Salaria, n. 259;

nei confronti di

ANIE - Federazione Nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche, rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Stefano Cassamagnaghi, Enrico Adriano Raffaelli, Paolo Todaro, con domicilio eletto presso Paolo Todaro Rucellai & Raffaelli in Roma, via Gregoriana, n. 5;

per la riforma delle seguenti sentenze del T.a.r. Lazio – Roma, sezione I:
quanto al ricorso n. 6426 del 2010: n. 3574/2010;

quanto al ricorso n. 6427 del 2010: n. 3578/2010;
quanto al ricorso n. 6429 del 2010: n. 3572/2010;
quanto al ricorso n. 6430 del 2010: n. 3573/2010;
quanto al ricorso n. 6432 del 2010: n. 3576/2010;
quanto al ricorso n. 6433 del 2010: n. 3575/2010;
quanto al ricorso n. 6569 del 2010: n. 3578/2010;
quanto al ricorso n. 6616 del 2010: n. 3576/2010;
quanto al ricorso n. 6635 del 2010: n. 3574/2010;
quanto al ricorso n. 6636 del 2010: n. 3573/2010;
quanto al ricorso n. 6638 del 2010: n. 3575/2010;
quanto al ricorso n. 6642 del 2010: n. 3577/2010;
quanto al ricorso n. 6649 del 2010: n. 3578/2010;
quanto al ricorso n. 6651 del 2010: n. 3572/2010;

tutte concernenti SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA PER
INTESA RESTRITTIVA DELLA CONCORRENZA NEL MERCATO
DELLA RACCOLTA E RICICLO DELLE BATTERIE AL PIOMBO
ESAUSTE

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione come da epigrafe;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 aprile 2011 il Cons. Rosanna De
Nictolis e uditi per le parti gli avvocati Borromeo, Caravita di Toritto, Cintioli,
Giampietro, Gorlani, Raffaelli, Sandulli, Tesauro, Torchia, e l'avvocato dello Stato
Fiorentino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

RIUNIONE DEGLI APPELLI

1. Preliminarmente va disposta la riunione dei quattordici appelli indicati in epigrafe, perché proposti avverso sentenze di identico contenuto, vertenti a loro volta sul medesimo provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora innanzi AGCM o Autorità).

IL PROVVEDIMENTO DELL'AGCM E LA SENTENZA DI PRIMO GRADO

2. A seguito di segnalazioni pervenute all'AGCM nel corso degli anni 2006 e 2007 (da parte di Ecovorbat, di IBS e di ANIE) in relazione a condotte asseritamente anticoncorrenziali tenute dal Consorzio obbligatorio batterie al piombo esauste e rifiuti piombosi (d'ora innanzi COBAT), l'Autorità nell'adunanza del 24 gennaio 2008 avviava un'istruttoria nei confronti di COBAT, e successivamente, in data 10 aprile 2008 estendeva il procedimento in senso oggettivo e soggettivo nei confronti di altre sei società operanti nel settore del riciclo delle batterie esauste.

In data 15 gennaio 2009 l'Autorità comunicava alle parti le risultanze istruttorie.

L'istruttoria evidenziava che a partire dal 2002 nei mercati della raccolta e del riciclaggio delle batterie al piombo esauste si erano verificati comportamenti restrittivi della concorrenza, tradottisi, da ultimo, in un aumento dei costi di produzione di batterie nuove al piombo.

Con provvedimento del 29 aprile 2009 n. 19814, a conclusione dell'istruttoria, l'Autorità ha deliberato che:

a) le condotte tenute da COBAT, mediante disposizioni contrattuali contenute nei contratti con i raccoglitori delle batterie esauste (clausola di esclusiva) e nei contratti con gli *smelters* (riciclatori) (ripartizione delle quote di batterie da assegnare e clausola di decurtazione), hanno disincentivato le attività di raccolta e riciclaggio

indipendenti rispetto a quelle amministrate dal Consorzio, determinando la compartimentazione dei mercati rilevanti e il mantenimento dello *status quo* sul mercato nazionale del riciclaggio e costituiscono violazione dell'art. 81 del Trattato CE (oggi art. 101 TFUE);

b) la condotta posta in essere dalle altre sei società parti del procedimento (*smelters*), realizzata anche nell'ambito dell'associazione di categoria "associazione imprese riciclo piombo da batterie – AIRPB", e posta in essere altresì dalla medesima associazione, consistente nella determinazione congiunta delle rispettive quote di approvvigionamento nonché nell'adozione di politiche comuni finalizzate ad evitare mutamenti delle condizioni commerciali che ne avrebbero ridotto le rilevanti entrate economiche, costituisce una violazione dell'art. 81 del Trattato CE (oggi art. 101 TFUE).

Conseguentemente, ai detti soggetti è stato ordinato di adottare misure atte a porre termine all'illecito entro novanta giorni dalla notificazione del provvedimento.

Infine, il citato provvedimento ha irrogato ai detti soggetti una sanzione amministrativa pecuniaria come segue:

COBAT 4.400.000 euro;

Ecobat s.p.a. 4.588.350 euro;

Ecolead s.p.a. 545.000 euro;

ESI-Ecological Scrap Industry s.p.a. 903.500 euro;

ME.CA. Lead Recycling s.p.a. 994.500 euro;

Piombifera Bresciana s.p.a. 1.306.500 euro;

Piomboghe s.r.l. 608.400 euro.

AIRPB 1000 euro.

3. Il provvedimento è stato impugnato, con separati ricorsi al Tar Lazio - Roma, da COBAT, e dalle sei società di riciclo delle batterie esauste.

I ricorsi sono stati accolti dal Tar Lazio – Roma, con sette sentenze di identico tenore (9 marzo 2010 nn. 3572, 3573, 3574, 3575, 3576, 3577 e 3578) che hanno annullato il provvedimento impugnato, in ordine all'*an* dell'illecito antitrust, con medesimi argomenti giuridici in relazione a tutti e sette i ricorsi di primo grado, con assorbimento consequenziale delle censure specifiche contenute nei singoli ricorsi in ordine *all'an* e al *quantum* della sanzione, e con compensazione delle spese di lite.

4. Attraverso una ricostruzione del quadro normativo di riferimento il Tar Lazio – Roma sostiene che:

- COBAT è un consorzio obbligatorio, avente natura di organismo di diritto pubblico, e operante in regime di monopolio legale, che non determina liberamente le proprie condotte;
- gli organismi di diritto pubblico sarebbero sottratti alla normativa antitrust *ex art.* 8, co. 2, l. n. 287/1990;
- per assoggettare COBAT, organismo di diritto pubblico, alla legislazione antitrust, l'Autorità avrebbe dovuto dimostrare il carattere imprenditoriale della sua attività;
- le condotte di COBAT sono state necessitate dalle sue finalità istituzionali, e segnatamente dal fine di tutela ambientale mediante raccolta e riciclo delle batterie al piombo esauste;
- essendo obbligatorio, da parte dei produttori di batterie al piombo, il conferimento delle batterie esauste al COBAT, ed essendo prevista per legge la partecipazione al COBAT degli *smelters* per quote proporzionali, sarebbe coerente da un lato che i raccoglitori di batterie fossero contrattualmente legati a COBAT da un vincolo di esclusiva, dall'altro lato che gli *smelters* ricevessero le batterie esauste per quote proporzionali alle loro quote di partecipazione al Consorzio, e fossero contrattualmente tenuti all'osservanza della clausola di decurtazione, che

comportava una decurtazione percentuale della quota delle batterie esauste ad essi spettante, se ritirassero batterie da soggetti diversi dal COBAT;

- le condotte di COBAT sarebbero state poste in essere in un arco temporale in cui il quadro normativo non prevedeva un'apertura alla concorrenza e legittimava il monopolio legale.

AMBITO DEGLI APPELLI E DEI RICORSI DI PRIMO GRADO RIEMERSI IN APPELLO. ORDINE DI ESAME

5. Le sentenze sono state appellate, come da epigrafe, dall'AGCM, dall'ANIE e dal Consorzio ECOVORBAT.

5.1. Va precisato, sul versante degli appelli, che:

a) AGCM ha appellato tutte e sette le sentenze;

b) Ecovorbat ha appellato solo la sentenza del Tar Lazio n. 3578/2010, resa nei confronti di COBAT;

c) ANIE ha appellato sei sentenze su sette, non avendo appellato la sentenza n. 3577 resa nei confronti di Ecolead.

5.2. Va ancora precisato, sul versante della posizione degli appellati, che si sono costituiti, nei rispettivi giudizi di interesse, sei dei sette appellati, e tutti hanno chiesto, subordinatamente all'accoglimento degli appelli principali, l'esame di tutti i motivi assorbiti in prime cure.

L'unico appellato che non si è costituito è Ecolead, nei cui confronti l'appello è stato proposto solo dall'Autorità (appello n. 6642/2010), nonostante che l'appello risulti ritualmente e tempestivamente notificato (nel domicilio eletto per il giudizio di primo grado), e depositato.

5.3. Pertanto, nell'ordine di esame delle questioni, si procederà ad esame degli appelli principali e, a seguire, all'esame dei singoli ricorsi di primo grado, in ordine alle specifiche censure rimaste assorbite.

LA LEGITTIMAZIONE AD APPELLARE IN CAPO AD ANIE

6. In via preliminare va esaminata l'eccezione, sollevata da Piombifera Bresciana s.p.a. in relazione all'appello n. 6432/2010 proposto da ANIE, di inammissibilità dell'appello.

Si assume che ANIE ha partecipato al giudizio di primo grado in qualità di interveniente *ad opponendum*. L'interveniente *ad opponendum* potrebbe appellare solo se titolare di una posizione giuridica autonoma suscettibile di essere lesa dalla sentenza appellata. Tanto non si verificherebbe nel caso di specie, in cui la sentenza appellata si riferisce a condotte poste in essere in passato in una cornice normativa diversa da quella odierna. L'interesse di cui si fa portatrice ANIE, cioè quello dei produttori a mettere in competizione le imprese di smaltimento, sarebbe inattuale nel mutato contesto normativo, che già assicurerebbe la concorrenza.

7. L'eccezione va respinta.

7.1. ANIE (Federazione Nazionale della Imprese Elettrotecniche ed Elettroniche) rappresenta oltre 900 imprese ripartite tra 11 associazioni federate e rappresentative di diversi settori industriali, tra cui quello della produzione di batterie al piombo. Le società associate ad ANIE rappresentano i principali produttori di batterie al piombo a livello nazionale. ANIE, in rappresentanza dei produttori di batterie al piombo, ha presentato una segnalazione all'Autorità in relazione alla condotta anticoncorrenziale di COBAT e degli *smelters* e in veste di denunciante ha partecipato al procedimento davanti all'Autorità (in cui è stata anche sentita in audizione finale).

7.2. Secondo la consolidata giurisprudenza di questo Consesso, il soggetto denunciante che partecipa al procedimento antitrust e ha un interesse qualificato avendo subito una lesione dei propri interessi, lesione imputabile alla condotta anticoncorrenziale, è un controinteressato in senso tecnico, che in quanto tale ha la

legittimazione e l'interesse ad impugnare in giudizio i provvedimenti "assolutori" dell'Autorità (di archiviazione della denuncia).

Ha osservato la giurisprudenza che sono impugnabili da parte di terzi controinteressati i c.d. provvedimenti negativi, con cui l'Autorità antitrust archivia una determinata denuncia o comunque rifiuta di intervenire, (tali provvedimenti o l'inerzia dell'Autorità non incidono in senso sfavorevole sulle imprese che hanno posto in essere il comportamento segnalato, poiché ne viene riconosciuta la liceità o espressamente o implicitamente omettendo di intervenire, ma possono incidere sulle posizioni di soggetti terzi, che assumono così la veste di controinteressati rispetto al comportamento consentito).

Rispetto a tali soggetti l'orientamento giurisprudenziale contrario al riconoscimento della legittimazione a ricorrere è stato definitivamente superato da questa Sezione, che ha precisato che il denunziante, in quanto tale, non è titolare di un interesse qualificato ad un corretto esame della sua denuncia, ma lo diventa solo quando dimostra di essere portatore di un interesse particolare e differenziato, che assume essere stato leso dalla mancata adozione del provvedimento repressivo; la legittimazione deriva allora non dalla qualità di denunciante, ma da quella di controinteressato (*ex plurimis* Cons. St., sez. VI, 23 luglio 2009 n. 4597; 9 giugno 2008 n. 2761; 21 marzo 2005 n. 1113; 3 febbraio 2005 n. 280; 14 giugno 2004 n. 3865).

7.3. Se, dunque, vi siano soggetti "controinteressati", in relazione ai procedimenti e provvedimenti antitrust, legittimati ad impugnare i "provvedimenti assolutori", ne deriva anche, quale logico corollario, che:

a) in caso di provvedimenti sanzionatori, i controinteressati, ove agevolmente individuabili, vanno evocati nel giudizio di impugnazione del provvedimento sanzionatorio;

b) i controinteressati non evocati in giudizio possono intervenire *ad opponendum*,

c) nel caso in cui il giudice di primo grado annulli un provvedimento sanzionatorio, il controinteressato si trova nella medesima posizione in cui si sarebbe trovato a fronte di un provvedimento *ab origine* assolutorio, e come ha la legittimazione e l'interesse a impugnare il provvedimento assolutorio, ha anche la legittimazione e l'interesse a proporre appello avverso la sentenza che annulla un provvedimento sanzionatorio.

7.4. Nel caso di specie:

a) la posizione di controinteressato ad ANIE è stata pacificamente riconosciuta dall'AGCM, che ne ha ammesso la partecipazione al procedimento amministrativo;

b) tale posizione è stata implicitamente riconosciuta nei giudizi di primo grado, atteso che: cinque dei sette ricorrenti in primo grado, hanno evocato in giudizio ANIE; solo Piombifera Bresciana ed Ecolead non hanno notificato il ricorso di primo grado ad ANIE, ma ANIE è intervenuta in primo grado *ad opponendum* e non sono sorte questioni sulla sua legittimazione e interesse ad intervenire;

c) ANIE non è mera denunciante, ma ha effettivamente una posizione di controinteressato in senso tecnico, rappresentando la categoria dei produttori delle batterie al piombo esauste, che assume di aver subito una lesione dalla condotta anticoncorrenziale del COBAT e degli *smelters*;

d) in caso di provvedimento assolutorio, pertanto, ANIE avrebbe avuto legittimazione e interesse ad impugnarlo;

e) nell'evenienza attuale, di provvedimento sanzionatorio annullato in prime cure, ANIE ha interesse a difendere il provvedimento sanzionatorio, e dunque a appellare la sentenza che lo ha posto nel nulla;

f) ANIE, pertanto, pur avendo formalmente, nel giudizio di primo grado promosso da Piombifera Bresciana la posizione di interveniente, è comunque controinteressata in senso tecnico, come tale avente pieno titolo ad appellare, senza incontrare i limiti che incontra ordinariamente l'appello dell'interveniente.

7.5. Va aggiunto che nemmeno può essere condivisa la tesi di Piombifera Bresciana secondo cui l'interesse di ANIE sarebbe venuto meno a seguito del mutato quadro normativo.

Ove anche, infatti, sia all'attualità cessata la condotta anticoncorrenziale per effetto del mutato quadro normativo, non perciò ne deriva il difetto di interesse in capo ad ANIE, non dovendosi tralasciare le possibili azioni risarcitorie che ANIE e i singoli produttori di batterie potrebbero intentare nei confronti di COBAT e degli *smelters* a seguito dell'accertamento dell'illiceità delle loro condotte pregresse.

I MOTIVI DEGLI APPELLI PRINCIPALI

8. Le censure contenute nei 14 atti di appello sono di analogo tenore e possono essere esaminate congiuntamente.

8.1. Tutti gli appelli contestano in radice la ricostruzione operata dal Tar Lazio – Roma, ritengono per converso corretta la ricostruzione contenuta nel provvedimento dell'Autorità, e osservano che il quadro normativo conduce a conclusioni radicalmente opposte a quelle prese dal Tar; in particolare:

- il quadro normativo non autorizzerebbe il COBAT a porre in essere condotte anticoncorrenziali;
- le condotte tenute dal COBAT non sarebbero state affatto necessarie per il perseguimento del suo fine istituzionale;
- a far data dal 2002 il quadro normativo era stato modificato in adeguamento al diritto comunitario, consentendosi l'operare, sul mercato, oltre che dei raccoglitori "incaricati" dal COBAT, anche dei raccoglitori "autorizzati", e consentendosi altresì la raccolta per l'esportazione. Pertanto il ruolo di COBAT non sarebbe più stato necessariamente quello di raccogliere e riciclare le batterie esauste acquisendone la proprietà, ma piuttosto quello di vigilare sul sistema di raccolta e smaltimento, non necessariamente gestendolo in proprio; in tale mutato assetto

normativo, COBAT non avrebbe potuto impedire ai raccoglitori di cedere direttamente le batterie esauste agli *smelters*, e dunque non avrebbe potuto prevedere né clausole di esclusiva nei contratti con i raccoglitori, né clausole di decurtazione nei contratti con gli *smelters*;

- il parere dato dall'Autorità nel 1999 nel senso che COBAT non fosse strumento restrittivo della concorrenza sarebbe stato espressamente ancorato alla situazione di fatto dell'epoca, in cui il prezzo del piombo era molto basso e il mercato non aveva un incentivo ad operare la raccolta e il riciclo delle batterie esauste; sin dal 1998, peraltro, il Consiglio di Stato aveva espresso il parere che la disciplina normativa violava il principio di libera circolazione delle merci, e in prosieguo nel 2002 vi erano state aperture alla concorrenza, per cui il COBAT non poteva ignorare che non poteva adottare condotte anticoncorrenziali.

