



## Raccolta della giurisprudenza

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Sesta Sezione)

27 settembre 2012\*

«Concorrenza — Intese — Mercato olandese del bitume stradale — Decisione che constata un’infrazione all’articolo 81 CE — Imputabilità del comportamento illecito — Controllo congiunto — Ammenda — Circostanze aggravanti — Ruolo di istigatore e di leader — Recidiva — Durata dell’infrazione — Diritti della difesa — Competenza estesa al merito — Comportamento dell’impresa durante il procedimento amministrativo»

Nella causa T-343/06,

**Shell Petroleum NV**, con sede in L’Aia (Paesi Bassi),

**The Shell Transport and Trading Company Ltd**, con sede in Londra (Regno Unito),

**Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV**, con sede in Rotterdam (Paesi Bassi),

rappresentate inizialmente da O. Brouwer, W. Knibbeler e S. Verschuur, successivamente da Brouwer, Knibbeler e P. Van den Berg, avvocati,

ricorrenti,

contro

**Commissione europea**, rappresentata da F. Castillo de la Torre, in qualità di agente, assistito da L. Gyselen, avvocato,

convenuta,

avente ad oggetto una domanda diretta, in via principale, all’annullamento della decisione C(2006) 4090 def. della Commissione, del 13 settembre 2006, relativa ad un procedimento ai sensi dell’articolo 81 [CE] [Caso COMP/F/38.456 – Bitume (Paesi Bassi)], nella parte in cui riguarda le ricorrenti, e, in subordine, alla riduzione dell’importo dell’ammenda loro inflitta in detta decisione,

IL TRIBUNALE (Sesta Sezione),

composto da M. Jaeger, presidente, N. Wahl e S. Soldevila Fragoso (relatore), giudici,

cancelliere: N. Rosner, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alle udienze del 25 maggio 2011 e del 26 gennaio 2012,

ha pronunciato la seguente

\* Lingua processuale: l’inglese.

## Sentenza

### Fatti

#### 1. *Le ricorrenti*

- 1 Il gruppo Shell, che riunisce società energetiche e petrolchimiche a livello mondiale, era detenuto fino al 2005 dalle due società controllanti del gruppo, la Koninklijke Nederlandsche Petroleum Maatschappij NV (in prosieguito: la «KNPM») e The Shell Transport and Trading Company plc (in prosieguito: la «STT plc»). Dette controllanti detenevano rispettivamente il 60% e il 40% del capitale della società The Shell Petroleum Company Ltd (in prosieguito: la «SPCo») e la totalità della società Shell Petroleum NV (in prosieguito: la «SPNV»), società holding che possedeva a sua volta la totalità delle quote della Shell Nederland BV. Quest'ultima era proprietaria al 100% della società Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV (in prosieguito: la «SNV»), entità giuridica del gruppo Shell incaricata della commercializzazione del bitume stradale nei Paesi Bassi. La società Shell International BV, con sede nei Paesi Bassi, è una delle società incaricate di fornire assistenza all'intero gruppo, alle società holding e alle sue società operative, segnatamente in materia giuridica.
- 2 Il 20 luglio 2005, la società Royal Dutch Shell plc, con sede in L'Aia (Paesi Bassi), ha acquistato la totalità delle azioni delle due ex controllanti del gruppo, la KNPM e la STT plc. La KNPM è stata interamente assorbita dalla società SPNV e non esiste più come entità giuridica. La società controllante Royal Dutch Shell plc detiene attualmente la quasi totalità delle azioni della SPNV, la quale a sua volta possiede ancora la totalità delle quote della Shell Nederland e la quasi totalità delle quote di The Shell Transport and Trading Company Ltd (in prosieguito: la «STT»), che è succeduta alla STT plc. La Shell Nederland è ancora la società controllante al 100% della SNV.

#### 2. *Procedimento amministrativo*

- 3 Con lettera del 20 giugno 2002, la società British Petroleum (in prosieguito: la «BP») ha informato la Commissione delle Comunità europee della presunta esistenza di un'intesa concernente il mercato del bitume stradale nei Paesi Bassi e ha presentato una domanda volta ad ottenere un'immunità dalle ammende ai sensi della comunicazione della Commissione del 19 febbraio 2002 relativa all'immunità dalle ammende e alla riduzione dell'importo delle ammende nei casi di cartelli tra imprese (GU C 45, pag. 3; in prosieguito: la «comunicazione sulla cooperazione»).
- 4 In data 1° e 2 ottobre 2002, la Commissione ha effettuato controlli a sorpresa, in particolare nei locali della SNV. Il 30 giugno 2003 la Commissione ha inviato richieste di informazioni a varie società, tra cui la SNV, cui quest'ultima ha risposto il 28 agosto 2003.
- 5 L'8 agosto 2003, rappresentanti della Shell International si sono incontrati con i servizi della Commissione per comunicare che intendevano svolgere un'indagine interna sul caso e trasmetterne ad essa i risultati. Tuttavia, non è stata fornita alcuna informazione durante detta riunione, né immediatamente dopo. Il 10 ottobre 2003, la SNV ha presentato una domanda di applicazione della comunicazione sulla cooperazione. La Commissione ha affermato al riguardo che le sarebbe stato utile sentire l'autore della dichiarazione allegata a detta domanda solo qualora lo stesso fosse stato in grado di fornire elementi aggiuntivi rispetto a quelli contenuti nella sua dichiarazione. Tale dipendente non è infine stato sentito.
- 6 Il 10 febbraio e il 5 aprile 2004, la Commissione ha inviato nuove richieste di informazioni, alle quali la Shell International ha risposto il 25 febbraio e il 27 aprile 2004.

