

Publicato il 25/06/2019

N. 04335/2019REG.PROV.COLL.  
N. 03240/2017 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3240 del 2017, proposto da Società Metalmeccanica Fracasso in Liquidazione S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Vincenzo Cerulli Irelli, Maurizio Dell'Unto e Cristian Perretta, con domicilio eletto presso lo studio Vincenzo Cerulli Irelli in Roma, via Dora, n. 1;

*contro*

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n. 1618 del 2017.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2019 il Cons. Giordano Lamberti e uditi per le parti l'avvocato Vincenzo Cerulli Irelli e l'avvocato dello Stato Sergio Fiorentino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1- L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), con deliberazione 28 settembre 2012, n. 23931, aveva comminato alla società Metalmeccanica Fracasso la sanzione di € 11.013.165,40 per aver attuato, nel periodo gennaio 2003 - maggio 2007, un'intesa restrittiva della concorrenza, *“consistente in un'unica e complessa pratica concordata continuata nel tempo, volta a distorcere fortemente i meccanismi di confronto concorrenziale nel mercato nazionale dei dispositivi metallici di sicurvia”*.

1.1- La società Metalmeccanica Fracasso ha impugnato la citata deliberazione davanti al T.A.R. per il Lazio che, con la sentenza n. 8674 del 2013, ha parzialmente accolto il ricorso e, per l'effetto, ha ridotto la sanzione dovuta.

2 – Tale decisione è stata oggetto di appello da parte dell'Autorità e di appello incidentale da parte della società Metalmeccanica Fracasso.

2.1 - Questa Sezione, con la sentenza n. 3291 del 2 luglio 2015, ha annullato l'impugnata deliberazione dell'Autorità (del 28 settembre 2012, n. 23931), *«nella parte relativa alla quantificazione della sanzione»*, ed ha rinviato *«all'ulteriore determinazione dell'Autorità appellante»* il nuovo ammontare della sanzione.

2.2 - In particolare, la Sezione ha ritenuto che la sentenza del T.A.R. doveva essere confermata per la parte relativa all'accertamento della condotta anticoncorrenziale, con il conseguente rigetto sul punto dell'appello incidentale proposto dalla società Metalmeccanica Fracasso.

2.3 - Con riferimento alla quantificazione della sanzione, oggetto dell'appello proposto dall'Amministrazione ed oggetto anche di appello incidentale, la Sezione ha ritenuto che la sentenza del T.A.R. aveva errato nel ritenere fondata la censura secondo la quale l'Autorità aveva commisurato l'importo

della sanzione al fatturato realizzato dalla Fracasso s.p.a., alla quale il ramo d'azienda era stato conferito dalla società Metalmeccanica Fracasso nel dicembre 2007.

2.4 - Questa Sezione ha ritenuto, sul punto, fondato anche l'appello incidentale proposto dalla società Metalmeccanica Fracasso, in quanto *«l'indubbia gravità del comportamento sanzionato non sminuisce il dovere, per l'Autorità, di considerare l'effettività dei ricavi conseguiti dal soggetto che tale comportamento ha posto in essere per effetto dell'illecito contestato, nonché l'entità del suo eventuale apporto all'intesa stessa»*. Mentre *«nella fattispecie in esame, non risultano adeguatamente specificati dall'Autorità, appunto, i ricavi conseguiti dalla società sanzionata per effetto del comportamento illecito, e l'apporto della stessa alla formazione dell'intesa illecita»*.

In conseguenza, la Sezione ha disposto l'annullamento del provvedimento impugnato nella parte riguardante l'ammontare della sanzione ed ha ritenuto *«opportuno demandarne la concreta nuova quantificazione all'Autorità, in rinnovazione del procedimento per la parte in esame, per modo che siano presi in dettagliata considerazione tutti gli elementi rilevanti»*.

3 - L'Autorità, con il provvedimento assunto nell'Adunanza del 22 dicembre 2015, ha rideterminato la sanzione da applicare alla società Metalmeccanica Fracasso, per i comportamenti ad essa ascritti nella precedente deliberazione n. 23931 del 28 settembre 2012, nella misura di € 7.714.083,04.