IL CONTESTO NORMATIVO

9. Va anzitutto ricostruito il contesto normativo.

9.1. Il COBAT è stato istituito dall'art. 9-*quinquies*, d.l. n. 397/1988, conv. in l. n. 475/1988, al fine di assicurare il conseguimento dell'obiettivo, previsto come obbligatorio dalla medesima disposizione, della raccolta e dello smaltimento mediante riciclaggio delle batterie al piombo esauste.

Il Consorzio è stato configurato dalla legge istitutiva come:

- obbligatorio;
- dotato di personalità giuridica di diritto privato;
- senza scopo di lucro;
- retto da uno statuto approvato con decreto del Ministro dell'ambiente;
- fruente di finanziamento pubblico, mediante un “*sovrapprezzo di vendita sulle batterie*”, in prosieguo divenuto “*contributo ambientale sulla vendita delle batterie*” (co. 7 dell'art. 9-*nonies*, testo originario: “*Al fine di assicurare al consorzio i mezzi finanziari per*

lo svolgimento dei propri compiti è istituito un sovrapprezzo di vendita delle batterie in relazione al contenuto a peso di piombo da applicarsi da parte dei produttori e degli importatori delle batterie stesse, con diritto di rivalsa sugli acquirenti in tutte le successive fasi della commercializzazione. I produttori e gli importatori verseranno direttamente al consorzio i proventi del sovrapprezzo”; co. 7 dell’art. 9-nonies, come novellato dal d.lgs. n. 152/2006: “Al fine di assicurare al consorzio i mezzi finanziari per lo svolgimento dei propri compiti è istituito un contributo ambientale sulla vendita delle batterie in relazione al contenuto a peso di piombo da applicarsi da parte di tutti i produttori e gli importatori che immettono le batterie al piombo nel mercato italiano, con diritto di rivalsa sugli acquirenti in tutte le successive fasi della commercializzazione. I produttori e gli importatori versano direttamente al consorzio i proventi del contributo ambientale”).

9.2. Al COBAT la legge istitutiva ha attribuito i seguenti compiti:

- a) assicurare la raccolta delle batterie al piombo esauste e dei rifiuti piombosi e organizzare lo stoccaggio;
- b) cedere i prodotti di cui alla lettera a) alle imprese che ne effettuano lo smaltimento tramite il riciclaggio;
- c) assicurare l'eliminazione dei prodotti stessi, nel caso non sia possibile o economicamente conveniente il riciclaggio, nel rispetto delle disposizioni contro l'inquinamento;
- d) promuovere lo svolgimento di indagini di mercato e azioni di ricerca tecnico-scientifica per il miglioramento tecnologico del ciclo di smaltimento.

Il d.lgs. n. 152/2006 ha aggiunto l'ulteriore compito di:

d-bis) promuovere la sensibilizzazione dell'opinione pubblica e dei consumatori sulle tematiche della raccolta e dell'eliminazione delle batterie al piombo esauste e dei rifiuti piombosi.

9.3. E' stata prevista la partecipazione obbligatoria al Consorzio di:

- a) le imprese che effettuano il riciclo delle batterie al piombo esauste e dei rifiuti piombosi mediante la produzione di piombo secondario raffinato od in lega;
- b) le imprese che svolgono attività di fabbricazione oppure di importazione di batterie al piombo;
- c) le imprese che effettuano la raccolta delle batterie al piombo esauste e dei rifiuti piombosi;
- d) le imprese che effettuano la sostituzione e la vendita delle batterie al piombo.

Le quote di partecipazione dei singoli soci, nell'ambito di ciascuna categoria, sono state disciplinate

dal d.lgs. n. 152/2006 che ha inserito un co. 3-*bis* nel testo originario:

- a) per le imprese di riciclo di cui alla lett. a) del co. 3 sono determinate in base al rapporto fra la capacità produttiva di piombo secondario del singolo soggetto consorziato e quella complessiva di tutti i consorziati appartenenti alla stessa categoria;
- b) per le imprese che svolgono attività di fabbricazione, oppure d'importazione delle batterie al piombo di cui alla lett. b) del co. 3, sono determinate sulla base del contributo ambientale versato al netto dei rimborsi;
- c) le quote di partecipazione delle imprese e loro associazioni di cui alle lett. c) e d) del co. 3 del presente articolo sono attribuite alle associazioni nazionali dei raccoglitori di batterie al piombo esauste, in proporzione ai quantitativi conferiti al Consorzio dai rispettivi associati, e alle associazioni dell'artigianato che installano le batterie di avviamento al piombo.

La versione originaria della disposizione prevedeva invece le quote di partecipazione senza distinzione di categoria, stabilendo che le quote di partecipazione sono determinate in base al rapporto tra la capacità produttiva di piombo secondario di ciascun consorziato e la capacità produttiva complessiva di tutti i consorziati, installata nell'anno precedente.

9.4. Il testo originario dell'art. 9-*quinquies* prevedeva un obbligo incondizionato di conferimento delle batterie al piombo esauste al Consorzio, o in via diretta, o tramite raccoglitori incaricati. Disponeva infatti il testo originario del co. 6: “a decorrere dalla scadenza del termine di novanta giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto ministeriale di approvazione dello statuto del consorzio, chiunque detiene batterie al piombo esauste o rifiuti piombosi è obbligato al loro conferimento al consorzio direttamente o mediante consegna a soggetti incaricati del consorzio”.

9.5. In prosieguo, con la legge comunitaria per il 2001 (l. n. 39/2002), al fine di chiudere una procedura di infrazione comunitaria, la previsione è stata modificata consentendo sia il conferimento delle batterie a raccoglitori solo “autorizzati” sia l'esportazione. Il testo del co. 6, come modificato, dispone, infatti, che “*A decorrere dalla scadenza del termine di novanta giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto ministeriale di approvazione dello statuto del consorzio, chiunque detiene batterie al piombo esauste o rifiuti piombosi è obbligato al loro conferimento al consorzio direttamente o mediante consegna a soggetti incaricati del consorzio o autorizzati, in base alla normativa vigente, a esercitare le attività di gestione di tali rifiuti. L'obbligo di conferimento non esclude la facoltà per il detentore di cedere le batterie esauste ed i rifiuti piombosi ad imprese di altro Stato membro della Comunità europea*”.

Peraltro, la problematica era ben nota al COBAT già in precedenza, atteso che già nel 1998 il Consiglio di Stato in sede consultiva (Cons. St., sez. II, 2 dicembre 1998 n. 1527) aveva espresso il parere che l'art. 9-*quinquies*, d.l. n. 39/1988 fosse da disapplicare perché in contrasto con i principi di libera circolazione delle merci e dei servizi posti dal trattato di Roma, nonché di libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost., e che, in particolare, fosse da disapplicare l'obbligo di conferimento al COBAT o a raccoglitori incaricati, e che, per l'effetto, le imprese

private non «incaricate», dotate dei requisiti *ex lege*, sono legittimate ad operare nel mercato, attuando raccolta e smaltimento.

9.6. In ulteriore prosieguo, il d.lgs. n. 152/2006 aveva previsto la possibilità di istituire altri consorzi per la raccolta e il riciclo delle batterie esauste (art. 235).

9.7. Successivamente con il d.lgs. n. 4/2008, il legislatore ripristinava il sistema COBAT.

9.8. Infine, il d.lgs. n. 188/2008 abrogava il sistema del Consorzio unico obbligatorio e, per l'effetto, sia l'art. 9-*quinquies*, d.l. n. 397/1988 sia l'art. 235, d.lgs. n. 152/2006.

Nel nuovo sistema normativo di raccolta e smaltimento delle batterie esauste, il COBAT *“è considerato uno dei sistemi di raccolta e di trattamento di cui agli articoli 6, 7 e 10, e continua a svolgere la propria attività conformandosi alle disposizioni del presente decreto”*.

L'ILLECITO ANTICONCORRENZIALE IMPUTATO

10. Le condotte contestate dall'Autorità al COBAT sono consistite:

- nell'instaurare un rapporto di esclusiva con i raccoglitori incaricati;
- nell'instaurare un rapporto di esclusiva di fatto con gli *smelters*, fissando le quantità di batterie esauste da conferire a ciascun operatore;
- nell'inserimento nei rapporti contrattuali instaurati da COBAT con gli *smelters* della cd. clausola di decurtazione;
- nell'ostacolare l'accesso di nuovi operatori a COBAT, dando luogo ad un'artificiale chiusura del sistema nel suo complesso.

In particolare nei rapporti contrattuali instaurati da COBAT con i raccoglitori incaricati è stato censurato dall'Autorità l'obbligo contrattuale per questi ultimi di conferire l'intero quantitativo di batterie raccolte al COBAT e il divieto per gli stessi raccoglitori incaricati di conferire le batterie esauste raccolte a soggetti diversi dal Consorzio, pena la rescissione del contratto ed il risarcimento di eventuali

danni materiali causati al COBAT (art. 2.4 e art. 15 del CCR contratto COBAT - raccoglitori).

Nei rapporti contrattuali instaurati da COBAT con gli *smelters* l'Autorità ha censurato, in particolare:

- la determinazione, in ambito COBAT, del quantitativo di batterie cedute dal Consorzio al singolo *smelter* in misura proporzionale alla capacità produttiva del singolo operatore (art. 2.1 del CCS, contratto COBAT - *smelters*);
- la decurtazione del quantitativo di batterie cedute al singolo *smelter* in ragione delle quantità direttamente acquistate o comunque ricevute, anche in conto lavorazione, dallo *smelter* (art. 2.2 del CCS).

Le disposizioni contrattuali di cui ai contratti con i raccoglitori e gli *smelters* sarebbero state preordinate a restringere la concorrenza sotto vari punti di vista, in quanto avrebbero:

- disincentivato la formazione di sistemi di raccolta autonomi e paralleli al COBAT stesso;
- disincentivato attività di riciclo indipendenti rispetto a quelle amministrare dal Consorzio;
- determinato, di fatto, il mantenimento dello *status quo* sul mercato nazionale del riciclo.

Attraverso tali disposizioni contrattuali il COBAT avrebbe reso poco conveniente la modalità commerciale del “conto lavorazione”, il ricorso alla quale avrebbe permesso ai produttori di batterie nuove di pagare il solo servizio di riciclaggio. Invece tramite il sistema COBAT era previsto il passaggio di proprietà al raccoglitore, poi al Consorzio e infine allo *smelter*, in cui il prezzo di cessione era commisurato al prezzo della materia prima (LME), oggetto di costanti rialzi sul mercato internazionale a partire dal 2002. Al termine della catena di riciclo gestita dal COBAT, gli *smelters* potevano rivendere sul mercato il materiale riciclato, al

prezzo della materia prima. Pertanto, la mancata possibilità di attivare modalità alternative di destinazione al riciclaggio delle batterie esauste (tra cui il conto lavorazione), ha comportato prezzi più alti pagati dai produttori, con conseguenti ripercussioni sui prezzi delle batterie nuove per i consumatori finali.

L'istruttoria condotta dall'AGCM ha fatto inoltre emergere che il COBAT, mediante l'esclusività della gestione del ciclo di raccolta e di recupero delle batterie esauste, aveva nel tempo accumulato ingenti riserve a bilancio, che non si sono tuttavia tradotte in una riduzione del contributo ambientale pagato dai clienti finali di batterie nuove al piombo.

L'Autorità ha accertato una seconda intesa posta in essere direttamente tra gli *smelters*, i quali, “anche attraverso l'associazione di categoria AIRPB, hanno determinato in modo congiunto le rispettive quote di mercato, nonché più in generale osteggiato qualsiasi tentativo di addivenire, in sede consortile, a mutamenti delle condizioni commerciali i quali, in un contesto caratterizzato da quotazioni particolarmente elevate del piombo sull'LME (*London Metal Exchange*), avrebbero innescato dinamiche concorrenziali tra gli stessi *smelters*”.

MERCATO RILEVANTE E PRODOTTO

11. Avuto riguardo al quadro normativo come sopra ricostruito, il provvedimento dell'AGCM è esente da vizi.

11.1. Immune da vizi è anzitutto la individuazione del mercato rilevante e del prodotto. Se, in astratto, e secondo una nozione merceologica, le batterie al piombo esauste non sono un “prodotto” ma un “rifiuto pericoloso”, è anche vero che in concreto, anche a causa dell'aumento del costo del piombo, tale “rifiuto” è divenuto un bene contendibile sul mercato, oggetto di scambio, mediante la raccolta e la successiva vendita agli *smelters*. Correttamente va pertanto qualificato “prodotto” oggetto di un mercato di scambio.

SULLA NATURA GIURIDICA DI COBAT E SUI SUOI OBBLIGHI DI RISPETTO DELLA DISCIPLINA ANTITRUST

12. Occorre poi soffermarsi sulla natura di COBAT e sulla sua idoneità ad essere soggetto destinatario della normativa antitrust.

L'assunto difensivo in prime cure muoveva infatti dalla configurazione del Consorzio come organismo di diritto pubblico (secondo quanto affermato dal precedente Tar Lazio – Roma, sez. II-*bis* 9 maggio 2001 n. 4034). Da tale qualificazione si asserisce che deriverebbe la conseguenza che COBAT non rientrerebbe nell'ambito della disciplina antitrust, riferita alle "imprese" (private o pubbliche) (art. 8, l. n. 287/1990).

La tesi, basata sul puro dato letterale, secondo cui l'organismo di diritto pubblico non rientrerebbe nel campo di applicazione della disciplina antitrust è smentita dalla costante giurisprudenza nazionale e comunitaria.

Secondo la giurisprudenza della C. giust. CE, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica consistente nell'offerta di beni o servizi sul mercato, indipendentemente dallo statuto giuridico e dalle modalità di finanziamento, o dalla sussistenza o meno del fine di lucro.

In termini, si ricorda il precedente del Consorzio per la tutela del formaggio "Grana Padano" e della società di Certificazione della qualità alimentare, in relazione ai quali la Corte di cassazione ha osservato che le attività svolte da tali soggetti per le certificazioni di conformità del prodotto e per i controlli volti a prevenire abusi rispetto alle prescrizioni del regolamento CE n. 2081 del 1992, in quanto rientranti nei compiti essenziali dello Stato in materia di alimentazione e, quindi, nell'ambito dei servizi economici di carattere generale, sono riconducibili all'esercizio privato di pubbliche funzioni e cioè ad attività di diritto pubblico, per le quali si è, formalmente, fuori dall'ambito di applicazione della normativa antitrust, la quale presuppone, ai sensi dell'art. 8, co. 1, l. n. 287/1990, che l'abuso

di posizione dominante o le intese restrittive della concorrenza avvengano nello svolgimento dell'attività di impresa. Tuttavia, poiché l'esenzione prevista dal co. 2 dell'art. 8 per le imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale, opera limitatamente "a tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati", qualora le summenzionate attività svolte da soggetti privati, pur se autoritative, devino dallo scopo istituzionale per cui quelle pubbliche funzioni sono state conferite, viene meno il nesso funzionale con il carattere non economico dell'attività posta in essere, la quale rientra a pieno titolo nell'ambito dell'attività di impresa, con conseguente applicazione della disciplina a tutela della concorrenza di cui alla l. n. 287/1990. (Nella fattispecie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata per avere omissis di considerare che le determinazioni assunte dal Consorzio sopra citato attraverso apposite "linee guida", ritenute da un produttore di formaggio restrittive alla libertà di concorrenza in quanto limitative alla propria capacità produttiva, introducevano arbitrariamente standard di qualità non previsti dal regolamento comunitario citato nonché il contingentamento della produzione che esulava dalle proprie funzioni di vigilanza e, pertanto, non potevano essere considerate come espressione dell'attività svolta *iure imperii*, ma come attività economica rientrante nella previsione degli art. 2 e 3, l. n. 287/1990 e costituente pratica anticoncorrenziale illecita) (Cass., sez. I, 10 gennaio 2008 n. 355).

Anche la giurisprudenza amministrativa e comunitaria hanno già statuito che la qualificazione di un soggetto come organismo di diritto pubblico non determina di per sé l'esonero dal rispetto delle regole della concorrenza, se in fatto tale soggetto abbia agito come operatore economico (Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2007 n. 550, secondo cui è immune da censura la valutazione dell'AGCM che, pur ravvisando nella Cassa depositi e prestiti s.p.a. la permanenza di indubbi profili pubblicistici, ha ugualmente riscontrato nella gestione separata, dopo l'ingresso

delle fondazioni bancarie, una finalità di profitto che non si conciliava con il perseguimento dei fini generali di cui al regolamento CE 139/04), e che un soggetto può contemporaneamente svolgere attività economiche rilevanti a fini antitrust accanto ad attività di natura pubblicistica (C. giust. CE 26 marzo 2009 C-113/07, *Selex*; C. giust. CE, 12 settembre 2000 C-180/98, *Pavlov*).

Non va trascurato che per il diritto comunitario è operatore economico un qualsivoglia soggetto, pubblico o privato, che offre beni o servizi sul mercato, anche se non ha istituzionalmente fine di lucro (direttiva 2004/18/CE; C. giust. CE, 23 dicembre 2009 C-305/08, *Conisma*).