- 7 Il 18 ottobre 2004, la Commissione ha avviato un procedimento ai sensi del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 [CE] e 82 [CE] (GU 2003, L 1, pag. 1), e ha adottato una comunicazione degli addebiti, inviata il 19 ottobre 2004 a varie società, tra cui la SNV, la SPNV, la KNPM e la STT plc.
- 8 Il 12 gennaio 2005, la SNV ha chiesto un accesso integrale a tutti i documenti che erano stati aggiunti al fascicolo della Commissione dopo l'invio della comunicazione degli addebiti, in particolare alle risposte delle altre imprese a detta comunicazione. Il 22 febbraio 2005, la Commissione, nella persona del consigliere-auditore incaricato del caso, si è rifiutata di accogliere detta domanda, in quanto le informazioni fornite in tale fase non facevano parte, in linea di principio, del fascicolo istruttorio, quale definito nella comunicazione riguardante le regole per l'accesso al fascicolo istruttorio della Commissione nei casi relativi all'applicazione degli articoli 81 [CE] e 82 [CE], degli articoli 53, 54 e 57 dell'accordo SEE e del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio (GU 2005, C 325, pag. 7; in prosieguo: la «comunicazione riguardante l'accesso al fascicolo») e in ogni caso avrebbero potuto esserle trasmesse qualora la Commissione le avesse utilizzate nella sua decisione. Il 20 aprile 2005, la SNV ha rinnovato la propria domanda e ha chiesto di poter accedere a tali documenti prima che si tenessero le audizioni. Il 4 maggio 2005, il suddetto consigliere-auditore ha ribadito il diniego della Commissione. Il 24 maggio 2006, quest'ultima ha tuttavia concesso alla Royal Dutch Shell, alla SPNV e alla SNV di accedere ai passaggi della risposta della società Koninklijke Volker Wessels Stevin (in prosieguo: la «KWS») sui quali intendeva basarsi nella decisione, relativi ai contatti intercorsi tra la SNV e la KWS anteriormente al 1° aprile 1994. Il 12 giugno 2006, la Royal Dutch Shell, la SPNV e la SNV hanno sollevato obiezioni circa il carattere parziale della divulgazione e hanno nuovamente chiesto di poter accedere a tutte le risposte nella loro integralità.
- 9 L'8 maggio 2006, la Commissione ha inviato una nuova richiesta di informazioni alla SNV, alla SPNV e alla Royal Dutch Shell per ottenere informazioni sui loro fatturati relativi al bitume stradale, compresi tutti i prodotti speciali a base di bitume. Il 23 maggio 2006, le tre società summenzionate hanno comunicato l'importo dei loro fatturati includendovi il Mexphalte C, l'unico bitume speciale che a loro parere potesse essere connesso alla costruzione stradale, precisando tuttavia che tale prodotto non formava oggetto dell'intesa.
- 10 Il 23 dicembre 2005, il gruppo Shell ha informato la Commissione della modifica della propria struttura, in quanto sarebbe passata interamente sotto il controllo della Royal Dutch Shell. Il 23 maggio 2006, esso ha attirato l'attenzione della Commissione sul fatto che tale società non esisteva nel periodo dell'infrazione e che, essendo stata creata nel 2002 con il nome di Forthdeal Ltd, senza fare assolutamente parte all'epoca del gruppo Shell, ed essendo stata trasformata in Royal Dutch Shell nell'ottobre 2004, essa non poteva essere considerata un successore di una delle società del gruppo Shell. Per giunta, dal momento che la Royal Dutch Shell aveva acquistato tutte le azioni della SPNV dopo la fine del periodo dell'infrazione, essa aveva sostenuto che non poteva esserle imputata la responsabilità dell'infrazione commessa dalla SNV.

### 3. *Decisione impugnata*

- 11 In seguito all'audizione, in data 15 e 16 giugno 2005, delle società interessate, il 13 settembre 2006 la Commissione ha adottato la decisione C(2006) 4090 def., relativa ad un procedimento ai sensi dell'articolo 81 [CE] [Caso COMP/F/38.456 – Bitume (Paesi Bassi)] (in prosieguo: la «decisione impugnata»), di cui è stata pubblicata una sintesi nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 28 luglio 2007 (GU L 196, pag. 40) e che è stata notificata alle ricorrenti, la SNV, la SPNV e la STT, il 25 settembre 2006.
- 12 All'articolo 1 della decisione impugnata, la Commissione ha dichiarato che le società destinatarie della stessa decisione avevano partecipato ad un'infrazione unica e continuata dell'articolo 81 CE, consistente nel fissare collettivamente, su base regolare, durante i periodi considerati, il prezzo lordo di vendita e di

acquisto del bitume stradale nei Paesi Bassi, uno sconto uniforme sul prezzo lordo per i costruttori stradali partecipanti all'intesa (in prosieguo: i «grandi costruttori» o il «W5») e uno sconto massimo, meno elevato, sul prezzo lordo per gli altri costruttori stradali (in prosieguo: i «piccoli costruttori»).