4 - Con il ricorso innanzi al Consiglio di Stato, la società ha dedotto la violazione e/o elusione della sentenza del Consiglio di Stato n. 3291 del 2015, deducendo che l'Autorità avrebbe, tra l'altro, del tutto omesso di accertare i ricavi effettivamente conseguiti dalla società; inoltre, una corretta esecuzione della sentenza avrebbe dovuto condurre ad una ben più consistente riduzione dell'importo sanzionatorio.

4.1 - Detto ricorso è stato respinto con la sentenza di questa Sezione n. 4563 del 31 ottobre 2016, che ha evidenziato che il vincolo conformativo della sentenza *“non risultava però tanto preciso e dettagliato da far ritenere che il contenuto del (nuovo) provvedimento che l'amministrazione era tenuta ad emanare era desumibile in via*

*integrale, nei suoi elementi essenziali, dalla sentenza. Infatti l'Amministrazione ... era tenuta a rinnovare il procedimento ai fini della quantificazione della sanzione nel rispetto dei principi generali in materia e degli indirizzi dettati nella decisione passata in giudicato che aveva sancito (solo) che doveva essere considerata l'effettività dei ricavi conseguiti dalla società ricorrente che aveva posto in essere l'illecito contestato, nonché l'entità del suo apporto all'intesa stessa, con una adeguata motivazione sulle valutazioni effettuate'.*

5 - Con un ulteriore autonomo ricorso, la società Metalmeccanica Fracasso ha impugnato lo stesso provvedimento anche davanti al T.A.R. per il Lazio, sostenendo che, nel rideterminare la sanzione, l'Autorità non avrebbe tenuto conto delle condizioni economiche attuali della società oramai in liquidazione. In primo luogo, ha contestato il fatto che l'Autorità, ai fini del rispetto del limite edittale del 10% stabilito dalla normativa europea (art. 23, par. 2 Reg. (CE) n. 1/2003 e Orientamenti della Commissione per il calcolo delle ammende approvati con la Comunicazione UE 2206/C/210/02) e nazionale (art. 15 l. 287/1990), avrebbe erroneamente fatto riferimento al fatturato conseguito nel 2011, mentre avrebbe dovuto considerare quello – quasi azzerato - conseguito dalla stessa società nel 2014, e cioè nell'ultimo anno precedente all'irrogazione della sanzione rideterminata.

In secondo luogo, la società ha censurato la violazione degli Orientamenti per il calcolo delle ammende cit., dell'art. 11 della l. 689/1981 e dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, per avere l'Autorità irrogato nuovamente una sanzione ridotta del solo 30% rispetto a quella originariamente applicata, in mancanza dei necessari presupposti di gravità.

In terzo luogo, si è contestata la violazione degli Orientamenti UE, dell'art. 11 della l. 689/1981 e dei medesimi principi di proporzionalità e ragionevolezza sotto un ulteriore profilo, e segnatamente per la mancata concessione di una congrua diminuzione della sanzione per la ridotta capacità contributiva della società, ammessa alla procedura di concordato preventivo e ormai in liquidazione.

6 - Con la sentenza n. 1618 del 1 febbraio 2107, il T.A.R. per il Lazio ha ritenuto infondato il ricorso.

7 – Avverso tale sentenza ha proposto appello la società ricorrente in primo grado.

Si è costituita in giudizio l’Autorità.

All’udienza del 6 giugno 2019, dopo la discussione delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1 - Con il primo motivo di appello si contesta la sentenza del T.A.R. nella parte in cui ha considerato immune dalle critiche sollevate l’individuazione - effettuata dall’AGCM nel nuovo provvedimento di rideterminazione della sanzione - del fatturato sulla cui base determinare l’importo della stessa, in quanto la base di calcolo sarebbe stata espressamente accertata nella sentenza del Consiglio di Stato n. 3291 del 2015.