Lo stesso precedente del Tar Lazio – Roma n. 4034/2001, pur qualificando il COBAT come organismo di diritto pubblico, afferma che il Consorzio non è esonerato dal rispetto del canone di cui all'art. 8, co. 2, l. n. 287/1990, che vieta al monopolista legale condotte anticoncorrenziali che non siano strettamente necessarie per la sua missione.

Non rileva, pertanto, l'astratta configurabilità di COBAT come organismo di diritto pubblico, dovendosi verificare in concreto il modo in cui esso ha operato e in particolare dovendosi verificare se, al di là del fine istituzionale di interesse generale non avente carattere commerciale, in concreto non abbia agito secondo criteri imprenditoriali, deviando dal perseguimento "neutrale" del fine istituzionale.

13. Se dunque in astratto può condividersi l'assunto che al momento della sua istituzione COBAT potesse avere i requisiti dell'organismo di diritto pubblico (personalità giuridica, finanziamento pubblico tramite il sovrapprezzo sulle batterie, fine di interesse generale non commerciale), operante in regime di monopolio legale, è indubbio che:

a) l'assenza di fine di lucro è stata normativamente circoscritta a COBAT, non anche ai raccoglitori e agli *smelters* consorziati, che hanno svolto la loro attività a

fine di lucro, conseguendo un profitto grazie al contributo ambientale, anche in fasi economiche connotate dal prezzo del piombo basso;

b) in secondo luogo, l'aumentato prezzo del piombo in concomitanza con i meccanismi concreti di raccolta e riciclo posti in essere da COBAT, hanno procurato a COBAT ingenti profitti, al di là del fine istituzionale non lucrativo;

c) dall'altro lato a partire dal 2002 il legislatore italiano ha previsto aperture alla concorrenza in relazione al mercato della raccolta e riciclo delle batterie al piombo esauste.

In virtù del primo elemento suindicato, COBAT, ancorché soggetto non a fine di lucro, ha consorziato soggetti, i raccoglitori, gli *smelters*, i produttori, che si sono sempre mossi in una logica di profitto.

In virtù degli altri detti due elementi COBAT ha iniziato ad operare in un mercato remunerativo in cui il fine di interesse generale di tutela ambientale da perseguirsi mediante raccolta e riciclo delle batterie esauste ha assunto connotati di natura commerciale.

14. Al 2002 era inoltre mutato il prezzo di mercato del piombo, rispetto al momento istitutivo di COBAT, con un balzo in avanti che aveva reso remunerativa l'attività di raccolta e riciclo delle batterie, attività che inizialmente non era tale a causa del basso prezzo del piombo.

Vi era dunque un mercato della raccolta e riciclo delle batterie esauste, in cui COBAT veniva a trovarsi in posizione di (potenziale) concorrenza con altri operatori, e nel quale l'attività di COBAT ha prodotto profitto.

Sicché al di là del dato formale normativo (che prevede l'assenza di fine di lucro di COBAT), il COBAT si è trovato ad operare come impresa in posizione di monopolio legale, che ha conseguito dalla sua attività profitti.

Tali dati si evincono con chiarezza dal provvedimento dell'AGCM, sicché si deve affermare che l'Autorità ha fornito elementi esaustivi e convincenti del carattere

imprenditoriale dell'attività di COBAT, contrariamente a quanto sostenuto dalla sentenza di primo grado.

Peraltro, neppure era indispensabile dimostrare quale fosse la natura giuridica di COBAT, atteso che ciò che rileva è che risultano dimostrate condotte anticoncorrenziali consapevolmente adottate all'interno di un Consorzio di imprese in cui tra le varie componenti (e segnatamente tra i produttori e gli *smelters*) vi era una forte conflittualità, dovuta alle modalità di conferimento delle batterie, che si traduceva in un vantaggio economico per gli *smelters* e in uno svantaggio per i produttori (v. parr. 88, 80, 90, e parr. da 239 a 243 del provvedimento impugnato).

IN PARTICOLARE SULLA NECESSITA' E PROPORZIONALITA' O
MENO DELLE CONDOTTE DI COBAT RISPETTO ALLA SUA MISSIONE

15. L'aver agito COBAT come impresa ha per conseguenza, come correttamente osservato dall'Autorità, l'assoggettamento all'art. 8, co. 2, l. n. 287/1990, a tenore del quale la disciplina antitrust non si applica "alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati".

E' utile evidenziare che proprio l'invocato precedente del Tar Lazio – Roma, n. 4034/2001, che ha qualificato COBAT come organismo di diritto pubblico, lo ha ritenuto assoggettato all'art. 8, co. 2, l. n. 287/1990, affermando, testualmente: *"la gestione dei servizi di cui trattasi – pur potendo essere esercitata anche in una situazione di monopolio – debba rapportarsi agli ambiti applicativi del già citato art. 8, c. 2, l. n. 287/1990, limitandosi a "quanto strettamente connesso agli specifici compiti", affidati alle imprese di cui si discute"*.

16. Secondo l'interpretazione data alla disposizione in commento, essa introduce una deroga al principio generale della piena applicazione delle norme a tutela della concorrenza alle imprese pubbliche e private, applicabile alle sole imprese che esercitino la gestione di servizi di interesse economico generale, ovvero operino in regime di monopolio legale, ma comunque limitatamente a quanto "strettamente necessario per la missione affidata", senza che siffatta condizione possa diventare un alibi per condotte anticoncorrenziali che vadano oltre la "stretta necessità" (Cons. St., sez. VI, 11 aprile 2006 n. 1999, *ETI- Ente Tabacchi italiani*, secondo cui la normativa antitrust non può trovare applicazione solo se una condotta anticoncorrenziale sia imposta agli operatori da una legge nazionale, o questa comunque crei un contesto giuridico suscettibile di per sé stesso di eliminare ogni possibilità di comportamento concorrenziale da parte loro; Cons. St., sez. VI, 21 settembre 2005 n. 4911, secondo cui il regime pubblicistico concessorio è operante solo in quanto strettamente necessario all'adempimento della specifica missione affidata all'impresa beneficiaria di un diritto speciale e non per garantire ad essa una rendita privilegiata di remuneratività della sua posizione di concessionaria; pertanto, in materia di autolinee, il concetto di finitimità di un'autolinea preesistente, atto a costituire titolo preferenziale in sede di concessione di una nuova autolinea, va configurato in modo da escluderne l'applicazione oltre lo stretto necessario; Id., 4 gennaio 2002 n. 33, *Aeroporti di Roma*, secondo cui fatta eccezione per i comportamenti imposti dall'amministrazione, l'impresa concessionaria della gestione di una struttura aeroportuale è assoggettata al divieto di abusare della sua posizione dominante, in relazione al mercato dei servizi di *handling*).

17. Non osta all'applicabilità dell'art. 8, co. 2, l. n. 287/1990 al COBAT la circostanza che si tratti di un Consorzio obbligatorio e che il suo statuto sia soggetto a controllo ministeriale.

Infatti la circostanza dell'obbligatorietà legislativa non necessariamente ha come conseguenza indefettibile che le condotte in concreto poste in essere siano giuridicamente necessitate per presunzione assoluta, dovendosi piuttosto verificare caso per caso se le condotte tenute da un Consorzio obbligatorio siano o meno giuridicamente necessitate.

La giurisprudenza si è già occupata di Consorzi obbligatori (Consorzio italiano fiammiferi CIF), andando a verificare in concreto se la normativa (che nella specie prevedeva la fissazione dei prezzi di vendita da parte dello Stato e obbligava un consorzio di imprese a ripartire la produzione di fiammiferi tra le consorziate) creasse o meno, per sua natura, una situazione tale da escludere a priori ogni possibilità di confronto concorrenziale.

Nel caso CIF, la C. giust. CE ha statuito che in presenza di comportamenti d'impresa in contrasto con l'art. 81, n. 1, Trattato CE, che sono imposti o favoriti da una normativa nazionale che ne legittima o rafforza gli effetti, con specifico riguardo alla determinazione dei prezzi e alla ripartizione del mercato, l'autorità nazionale preposta alla tutela della concorrenza:

- ha l'obbligo di disapplicare tale normativa nazionale;
- non può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati loro imposti dalla detta normativa nazionale;
- può infliggere sanzioni alle imprese interessate per i loro comportamenti successivi alla decisione di disapplicare la predetta normativa nazionale, una volta che la decisione sia diventata definitiva nei loro confronti;
- può comunque infliggere sanzioni alle imprese interessate anche per comportamenti pregressi qualora questi siano stati semplicemente facilitati o incoraggiati dalla normativa nazionale, pur dovendo tenere in debito conto le specificità del contesto normativo nel quale le imprese hanno agito (C. giust. CE 9 settembre 2003 C-198/2001).

Nel caso specifico del CIF il giudice nazionale, facendo applicazione di tali coordinate, ha escluso che la legislazione non lasciasse margini di scelta, e ha ritenuto legittimo il provvedimento con cui l'AGCM aveva qualificato come fattispecie anticoncorrenziali le delibere consortili e gli accordi che avevano determinato le modalità e i meccanismi di ripartizione della produzione tra le imprese, in modo da limitare la concorrenza al di là di quanto implicasse la legislazione vigente (Tar Lazio, sez. I, 6 ottobre 2004 n. 10325).

In definitiva, la previsione legale di un Consorzio obbligatorio non è per presunzione assoluta in contrasto con il diritto della concorrenza, e non determina per presunzione assoluta condotte necessitate del Consorzio, imponendosi piuttosto una verifica caso per caso; a seguito di tale verifica:

- a) le condotte anticoncorrenziali imposte dalla legge non sono sanzionabili, salva la diversa questione della disapplicazione della legge in contrasto con il diritto comunitario e la segnalazione della disfunzione normativa da parte dell'Autorità al Parlamento ai sensi dell'art. 21, l. n. 287/1990;
- b) le condotte anticoncorrenziali facilitate o incoraggiate dalla legge sono sanzionabili, pur dovendo tenere in debito conto le specificità del contesto normativo nel quale le imprese hanno agito;
- c) a maggior ragione sono sanzionabili le condotte anticoncorrenziali che non sono imposte, né facilitate o incoraggiate dalla legge.

18. La ritenuta assoggettabilità di COBAT all'art. 8, co. 2, l. n. 287/1990 impone allora la verifica se le condotte da esso poste in essere fossero "strettamente necessarie" per la gestione del servizio di interesse economico generale, alla luce del quadro normativo di riferimento.

Anticipando le conclusioni all'analisi, il Collegio ritiene corretta la ricostruzione condotta dall'Autorità, da cui si evince che:

- a) le condotte anticoncorrenziali di COBAT non erano imposte dalla legge;

b) le condotte anticoncorrenziali di COBAT non erano neppure facilitate o incoraggiate dalla legge;

c) le condotte anticoncorrenziali di COBAT non erano strettamente necessarie per perseguire i suoi fini istituzionali, e pertanto erano sanzionabili.

19. Il mutato contesto normativo ha comportato una modifica del ruolo istituzionale originario del COBAT. E' condivisibile l'assunto dell'Autorità secondo cui il COBAT, rispetto al ruolo iniziale di gestore diretto della raccolta e riciclo (mediante acquisto della proprietà delle batterie dai raccoglitori e rivendita agli *smelters*) ha assunto "un ruolo di mero controllore del passaggio di batterie dai raccoglitori ai diversi impianti di smaltimento, al fine di verificare se i primi effettivamente conferiscano le batterie esauste agli *smelters* in modo che le quantità lavorate da ciascuno di essi corrispondano a quelle formalmente determinate dal Consorzio, ma di fatto determinate dagli *smelters* stessi".

Sicché, la circostanza che il COBAT fosse un consorzio obbligatorio per legge, nel mutato contesto normativo non comportava che tutte le sue condotte fossero necessitate e che non vi fosse un margine per autonome decisioni.

Persino l'originario contesto normativo non giustificava di per sé deroghe alla concorrenza che non fossero strettamente necessarie: infatti il legislatore, nel rendere obbligatorie le attività raccolta e il riciclo delle batterie esauste, le ha rese economicamente appetibili dotando COBAT dei mezzi economici per pagare raccoglitori e *smelters*, tramite il contributo ambientale. Sicché COBAT aveva gli strumenti per muoversi secondo logiche concorrenziali.

In definitiva il fine di tutela ambientale poteva essere perseguito anche senza un ruolo di COBAT come gestore diretto, acquirente e rivenditore delle batterie, bensì attraverso un ruolo di controllore degli operatori della raccolta e del riciclo.

Più a monte, *ab origine* il legislatore ha assegnato a COBAT il risultato da raggiungere (la tutela ambientale mediante raccolta e riciclo delle batterie esauste),

ma non ha previsto modalità attuative vincolanti, sicché residuava per COBAT un ampio margine per adottare modalità che non sacrificassero oltre un ragionevole limite la concorrenza.

20. Né le condotte di COBAT erano necessitate dal suo statuto, sicché rimane irrilevante la circostanza che lo statuto di COBAT fosse stato sottoposto ad approvazione ministeriale.

21. Che le condotte poste in essere da COBAT e contestate dall’Autorità, non fossero connesse all’adempimento dei compiti istituzionali del Consorzio, rispetto ai quali erano strumenti non necessari né proporzionati, si evince all’evidenza dal quadro normativo:

a) a partire dal 2002 non erano più contemplati solo i raccoglitori “incaricati” ma anche quelli “autorizzati” ed erano inoltre consentite le esportazioni di batterie esauste;

b) dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 152/2006 e per circa due anni, erano stati previsti consorzi facoltativi per la raccolta e smaltimento delle batterie esauste, in concorrenza con COBAT.

22. In tale contesto normativo, pertanto, i raccoglitori non potevano essere obbligati ad avere un vincolo di esclusiva con COBAT, atteso che tale vincolo di esclusiva avrebbe potuto avere un nesso di strumentalità necessaria con il fine istituzionale di COBAT solo in un contesto di indefettibile conferimento obbligatorio delle batterie esauste al COBAT, direttamente o tramite raccoglitori incaricati.

Ma in un contesto in cui il conferimento delle batterie esauste poteva avvenire anche (i) ai raccoglitori autorizzati; (ii) a imprese di altri Stati dell’UE; (iii) a consorzi facoltativi, le clausole di esclusiva non erano necessarie a fini istituzionali e si colorano come anticoncorrenziali.

23. Né può condividersi l'assunto difensivo, sostenuto in prime cure, secondo cui la clausola di esclusiva avrebbe una spiegazione alternativa lecita, sotto il profilo che i raccoglitori incaricati, a differenza degli autorizzati, erano stati scelti con procedura selettiva e avevano una serie di obblighi inerenti la raccolta su richiesta di COBAT, anche in aree in cui la raccolta non fosse remunerativa, sicché si comprenderebbe sia la clausola di esclusiva, sia il migliore trattamento economico, volti ad assicurare il puntuale adempimento degli obblighi assunti e, in particolare per assicurare una rete di raccolta capillare anche nelle zone a bassa concentrazione di raccolta del rifiuto.

Tale assunto trascura che in base al diritto antitrust è vietato “applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza” (art. 2, co. 2, lett. d), l. n. 287/1990): sicché, il corrispettivo per la raccolta delle batterie esauste avrebbe dovuto essere lo stesso, trattandosi di prestazione equivalente, salvo a prevedere un autonomo e separato corrispettivo per eventuali prestazioni aggiuntive.

L'assunto trascura inoltre che la tematica della disparità di trattamento di raccoglitori incaricati e autorizzati era già stata stigmatizzata dal giudice amministrativo (Tar Lazio – Roma, n. 4034/2001), sicché il COBAT non poteva ignorare il carattere anticoncorrenziale della sua condotta. Tale precedente afferma, infatti che:

- a) i detentori delle batterie esauste non possono essere obbligati al conferimento solo al consorzio (in via diretta o tramite i raccoglitori incaricati), potendo conferirli anche ai raccoglitori autorizzati;
- b) le esigenze segnalate dal consorzio, circa la raccolta “anche in condizioni di mercato stagnante e in ribasso”, ovvero per quantità di rifiuti anche minime o da prelevare in località decentrate, possono – invece – giustificare l'assegnazione di

incarichi da parte del consorzio stesso, per coprire integralmente le aree interessate dalla presenza dei rifiuti di cui trattasi, in qualsiasi condizione o in via integrativa;

c) detti incarichi vanno assegnati mediante “accordi contrattuali flessibili ed in nessun caso preclusivi della concorrenza, ovvero senza le limitazioni” derivanti dal mancato intervento sui “criteri di determinazione del compenso per il servizio di raccolta e per il valore delle batterie recuperate, rendendo non remunerativo il servizio stesso e di fatto continuando a precludere l’attività imprenditoriale di soggetti autorizzati alla raccolta, che non siano i predetti incaricati del consorzio”.

Di tale problematica il COBAT era a conoscenza come emerge dalle risultanze istruttorie, da cui si evince che si dibatteva, in seno a COBAT, nel corso del 2007, della necessità di rivedere il contratto con i raccoglitori.

24. Nel suddetto contesto normativo, inoltre, non poteva prevedersi una clausola di decurtazione nei contratti con gli *smelters*, che comportava la sottrazione alla quota assegnata dei quantitativi di batterie pervenuti agli *smelters* per altra via, anche in conto lavorazione. Tale clausola aveva l’effetto di una fidelizzazione degli *smelters*, in un quadro in cui gli stessi avrebbero potuto approvvigionarsi di batterie esauste direttamente dai raccoglitori, o tramite consorzi diversi dal COBAT.