- 13 Le ricorrenti sono state riconosciute corresponsabili di siffatta infrazione per il periodo compreso tra il 1° aprile 1994 e il 15 aprile 2002 ed è stata loro inflitta, in solido, un'ammenda di EUR 108 milioni.
- 14 Per quanto attiene al calcolo dell'importo delle ammende, la Commissione ha qualificato l'infrazione come molto grave, alla luce della sua natura e benché il mercato geografico interessato fosse limitato (punto 316 della decisione impugnata).
- 15 Al fine di tener conto dell'importanza specifica del comportamento illecito di ciascuna impresa coinvolta nel cartello e, quindi, del suo impatto effettivo sulla concorrenza, la Commissione ha operato una distinzione tra le imprese interessate in funzione della loro importanza relativa sul mercato in causa, misurata in base alle loro quote di mercato, e le ha raggruppate in sei categorie. Sulla base delle precedenti considerazioni, la Commissione ha stabilito un importo di base di EUR 15 milioni per le ricorrenti (punto 322 della decisione impugnata). Essa ha inoltre applicato loro un coefficiente moltiplicatore di 2, inteso a garantire l'effetto dissuasivo dell'ammenda, tenuto conto delle dimensioni e del fatturato del gruppo (punto 323 della decisione impugnata).
- 16 Per quanto riguarda la durata dell'infrazione, la Commissione ha ritenuto che le ricorrenti avessero commesso un'infrazione di lunga durata, in quanto superiore a cinque anni, e ha fissato la durata complessiva a otto anni, ossia dal 1° aprile 1994 al 15 aprile 2002, aumentando quindi l'importo di partenza dell'80% (punto 326 della decisione impugnata). L'importo di base dell'ammenda, determinato in funzione della gravità e della durata dell'infrazione, è stato quindi fissato, per quanto riguarda le ricorrenti, a EUR 54 milioni (punto 335 della decisione impugnata).
- 17 La Commissione ha applicato varie circostanze aggravanti nei confronti delle ricorrenti. In primo luogo, essa ha ritenuto che, poiché l'impresa Shell era stata destinataria di precedenti decisioni della Commissione in casi relativi ad intese nel 1986 [(decisione della Commissione del 23 aprile 1986, caso IV/31.149 - Polipropilene (GU L 230, p. 1; in prosieguo: la «decisione Polipropilene»)] e nel 1994 [(decisione della Commissione del 27 luglio 1994, caso IV/31.865 – PVC II (GU L 239, pag. 14; in prosieguo: la «decisione PVC II»)], dovesse essere applicato un aumento del 50% dell'importo di base dell'ammenda per recidiva (punti 336-338 della decisione impugnata). In secondo luogo, essa ha considerato che le ricorrenti avevano svolto un ruolo di istigatore e di leader dell'intesa, il che giustificava un ulteriore aumento del 50% dell'importo di base dell'ammenda (punti 342-349 della decisione impugnata).
- 18 La Commissione ha peraltro ritenuto che alle ricorrenti non potesse essere riconosciuta alcuna circostanza attenuante, poiché la circostanza che l'infrazione fosse cessata prima dell'avvio dell'indagine non meritava altre ricompense oltre alla limitazione della durata del periodo dell'infrazione (punti 361-363 della decisione impugnata).
- 19 La Commissione ha inoltre respinto la loro richiesta diretta a considerare come circostanza attenuante la loro cooperazione effettiva, costituita dalle risposte alle richieste di informazioni, dall'ammissione dei fatti e dall'adozione di misure sanzionatorie e preventive al riguardo (punti 367-371 della decisione impugnata).
- 20 La Commissione ha infine rifiutato di ridurre l'importo dell'ammenda inflitta alle ricorrenti in applicazione della comunicazione sulla cooperazione, osservando che le informazioni da esse fornite non erano dotate di un valore aggiunto significativo (punti 394-396 della decisione impugnata).