Secondo l’appellante, da detta sentenza non risulterebbe affatto l’avvenuto accertamento della base di calcolo della sanzione. A tal fine, si richiama anche la sentenza della Sezione n. 4563 del 2016, emessa sul ricorso per ottemperanza, ove si afferma che l’Autorità, secondo quanto disposto dalla sentenza n. 3291 del 2015, era tenuta a rinnovare il procedimento ai fini della quantificazione della sanzione *“nel rispetto dei principi generali in materia e degli indirizzi dettati nella decisione passata in giudicato”*.

2 - Con il secondo motivo di appello si deduce l’erroneità della sentenza del T.A.R. per non aver riconosciuto fondato il motivo con il quale si è dedotta l’abnormità della sanzione in relazione al fatturato esistente della società al momento della rideterminazione della sanzione (violazione e falsa applicazione dell’art. 23, par. 2, Reg. (CE) 16 dicembre 2002 n. 1/2003 e degli Orientamenti per il calcolo delle ammende (Comunicazione Commissione UE 2206/C/210/02).

A questo riguardo, l’appellante precisa che, mentre nella prima fase, finalizzata alla determinazione dell’importo base dell’ammenda, secondo detti

Orientamenti, occorre prendere in considerazione il fatturato specifico (e cioè quello realizzato nel mercato di riferimento) relativo al periodo in cui si è svolta l'infrazione, nella terza fase, e cioè quella finalizzata alla determinazione dell'importo finale dell'ammenda, mediante l'applicazione del limite edittale del 10% e della riduzione per mancanza di capacità contributiva, si prende in considerazione il fatturato relativo ad un diverso momento temporale, e cioè quello realizzato nell'anno precedente all'adozione del provvedimento che irroga la sanzione.

Secondo l'appellante bisognerebbe avere riguardo, nella determinazione del massimo della sanzione, alla capacità dell'impresa di adempiere al pagamento della sanzione, valutata al momento più prossimo all'irrogazione della stessa.

3 - L'appellante prospetta che la diversa interpretazione portata avanti dalla Autorità, e confermata dal T.A.R., si porrebbe in contrasto con la disciplina europea, e sul punto, chiede di sollevare dinanzi alla Corte di Giustizia UE, ex art. 267, comma 3, TFUE, il seguente quesito pregiudiziale: *“se sia compatibile con il diritto europeo, in particolare con l'art. 23, par. 2, Reg. (CE) 16.12.2002 n. 1/2003, e con la disciplina contenuta nella Comunicazione della Commissione UE 2206/C/210/02, recante “Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 23 par. 2, lettera a) del regolamento CE n. 1/2003”, in particolare con la Sez. II, lett. D, par. 32, nonché con i principi di ragionevolezza e con la funzione repressiva e dissuasiva che è propria delle sanzioni antitrust, in caso di rideterminazione delle stesse, considerare quale base di calcolo da parte dell'Autorità non già il fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente alla rideterminazione della sanzione, ma quello realizzato originariamente”* .

4 - Con il terzo motivo si deduce l'erroneità della sentenza per la violazione e falsa applicazione dell'art.15 della l. n. 287/1990.

Secondo l'appellante, nella fattispecie, il limite del 10%, a mente dell'art. 15 cit., deve essere riferito al fatturato realizzato nell'esercizio precedente alla notifica del nuovo provvedimento sanzionatorio. Solo in questo modo, infatti,

si può garantire che la sanzione non sia eccessiva rispetto alla capacità di adempiere dell'impresa destinataria.

Ove, tuttavia, l'art. 15 della l. 287/1990 dovesse essere interpretato nel senso indicato Autorità, e cioè nel senso di precludere che in sede di rideterminazione della sanzione sia preso in considerazione, ai fini del limite massimo del 10%, il fatturato attuale della società, se ne imporrebbe la disapplicazione per contrasto con il diritto europeo.

5 - Le censure che precedono possono essere esaminate congiuntamente e presuppongono la chiara delimitazione del giudicato formatosi con la sentenza di questa Sezione n. 3291 del 2015.

Tale pronuncia, pur annullando il provvedimento sanzionatorio, oltre ad avere confermato la sussistenza di una condotta anticoncorrenziale, per quale che rileva in questa sede, ha altresì rilevato la legittimità dell'operato dell'Autorità nella parte in cui aveva preso a base del calcolo il fatturato della società attiva nell'ultimo anno in cui è avvenuta l'infrazione, e, dunque, il 2011.