Inoltre tale clausola, incentivando l’acquisto delle batterie in proprietà tramite il COBAT, in danno del meccanismo del “conto lavorazione”, si è tradotta nella preferenza di un meccanismo più vantaggioso economicamente per COBAT e *smelters*, ma più costoso per i produttori di batterie e in definitiva per i consumatori finali acquirenti.

24.1. Né è condivisibile l’assunto, che emerge dai ricorsi di primo grado, secondo cui l’unica modalità di raccolta e smaltimento consentita (anzi, imposta) dalla legge, sarebbe quella che vede il COBAT come acquirente e rivenditore delle batterie esauste, e secondo cui il “conto lavorazione” sarebbe stato *contra legem*.

Dal quadro normativo si evince una missione del COBAT indicata in termini finalistici, senza alcun dettaglio sulle modalità concrete; nessuna disposizione di legge imponeva che COBAT diventasse proprietario delle batterie esauste, e che solo COBAT potesse cederle in proprietà agli *smelters*.

L'art. 9-*quinquies*, d.l. n. 397/1988 assegna al COBAT i compiti di “a) assicurare la raccolta delle batterie al piombo esauste e dei rifiuti piombosi e organizzare lo stoccaggio” e di “b) cedere i prodotti di cui alla lettera a) alle imprese che ne effettuano lo smaltimento tramite il riciclaggio.

L'espressione “assicurare la raccolta” delle batterie e “cedere” le batterie agli *smelters* indicano solo una generica descrizione della missione del Consorzio, che è di far raccogliere le batterie e di farle pervenire agli *smelters*, ma non evoca alcun negozio giuridico prestabilito, né impone che nell'operazione il COBAT o gli *smelters* diventino proprietari delle batterie esauste.

24.2. Anche di tale tematica in ambito COBAT si era consapevoli, come emerge dalle risultanze istruttorie riportate nei parr. da 88 a 93 del provvedimento impugnato: dalle quali si evince con chiarezza il conflitto interno al COBAT tra produttori e *smelters*, e la consapevolezza che il sistema “conto lavorazione” cui aspiravano i produttori sarebbe stato maggiormente concorrenziale.

In particolare:

a) nel verbale del 13 aprile 2007, relativo a un incontro tra la Commissione e le associazioni dei raccoglitori di batterie, si legge che il presidente di COBAT, ing. Morandi, “*pone ai presenti una considerazione di carattere generale, con il Pb così alto, il sistema organizzativo sul quale poggia l'operatività del COBAT non è più coerente. Ovvero il garantire la raccolta ai livelli degli anni scorsi, il garantire il flusso dei materiali agli impianti di riciclo, gestire le raccolte globali. Con le quotazioni del Pb così alto, anche il valore del rottame batteria cresce favorendo l'inserimento di nuovi attori che inevitabilmente turbano il mercato così come oggi è concepito. Il*

sistema organizzativo del COBAT non è più coerente con la nuova situazione. Attori produttori di

batterie che organizzano in proprio le raccolte di rottame. // Altri che tendono timidamente a iniziare. // In Italia la potenzialità di riciclo del Pb è di molto superiore alle quantità di rottame

raccolto/disponibile". "Le quantità di rottame disponibili sono+// 200.000 ton, di conseguenza con l'aumentare del valore del Pb, aumentano i costi per l'acquisto del rottame e la competizione nel mercato. Il tentativo che stiamo perseguendo è quello di trovare una nuova modalità operativa [...] Si sta cercando di trovare un accordo che faccia cessare le raccolte fatte da alcuni produttori. I riciclatori dovrebbero fornirci circa 25.000 ton di Pb dolce, che a sua volta il COBAT rivende ai produttori. I riciclatori rinunciano ad una parte dei loro utili, i produttori cessano le raccolte in proprio del rottame, occorre che anche i raccoglitori mettano in campo iniziative che facilitino l'accordo [...] In alternativa, conclude l'ing. Morandi, si dovranno rivedere i contratti di raccolta, lasciando ai raccoglitori la facoltà di consegnare il rottame al COBAT o ad altri, lasciando al COBAT la competenza sulla microraccolta, e sul monitoraggio previsto dalla normativa. Questo aumenta la concorrenza, ma anche i reciproci costi. Le modifiche al contratto dei raccoglitori si possono attuare con una certa facilità, per quanto riguarda i contratti dei riciclatori, questi sono in scadenza al 31 dicembre 2007".

b) nel verbale di riunione del 5 aprile 2007, l'allora rappresentante dei produttori afferma che "se i raccoglitori intendono intraprendere attività extra COBAT, anche i produttori/importatori di batterie sono pronti". Più oltre, il presidente ing. Morandi rileva che "se si desidera arrivare a un accordo, occorre che le categorie siano consapevoli che tutte devono rinunciare ad una parte dei propri interessi".

c) al medesimo periodo è anche da ricondurre un tentativo di accordo caldeggiato dai produttori

con gli altri operatori consorziati a COBAT, fallito per l'opposizione degli smelter e alla quale ha

fatto evidentemente seguito una recrudescenza della contrapposizione tra le parti (all'origine, con ogni probabilità, della risoluzione di ANIE a presentare la segnalazione all'Autorità a suo tempo presa in considerazione per l'avvio del presente procedimento). Tale accordo, per quanto è dato capire, prevedeva *“per qualunque tipo di lega e/o secondario lo sconto di 50 euro sui premi [di trasformazione da riconoscersi agli smelter]”*, a fronte dell'impegno dei produttori *“per tutta la durata dell'accordo a non intraprendere e/o promuovere direttamente o indirettamente la raccolta sul mercato italiano”* (doc. IV.199);

d) nel verbale di riunione del 16 febbraio 2006 si legge: *“Produttori, pagano con il sovrapprezzo la raccolta. Raccoglitori, pongono il problema degli alti costi in caso di sottrazione delle quantità [di batterie al piombo esauste] dal sistema COBAT. Riciclatori, hanno posto il vincolo di acquisto delle batterie in Italia, e desiderano avere a disposizione una quota del maggior valore del piombo. L'ing. Urbani [consigliere COBAT riconducibile agli smelter] dichiara che il valore del piombo secondo una serie di studi è costretto, nel tempo, a subire una riduzione del suo valore. Prosegue dichiarando che alcuni consorziati operano con un sistema alternativo creando problemi al CdA del COBAT. In senso generale tutti sottolineano il fatto che l'obiettivo consiste nel come si possano equilibrare le rispettive convenienze”*; il presidente della Commissione *“informa che abbiamo un problema reale in quanto alcuni produttori stanno pensando di creare un sistema in Italia simile a quello in essere negli USA. Ovvero un accordo diretto di conto lavorazione tra i produttori e i riciclatori. In una parola il problema è oggi la convenienza in quanto i produttori hanno un problema di competitività”*.

25. Quanto alla circostanza che la clausola di decurtazione sia stata modificata in corso di procedimento antitrust nell'anno 2008, tale elemento:

- a) non elide il dato di fatto che quanto meno dal 2002, e fino alla introdotta modifica, la clausola ha operato;
- b) comprova che la clausola non rispondeva ad una stretta necessità per la missione affidata al COBAT;
- c) non risolve la problematica perché anche il meccanismo introdotto con la nuova clausola di fatto disincentiva il conto lavorazione rispetto alla vendita.

In dettaglio, la nuova clausola prevede che:

- ciascuno *smelter* ha la facoltà di ritirare extra COBAT e sotto qualsiasi forma giuridica, batterie esauste e sottoprodotti derivanti dal trattamento delle batterie esauste;
- il COBAT rimane estraneo ad ogni rapporto tra *smelters* e terzi conferenti;
- le quantità di cessione agli *smelters* di batterie da parte del COBAT viene determinata in base al complessivo raccolto in Italia.

Determinandosi le quote assegnate in ambito COBAT sulla complessiva raccolta di batterie esauste in Italia, è evidente che la quota di ciascuno *smelter* viene comunque decurtata dei quantitativi che lo stesso riceve extra COBAT, con sostanziale identità della nuova clausola rispetto alla precedente.

Né può ritenersi contraddittorio l'operato dell'Autorità che, in sede cautelare, riteneva la nuova clausola idonea ad evitare l'adozione di misure cautelari, e in sede di decisione di merito, *re melius perpensa*, ha ritenuto la nuova clausola ugualmente lesiva.

E' noto, infatti, che le valutazioni compiute in sede cautelare sono sommarie e non sono vincolanti in sede di decisione finale, senza che sia necessario motivare puntualmente sulle ragioni di scostamento dalle valutazioni compiute in sede cautelare.

26. Correttamente, poi, è stata stigmatizzata l'intesa tra gli *smelters*, che ha comportato una ripartizione delle quote di batterie esauste da assegnare a ciascuno

di essi. Tale intesa ha avuto lo scopo e l'effetto di garantire a ciascuno *smelter* una quota di batterie, acquistate in proprietà, con la possibilità di rivendere a prezzo di mercato il piombo derivante dal riciclo (a fronte di batterie esauste oggetto di conferimento obbligatorio e gratuito da parte dei produttori). In un contesto di aumento del prezzo della materia prima piombo, tale meccanismo si è tradotto in un notevole vantaggio economico per gli *smelters*. L'istruttoria compiuta dall'Autorità denota, poi, come gli *smelters* fossero fortemente interessati al mantenimento dello *status quo* e si opponessero a meccanismi alternativi, per essi meno vantaggiosi, in particolare il meccanismo del "conto lavorazione", in virtù del quale i produttori di batterie, anziché essere obbligati al conferimento gratuito, avrebbero potuto direttamente conferire le batterie agli *smelters*, invece che in proprietà, al solo fine della lavorazione, pagando infine solo il prezzo delle operazioni di riciclo del piombo e smaltimento degli scarti.

27. In definitiva, l'operare combinato delle quote assegnate a ciascuno *smelter* e della clausola di "decurtazione" in virtù della quale la quota assegnata a ciascuno *smelter* veniva decurtata della quantità di batterie altrimenti acquistate dallo *smelter*, tramite terzi, anche in conto lavorazione, assumono un ruolo chiaramente disincentivante del meccanismo conto lavorazione, meno vantaggioso economicamente per gli *smelters*.

Il meccanismo "conto lavorazione" che ben avrebbe potuto e dovuto essere contemplato dal COBAT per il raggiungimento dei suoi fini istituzionali, avrebbe consentito un netto risparmio ai produttori di batterie, con conseguente possibilità di riduzione del prezzo del prodotto finito, e vantaggio per i consumatori.

28. Le clausole di esclusiva nei contratti con i raccoglitori e di decurtazione nei contratti con gli *smelters* si sono tradotte anche in un vantaggio per COBAT, che attraverso il meccanismo di diventare acquirente e rivenditore delle batterie

esauste, ha accumulato utili economici senza che contestualmente si sia proceduto ad una riduzione del contributo ambientale.

29. Né le clausole di esclusiva né quelle di decurtazione, né la ripartizione del quantitativo complessivo di batterie esauste tra gli *smelters* appaiono giuridicamente necessitate dalle finalità istituzionali di COBAT. L'obiettivo di tutela ambientale mediante la raccolta e riciclo delle batterie esauste, rendeva necessario solo che venisse garantito un meccanismo di raccolta capillare; il meccanismo poteva essere capillare anche attraverso strumenti diversi, tanto più in un mutato contesto economico in cui il nuovo prezzo di mercato del piombo di per sé era diventato un incentivo al riciclo.

30. Le condotte poste in esse rientrano tra violazioni tipiche della disciplina della concorrenza: si tratta da un lato, di atti consortili, e, dall'altro lato, di un'intesa orizzontale tra imprese concorrenti, entrambi preordinati alla ripartizione del mercato.

31. Non inficiano la bontà della ricostruzione operata dall'Autorità alcuni elementi valorizzati dal Tar per accogliere i ricorsi di primo grado.

31.1. Anzitutto, non determina vizio di contraddittorietà del provvedimento la circostanza che nel 1999 l'Autorità si fosse espressa (con parere 20 gennaio 1999) nel senso che il COBAT non contrastasse con il diritto antitrust, dovendo ritenersi prevalente la finalità di tutela ambientale. Invero il parere del 1999 era stato reso in un diverso contesto economico, in cui stante il prezzo basso del piombo, il mercato non aveva incentivi a operare la raccolta e riciclo delle batterie esauste, sicché era necessitato l'operare di un Consorzio obbligatorio fruente di un finanziamento pubblico per coprire il differenziale tra i costi di raccolta e il prezzo di rivendita agli *smelters*. In un mutato contesto economico (aumento del prezzo del piombo) e normativo (apertura alla concorrenza), non è contraddittorio il mutamento di rotta dell'AGCM.

31.2. Inoltre non inficia la bontà della ricostruzione operata dall'Autorità il dato relativo alla ripartizione delle quote di batterie esauste da attribuire a ciascuno *smelter* in proporzione alla quota di partecipazione al Consorzio.

Dirimente è la considerazione che il legislatore contempla le quote di partecipazione al Consorzio, ma non autorizza una divisione delle quote di mercato in modo automatico e proporzionale.

31.3. Neppure può condividersi l'assunto del Tar secondo cui a fronte di obblighi legislativi del Consorzio, gli stessi, se ritenuti in contrasto con la concorrenza, avrebbero dovuto comportare la disapplicazione della normativa, senza applicazione di sanzione e con segnalazione al Governo della necessità di una modifica normativa, ai sensi dell'art. 21, l. n. 287/1990.

Dispone l'appena citato art. 21 che “1. *Allo scopo di contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del mercato, l'Autorità individua i casi di particolare rilevanza nei quali norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato che non siano giustificate da esigenze di interesse generale.*

2. L'Autorità segnala le situazioni distorsive derivanti da provvedimenti legislativi al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei Ministri e, negli altri casi, al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai Ministri competenti e agli enti locali e territoriali interessati.

3. L'Autorità, ove ne ravvisi l'opportunità, esprime parere circa le iniziative necessarie per rimuovere o prevenire le distorsioni e può pubblicare le segnalazioni ed i pareri nei modi più congrui in relazione alla natura e all'importanza delle situazioni discorsive”.

Tuttavia, nel caso di specie non si può ritenere che la condotta anticoncorrenziale sia stata posta in essere in adempimento di obblighi legislativi, e che dunque la distorsione della concorrenza sia imputabile alla legge, in quanto i compiti istituzionali assegnati dalla legge al COBAT potevano essere perseguiti con condotte diverse rispettose delle regole della concorrenza, mentre le condotte in

concreto poste in essere non erano necessitate né proporzionate rispetto agli obblighi di legge.

31.4. Neppure può condividersi l'assunto del Tar secondo cui la direttiva comunitaria 91/157/CE non impedirebbe un sistema monopolistico di raccolta e smaltimento delle batterie esauste, essendo l'obiettivo di tutela ambientale preminente su quello di tutela della concorrenza e del mercato.

In realtà da tale direttiva si desume come gli Stati membri erano invitati a raggiungere l'obiettivo mediante strumenti rispettosi della tutela della concorrenza. L'art. 7 di essa dispone, infatti, che “Gli Stati membri provvedono a che la raccolta selettiva ed eventualmente l'instaurazione di un sistema di cauzione siano organizzate in modo efficace. Gli Stati membri inoltre, al fine di incoraggiare il riciclaggio, possono introdurre misure quali, per esempio, strumenti economici. Tali misure devono essere introdotte dopo aver consultato le parti interessate, devono basarsi su validi criteri ecologici ed economici ed evitare distorsioni di concorrenza”. Dunque le misure da adottarsi per incoraggiare il riciclaggio non devono comportare distorsioni della concorrenza, il che implica che l'obiettivo di tutela ambientale va perseguito senza sacrificare la tutela del mercato.

Tanto è in linea con la posizione degli organi comunitari secondo i quali l'obiettivo di tutela ambientale può giustificare un sacrificio della concorrenza solo se venga rispettato il principio di proporzionalità, ossia se il sacrificio della concorrenza sia indispensabile per il raggiungimento dell'obiettivo (v. Commissione – Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 101 TFUE agli accordi di cooperazione orizzontale, par. 314; Comunicazione della Commissione sugli accordi in materia di ambiente 27 novembre 1996 n. 561. parr. 27 e 27; Trib. CE, 24 maggio 2007 T-151/01, *Der Grüne Punkt*, secondo cui ai sensi dell'art. 86, n. 2, Trattato CE le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono sottoposte alle norme del Trattato, e in particolare a quelle in materia di

concorrenza, qualora l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, degli specifici compiti loro affidati. Tale articolo dispone anche che lo sviluppo degli scambi non dev'essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità).

31.5. Infine non può condividersi l'assunto, prospettato negli scritti difensivi in prime cure e fatto proprio dal Tar, che COBAT avrebbe operato in un quadro normativo di monopolio legale, non essendo state previste, se non per limitati periodi, aperture alla concorrenza, che in concreto non si sarebbero realizzate.