## Procedimento e conclusioni delle parti

- 21 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 1° dicembre 2006, le ricorrenti hanno proposto il presente ricorso.
- 22 Su relazione del giudice relatore, il Tribunale (Sesta Sezione) ha deciso di aprire la fase orale e, nell'ambito delle misure di organizzazione del procedimento di cui all'articolo 64 del suo regolamento di procedura, ha invitato le parti a depositare taluni documenti e ha sottoposto loro alcuni quesiti. Le parti hanno ottemperato a tali domande entro i termini impartiti.
- 23 Le parti sono state sentite nelle loro difese orali e nelle loro risposte ai quesiti del Tribunale nel corso dell'udienza svoltasi il 25 maggio 2011.
- 24 A causa dell'impedimento di un membro della Sesta Sezione, il presidente del Tribunale ha designato sé stesso per integrare la sezione, ai sensi dell'articolo 32, paragrafo 3, del regolamento di procedura del Tribunale.
- 25 Con ordinanza del 18 novembre 2011, il Tribunale (Sesta Sezione), nella sua nuova composizione, ha riaperto la fase orale del procedimento e le parti sono state informate che sarebbero state sentite in una nuova udienza.
- 26 Le parti sono state sentite all'udienza del 26 gennaio 2012.
- 27 La SPNV e la STT chiedono che il Tribunale voglia:
- in via principale, annullare la decisione impugnata nella parte in cui le riguarda;
  - in subordine, annullare parzialmente la decisione impugnata nella parte in cui la Commissione conclude che esse hanno violato l'articolo 81 CE tra il 1° aprile 1994 e il 19 febbraio 1996 e ridurre l'importo dell'ammenda loro inflitta;
  - in subordine, ridurre l'importo dell'ammenda loro inflitta nella decisione impugnata;
  - condannare la Commissione alle spese, comprese quelle connesse al pagamento integrale o parziale dell'ammenda o alla costituzione di una garanzia bancaria;
  - disporre ogni altra misura che il Tribunale ritenga appropriata.
- 28 La SNV chiede che il Tribunale voglia:
- annullare parzialmente la decisione impugnata nella parte in cui la Commissione conclude che essa ha violato l'articolo 81 CE tra il 1° aprile 1994 e il 19 febbraio 1996 e ridurre l'importo dell'ammenda che le è stata inflitta;
  - ridurre l'importo dell'ammenda inflittale nella decisione impugnata;
  - condannare la Commissione alle spese, comprese quelle connesse al pagamento integrale o parziale dell'ammenda o alla costituzione di una garanzia bancaria;
  - disporre ogni altra misura che il Tribunale ritenga appropriata.
- 29 La Commissione chiede che il Tribunale voglia:
- respingere il ricorso;

— condannare le ricorrenti alle spese.

## In diritto

<sup>30</sup> Le ricorrenti deducono quattro motivi a sostegno del loro ricorso. Esse addebitano infatti alla Commissione di avere commesso errori di fatto e di diritto imputando alla SNV e alla STT (già STT plc) l'infrazione commessa dalla SNV, di avere violato una forma sostanziale e i diritti della difesa di cui esse potevano avvalersi rifiutando di trasmettere loro tutte le risposte delle altre imprese alla comunicazione degli addebiti, di avere commesso errori di fatto e di diritto nel calcolo dell'importo di base dell'ammenda e nella determinazione della durata dell'infrazione nonché, infine, di avere considerato la SNV quale istigatrice e leader del cartello e di avere aumentato l'importo della loro ammenda per recidiva.

*1. Sul primo motivo, concernente errori di diritto ed errori di valutazione quanto all'imputabilità dell'infrazione alle società controllanti*

*Sugli errori di diritto*

Argomenti delle parti

<sup>31</sup> In primo luogo, le ricorrenti sostengono che la Commissione ha commesso un errore di diritto ritenendo che la presunzione relativa all'esercizio effettivo di un'influenza determinante di una società controllante sulla propria controllata al 100%, riconosciuta dal giudice dell'Unione (sentenza della Corte del 16 novembre 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags/Commissione*, C-286/98 P, Racc. pag. I-9925, punto 29), la dispensasse dall'obbligo di dimostrare che la controllata che ha commesso l'infrazione aveva eseguito le istruzioni impartite dalla società controllante. Nella specie, la Commissione si sarebbe limitata a fare riferimento alla nozione di entità economica unica, che tuttavia non sarebbe pertinente per imputare la responsabilità dell'infrazione a società diverse da quella direttamente coinvolta nell'infrazione. Per poter imputare la responsabilità alla società controllante, la Commissione dovrebbe invece valutare se essa abbia partecipato all'infrazione direttamente o indirettamente o se ne fosse a conoscenza.

<sup>32</sup> In secondo luogo, la Commissione avrebbe commesso un errore di diritto basandosi sulla presunzione riconosciuta dalla sentenza *Stora Kopparbergs Bergslags/Commissione*, citata al punto 31 supra, per imputare alla STT (già STT plc) la responsabilità dell'infrazione commessa dalla SNV. Infatti, nel periodo dell'infrazione, la società STT plc, cui la STT è succeduta nel 2005, era una delle due società che controllavano il gruppo Shell, ma deteneva solo il 40% della società holding SPNV, la quale deteneva a sua volta, tramite la Shell Nederland, la totalità delle quote della SNV, autore diretto dell'infrazione. Il giudice dell'Unione limiterebbe tuttavia la possibilità di avvalersi di tale presunzione alle società controllanti che detengano la totalità delle quote della propria controllata. Il fatto che il Tribunale abbia applicato tale presunzione nella sua sentenza del 27 settembre 2006, *Avebe/Commissione* (T-314/01, Racc. pag. II-3085, punto 137), dipenderebbe unicamente dalle peculiari circostanze del caso di specie, in cui le due società controllanti erano strettamente coinvolte nella gestione commerciale della controllata, che non aveva una propria personalità giuridica distinta.