5.1 - Nella sentenza n. 3291 del 2015 testualmente si legge *“legittimamente l'Autorità ha parametrato la sanzione sul fatturato della società attiva nell'ultimo anno in cui è avvenuta l'infrazione, e sul fatturato della Fracasso s.p.a. per l'anno 2011, coerentemente con quanto prevedono l'art. 15 della legge n. 287 del 1990 e il punto 13 degli Orientamenti per il calcolo delle ammende di cui alla comunicazione della Commissione 2006/C 210/02”*.

Il passo finale della medesima sentenza in cui si demanda: *“la concreta nuova quantificazione all'Autorità, in rinnovazione del procedimento per la parte in esame, per modo che siano presi in dettagliata considerazione tutti gli elementi rilevanti”* e l'assunto della sentenza n. 4563 del 2016, emessa sul ricorso per ottemperanza, ove si afferma che l'Autorità era tenuta a rinnovare il procedimento ai fini della quantificazione della sanzione *“nel rispetto dei principi generali in materia e degli indirizzi dettati nella decisione passata in giudicato”* non si pongono in antitesi con quanto affermato; ne d'altra parte possono vanificare il vincolo derivante dall'inciso della motivazione innanzi citata.

In particolare, il passaggio motivazionale della sentenza 3291 del 2015, e cioè il riferimento a «*tutti gli elementi rilevanti*», deve essere circoscritto, alla luce della motivazione complessiva di detta pronuncia, ai due elementi che nello specifico caso in esame l'Autorità avrebbe dovuto rivalutare, e precisamente: a) i ricavi conseguiti per effetto dell'illecito; b) l'apporto della stessa alla formazione dell'intesa.

5.2 – La Corte di giustizia dell'UE, come è noto, si è occupata in vari casi della sorte di atti nazionali definitivi – atti amministrativi definitivi e sentenze con autorità di cosa giudicata – che si fossero posti in contrasto col diritto europeo.

Secondo una consolidata giurisprudenza, in assenza di una normativa dell'Unione in materia, le modalità di attuazione del principio dell'intangibilità del giudicato rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, ai sensi del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, nel rispetto tuttavia dei principi di equivalenza e di effettività (sentenza Fallimento Olimpiclub, C2/08, punto 24).

Al fine di garantire tanto la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici quanto una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento dei mezzi di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (sentenze Kapferer, C234/04, punto 20). Pertanto, il diritto dell'Unione non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto (sentenze Eco Swiss, C126/97; Kapferer, punti 20 e 21; Fallimento Olimpiclub).

Soltanto in una situazione del tutto particolare, in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione europea in materia di aiuti di Stato, la Corte ha statuito, in sostanza, che il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una disposizione

nazionale che mira a consacrare il principio dell'intangibilità del giudicato, nei limiti in cui la sua applicazione impedirebbe il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto dell'Unione e dichiarato incompatibile con il mercato comune da una decisione della Commissione europea divenuta definitiva (sentenza Fallimento Olimpiclub, punto 25; Lucchini, in C119/05). In tali casi, ha rivestito importanza fondamentale, nel ragionamento della Corte, l'esigenza di conservazione del monopolio della Commissione europea nel giudizio di compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato comune.

La presente causa non solleva evidentemente simili questioni di ripartizione delle competenze.

Recentemente è stato aggiunto che, solo qualora le norme procedurali interne applicabili prevedano la possibilità, a determinate condizioni, per il giudice nazionale di ritornare su una decisione munita di autorità di giudicato, per rendere la situazione compatibile con il diritto nazionale, tale possibilità deve essere esercitata, conformemente ai principi di equivalenza e di effettività, e sempre che dette condizioni siano soddisfatte, per ripristinare la conformità della situazione oggetto del procedimento principale alla normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori (sentenza 10 luglio 2014, *Impresa Pizzarotti & C. s.p.a.*, in C213/13). In definitiva, la Corte di giustizia esige che il giudice ritorni sulla propria decisione passata in giudicato, solo ove detta possibilità sia prevista dalle norme procedurali nazionali.