Infatti sin dal 2002 era stata prevista non solo la possibilità di esportazione delle batterie esauste, in alternativa al conferimento obbligatorio al Consorzio, ma anche, e in concomitanza con siffatta possibilità, la figura del raccoglitore "autorizzato" che aveva la facoltà alternativa di esportare o conferire al Consorzio. Inoltre a far data dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 152/2006, e per circa un biennio, era stata normativamente prevista l'apertura alla concorrenza, con la previsione dei Consorzi facoltativi, previsione in prosieguo abrogata per un breve lasso temporale, salvo poi a introdurre a regime un regime concorrenziale della raccolta e riciclo delle batterie esauste.

Né rileva l'assunto sostenuto da COBAT in prime cure, che la concorrenza non si sarebbe realizzata in concreto, atteso che la condotta anticoncorrenziale di COBAT è stato un fattore determinante di ostacolo alla concorrenza.

ACCOGLIMENTO DEI QUATTORDICI APPELLI PRINCIPALI

32. In conclusione:

- la natura giuridica formale del Consorzio è irrilevante in relazione ai suoi doveri di condotta sul mercato, se risulta provato, come lo è, che il Consorzio ha operato in un quadro normativo ed economico di mercato;

- il quadro normativo non comportava un obbligo assoluto di conferimento al Consorzio delle batterie esauste;
- il quadro normativo, consentendo l'operare sul mercato di raccoglitori autorizzati, esportatori, consorzi volontari, non rendeva necessitate e perciò lecite clausole contrattuali di esclusiva.

Per l'effetto, i quattordici appelli vanno accolti.

ESAME DEI MOTIVI ASSORBITI

33. Si impone, a questo punto, l'esame dei motivi assorbiti in prime cure, riproposti da ciascuno dei sei appellati costituiti. I motivi sono stati riproposti con memoria (come è consentito, trattandosi di appelli già depositati alla data di entrata in vigore del c.p.a., dall'art. 3, disp. trans., c.p.a.).

MOTIVI ASSORBITI DEL RICORSO DI PRIMO GRADO DI COBAT (appelli nn. 6427/2010, 6569/2010 e 6649/2010)

34. Nell'ordine logico va esaminato il ricorso di primo grado di COBAT, le cui censure sono state riproposte con memoria, in relazione agli appelli nn. 6427/2010, 6569/2010 e 6649/2010.

35. Con una prima censura si lamenta il difetto di istruttoria da parte dell'Autorità, che avrebbe ritenuto restrittivo della concorrenza il contratto con i raccoglitori, senza sentire questi ultimi e basandosi sulle dichiarazioni dei denunciati.

35.1. L'assunto va disatteso, atteso che gli elementi raccolti dall'Autorità sono più che sufficienti a reggere l'impatto accusatorio sicché nulla avrebbe aggiunto il supplemento istruttorio indicato dal COBAT.

36. Con ulteriori due motivi si contesta il carattere anticoncorrenziale del contratto con i raccoglitori e del contratto con gli *smelters*.

36.1. Gli argomenti risultano già disattesi dal Collegio in sede di esame degli appelli principali.

37. Viene poi contestato il par. 269 del provvedimento impugnato, in cui si afferma che “Come detto, COBAT assegna agli *smelter* le batterie esauste raccolte attraverso un meccanismo *pro quota* (art. 2.1 del CCS). Tale decisione risulta costituire un’autonoma violazione di cui all’art. 81 del Trattato CE, posto che in tal modo il Consorzio ha di fatto escluso altre opzioni, in primo luogo la gara, che avrebbero potuto determinare un reale confronto competitivo tra i riciclatori per l’accaparramento di materia prima. Tale scelta pare trovare la sua più chiara giustificazione in quanto a suo tempo considerato dal COBAT, ovvero che – lungi dal perseguire un assetto maggiormente concorrenziale del settore e/o l’ottenimento di migliori risultati sotto il profilo ambientale – il criterio dell’assegnazione pro-quota sarebbe stato motivato “*anchedall’interesse a mantenere una omogenea presenza territoriale degli smelters su base nazionale*” (*supra*, § 119), ovvero a tutelare le attività produttive degli operatori consorziati”.

37.1. Si lamenta anzitutto la violazione del principio di contestazione dell’infrazione, atteso che tale autonoma violazione non sarebbe stata in precedenza contestata, prima della CRI, e si invoca all’uopo il precedente Cons. St., sez. VI, 2 ottobre 2007 n. 5085.

Si lamenta in secondo luogo che il criterio *pro quota* è razionale, non discriminatorio, e che non è provato che il criterio della gara sarebbe più razionale.

37.2. La censura di ordine procedurale va disattesa.

Non sembra al Collegio che il precedente invocato sia da interpretare nel senso preteso dal ricorrente, e segnatamente nel senso che in sede di CRI non si potrebbero compiere contestazioni diverse da quelle iniziali.

Il precedente sembra piuttosto da interpretare nel senso che la fase istruttoria serve proprio a individuare la corretta imputazione degli addebiti, e che la imputazione (o se si vuole la contestazione degli addebiti) si cristallizza con la CRI (comunicazione delle risultanze istruttorie).

La CRI fissa infatti un termine di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori e le parti possono presentare memorie e documenti sino a cinque prima di tale termine, e possono, entro cinque giorni dal ricevimento della CRI, chiedere di essere sentiti (art. 14, d.P.R. n. 217/1998).

Le parti, pertanto, dopo la CRI, hanno ampio margine per esercitare il diritto di difesa, contestando l'imputazione e fornendo prove a discarico.

Ovviamente, il provvedimento finale non può contenere imputazioni diverse da quelle contestate con la CRI.

In definitiva la CRI costituisce la finale contestazione degli addebiti con la delimitazione dell'imputazione: ove emergessero ulteriori elementi nella fase procedimentale successiva, sarebbe necessario, per modificare l'imputazione, procedere a nuova contestazione, in quanto la decisione finale deve riferirsi alle imputazioni contestate, in analogia a quanto si verifica nel processo penale.

Le conclusioni qui raggiunte sono coerenti con quanto affermato dall'invocato precedente della Sezione n. 5085/2007, in cui si legge "La Sezione ha già statuito che la contestazione iniziale in base alla quale sia stata portata a termine una corrispondente istruttoria, non consente di pervenire, all'interno dello stesso procedimento, e dopo la conclusione dell'istruttoria stessa, alla legittima contestazione di ulteriori fatti ipotizzati come autonomi illeciti, assumendoli come rilevanti nell'unico procedimento già instaurato ed inserendoli in tale procedimento nello stato in cui esso si trova in relazione alla prima contestazione".

37.3. Venendo al caso di specie, in esso il provvedimento impugnato configura come autonomo illecito antitrust l'assegnazione delle batterie esauste agli *smelters* secondo il criterio delle quote anziché secondo il criterio della gara (par. 268 del provvedimento), ma tale imputazione è già contenuta nella CRI del 15 gennaio 2009 (art. 190).

La CRI fissava come termine finale per acquisizione di elementi probatori la data del 4 marzo 2009.

Le parti hanno avuto un termine di quasi cinquanta giorni per difendersi dall'imputazione.

Non vi è stata pertanto alcuna violazione del contraddittorio.

37.4. Va disattesa anche la censura di merito.

Non vi era una correlazione necessaria tra quote di partecipazione al Consorzio e quote di partecipazione alla divisione delle batterie, imposta dalla legge.

Né convince l'assunto che le quote fossero correlate alla capacità produttiva e pertanto rispondenti ad un criterio logico, atteso che:

a) le quote facevano riferimento alla capacità produttiva dell'anno precedente, che a sua volta si basava sulla quota prestabilita, decurtata dalla raccolta esterna; sicché la capacità produttiva restava fissa e immutabile da un anno all'altro, e non c'era possibilità di modifica;

b) in un sistema per quote rigide, dunque, è la capacità produttiva ad adeguarsi alle quote, in un sistema con gara, ben potrebbe accadere il contrario.

Il sistema delle quote, pertanto, effettivamente non incentiva lo sviluppo della concorrenza, ma salvaguarda lo *status quo*.

Né convince l'assunto che il sistema della gara non sarebbe consono ad una situazione di mercato connotata da incertezza sulla remuneratività dell'affidamento.

E, invero:

a) l'assunto sulla inidoneità della gara è meramente ipotetico e non ha il riscontro della prova concreta atteso che non vi è mai stata una pubblica gara;

b) viene trascurato il dato fondamentale che la differenza tra costo del riciclo e prezzo di vendita del piombo riciclato, in periodi di prezzo basso del piombo, resta coperta dal contributo ambientale, sicché vi era comunque un margine di

appetibilità per l'attività di riciclo, anche in periodo di basso prezzo del piombo, e dunque una possibilità di affidamento con gara;

c) irrilevante è il dato che vi fu solo una trattativa privata con esito insoddisfacente, perché un conto è la trattativa privata, un conto sarebbe stata una gara pubblica che avrebbe attratto un maggior numero di aspiranti.

Né è incompatibile con la gara il meccanismo di adesione obbligatoria al Consorzio, imposto agli *smelters*, atteso che l'adesione al Consorzio ben poteva essere configurata come un *posterius*, a seguito di scelta con gara degli *smelters*, anziché un *prius*.

38. Un ulteriore ordine di censure è diretto contro la sanzione pecuniaria.

38.1. Con una prima censura si contesta in radice l'applicazione della sanzione, osservandosi che:

a) il provvedimento ha considerato l'illecito "molto grave" avuto riguardo all'oggetto e all'effetto dell'intesa, alla natura giuridica e alle finalità istituzionali del COBAT, e considerando, quanto alla durata, un inizio dell'illecito nel 2002 e ancora in corso durante il procedimento;

b) difetterebbero i presupposti di carattere soggettivo per considerare l'illecito "molto grave";

c) sarebbe stato negletto il contesto normativo di monopolio legale in cui COBAT ha operato; se anche non si vogliono ritenere le condotte di COBAT imposte dalla legge, quantomeno esse sarebbero state facilitate dal contesto normativo medesimo; la invocata "liberalizzazione" non avrebbe mai avuto attuazione;

d) sarebbe infondato l'assunto in ordine alla dannosità della condotta di COBAT, che ha invece raggiunto gli obiettivi prefissi di raccolta e riciclaggio;

e) anche la durata sarebbe stata erroneamente individuata.

38.2. Con una seconda censura si contesta, invece, la sola quantificazione della sanzione, applicata in una percentuale del 5,87% del fatturato, percentuale tra le più elevate applicate ad un ente associativo.

Si lamenta la iniquità e la sproporzione della sanzione.

L'Autorità avrebbe dovuto considerare specifiche circostanze attenuanti e in particolare:

- la novità del caso;
- l'essere stato il comportamento anticoncorrenziale autorizzato o incoraggiato dalla legge;
- l'assenza di consapevolezza, in capo a COBAT, del carattere anticoncorrenziale della propria condotta, essendosi piuttosto ingenerato un legittimo affidamento di COBAT nella liceità della sua condotta avuto riguardo al parere dell'AGCM reso nel 1999.

La base di calcolo della sanzione ha poi tenuto conto delle riserve patrimoniali del Consorzio, nel cui ambito però confluiscono circa 10 milioni di utili di esercizio realizzati prima del periodo preso in considerazione per la contestazione dell'abuso.

39. Le censure meritano solo parziale accoglimento.

39.1. Va condivisa la qualificazione dell'illecito come "molto grave" operata dall'Autorità, atteso che le risultanze istruttorie evidenziano la consapevolezza, in capo a COBAT, del carattere anticoncorrenziale della propria condotta.

Non si può pertanto accogliere la censura finalizzata all'azzeramento della sanzione.

39.2. Quanto alla misura della sanzione non potevano militare come circostanze attenuanti la novità del caso e il contesto normativo in fase evolutiva, che pur potendo ingenerare incertezze sulle corrette condotte da tenere, avrebbero imposto una condotta prudentemente orientata in senso pro concorrenziale, e non

giustificavano, invece, una condotta di chiara chiusura alla concorrenza. Tanto più che il COBAT era ben consapevole che i costi superiori ai ricavi erano già coperti dal finanziamento pubblico mediante contributo ambientale, e che pertanto gli extraprofitti avrebbero dovuto indurre ad un ripensamento, dal 2002 in poi, del sistema precedente.

Il monopolista legale, proprio per la particolare posizione di vantaggio di cui gode, è tenuto a limitare le condotte non concorrenziali a ciò che è strettamente necessario per il fine istituzionale perseguito.

39.3. Va invece condivisa la censura in ordine alla base di calcolo della sanzione.

Invero:

- ai sensi dell'art. 15, l. n. 287/1990, la sanzione va calcolata in una percentuale fino al 10% del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida;
- secondo gli orientamenti della Commissione europea, la sanzione va commisurata al valore delle vendite dei beni cui l'infrazione si riferisce.

Nel caso di specie, l'Autorità non ha tenuto conto del fatturato annuale, ma delle riserve patrimoniali complessive accumulate nel corso degli anni e pari a 21,7 milioni di euro, a fronte delle quali è stata irrogata una sanzione di 4,4 milioni di euro. La sanzione è dunque stata quantificata in una percentuale che supera il 20%, ed inoltre calcolata su una base più ampia del fatturato annuale.

Il Collegio non è in grado di rideterminare la sanzione, difettando agli atti di causa elementi conoscitivi in ordine al fatturato dell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida.

Il Collegio pertanto demanda all'Autorità il compito di rideterminare la sanzione, in misura percentuale non superiore al limite legale, e rapportata al fatturato realizzato dal Consorzio nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida.

39.4. In conclusione il Collegio accoglie il ricorso di primo grado di COBAT limitatamente alla misura della sanzione, da rideterminarsi da parte dell'Autorità con i criteri indicati.

MOTIVI ASSORBITI DEL RICORSO DI PRIMO GRADO DI PIOMBOLEGHE (appelli nn. 6430/2010 e 6636/2010) E MOTIVI ASSORBITI DEL RICORSO DI PRIMO GRADO DI ME.CA. LEAD RECYCLING S.P.A. (appelli nn. 6433/2010 e 6638/2010)

40. Possono essere congiuntamente esaminati i motivi assorbiti del ricorso di primo grado di Piomboleghe, riproposti con memoria in relazione agli appelli nn. 6430/2010 e 6636/2010, e i motivi assorbiti del ricorso di primo grado di ME.CA. LEAD RECYCLING s.p.a. riproposto con memoria in relazione agli appelli nn. 6433/2010 e 6638/2010.

Essi infatti sollevano identiche questioni.

41. Un primo gruppo di motivi assorbiti in primo grado, contesta la commissione dell'illecito anticoncorrenziale da parte del COBAT.

41.1. Si lamenta anzitutto la disparità di trattamento tra *smelters* e raccoglitori in quanto i secondi non sono stati coinvolti nel procedimento.

41.2. La censura va disattesa perché il vizio di disparità di trattamento è configurabile solo a fronte di situazioni del tutto identiche.

Nel caso di specie numerosi elementi di fatto differenziano la posizione degli *smelters* da quella dei raccoglitori, emergendo dall'istruttoria la posizione di particolare forza contrattuale che, in seno al Consorzio, avevano gli *smelters* (in numero di soli sei) rispetto ai raccoglitori (in numero ben più elevato). Solo per i primi, e non per i secondi, inoltre, è emerso anche il raggiungimento di un'autonoma intesa restrittiva.

42. Si lamenta in secondo luogo che se si fosse prevista una cessione delle batterie esauste in via diretta dai raccoglitori agli *smelters*, sarebbe venuta meno la gestione centralizzata in capo a COBAT, voluta dalla legge.

42.1. La censura non può essere condivisa.

La gestione centralizzata ben può avvenire anche nell'evenienza prospettata, mediante un sistema di controlli.

43. Si lamenta in terzo luogo che il criterio *pro quota* per l'assegnazione delle batterie agli *smelters* sarebbe razionale, non discriminatorio, e che non è provato che il criterio della gara sarebbe più razionale.

43.1. La censura è di tenore analogo a quella contenuta nel ricorso di primo grado di COBAT.

Il Collegio ha già esaminato e disatteso tale censura in sede di esame del ricorso di primo grado di COBAT.

In questa sede le censure vanno pertanto disattese con i medesimi argomenti, per i quali il Collegio rinvia ai capi di sentenza dedicati al ricorso di primo grado di COBAT.

44. Con altro gruppo di censure si lamenta l'illegittimità del provvedimento nella parte in cui imputa alle società di *smelting* una autonoma intesa.

A sostegno della tesi difensiva vengono addotti i seguenti argomenti:

a) la condotta anticoncorrenziale postula la possibilità di tenere comportamenti indipendenti: nella specie, invece, vi erano obblighi legislativi, e vincoli, per gli *smelters*, derivanti dalle delibere consortili;

b) non sussisterebbero i presupposti soggettivi per l'imputabilità dell'illecito anticoncorrenziale, che deve essere imputabile a titolo di condotta cosciente e volontaria, dolosa o colposa; sarebbe invece mancata in capo agli *smelters* la consapevolezza del carattere illecito della condotta.

- c) vi sarebbe violazione del *ne bis in idem*, in quanto per i medesimi fatti è già sanzionato il COBAT, di cui gli *smelters* fanno parte;
- d) difetterebbero gli elementi oggettivi dell'autonoma intesa, e segnatamente lo scambio di informazioni sensibili e le pratiche concordate; le informazioni scambiate sarebbero di dominio pubblico e avrebbero una spiegazione alternativa lecita; sarebbero mancate politiche comuni volte a mantenere lo *status quo*; gli *smelters* non avrebbero avuto la possibilità di far prevalere la propria posizione in ambito consortile, avendo una quota di partecipazione pari a quella dei produttori;
- e) censurabile sarebbe la valutazione di gravità dell'intesa, valutazione che non terrebbe conto del contesto normativo;
- f) erronea sarebbe la determinazione della durata dell'intesa, atteso che quella degli *smelters* non potrebbe farsi risalire al 2002.