<sup>33</sup> In terzo luogo, le ricorrenti contestano l'interpretazione data dalla Commissione alla presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante di una società controllante sulla propria controllata al 100%, che renderebbe impossibile confutare tale presunzione e non sarebbe conforme alla giurisprudenza.

<sup>34</sup> La Commissione conclude per il rigetto della prima parte di tale motivo.

## Giudizio del Tribunale

- 35 Nella decisione impugnata, la Commissione ha precisato che, sebbene la SNV sia la persona giuridica che ha partecipato direttamente all'intesa, la comunicazione degli addebiti era stata inviata anche alla SPNV, alla KNPM e alla STT plc (punto 209 della decisione impugnata). Essa ha infatti ricordato che la SNV è appartenuta integralmente, fino al 2005, alla Shell Nederland, la quale apparteneva a sua volta interamente alla SPNV, società holding posta sotto il controllo comune della KNPM (al 60%) e della STT plc (al 40%). Essa ha inoltre sottolineato l'importanza dei legami esistenti fra tali diverse strutture, in particolare tramite il Committee of managing directors (gruppo dei direttori generali; in prosieguo: il «CMD»), il dipartimento dei prodotti petroliferi del gruppo in Europa e, a partire dal 1998, la Shell Europe Oil Products (in prosieguo: la «SEOP»), organizzazione che raggruppava le attività petrolifere di varie società operative del gruppo in Europa (punti 206-208 della decisione impugnata). Essa ha inoltre affermato che, a seguito dei cambiamenti organizzativi intervenuti in seno al gruppo nel 2005, essa aveva inviato la decisione impugnata alla SNV nonché alle altre società destinatarie della comunicazione degli addebiti ancora esistenti alla data di invio di detta decisione, ossia la SPNV e la STT (già STT plc), che tali società costituivano congiuntamente l'impresa Shell e che esse erano responsabili in solido dell'infrazione (punto 218 della decisione impugnata).
- Sulla presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante di una società controllante sulla propria controllata
- 36 Occorre ricordare preliminarmente che il diritto della concorrenza dell'Unione riguarda le attività delle imprese (sentenza della Corte del 7 gennaio 2004, Aalborg Portland e a./Commissione, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Racc. pag. I-123, punto 59) e che la nozione di impresa ai sensi dell'articolo 81 CE include entità economiche, ognuna delle quali costituita da un'organizzazione unitaria di elementi personali, materiali e immateriali, che persegue stabilmente un determinato fine di natura economica, organizzazione che può concorrere alla realizzazione di un'infrazione prevista dalla stessa disposizione (sentenza del Tribunale del 25 ottobre 2011, Uralita/Commissione, T-349/08, non pubblicata nella Raccolta, punto 35). La nozione di impresa, nell'ambito di tale contesto, dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce a un'unità economica, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche (sentenza della Corte del 14 dicembre 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, Racc. pag. I-11987, punto 40).
- 37 Il comportamento anticoncorrenziale di un'impresa può essere imputato ad un'altra allorché essa non abbia deciso in modo autonomo quale dovesse essere il proprio comportamento sul mercato, ma abbia applicato, in sostanza, le direttive impartitele da quest'ultima, alla luce, in particolare, dei vincoli economici e giuridici tra di esse intercorrenti (sentenze della Corte del 16 novembre 2000, Metsä-Serla e a./Commissione, C-294/98 P, Racc. pag. I-10065, punto 27; del 28 giugno 2005, Dansk Rørindustri e a./Commissione, C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Racc. pag. I-5425, punto 117, e del 10 settembre 2009, Akzo Nobel e a./Commissione, C-97/08 P, Racc. pag. I-8237, punto 58). Pertanto, il comportamento di una controllata può essere imputato alla società controllante allorché la controllata non decide in modo autonomo quale debba essere il suo comportamento sul mercato, ma applica in sostanza le direttive impartitele dalla società controllante, in modo che queste due imprese costituiscono un'unità economica (sentenza della Corte del 14 luglio 1972, Imperial Chemical Industries/Commissione, 48/69, Racc. pag. 619, punti 133 e 134).
- 38 Non è quindi una relazione di istigazione a commettere l'illecito tra la controllante e la sua controllata né, a maggior ragione, un'implicazione della prima in tale illecito, ma il fatto che esse costituiscono un'unica impresa nel sopraccitato senso che permette alla Commissione di adottare la decisione nei confronti della società controllante di un gruppo di società. Infatti, occorre ricordare che il diritto dell'Unione in materia di concorrenza riconosce che varie società appartenenti ad uno stesso gruppo

costituiscono un'entità economica e pertanto un'impresa ai sensi degli articoli 81 CE e 82 CE se le società interessate non determinano in modo autonomo il loro comportamento sul mercato (sentenza del Tribunale del 30 settembre 2003, Michelin/Commissione, T-203/01, Racc. pag. II-4071, punto 290).