5.3 - Nel caso di specie, l'esercizio di riferimento dei ricavi, al fine del calcolo della sanzione, risulta coperto dal giudicato; tale evenienza esclude che tale elemento possa essere rimesso in discussione, anche se in ipotesi in eventuale contrasto con il diritto comunitario.

Come illustrato, il principio di intangibilità del giudicato non si pone in contrasto con l'ordinamento europeo, da cui l'irrilevanza, ai fini del presente giudizio, della questione che secondo l'appellante meriterebbe di essere oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

6 – In ogni caso, giova rilevare che l'art. 15 comma 1 della l. 287/1990, prevede che *“nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida...”*; il punto 29 delle Linee guida per il calcolo delle sanzioni prevede che: *“La base di calcolo del massimo edittale della sanzione è rappresentata, in conformità con la giurisprudenza nazionale, dal fatturato totale realizzato a livello mondiale nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, da parte di ciascuna impresa partecipante all'infrazione”*.

La giurisprudenza della Sezione (Cons. St., Sez. VI, n. 4577 del 2018) ha già avuto modo di fornire una lettura dell'art. 15 della legge n. 287 del 1990 nel senso che la norma *“esplicitamente prevede che la sanzione amministrativa vada calcolata in misura percentuale del «fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida»: nella specie, essendo la notifica avvenuta nel 2004, correttamente è stato individuato nel 2003 l'anno rilevante per l'identificazione del fatturato rilevante.”*

Anche la giurisprudenza europea ha avuto modo di chiarire che il riferimento all'ultimo esercizio chiuso è imperativo, nel senso che esso opera ogni volta che si sia in presenza di un *“esercizio completo durante il quale sono state effettivamente svolte attività commerciali”*; (cfr. Corte giustizia, 7 giugno 2007 C 76/06 Britannia Alloys & Chemicals; Tribunale, 15 luglio 2015 T 391/10 Nedri Spanstaal).

6.1 – Tanto precisato, l'operato dell'Autorità e l'applicazione dell'art. 15 della legge n. 287/90 appaiono pienamente in linea con la normativa europea ed in particolare con l'art. 23, par. 2, del Regolamento CE n. 1/2003, secondo cui l'ammenda non deve superare il 10% del fatturato totale realizzato *«durante l'esercizio sociale precedente»* – che deve intendersi, come risulta dalla prima frase del medesimo par. 2, quello precedente alla decisione che infligge l'ammenda.

La norma nazionale è anche coerente con il punto 32 degli “*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell’articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003*” (2006/C 210/02) della Commissione europea, che fa infatti rinvio all’art. 23, par. 2, del reg. CE n. 1/2003.

6.2 - In questo senso si era già pronunciata la giurisprudenza comunitaria con riferimento all’art. 15, par. 2 del vecchio Reg. CEE n. 17/62, sottolineando come la norma facesse riferimento all’ultimo esercizio sociale «*che precede l’adozione della decisione della Commissione con cui è inflitta l’ammenda*», e con ciò facendo riferimento alla decisione che contiene l’accertamento dell’infrazione che è “titolo”, e dunque motivo, per infliggere l’ammenda stessa (Corte di Giustizia 7 giugno 2007, C-76/06 P, *Britannia*).

6.3 - L’art. 15 della Direttiva UE n. 1/2019 dell’11 dicembre 2018 conferma le valutazioni che precedono, prevedendo che gli Stati membri devono assicurare che l’importo massimo dell’ammenda irrogabile «*non sia inferiore al 10% del fatturato totale realizzato... a livello mondiale durante l’esercizio precedente la decisione di cui all’art. 13, comma 1*», laddove l’art. 13, comma 1 fa riferimento ai casi in cui le autorità nazionali garanti della concorrenza procedano «*all’irrogazione, mediante decisione nel proprio procedimento istruttorio..., di ammende*». Il riferimento dunque è sempre alla decisione adottata ad esito dell’istruttoria, e cioè quella contenente l’accertamento dell’illecito.