45. Le censure sono nel loro complesso infondate.

45.1. Quanto all'argomento *sub a)*, la tesi non può essere condivisa perché si è già ampiamente dato conto di come la legislazione non imponesse né facilitasse condotte anticoncorrenziali.

Il provvedimento impugnato dà inoltre conto con ampia istruttoria del ruolo peculiare degli *smelters* in ambito COBAT e del loro interesse a mantenere il sistema delle quote di assegnazione (v. parr. 115, 116 e 117 del provvedimento impugnato). Il sistema delle quote è stato infatti deliberato in epoca in cui gli *smelters* avevano una partecipazione al Consorzio pari al 50%, potendone così determinare la volontà.

45.2. Va disatteso anche l'argomento *sub b)*.

Il provvedimento impugnato e le risultanze istruttorie denotano che gli *smelters* in ambito COBAT difendevano accanitamente la propria posizione, pur consapevoli delle proteste dei produttori, che proponevano altri sistemi di raccolta e conferimento (parr. 88 e ss.; parr. 115, 116 e 117)

Non si può negare la consapevolezza del carattere anticoncorrenziale della loro condotta.

45.3. Va disatteso l'argomento *sub c*).

Il *bis in idem* postula la perfetta identità soggettiva e oggettiva, che nel caso di specie non ricorre atteso che:

- il Consorzio ha una maggiore complessità soggettiva, non essendo emanazione dei soli *smelters*;
- gli *smelters* hanno tenuto condotte ulteriori, extra COBAT, tramite la propria associazione di categoria, per conseguire il risultato dell'assegnazione per quota;
- gli illeciti contestati al Consorzio hanno portata oggettiva differente rispetto a quello addebitato agli *smelters*.

45.4. Vanno disattese le censure *sub d*).

Esse sono smentite dalle risultanze istruttorie da cui risulta un chiaro coordinamento delle condotte degli *smelters* al fine di mantenere la propria posizione, e che il sistema delle quote è stato introdotto quando gli *smelters* detenevano la maggioranza delle quote consortili (50%) (parr. 115, 116 e 117 del provvedimento).

I parr. da 140 a 169 del provvedimento danno conto delle numerose condotte tenute dagli *smelters* al di fuori di riunioni in ambito COBAT, finalizzate a assumere un comportamento compatto e uniforme di rifiuto della modalità del conto lavorazione; al punto che quando uno *smelter* acquisiva in conto lavorazione ridotte quantità, si contestava tale condotta e si chiedeva il rispetto dell'impegno a tenere una condotta compatta.

Vi è dunque la piena prova di una pratica concordata anticoncorrenziale.

E' anche ampiamente documentato lo scambio di informazioni sensibili, finalizzato a stabilire la ripartizione ottimale delle quote di assegnazione delle batterie, nei medesimi parr. sopra citati.

Tutto ciò è avvenuto mediante contatti diretti tra gli *smelters* fuori da COBAT, e talora per il tramite dell'associazione di categoria AIRPB.

Vi sono perciò tutti gli elementi costitutivi di un'autonoma intesa.

45.5. Vanno infine disattese le censure *sub* e) ed f).

Quanto alla gravità dell'illecito, il contesto normativo non autorizzava condotte anticoncorrenziali e l'intesa è grave proprio perché raggiunta in un ambito in cui si imponeva neutralità e imparzialità di comportamento, tanto più che l'equa remunerazione per gli *smelters* era già assicurata tramite il finanziamento pubblico (mediante contributo ambientale), per cui la pretesa degli *smelters* di lucrare l'extraprofitto derivante dall'aumento del prezzo del piombo non è semplicemente una contesa "*smelters* contro produttori" ma è una condotta che ha danneggiato in definitiva i consumatori.

Quanto alla durata dell'illecito, è sin dal 2002 che emerge il tentativo di ostacolare la concorrenza nel mercato della raccolta e riciclo delle batterie esauste.

46. Con ulteriore ordine di censure, si assume la peculiarità della posizione sia di Piomboleghe che di ME.CA. LEAD RECYCLING s.p.a., che avrebbero per oggetto un'attività più ampia di quella in ambito COBAT e che avrebbero sempre tentato di ampliare la propria a acquisizione di batterie.

46.1. Quanto, in particolare, alla posizione di Piomboleghe, si lamenta la mancata valutazione dei documenti istruttori, da cui emergerebbe che il legale rappresentante di Piomboleghe avrebbe svolto un ruolo di mediatore tra le contrapposte categorie dei produttori e dei riciclatori.

46.2. Quanto, in particolare, alla posizione di ME.CA. LEAD RECYCLING s.p.a., si lamenta che l'unico elemento a carico della società sarebbe una e.mail, datata 30 maggio 2007, in cui il legale rappresentante della società ipotizza la possibilità di raggiungere un *gentlemen's agreement* all'interno della categoria degli smaltitori: si

tratterebbe di elemento inidoneo a dimostrare la partecipazione della società alla presunta logica collusiva.

46.3. La censura va disattesa, perché comunque sia Piomboghe che ME.CA. LEAD RECYCLING s.p.a. hanno partecipato allo scambio di informazioni e si sono avvantaggiate del sistema delle quote, dal quale non risulta che si siano mai espressamente dissociate.

In definitiva, l'autonoma intesa tra gli *smelters*, individuata dall'Autorità, è sorretta da un quadro probatorio univoco da cui emergono scambi di informazioni e compattezza di posizioni.

Tutti gli *smelters* si sono avvantaggiati di tale scambio di informazioni e compattezza di posizioni, atteso che tutti hanno beneficiato del mantenimento dello *status quo* (la propria quota di batterie).

Alla luce di tale quadro fattuale, in cui tutti gli *smelters* sono stati quanto meno destinatari dello scambio di informazioni, e tutti hanno beneficiato del risultato perseguito e raggiunto, è superfluo andare ad indagare sul ruolo del singolo *smelters*, salvo ove si tratti di provare la totale estraneità o un ruolo effettivamente minore rilevante al solo fine della quantificazione della sanzione. Ma al di fuori di tali estremi, diventa superfluo, al fine dell'*an* della responsabilità, indagare se il singolo *smelter* abbia avuto un ruolo maggiore o minore, attivo o meramente passivo: infatti l'intesa è contestabile anche a chi ne trae un vantaggio assumendo un ruolo meramente passivo, dovendosi riconoscere l'esonero da responsabilità solo in caso di dissociazione espressa dall'intesa (Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2011 n. 896, secondo cui *“Risulta corretta anche l'applicazione che l'Autorità ha fatto del principio della c.d. partecipazione passiva, del principio, cioè, secondo cui, ove risulti provato che un'impresa abbia partecipato a riunioni durante le quali sono stati conclusi accordi di natura anticoncorrenziale, senza esservi manifestamente opposta, spetta a tale impresa dedurre indizi atti a dimostrare che la sua partecipazione alle dette riunioni era priva di qualunque spirito*

anticoncorrenziale, dimostrando che essa aveva dichiarato alle sue concorrenti di partecipare alle riunioni in un'ottica diversa dalla loro. Diversamente, il fatto stesso di approvare tacitamente una iniziativa illecita, senza distanziarsi pubblicamente dal suo contenuto o denunciarla agli organi amministrativi rappresenta una modalità di partecipazione all'intesa, idonea a far sorgere la responsabilità dell'impresa nell'ambito di un unico accordo, anche qualora l'impresa non abbia dato seguito ai risultati di una riunione avente un oggetto anticoncorrenziale.”).

47. Con i motivi dal nono al dodicesimo del ricorso di primo grado di Piomboghe vengono svolte censure in ordine alla misura della sanzione pecuniaria e in ordine alla diffida:

a) con il nono motivo si lamenta che non si poteva irrogare autonoma sanzione agli *smelters* per condotta – ripartizione delle quote – già sanzionata in relazione al COBAT.

b) con il decimo motivo si lamenta l'ingiustizia della sanzione per incomprendibilità del parametro applicato per la sua determinazione e per violazione degli Orientamenti della Commissione europea in tema di quantificazione delle sanzioni per gli illeciti antitrust; non sarebbe chiaro a quale fatturato si è fatto riferimento.

c) con l'undicesimo motivo si lamenta che la sanzione inflitta a Piomboghe sarebbe sproporzionata perché non avrebbe tenuto conto delle scelte imprenditoriali autonome e del fatturato specifico derivante dal riciclo delle batterie esauste;

d) con il dodicesimo motivo si contesta la diffida ad adottare misure atte a porre termine all'illecito contestato, per genericità delle misure imposte; si assume che il potere di diffida dovrebbe essere accompagnato dall'esplicitazione delle misure imposte (si invoca all'uopo la decisione Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004 n. 926).

47.1. Il ricorso di primo grado di ME.CA. LEAD RECYCLING s.p.a. sottopone le medesime censure e inoltre lamenta (decimo motivo del ricorso di primo grado) che l'Autorità nel corso del procedimento avrebbe chiesto alla società di produrre i

fatturati degli esercizi 2006, 2007 e 2008, ingenerando l'aspettativa che si sarebbe tenuto conto di un fatturato medio; contraddittorio sarebbe stato invece tener conto del fatturato 2007, atteso che si tratta dell'anno di picco massimo del prezzo del piombo, che poi ha iniziato a scendere nel 2008.

48. Le censure relative alle sanzioni vanno respinte, salvo quella sollevata in ordine all'incertezza del fatturato di riferimento.

48.1. Va anzitutto disattesa la censura di cui al nono motivo, atteso che essendosi escluso il *bis in idem*, ed essendovi due autonomi illeciti, si giustifica la sanzione sia in capo al Consorzio, sia in capo agli *smelters*.

48.2. Va invece accolta la censura di cui al decimo motivo di ricorso, che lamenta l'incertezza del fatturato preso a riferimento.

Il par. 334 del provvedimento impugnato afferma di aver quantificato la sanzione in base agli orientamenti della Commissione, e pertanto prendendo a riferimento il valore delle vendite dei beni a cui l'infrazione si riferisce, ossia il fatturato realizzato dalle parti nel mercato del ricicli delle batterie.

Tanto, evidentemente, in base all'implicita considerazione che essendo stato contestato l'illecito antitrust ai sensi dell'art. 81 del Trattato (oggi art. 101 TFUE), il trattamento sanzionatorio deve essere quello previsto dai citati Orientamenti della Commissione.

Il criterio, facendo riferimento al fatturato specifico, si scosta da quello previsto dall'art. 15, l. n. 287/1990, secondo cui la sanzione si calcola sul fatturato globale e non sul fatturato del prodotto oggetto dell'intesa.

Le parti tuttavia contestano che la base di calcolo della sanzione sia stato il fatturato specifico, e lamentano che la base di partenza sia stato il fatturato globale.

Le tesi contrastanti delle parti e dell'Autorità sono state sostenute anche durante l'udienza di discussione, e nonostante il Collegio abbia chiesto alle parti chiarimenti, esse non sono state in grado di fornirli. In particolare il Collegio ha

chiesto all'Avvocatura Generale se esistano atti istruttori da cui desumere la base di computo e i criteri di calcolo delle sanzioni, e la risposta è stata negativa.

Il Collegio rileva che il provvedimento è, nella parte sanzionatoria, viziato da carenza di motivazione, essendovi incertezza assoluta quanto alla base di calcolo e alla percentuale delle sanzioni applicate.

Infatti nel provvedimento sono indicati solo i fatturati globali delle imprese sanzionate, realizzati nell'anno 2007 (parr. da 6 a 12 del provvedimento), e le sanzioni irrogate; non vi è né indicazione dei fatturati specifici, né delle sanzioni in termini percentuali.

Sicché la lettura del provvedimento potrebbe indurre a pensare che le sanzioni siano state applicate sui fatturati globali del 2007, e per COBAT sulla riserva patrimoniale, ma i risultati, se si traducono le sanzioni in termini percentuali sulla base di tali elementi, sono paradossali, risultandone percentuali del tutto disomogenee per le imprese sanzionate, senza alcuna razionale giustificazione.

E, invero, risulterebbero le seguenti sanzioni in termini percentuali:

- 6,5% del fatturato quanto a Piombifera Bresciana (sanzione di 1.306.500 euro a fronte di un fatturato di 20.200.000 euro);
- 4,54% del fatturato quanto a ESI (sanzione di 903.500 euro a fronte di un fatturato di 19.900.000 euro);
- 2,8% del fatturato quanto a Eco – Bat (sanzione di 4.588.350 euro a fronte di un fatturato di 163.400.000 euro);
- 2,6% del fatturato quanto a ME.CA. (sanzione di 994.500 euro a fronte di un fatturato di 36.900.000 euro);
- 1,15% del fatturato quanto a Piombogeghe (sanzione di 608.400 euro a fronte di un fatturato di 52.900.000 euro).
- 5% quanto a Ecolead s.p.a. (sanzione di 545.000 euro a fronte di un fatturato di euro 10.900.000);

- 20,27% quanto a COBAT (sanzione di 4.400.000 euro a fronte di una riserva patrimoniale di euro 21.700.000).

Se, invece, come si afferma nel par. 335 del provvedimento, la base di calcolo non è stata il fatturato globale del 2007 (l'unico dato che c'è nel provvedimento), ma il fatturato specifico, tale elemento avrebbe dovuto essere indicato nel provvedimento, per consentire ai destinatari di comprendere in che percentuale la sanzione era stata applicata.

Pertanto, delle due l'una:

- o la base di calcolo delle sanzioni sono stati i fatturati globali del 2007, e allora le misure percentuali delle sanzioni sono incongrue e irrazionali;

- o la base di calcolo delle sanzioni sono stati i fatturati specifici, ma allora le sanzioni si fondano su un elemento che non è nel provvedimento, sicché non si comprendono le misure percentuali delle stesse, e allora il provvedimento è viziato da carenza di motivazione.

E' appena il caso di sottolineare che i provvedimenti dell'Autorità, nella parte sanzionatoria, devono recare l'indicazione di tutti gli elementi necessari per comprendere le modalità di calcolo delle sanzioni.

Il Consiglio di Stato già in passato ha ritenuto necessario che l'Autorità indicasse i seguenti dati: qualificazione dell'infrazioni come grave o molto grave; durata dell'illecito; importo della sanzione per ciascuna impresa; eventuali circostanze attenuanti o aggravanti applicate; rapporto percentuale tra importo della sanzione e fatturato complessivo dell'impresa; eventuali altri criteri di quantificazione utilizzati (Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2007 n. 6469, *Lottomatica*).

Il provvedimento va inoltre stigmatizzato perché ha preso a base i fatturati del 2007 anziché quelli del 2008, che era l'ultimo esercizio anteriore all'adozione del provvedimento sanzionatorio (come richiedono l'art. 15, l. n. 287/1990 e gli Orientamenti della Commissione).

In sede di rideterminazione della sanzione, l'Autorità terrà conto espressamente (come sembra aver già fatto, implicitamente) della particolare posizione di ME. CA. e di Piomboghe, sotto il profilo che hanno accettato il conto deposito, così non dando piena attuazione all'intesa.

48.3. Va respinto l'undicesimo motivo nella parte in cui lamenta un ruolo minore delle due imprese, in quanto non si ravvisa un ruolo minore né di Piomboghe né di ME.CA. LEAD RECYCLING s.p.a., che si sono comunque avvantaggiate del sistema delle quote.

Come già visto in relazione al decimo motivo di ricorso, merita invece accoglimento la censura relativa alla base di calcolo della sanzione, sotto il profilo del difetto di motivazione.

48.4. Quanto alla censura di cui al dodicesimo motivo di ricorso, il provvedimento impugnato ha diffidato le imprese e il COBAT affinché adottassero "misure atte a porre termine all'illecito riscontrato" dando comunicazione all'Autorità, entro novanta giorni dalla notifica del provvedimento, "delle misure a tal fine adottate". Si tratta di clausola conforme al dettato legislativo (art. 15, l. n. 287/1990), che non può essere tacciata di genericità, in quanto è sufficiente che l'Autorità inviti le imprese a porre termine all'illecito riscontrato, adottando le misure idonee.

Il precedente invocato dalla ricorrente non può essere interpretato nel senso da essa preteso, in quanto esso non afferma l'illegittimità di una diffida generica, ma solo la inidoneità di una diffida generica a imporre obblighi da tenersi, da parte dei diffidati, nei confronti di soggetti terzi rispetto all'illecito antri trust.

Osserva infatti Cons. St., sez. VI, n. 926/2004 che:

a) la diffida "per l'eliminazione dell'infrazione" costituisce atto dovuto da parte dell'Autorità, in quanto la finalità della diffida non è solo quella di eliminare i comportamenti oggetto dell'intesa, che come fatti storici non potrebbero essere cancellati, ma anche quella di rimuovere, ove possibile, le conseguenze

anticoncorrenziali dell'intesa e di intimare alle imprese di astenersi dal porre in essere analoghi comportamenti per il futuro.

b) la diffida ha quindi anche lo scopo di intimare alle imprese di astenersi dagli accertati comportamenti anticoncorrenziali per il futuro;

c) se l'Autorità si limita ad impartire una diffida del tutto generica senza indicare alle parti alcuno specifico comportamento da tenere con riguardo ai rapporti in essere con un soggetto terzo rispetto all'illecito, non può che prevalere una interpretazione letterale della diffida nel senso di intimazione ad astenersi, anche per il futuro, dai comportamenti anticoncorrenziali accertati, senza che dalla diffida possa essere interpretata nel senso di comprendere comportamenti che le imprese devono tenere nei confronti di un soggetto terzo.