- 39 Riguardo al caso particolare in cui una società controllante detenga il 100% del capitale della propria controllata responsabile di un comportamento illecito, da un lato, tale controllante può esercitare un'influenza determinante sul comportamento di detta controllata e, dall'altro, esiste una presunzione semplice secondo cui la suddetta controllante esercita effettivamente un'influenza determinante sul comportamento della propria controllata (v. sentenza Akzo Nobel e a./Commissione, cit. al punto 37 supra, punto 60 e la giurisprudenza ivi citata).
- 40 Ne consegue che è sufficiente che la Commissione provi che l'intero capitale di una controllata sia detenuto dalla sua società controllante per presumere che quest'ultima eserciti effettivamente un'influenza determinante sulla politica commerciale di tale controllata. La Commissione potrà conseguentemente considerare la società controllante responsabile in solido per il pagamento dell'ammenda inflitta alla sua controllata, a meno che tale società controllante, cui incombe l'onere di confutare detta presunzione, non fornisca sufficienti elementi di prova idonei a dimostrare che la propria controllata si comportava in maniera autonoma sul mercato (sentenze Stora Kopparbergs Bergslags/Commissione, cit. al punto 31 supra, punto 29, e Akzo Nobel e a./Commissione, cit. al punto 37 supra, punto 61).
- 41 Sebbene sia vero che ai punti 28 e 29 della sentenza Stora Kopparbergs Bergslags/Commissione, citata supra al punto 31, la Corte ha indicato, oltre al possesso del 100% del capitale della controllata, altre circostanze, quali la non contestazione dell'influenza esercitata dalla società capogruppo sulla politica commerciale della sua controllata e la comune rappresentanza delle due società durante il procedimento amministrativo, ciò non toglie che dette circostanze siano state rilevate dalla Corte soltanto al fine di esporre l'insieme degli elementi sui quali il Tribunale aveva basato il suo ragionamento in tale causa, e non già per subordinare l'applicazione della presunzione citata al fatto che siano prodotti indizi supplementari relativi all'effettivo esercizio di un'influenza della società capogruppo sulla sua controllata (sentenze della Corte Akzo Nobel e a./Commissione, cit. al punto 37 supra, punto 62, e del 20 gennaio 2011, General Química e a./Commissione, C-90/09 P, Racc. pag. I-1, punto 41).
- 42 Per quanto concerne gli elementi che una società controllante deve produrre al fine di confutare tale presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante sulla propria controllata al 100%, il giudice dell'Unione ha dichiarato che spetta a detta società controllante sottoporre alla valutazione della Commissione e, se del caso, del giudice dell'Unione, qualsiasi elemento che ritenga idoneo a dimostrare che esse non costituiscono un'entità economica unica, relativo ai vincoli organizzativi, economici e giuridici intercorrenti tra la stessa società controllante e la sua controllata, i quali possono variare a seconda dei casi e non possono essere elencati in modo tassativo (sentenza Akzo Nobel/Commissione, cit. al punto 37 supra, punti 72-74).

– Sull'applicazione di detta presunzione a due società controllanti che detengono congiuntamente la loro controllata al 100%

- 43 Le ricorrenti sostengono che, a prescindere dall'interpretazione data alla presunzione risultante dalla giurisprudenza sviluppatasi dalla sentenza Stora Kopparbergs Bergslags/Commissione, cit. al punto 31 supra, la Commissione non avrebbe potuto applicare tale presunzione alla STT (già STT plc), poiché essa deteneva solo il 40%, e per di più indirettamente, della società che ha commesso l'infrazione.
- 44 Occorre sottolineare preliminarmente che la mera circostanza che la KNPM, la quale deteneva il restante 60% delle quote della SPNV, sia venuta meno nel 2005 non ha alcuna incidenza sul problema dell'applicazione della presunzione ai sensi della giurisprudenza Stora Kopparbergs

Bergslags/Commissione, cit. al punto 31 supra, dato che le imprese non possono sottrarsi alle sanzioni per il semplice fatto che la loro identità è stata modificata a seguito di ristrutturazioni, cessioni o altri mutamenti giuridici od organizzativi, se non si vuole compromettere l'obiettivo di reprimere comportamenti contrari alle regole della concorrenza e di prevenirne la ripetizione mediante sanzioni dissuasive (sentenza della Corte dell'11 dicembre 2007, ETI e a., C-280/06, Racc. pag. I-10893, punto 41).