Alla luce delle considerazioni che precedono non appare in ogni caso ravvisabile alcun contrasto con l’Ordinamento comunitario.

7 – Con il quarto motivo di appello si deduce l’erroneità della sentenza impugnata per la violazione e falsa applicazione dell’art.11 della l. 689/1981.

In particolare, l’appellante contesta la condivisione, da parte del T.A.R., delle valutazioni dell’Autorità circa la insussistenza delle condizioni, previste dall’art. 35 degli Orientamenti della Commissione, che consentono la riduzione della sanzione irrogata per “mancanza di capacità contributiva”.

8 – Con il quinto motivo di appello si deduce l’erroneità della sentenza per non aver riconosciuto fondato il motivo relativo alla violazione del principio

di proporzionalità.

Secondo l'appellante, nel rispetto di tale principio, l'Autorità avrebbe dovuto applicare una sanzione di importo di gran lunga inferiore a quello precedentemente determinato, alla luce della situazione economica ormai definitivamente compromessa della società sanzionata; ciò non sarebbe avvenuto, in quanto l'Autorità ha irrogato una sanzione di oltre 7 milioni di euro a fronte di un fatturato di soli 2,6 milioni di euro, come quello conseguito dall'appellante nell'anno 2014.

9 - Anche su tali aspetti l'appellante chiede di sollevare dinanzi alla Corte di Giustizia UE, ex art. 267, comma 3, TFUE, il seguente quesito pregiudiziale: “se il principio di proporzionalità delle sanzioni – così come consacrato dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE nonché dalla CEDU – osti ad un'interpretazione dell'art. 23, par. 2, lett. a) del regolamento n. 1/2003 – qual è quella consolidata dalla Commissione europea attraverso gli Orientamenti generali e la relativa prassi applicativa anche nazionale – secondo cui l'ammenda da irrogarsi alle imprese che abbiano violato il divieto di intese restrittive della concorrenza si calcola applicando le attenuanti sull'importo base scaturente dal computo dei diversi fattori di cui occorre tenere conto ai sensi della normativa UE e comunque prima della riduzione al 10% del fatturato, con il rischio pertanto che l'applicazione delle attenuanti sull'importo base si riveli del tutto inidonea a produrre l'effetto mitigatorio della sanzione cui, invece, le attenuanti sono preordinate attraverso la calibrazione del relativo ammontare sulle specificità del caso concreto; nonché se sia rispettato detto principio di proporzionalità nel caso in cui l'Autorità antitrust, nel rideterminare l'importo di una sanzione già irrogata ed annullata giurisdizionalmente, manchi di considerare le nuove e diverse condizioni economiche della società, che hanno condotto la società ad aderire alle procedure concorsuali”.

10 – Come noto, l'art. 11 della l. 689 del 1981 richiede di calibrare la sanzione in ragione di una serie di circostanze, tra cui anche le condizioni economiche

del soggetto agente.

10.1 – Quanto alla valutazione della capacità contributiva, l'art. 35 degli Orientamenti della Commissione del 2006 stabilisce che si può tener conto della mancanza di capacità contributiva di un'impresa *«in circostanze eccezionali»*, ma non concede *«alcuna riduzione di ammenda basata unicamente sulla constatazione di una situazione finanziaria sfavorevole o deficitaria»*, richiedendosi *«prove oggettive dalle quali risulti che l'imposizione di un'ammenda, alle condizioni fissate dai presenti orientamenti, pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica»* dell'impresa.

Ai sensi del p. 31 delle Linee Guida, l'impresa interessata che voglia far valere la propria *«limitata capacità contributiva»* deve all'uopo produrre *«evidenze complete, attendibili e oggettive da cui risulti che l'imposizione di una sanzione, determinata secondo quanto delineato nelle presenti Linee Guida, ne pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica, potendo pertanto determinarne l'uscita dal mercato»*. Secondo le Linee Guida, l'Autorità, in ogni caso, *«non prenderà in considerazione istanze basate unicamente su perdite di bilancio negli ultimi esercizi o di crisi generalizzata del settore interessato»*.