La diffida generica è dunque sufficiente e pienamente legittima, tanto più che nel caso di specie il COBAT e le imprese non devono, in ossequio alla diffida, adottare comportamenti che possano avere effetti pregiudizievoli su soggetti terzi o determinare oneri per i terzi.

49. In conclusione i ricorsi di primo grado di Piomboghe e di ME.CA. LEAD RECYCLING s.p.a. vanno accolti limitatamente alla misura della sanzione, che dovrà essere rideterminata dall'Autorità secondo i criteri indicati dal Collegio, individuando con congrua motivazione la base di calcolo e la percentuale base, con successiva applicazione dell'unica aggravante contestata (durata dell'illecito).

MOTIVI ASSORBITI DEL RICORSO DI PRIMO GRADO DI ESI ECOLOGICAL SCRAP INDUSTRY (appelli nn. 6426/2010 e 6635/2010)

50. Ecological Scrap Industry ha riproposto i motivi assorbiti del ricorso di primo grado, in relazione agli appelli nn. 6426/2010 e 6635/2010, e in particolare i motivi 4, 5 e 6, relativi alla autonoma intesa tra gli *smelters* e al trattamento sanzionatorio.

51. Altre censure, assorbite dal Tar, in ordine ad un presunto divieto legislativo del “conto lavorazione” e alla ripartizione delle batterie tra gli *smelters* mediante quote anziché mediante gara, contenute nei primi tre motivi del ricorso di primo grado, pongono questioni di identico tenore rispetto a quelle che il Collegio ha già esaminato e disatteso in sede di esame degli appelli principali e del ricorso di primo grado di COBAT, cui pertanto si rinvia.

52. Con il quarto motivo del ricorso di primo grado di ESI si lamenta anzitutto il difetto di istruttoria per mancato coinvolgimento, nel procedimento, dei raccoglitori.

52.1. La censura è stata già esaminata e disattesa dal Collegio in sede di esame del ricorso di primo grado di COBAT, che ha proposto identico motivo di ricorso.

53. Sempre con il quarto motivo del ricorso di primo grado ESI contesta la propria partecipazione all'intesa tra gli *smelters*, assumendo che l'Autorità non avrebbe dimostrato il come, il quando, il *quomodo* e la misura della partecipazione di ESI.

Degli scambi di informazioni accertati dall'Autorità, un unico comportamento sarebbe riferibile ad ESI, e in particolare una e.mail con cui l'amministrazione delegato di ESI afferma di condividere la posizione espressa da Piomboghe in relazione alla ripartizione delle batterie. In tutti gli altri casi ESI sarebbe solo destinataria di altrui note o *e-mails*.

Quanto alla tabella di riparto redatta in ambito AIRPB, l'Autorità non avrebbe fornito la prova dell'influenza di tale tabella sulla reale attribuzione delle quote in ambito COBAT.

53.1. Il motivo è infondato.

Come il Collegio ha già osservato in relazione al ricorso di primo grado di Piomboghe: - l'autonoma intesa tra gli *smelters*, individuata dall'Autorità, è sorretta da un quadro probatorio univoco da cui emergono scambi di informazioni e compattezza di posizioni;

- tutti gli *smelters* si sono avvantaggiati di tale scambio di informazioni e compattezza di posizioni, atteso che tutti hanno beneficiato del mantenimento dello *status quo* (la propria quota di batterie);
- anche una partecipazione meramente passiva rende l'intesa imputabile, salva la prova dell'espressa dissociazione dall'intesa, nella specie mancante (Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2011 n. 896).

Né rileva la prova dell'influenza delle tabelle AIRPB sulla ripartizione delle quote in ambito COBAT, atteso che l'intesa sanzionabile non necessariamente deve avere un effetto anticoncorrenziale, essendone sufficiente l'oggetto con tale colorazione.

54. Con il quinto motivo del ricorso di primo grado ESI si contesta la diffida impartita dall'Autorità, assumendo che sarebbe in concreto irrealizzabile, in quanto:

- a) l'Autorità non potrebbe imporre al COBAT l'indizione della gara per l'assegnazione delle batterie esauste e comunque non potrebbe imporlo ai singoli *smelters*;
- b) l'Autorità non potrebbe impedire lo scambio di informazioni, fisiologico in un sistema di adesione obbligatoria al consorzio;
- c) l'Autorità non potrebbe imporre il conto lavorazione.

54.1. Le censure vanno disattese.

La diffida indica genericamente il fine da raggiungere (la cessazione delle condotte anticoncorrenziali), non indicando i mezzi da utilizzare, che pertanto mantengono la necessaria flessibilità in relazione al mutato contesto normativo.

Non a caso, poi, il provvedimento sanzionatorio assegna ai sanzionati un termine entro il quale dovranno indicare all'Autorità le misure che intendono adottare per eliminare l'illecito: si apre pertanto una ulteriore fase in cui l'Autorità valuta l'idoneità delle misure proposte.

Non senza trascurare che i sanzionati possono, anche prima della scadenza del termine, rivolgersi all'Autorità per formulare proposte o ricevere indicazioni sulle misure più idonee.

Non si può pertanto tacciare la diffida di genericità o impossibilità dell'oggetto.

55. Con il sesto e ultimo motivo del ricorso di primo grado ESI vengono sollevate censure in ordine al *quantum* della sanzione.

55.1. Si sostiene anzitutto che alla luce della giurisprudenza comunitaria sul caso CIF, la sanzione non doveva essere applicata o doveva essere ridotta, perché la condotta asseritamente anticoncorrenziale sarebbe stata imposta o agevolata dalla legge, e comunque vi era il legittimo affidamento di ESI sul fatto che il sistema era imposto dalla legge.

55.2. Censure di identico tenore sono state dal Collegio esaminate e respinte in relazione ai ricorsi di primo grado di COBAT e di Piomboghe: si rinvia ai relativi argomenti per disattendere anche le censure qui sollevate da ESI.

55.3. Si lamenta poi che la sanzione di 903.500 euro comminata ad ESI sarebbe sproporzionata, in quanto:

- ad AIRPB sarebbe stata irrogata una sanzione “simbolica” di 1000 euro;
- a Ecolead è stata irrogata una sanzione di 545.000 euro;
- ESI avrebbe una quota di partecipazione al COBAT pari all'8% della partecipazione degli *smelters* ma avrebbe subito una sanzione pari all'11,42% del monte sanzioni;
- l'Autorità avrebbe utilizzato percentuali differenti di fatturato per ciascuna impresa sanzionata senza indicare le ragioni;
- la motivazione in punto di sanzione sarebbe insufficiente;
- erronea sarebbe stata la quantificazione della durata dell'abuso;
- non si sarebbe tenuto conto del ruolo minore di ESI.

55.4. Le censure vanno disattese.

Non risulta comprovato il ruolo minore di ESI rispetto alle altre imprese.

Quanto alla durata dell'illecito, il Collegio ne ha già ritenuto corretta la determinazione in sede di esame dei motivi del ricorso di primo grado di COBAT.

55.5. Sono invece fondate le censure in ordine al difetto di motivazione della sanzione quanto a base di calcolo e percentuale irrogata, per le ragioni già esposte in relazione ai ricorsi di Piomboleghe e ME.CA. Lead (*par. 48.2.* della presente sentenza).

56. In conclusione, il ricorso di primo grado di ESI va accolto limitatamente alla misura della sanzione, che dovrà essere rideterminata dall'Autorità secondo i criteri indicati dal Collegio, individuando con congrua motivazione la base di calcolo e la percentuale base, con successiva applicazione dell'unica aggravante contestata (durata dell'illecito).

MOTIVI ASSORBITI DEL RICORSO DI PRIMO GRADO DI ECO – BAT
(appelli nn. 6429/2010 e 6651/2010)

57. Eco - Bat ha riproposto i motivi assorbiti del ricorso di primo grado, in relazione agli appelli nn. 6429/2010 e 6651/2010, e in particolare i motivi 5 e 6.

Con il quinto motivo del ricorso di primo grado Eco - Bat contesta la propria partecipazione all'intesa tra gli *smelters*, assumendo che l'Autorità non avrebbe dimostrato il come, il quando, il *quomodo* e la misura della sua partecipazione.

57.1. La censura è di tenore analogo a quelle proposte da Piomboleghe e da ESI e merita reiezione in base ai medesimi argomenti, atteso che Eco - Bat, come gli altri *smelters*, ha partecipato allo scambio di informazioni e ne è stata destinataria, e ha tratto vantaggio dal mantenimento delle quote, e atteso che anche la mera partecipazione passiva all'intesa, rende la stessa ascrivibile all'impresa, in difetto di dissociazione espressa, qui inesistente.

58. Con il sesto motivo del ricorso di primo grado Eco - Bat contesta la misura della sanzione, lamentando che essa sarebbe sproporzionata.

Si assume, anzitutto, che in violazione dell'art. 15, l. n. 287/1990, l'Autorità, anziché prendere a base il fatturato dell'ultimo esercizio chiuso prima della notificazione della diffida, vale a dire il fatturato del 2008, ha preso a base il fatturato del 2007, che era di importo maggiore.

Tanto, in base all'argomento che non tutte le società parti del procedimento avrebbero avuto la disponibilità dei dati di fatturato relativi al 2008.

Lamenta l'appellante che essa nel corso del procedimento ha fornito dati puntuali relativi al proprio fatturato del 2008.

Si lamenta inoltre la sproporzione della sanzione (pari a 4.588.350 euro) che è la più elevata tra quelle irrogate, senza plausibile motivazione.

L'Autorità avrebbe erroneamente:

- a) considerato grave l'illecito;
- b) non applicato l'attenuante del contesto normativo;
- c) enfatizzato il ruolo di Eco - Bat, attribuendole un ruolo direttivo ricoperto nell'intesa, privo di prova;
- d) quantificato la durata dell'illecito.

58.1. Le censure in ordine alla gravità e durata dell'illecito, e alla non applicazione dell'attenuante del contesto normativo sono state già esaminate e disattese in relazione agli altri ricorsi di primo grado sin qui esaminati, e meritano rigetto per le ragioni già esposte, cui si rinvia.

58.2. Anche quanto all'aggravante riferita al ruolo direttivo di Eco - Bat, vi sono sufficienti elementi per attribuire ad Eco - Bat un ruolo direttivo nell'intesa illecita.

Tale assunto si basa anzitutto su una nota inviata dal rappresentante in Italia di Eco - Bat al referente inglese del gruppo, in cui si resoconta su una riunione tra *smelters* e produttori tenutasi nel maggio 2007. Secondo la traduzione di tale

documento fatta propria dall'Autorità, il rappresentante italiano di Eco - Bat direbbe *“da quando gli smelters ottengono un livello di profitti eccessivamente scandaloso la richiesta è stata di passare ai produttori un bel pezzo dello stesso, nella forma della proposta poi abortita o in qualsiasi altro modo, assegni compresi (par. 146 del provvedimento impugnato).*

Nella versione originale inglese, si legge *“There was a meeting between smelters and battery producers to hear requests and proposals by the producers. Since smelters make an excessively outrageous amount of profits the request was to pass to producers good chunk of it in the form of the aborted ‘proposal’ or whatever, cashier checks accepted”.*

Il teorema del ruolo direttivo di Eco - Bat nell'intesa si basa inoltre su un commento del medesimo *smelter* in merito al produttore Varta, la quale sarebbe all'origine del “disordine” riscontrato sul mercato per aver organizzato un autonomo sistema di raccolta, finalizzato all'esportazione delle batterie raccolte verso Paesi in cui l'impresa, che è parte di un importante gruppo internazionale, dispone di propri impianti di produzione e dove le batterie potrebbero essere trattate in conto lavorazione da *smelter* locali.

Si legge in un memo interno all'impresa, *“i produttori di batterie devono arrestare ogni interferenza con la raccolta. In particolare Varta, che è all'origine del casino, deve impegnarsi a smettere di comprare e a smantellare la sua organizzazione”* (nella versione originale inglese, *“battery producers must stop any interference with collection. In particolare Varta, who is the main origin of the mess, has to commit to stop buying and to dismantle its organisation”.*

Ancora, nei parr. 154 e 155 del provvedimento si legge che uno *smelter*, Piombifera, aveva accettato modeste quantità in conto lavorazione, suscitando le preoccupazioni degli altri *smelters*; si legge ancora che *“(…) In ogni caso, la vicenda si è chiusa quando l'a.d. di Eco-Bat ha ricevuto puntuali rassicurazioni da Piombifera circa una cambio di politica da parte della stessa, la quale (perlomeno nel periodo a cui risale la*

comunicazione, ovvero il giugno 2007) si sarebbe comportata da “smelter leale”, ovvero non accettando più batterie provenienti direttamente dai produttori (doc. III.174)”.

E, ancora, rilevano gli elementi di fatto che si evincono dai parr. 163, 164, 165, 166, 167 e 168 del provvedimento impugnato, che confermano il ruolo di *leadership* assunto da Eco - Bat all'interno dell'intesa:

a) si legge nel par. 163 “Da un messaggio inviato il 6 dicembre 2007 al presidente di AIRPB dall'a.d. di Eco - Bat – che nell'occasione sembra aver svolto la funzione di principale decisore, evidentemente in virtù del primato di mercato detenuto dalla sua impresa – si legge come questi confermi al primo “*perconto di Eco-bat l'applicazione ai contratti 2008 degli stessi principi generali secondo i quali è stato redatto il contratto 2007. Per le quote si dovrà tener conto dell'adesione di Ecolead e della continuazione dell'accordo con i due frantumatori campani, Geri e De Vita20, sempre secondo i criteri sopra indicati?*”. Il messaggio si conclude con l'indicazione di aver “*comunicato la posizione Eco-Bat al dr. Zilla [direttore di COBAT], che provvederà a verificare i conteggi?*” (doc.X.457);

b) si legge nel par 164 che alla data dell' 11 dicembre 2007 risale una *email* dell'a.d. di Eco - Bat al presidente di AIRPB, contenente due diversi conteggi per stabilire la ripartizione delle batterie, uno dei quali “*si basa sul garantire a Eco-Lead 10.000 t, non facendolo partecipare alla riduzione per Geri/De Vita. Forse rispetta meglio la sostanza degli accordi presi a suo tempo?*” (doc. X.463).

c) nel par. 165 si legge che in un'altra *email* di pari data l'a.d. di Piomboghe scrive all'a.d. di Eco - Bat di aver “*ricostruito su un documento inviatomi da Zilla quella che dovrebbe essere la ripartizione batterie per il contratto che dovremo firmare giovedì [ovvero il CCS], su una base raccolta COBAT di 190.000 t*”. Il testo prosegue riportando come “*in base agli accordi fatti con Pofferi [rappresentante di Ecolead], le prime eccedenze di raccolto oltre il budgettato saranno sue fino alla concorrenza della sua quota effettiva, solo se si verificasse tale ipotesi anche sulla quota*

Ecolead andrà calcolata la percentuale per Geri/De Vita”;

d) nel par. 166 si legge che il 14 dicembre 2007, nel rispondere a un messaggio dell’AIRPB in cui si indicavano le modalità di ripartizione, sempre l’a.d. di Eco - Bat rileva che *“i numeri e le percentuali [...] sembrano corretti?”* (doc. X.435);

e) si legge nel par. 167 che il 19 dicembre 2007, l’a.d. di Eco - Bat esprime al Presidente di AIRPB il suo consenso nei confronti dell’ultima bozza di ripartizione;

f) nel par. 168 si legge che l’a.d. di Eco - Bat invia al direttore generale di COBAT un documento

informatico, denominato *“Quota Ecolead”*, in cui vengono riportate le quote di batterie da assegnare alla società Ecolead per gli anni 2008/2010.

E’, ancora rilevante quanto si legge nel par. 171, che prende in considerazione documenti riferiti alla ipotesi di chiusura di uno stabilimento produttivo di un operatore, e in particolare alle modalità di riassegnazione ad altri operatori delle batterie esauste spettanti all’impianto chiuso. In particolare, risulta che l’a.d. di Eco - Bat abbia comunicato per iscritto a presidente, direttore generale e direttore operativo di COBAT il *“benestare della Eco-Bat a che non venga applicata la ridistribuzione delle batterie della quota Piombifera per il periodo di chiusura”*. Nello stesso documento viene evidenziata la disponibilità della stessa Eco-Bat a ricevere le batterie della quota

di Piombifera, *“con l’impegno alla successiva restituzione”*, in modo che rimangano inalterate le

quote attribuite a ciascuno *smelter* (doc. II.55).

E’, infine, rilevante quanto emerge dai parr. 172 e 173, che esaminano un documento in cui l’a.d. di Eco - Bat considera *“un incubo”* (*“nightmare”* nel testo: v. doc. III.163) l’ingresso di Ecolead nel Consorzio. Nello stesso documento vengono poi studiate le possibilità di incrementare la quota di Eco - Bat all’interno

del Consorzio (e dunque, le conseguenti assegnazioni) attraverso l'associazione in associazione temporanea con soggetti minori, così da accrescere la capacità produttiva di Eco - Bat. Tuttavia, a ulteriore conferma della sensibilità delle relazioni intercorrenti tra gli operatori consorziati, tale ipotesi viene valutata criticamente dallo stesso a.d. di Eco - Bat, atteso che *“interromperà le relazioni amichevoli che abbiamo adesso con tutti gli altri smelter”*²¹ (doc. III.163).