- 45 Peraltro, il giudice dell'Unione ha già dichiarato che la Commissione può applicare la presunzione di esercizio di un'influenza determinante da parte di una società controllante sulla propria controllata quando due società si trovino in una situazione analoga a quella in cui un'unica società detiene la totalità del capitale della sua controllata (sentenza Avebe/Commissione, cit. al punto 32 supra, punto 138).
- 46 Analogamente, nella specie occorre stabilire, tenuto conto della particolarità della struttura del gruppo, se le due società controllanti KNPM e STT plc (divenuta STT) si trovassero in una situazione analoga a quella in cui un'unica società detiene la totalità del capitale della sua controllata, e non come si debba procedere nel caso di una società che detenga solo in parte la società che ha commesso l'infrazione.
- 47 Si deve sottolineare, anzitutto, come la Commissione ha affermato nel controricorso, senza essere contraddetta sul punto dalle ricorrenti, che l'esistenza di due società controllanti all'interno del gruppo Shell si spiega con ragioni storiche, in quanto il gruppo è nato nel 1907 da un accordo tra la società olandese KNPM e la società britannica STT plc, che si sono fuse nel 2005 pur mantenendo una duplice struttura al vertice del gruppo, con una partecipazione rispettivamente del 60% e del 40%. Dagli atti, e in particolare dalla guida di riferimento alla struttura organizzativa del gruppo, risulta che queste due società, le quali dichiaravano il medesimo fatturato consolidato, detenevano congiuntamente le due società holding del gruppo, la SPNV e la SPCo, di cui nominavano congiuntamente gli amministratori, conformemente alle disposizioni contrattuali cui erano vincolate, e con le quali si riunivano mensilmente, in particolare per essere informate sui principali sviluppi all'interno del gruppo.
- 48 Peraltro, la KNPM e la STT plc (divenuta STT) hanno creato due comitati di sorveglianza, il Group Audit Committee (comitato per la revisione contabile del gruppo; in prosieguo: il «GAC») ed il Remuneration and succession review committee (comitato incaricato di esaminare le retribuzioni e le nomine; in prosieguo: il «REMCO»), composti paritariamente da tre membri del consiglio di sorveglianza della KNPM e da tre membri del consiglio di amministrazione della STT plc (divenuta STT), incaricati, l'uno, di esaminare i principali sviluppi finanziari del gruppo, le sue procedure di controllo interno e i suoi controlli contabili esterni e, l'altro, di formulare raccomandazioni in materia di retribuzione e di nomina dei direttori del gruppo. Dagli atti risulta inoltre che i consigli di amministrazione delle società holding del gruppo agivano in maniera coordinata ed includevano membri dei consigli di amministrazione delle due società controllanti.
- 49 Inoltre, il CMD, organo composto dai membri della presidenza del consiglio di amministrazione della SPNV e dai direttori generali della SPCo, che erano anche membri del consiglio di amministrazione di una delle due società controllanti, svolgeva un ruolo determinante all'interno del gruppo. Infatti, dagli atti risulta che il CMD, pur senza essere un soggetto munito di una personalità giuridica distinta, aveva il compito di coordinare le attività operative e la governance di tutte le società del gruppo.
- 50 Infine, il fatto che nel 2005 le due società controllanti abbiano deciso di fondersi costituisce un indizio supplementare dell'esistenza di un'impresa controllante comune, malgrado la coesistenza di due entità giuridiche.
- 51 Tenuto conto del complesso degli elementi di fatto indicati ai punti 47-50 supra, il Tribunale ritiene che la Commissione potesse legittimamente considerare, ai punti 206-218 della decisione impugnata, che si trattava di una situazione analoga a quella in cui un'unica società detiene interamente la propria

controllata, il che le consentiva di avvalersi della presunzione secondo cui le suddette società controllanti esercitavano effettivamente un'influenza determinante sul comportamento della loro controllata comune.

52 Infine, va respinto l'argomento delle ricorrenti secondo cui la Commissione avrebbe commesso un errore di diritto applicando la giurisprudenza derivante dalla sentenza *Stora Kopparbergs Bergslags/Commissione*, citata al punto 31 supra, alla STT (già STT plc), in quanto essa deteneva insieme alla KPNM la totalità del capitale della SNV solo tramite la società holding SPNV, la quale deteneva la società Shell Nederland, società controllante della SNV. Il giudice dell'Unione considera infatti che l'esistenza di società intermedie tra la controllata e la società controllante non influisce in alcun modo sulla possibilità di applicare la presunzione secondo cui la società controllante esercita effettivamente un'influenza determinante sulla propria controllata al 100% (v., in tal senso, sentenze *Akzo Nobel/Commissione*, cit. al punto 37 supra, punti 78 e 83, e *General Química e a./Commissione*, cit. al punto 41 supra, punti 86 e 87; sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, *Stora Kopparbergs Bergslags/Commissione*, T-354/94, Racc. pag. II-2111, punti 80-85). Una società controllante può inoltre essere considerata responsabile di un'infrazione commessa da una controllata anche quando in un gruppo esista un numero elevato di società operative (sentenza del Tribunale del 20 aprile 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione*, detta «PVC II», da T-305/94 a T-307/94, da T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94, Racc. pag. II-931, punto 989).