10.2 – Alla luce delle disposizioni citate devono essere confermati i principi della eccezionalità della riduzione per “incapacità contributiva” e dell'onere per la parte di provarne il collegamento con il pagamento della sanzione, conformemente alla giurisprudenza di questo Consiglio (*cf.* Cons. St. n. 5998 del 2017), che richiama la giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentt. CGUE 19 marzo 2015, C-286/13P, *Dole Food*; 26 novembre 2013, C-58/12, *Groupe Gascogne*).

10.3 – Tuttavia, alla luce degli oggettivi elementi rappresentati dall'appellante, deve pervenirsi, nel peculiare caso in esame, ad una differente valutazione rispetto a quella del Giudice di primo grado, posto che una mancata considerazione dell'effettiva capacità contributiva dell'appellante potrebbe, oltretutto, risolversi anche in una effettiva violazione del principio di proporzionalità.

11 - Il principio di proporzionalità trova espresso riconoscimento nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali e, per quel che rileva in questa sede, esige che gli atti dell'amministrazione non superino i limiti di ciò che è idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti.

Più precisamente, al giurisprudenza europea ha avuto modo di affermare che l'importo dell'ammenda deve rimanere comunque proporzionato, oltre che all'infrazione anche e in ogni caso alla situazione economico-finanziaria del soggetto che se ne ritenga responsabile (*cfr.* Tribunale dell'Unione europea nelle cause *Arkema*, T-217/06; *Bavaria*, T-235/07; *Romana Tabacchi*, T-11/06).

Anche la giurisprudenza interna si è espressa nel senso che l'importo finale della sanzione irrogata dall'AGCM alla singola impresa deve rispettare i canoni di congruità e proporzionalità, al fine di “*assicurare l'idoneità del rapporto tra il mezzo adoperato e l'obiettivo perseguito, anche al fine di operare una ponderazione armonizzata e bilanciata fra i vari interessi che vengono in rilievo nell'ambito dell'attività sanzionatoria*” (Cons. St., Sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9575).

12 – Tornando al caso all'esame del Collegio, nonostante debba ribadirsi che l'annualità di riferimento per la determinazione dei ricavi sia stata correttamente individuata nel 2011 per le ragioni già evidenziate, per la specifica riduzione invocata dall'appellante, stante la peculiarità del caso in esame ed il considerevole lasso temporale trascorso dall'erogazione dell'originaria sanzione, non può non considerarsi la sopravvenuta situazione in cui versa attualmente la società sanzionata.

In particolare, è incontrovertibile che la società nel 2011 fatturava oltre 110 milioni di Euro; nelle more, si è trovata in una situazione di dissesto, sfociata in una procedura di concordato e di liquidazione del patrimonio sociale; tanto è vero che nel 2014 registrava un fatturato di soli 2,6 milioni di euro.

Tanto precisato, a fronte di tali risultanze oggettive, la sanzione di oltre 7 milioni di euro irrogata nel 2014 impugnata nel presente giudizio appare lesiva della capacità contributiva dell'impresa e sproporzionata rispetto ad un fatturato attuale di soli 2,6 milioni di euro (peraltro ben potrà l'Autorità tener conto anche dell'eventualità di una rateizzazione al fine di proporzionare il nuovo calcolo).

13 – Per le ragioni esposte, l'appello deve trovare accoglimento, dovendosi demandare all'Autorità di calcolare nuovamente la sanzione, applicando una congrua riduzione per la ridotta capacità contributiva della società.

Tale statuizione esclude per irrilevanza, in presenza – come si è detto - da una parte di un giudicato e dall'altra di un sostanziale accoglimento della domanda sul punto della capacità contributiva, la necessità della rimessione del quesito proposto dall'appellante alla Corte di Giustizia ed assorbe le ulteriori questioni sollevate con l'atto di appello.

La complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) accoglie l'appello e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado nei sensi di cui in motivazione, compensando integralmente tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giordano Lamberti**

**IL PRESIDENTE**  
**Giancarlo Montedoro**

IL SEGRETARIO