Ad avviso del Collegio tali numerosi elementi, oltre a fornire la prova della consapevolezza del carattere anticoncorrenziale della condotta, dimostrano anche il ruolo maggiore di Eco - Bat nell'intesa, e il particolare interesse che essa aveva a mantenere lo *status quo*.

58.3. Meritano invece accoglimento le censure in ordine alla base di calcolo della sanzione per le ragioni già esposte in relazione ai ricorsi di Piomboghe e ME.CA. (*par. 48.2.* della presente sentenza).

59. In conclusione, il ricorso di primo grado di Eco - Bat va accolto limitatamente alla misura della sanzione, che dovrà essere rideterminata dall'Autorità secondo i criteri indicati dal Collegio, individuando con congrua motivazione la base di calcolo e la percentuale base, con successiva applicazione, con successiva applicazione delle due aggravanti contestate (ruolo direttivo e durata dell'illecito).

MOTIVI ASSORBITI DEL RICORSO DI PRIMO GRADO DI PIOMBIFERA BRESCIANA S.P.A. (appelli n. 6432/2010 e 6616/2010)

60. Piombifera Bresciana s.p.a. ha riproposto i motivi assorbiti del ricorso di primo grado (primo, secondo, terzo, quinto, sesto e settimo), in relazione agli appelli nn. 6432/2010 e 6616/2010 (da pag. 102 a pag. 143 della memoria).

61. Con il primo motivo del ricorso di primo grado (da pag. 7 a pag. 33 del ricorso di primo grado, e da pag. 103 a pag. 121 della memoria in appello) si lamentava l'erronea individuazione della base giuridica, e segnatamente l'erronea invocazione

dell'art. 81 del Trattato, che punisce le intese che abbiano per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza all'interno del mercato comune o che siano idonee a pregiudicare il commercio tra Stati membri.

Sarebbe mancata l'esatta individuazione del mercato rilevante.

L'Autorità fa riferimento al mercato della raccolta di batterie al piombo esauste e al mercato del riciclaggio delle medesime batterie (par. 66 del provvedimento).

Piombifera Bresciana, in qualità di *smelter*, è interessata al mercato a valle del riciclaggio.

Per la corretta individuazione di tale mercato, a dire della ricorrente in primo grado, l'Autorità avrebbe dovuto:

- esaminare la sostituibilità dal lato della domanda, analisi del tutto assente nel provvedimento;
- essendo il piombo secondario sostituibile con quello primario, il mercato sarebbe più ampio, non essendo riferibile al solo riciclaggio;
- esaminare la sostituibilità dal lato dell'offerta, analisi assente nel provvedimento dell'Autorità;
- esaminare l'eventuale esistenza della concorrenza potenziale, nella specie insussistente stanti le elevate barriere all'ingresso.

Si conclude nel senso che dati sia la struttura del prezzo che del mercato l'ingresso di altre imprese non avrebbero riportato il prezzo a valori competitivi.

Contraddittoriamente l'Autorità farebbe riferimento al mercato nazionale, applicando poi l'art. 81 del Trattato, che si riferisce al mercato comunitario.

Sarebbe poi illogico il riferimento al pregiudizio del commercio tra Stati membri, del tutto indimostrato.

61.1. Il mezzo va disatteso.

Per mercato rilevante si intende quella zona geograficamente circoscritta dove, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le

imprese che forniscono quel prodotto si pongono fra loro in rapporto di concorrenza (cfr. Cons. St., sez. VI, 14 marzo 2000 n. 1348, *Italcementi*; Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2001 n. 652, *Vendomusica*).

Come è noto, la definizione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto cui segue l'applicazione ai fatti accertati delle norme giuridiche in tema di mercato rilevante, come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. Tale applicazione delle norme ai fatti implica un'operazione di <<contestualizzazione>> delle norme, frutto di una valutazione giuridica complessa che adatta concetti giuridici indeterminati, quale il <<mercato rilevante>> e <<l'abuso di posizione dominante>> al caso specifico.

Non di rado tale operazione di contestualizzazione implica margini di opinabilità, atteso il carattere di concetto giuridico indeterminato di dette nozioni.

Il giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'AGCM esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto, deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate. Laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione del mercato rilevante, se questa sia immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge (Cons. St., sez. VI, 23 aprile 2002 n. 2199, *Rc Auto*; Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2004 n. 926, *buoni - pasto*).

Nell'ipotesi di intese restrittive, la definizione del mercato rilevante è successiva all'individuazione dell'intesa, in quanto sono l'ampiezza e l'oggetto dell'intesa a circoscrivere il mercato su cui l'abuso è commesso: vale a dire che la definizione dell'ambito merceologico e territoriale nel quale si manifesta un coordinamento fra

imprese concorrenti e si realizzano gli effetti derivanti dall'illecito concorrenziale è funzionale alla decifrazione del grado di offensività dell'illecito (Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2006 n. 1271 *Telecom Italia*).

61.2. Nel caso di specie la ricostruzione del mercato rilevante ad opera dell'Autorità è immune da vizi logici o di travisamento (parr. da 65 a 79 e parr. 319-321 del provvedimento), in quanto:

a) correttamente la base giuridica invocata dall'Autorità è l'art. 81 del Trattato UE, e il mercato rilevante è stato individuato avuto riguardo a quello comunitario anziché a quello nazionale, ove si consideri, da un lato, che la disciplina positiva prevede la possibilità che i raccoglitori procedano all'esportazione in alternativa al conferimento al COBAT, e che le condotte contestate hanno ostacolato le modalità alternative al conferimento al COBAT, e dunque anche le esportazioni, con evidente idoneità a pregiudicare gli scambi sul mercato comunitario, e ove si consideri, dall'altro lato, che secondo le stesse indicazioni fornite dalla Commissione, una intesa tra imprese estesa all'intero territorio di uno Stato membro è normalmente idonea a recare pregiudizio agli scambi comunitari, perché ha l'effetto di compartimentale e separare il mercato nazionale rispetto al mercato comunitario, e che tale "normale idoneità" nella specie è esattamente configurabile, ove si consideri che sul mercato operavano raccoglitori incaricati, essenzialmente esportatori delle batterie, e produttori di batterie che avevano interesse al conto lavorazione, e che avevano la possibilità di realizzare il conto lavorazione in altri Paesi comunitari e che anche quanto agli *smelters*, l'Autorità ha dimostrato che in assenza delle barriere all'ingresso fraposte dal Consorzio, vi sarebbe stato margine per l'ingresso sul mercato italiano di *smelters* di altri Paesi comunitari;

b) la sostituibilità sul versante della domanda e dell'offerta sono state correttamente valutate dall'Autorità, ove si consideri che in un contesto economico

di prezzo del piombo in aumento, il bene “piombo secondario” non è perfettamente fungibile con il bene “piombo primario”;

c) l'esistenza di barriere al mercato della raccolta e riciclo è assunto non adeguatamente dimostrato dal ricorrente, a fronte di un contesto normativo che sia pur in modo contorto, si è aperto alla concorrenza.

62. Con il secondo motivo del ricorso di primo grado (da pag. 33 a pag. 38 del ricorso di primo grado e da pag. 121 a pag. 125 della memoria di appello) si assume la non imputabilità dell'illecito *ex* art. 81 del Trattato quando le condotte sono imposte dalla legge e l'impresa non ha alcuna margine di autonomia. Piombifera, in quanto *smelter*, era tenuta a aderire al Consorzio e ad adempiere agli obblighi imposti; né gli *smelters* nel loro complesso, né Piombifera singolarmente, erano in grado di influire sulle decisioni del Consorzio.

62.1. Tale ordine di censure è contenuto anche in altri ricorsi di primo grado, sinora esaminati, e sono censure già disattese.

Si sono già illustrate le ragioni per cui:

- le condotte di COBAT non erano legislativamente né imposte né agevolate;
- gli *smelters* nel loro complesso hanno inizialmente avuto una quota di partecipazione al Consorzio pari al 50%, a fronte del 30% attribuito ai produttori, del 10% attribuito ai raccoglitori e del 10% attribuito ai rivenditori, e successivamente del 40%, a fronte di un aumento al 40% della quota dei produttori, invariate restando le altre due quote;
- pertanto gli *smelters*, dapprima dal punto di vista giuridico, poi dal punto di vista fattuale, hanno avuto un ruolo determinante in ordine alle decisioni del Consorzio e ne hanno causato una politica di favore per gli *smelters* medesimi.

63. Con il terzo motivo del ricorso di primo grado (da pag. 39 a pag. 48 del ricorso di primo grado e da pag. 125 a pag. 132 della memoria di appello), si contesta la sussistenza dell'illecito volto alla determinazione delle quote.

In ambito COBAT, le scelte sulle quote sarebbero state imposte agli *smelters*, che non vi potevano influire.

Quanto allo scambio di informazioni tra *smelters* anche nell'ambito della loro associazione di categoria, si sarebbe trattato di fisiologici scambi di informazioni al fine di organizzare un servizio per legge obbligatorio, e non di informazioni sensibili.

Inoltre Piombifera sarebbe l'unica impresa che ha effettuato il conto lavorazione, accettando direttamente dai produttori batterie esauste.

Vi sarebbe inoltre violazione del *ne bis in idem* perché la medesima condotta sarebbe sanzionata in capo al Consorzio e ai singoli *smelters*.

63.1. Le censure relative al sistema delle quote, agli scambi di informazioni tra i riciclatori e al *ne bis in idem* sono state esaminate in relazione ad altri dei ricorsi di primo grado sin qui esaminati e già disattese.

Vanno, per i medesimi argomenti, cui si rinvia, disattese, pertanto, anche le presenti lagnanze.

63.2. Resta da verificare se effettivamente Piombifera Bresciana avesse una posizione differenziata, avendo acconsentito al conto lavorazione.

Dal provvedimento impugnato (parr. 154 e 155) si evince che effettivamente Piombifera Bresciana aveva accettato modeste quantità in conto lavorazione, ma ciò aveva destato la preoccupazione degli altri *smelters* perché veniva infranto un principio, e Piombifera aveva dato puntuali assicurazioni che d'ora innanzi si sarebbe adeguata alla politica del gruppo degli *smelters*, comportandosi da “*smelter* leale” (v. parr. 154 e 155: 154. (...)) merita qui riportare le preoccupazioni espresse da alcuni degli stessi circa la condotta di altri riciclatori – segnatamente, Piombifera – che avrebbero accettato batterie esauste dai produttori. Per quanto tale accordo di lavorazione avesse interessato quantità modeste, nell'ottica degli altri *smelter* queste sarebbero state comunque sufficienti a rompere l'equilibrio alla base del

rifiuto compatto ad accettare materiale in conto lavorazione (“*to break a principle*” nel testo), dando così una qualche speranza ai produttori e insieme indebolendo la posizione comune degli *smelter* (doc. III.172). 155. (...) In ogni caso, la vicenda si è chiusa quando l’a.d. di Eco-Bat ha ricevuto puntuali rassicurazioni da Piombifera circa un cambio di politica da parte della stessa, la quale (perlomeno nel periodo a cui risale la comunicazione, ovvero il giugno 2007) si sarebbe comportata da “*smelter leale*”, ovvero non accettando più batterie provenienti direttamente dai produttori (doc. III.174).

E’ allora chiaro che l’aver Piombifera accettato modeste quantità in conto lavorazione, condotta subito seguita da un ritorno all’ovile, non denota affatto la “dissociazione espressa” dall’intesa, che è l’unica condizione per escludere l’imputabilità dell’intesa.

64. Con il quinto, sesto e settimo motivo del ricorso di primo grado sono state proposte censure in ordine alla sanzione, riproposte in appello con memoria.

64.1. Con il quinto motivo (pag. 56 del ricorso di primo grado) si lamenta che contraddittoriamente l’Autorità ha contestato la violazione dell’art. 81 del Trattato e ha poi quantificato la sanzione con i criteri previsti dall’art. 15, l. n. 287/1990 anziché con i criteri previsti per l’illecito antitrust comunitario.

64.2. Il motivo va accolto per le stesse ragioni già esaminate in relazione ai ricorsi di Piomboghe e ME. CA. Lead (*par. 48.2.* della presente sentenza).

65. Con il sesto motivo del ricorso di primo grado si lamenta che:

- a) non sarebbe chiaro il criterio in base al quale l’Autorità ha calcolato l’aggravante;
- b) erroneamente l’illecito è stato qualificato come grave;
- c) sarebbe mancata una indagine sulla coscienza e volontà dell’illecito, in violazione della l. n. 689/1981;
- d) erronea sarebbe la determinazione della durata dell’infrazione;

e) non sarebbero state considerate le circostanze attenuanti, e segnatamente il ruolo marginale di Piombifera, che avrebbe provato di aver tenuto un atteggiamento indipendente, la collaborazione con l'Autorità, e l'attenuante del contesto normativo.

66.1. Il mezzo è parzialmente fondato.

Il Collegio ha già disatteso, in sede di esame degli altri ricorsi di primo grado, con argomenti che si intendono qui richiamati, le censure in ordine alla gravità e durata dell'illecito, e in ordine alla mancata considerazione dell'attenuante del contesto normativo.

66.2. Quanto alle ulteriori censure, merita accoglimento la prima mentre vanno disattese tutte le altre:

a) come già osservato non è chiaro il ragionamento seguito dall'Autorità in ordine alla base di calcolo della sanzione e alla percentuale irrogata;

b) la collaborazione dell'impresa con l'Autorità durante il procedimento non è di per sé circostanza attenuante, specie se gli effetti dell'intesa perdurano durante il procedimento, come è nel caso di specie;

c) l'atteggiamento indipendente di Piombifera non risulta, ad avviso del Collegio, comprovato, atteso che l'accettazione del conto lavorazione è stato un episodio isolato e non comprova una dissociazione espressa dall'intesa, tuttavia non è effettivamente chiaro quale è in termini percentuali la sanzione irrogata a Piombifera, non essendo chiara quale è stata la base di calcolo.

Non è chiaro per l'effetto, se il ruolo di Piombifera Bresciana sia stato considerato maggiore di o minore di quello di Eco - Bat e di ESI.

67. Con il settimo motivo del ricorso di primo grado si lamenta che erroneamente la base di calcolo della sanzione è stato l'intero fatturato dell'impresa anziché solo quello cui si riferisce l'illecito.

67.1. Analoga censura è stata già accolta, sotto il profilo del difetto di motivazione, in relazione ai ricorsi di Piomboleghe e di ME.CA Lead.

68. In conclusione, il ricorso di primo grado di Piombifera Bresciana va accolto limitatamente alla sanzione, che andrà rideterminata dall'Autorità in base ai criteri suindicati, scegliendo una percentuale congrua in confronto alle percentuali applicate alle altre imprese sanzionate.

MOTIVI ASSORBITI DEL RICORSO DI PRIMO GRADO DI Ecolead (appello n. 6642/2010)

69. In difetto di costituzione in appello di Ecolead non rivivono i motivi del suo ricorso di primo grado assorbiti dal Tar. Restano salvi i poteri di autotutela dell'Autorità, che, nel rideterminare la sanzione per gli altri sei ricorrenti in primo grado, valuterà se rideterminarla anche per Ecolead alla luce dei criteri generali indicati dal collegio.

CONCLUSIONI E STATUZIONE SULLE SPESE DI GIUDIZIO

70. Alla luce di quanto esposto, gli appelli principali vanno accolti e, per l'effetto:

a) vanno accolti in parte, quanto alla misura della sanzione, i ricorsi di primo grado di COBAT, Eco - Bat, Piomboleghe, ME.CA. LEAD RECYCLING s.p.a., ESI, Piombifera Bresciana, demandando all'Autorità di rideterminare la sanzione secondo i criteri già indicati;

b) vanno respinti nel resto tutti i ricorsi di primo grado.

Il Collegio esprime l'auspicio che in futuro l'Autorità, nei paragrafi relativi alla quantificazione della sanzione, indichi esplicitamente, oltre all'importo finale della sanzione, anche gli elementi per la sua quantificazione, vale a dire l'ammontare del fatturato, la percentuale della sanzione base, la percentuale di sanzione irrogata per circostanze aggravanti o per converso le riduzioni per attenuanti, eventuali altri criteri di quantificazione utilizzati (secondo le indicazioni già date all'Autorità da

Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2007 n. 6469, *Lottomatica*), in modo da consentire al Collegio una migliore e più celere comprensione dei fatti di causa.

71. La complessità delle questioni giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite in relazione ad entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione VI, definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe:

1) riunisce gli appelli;

2) accoglie gli appelli e, per l'effetto:

2.a) accoglie in parte, quanto alla misura della sanzione, i ricorsi di primo grado di COBAT, Eco - Bat, Piomboghe, ME.CA. LEAD RECYCLING s.p.a., ESI e Piombifera Bresciana, demandando all'Autorità di rideterminare le sanzioni secondo i criteri di cui in motivazione;

2.b) respinge nel resto tutti i ricorsi di primo grado;

3) compensa le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/05/2011

IL SEGRETARIO

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