– Sul carattere relativo della presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante di una società controllante sulla propria controllata al 100%

53 Le ricorrenti sostengono che l'interpretazione adottata dalla Commissione quanto alla presunzione dell'esercizio di un'influenza determinante di una società controllante sulla propria controllata al 100% rende impossibile confutare tale presunzione.

54 Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte ricordata al punto 42 supra, quale interpretata dalla Commissione, risulta che, per confutare la presunzione secondo cui una società controllante che detiene il 100% del capitale sociale della propria controllata esercita effettivamente un'influenza determinante su di essa, incombe a tale società controllante sottoporre alla valutazione della Commissione e, se del caso, a quella del giudice dell'Unione, ogni elemento relativo ai vincoli organizzativi, economici e giuridici che intercorrono tra la stessa e la sua controllata, idonei a dimostrare che esse non costituiscono un'unica entità economica (sentenze *Akzo Nobel e a./Commissione*, cit. al punto 37 supra, punto 65, e *General Química e a./Commissione*, cit. al punto 41 supra, punti 51 e 52). Contrariamente a quanto sostenuto dalle ricorrenti, si tratta quindi di una presunzione relativa che spettava loro confutare. Peraltro, dalla giurisprudenza risulta che una presunzione, anche se difficilmente superabile, resta entro limiti accettabili fintanto che è proporzionata al legittimo scopo perseguito, che esiste la possibilità di apportare la prova contraria e che i diritti della difesa sono garantiti (sentenza della Corte del 29 settembre 2011, *Elf Aquitaine/Commissione*, C-521/09 P, Racc. pag. I-8947, punto 62 e la giurisprudenza ivi citata).

55 Da tutto quanto precede risulta che la Commissione non è incorsa in un errore di diritto imputando alla STT (già STT plc) e alla SPNV la responsabilità dell'infrazione commessa dalla loro controllata SNV.

*Sugli elementi diretti a confutare la presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante di una società controllante sulla propria controllata*

Argomenti delle parti

- 56 Le ricorrenti sostengono di avere dimostrato che la STT plc (divenuta STT) e la SPNV non erano a conoscenza dell'infrazione e non vi avevano mai partecipato, né direttamente né indirettamente. La prassi decisionale della Commissione e la giurisprudenza esigerebbero tuttavia la partecipazione della società controllante all'infrazione affinché le si possano imputare le attività di una delle sue controllate. La Commissione avrebbe peraltro riconosciuto nella fattispecie che l'infrazione era limitata al comportamento del solo direttore delle vendite di bitume della SNV. Del pari, l'organizzazione del reporting (in prosieguo: la «trasmissione delle informazioni») all'interno del gruppo Shell dimostrerebbe che la SNV non riceveva alcuna istruzione dalla STT plc (divenuta STT) e dalla SPNV. La STT plc (divenuta STT) deteneva infatti solo il 40% della SPNV, che possedeva essa stessa partecipazioni in oltre 500 società, fra cui la Shell Nederland, la quale possedeva a sua volta oltre 30 controllate, tra cui la SNV. Uno degli amministratori delegati della SNV si sarebbe limitato ad informare molto sommariamente il consiglio di amministrazione e il consiglio di sorveglianza della Shell Nederland, in occasione delle riunioni trimestrali, in merito alle principali questioni inerenti alla sua attività, quali la chiusura di uno stabilimento o scarsi risultati finanziari.
- 57 La Commissione sostiene che le ricorrenti non hanno confutato la presunzione relativa all'esercizio effettivo di un'influenza determinante della STT plc (divenuta STT) e della SPNV sulla loro controllata comune.

Giudizio del Tribunale

- 58 Dai punti 206-218 della decisione impugnata risulta che la Commissione ha affermato, sostanzialmente, di poter applicare la presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante della STT plc (divenuta STT) e della SPNV sulla SNV nel periodo dal 1° aprile 1994 al 15 aprile 2002 a motivo della struttura delle partecipazioni tra dette società [controllo al 100% per la SPNV, controllo congiunto con la KNPM al 100% per la STT plc (divenuta STT)]. Essa ha inoltre dichiarato, ad abundantiam, che detta presunzione era rafforzata da vari elementi relativi alla struttura gerarchica del gruppo, quali il ruolo del CMD, le funzioni di controllo sulle proprie controllate della SPNV o i meccanismi di nomina dei direttori delle società operative.
- 59 Occorre esaminare se le ricorrenti abbiano prodotto elementi idonei a confutare la presunzione secondo cui la STT plc (divenuta STT) e la SPNV costituivano un'unica entità economica con la SNV.
- 60 Si deve infatti ricordare, anzitutto, che spetta alle parti sottoporre alla valutazione della Commissione e, se del caso, a quella del Tribunale, qualsiasi elemento che esse ritengano idoneo a dimostrare che le società costituiscono o meno un'entità economica unica, relativo ai loro vincoli organizzativi, economici e giuridici (v. punto 42 supra).
- 61 In primo luogo, per quanto concerne gli argomenti relativi alla mancata partecipazione diretta o indiretta della STT plc (divenuta STT) e della SPNV all'infrazione, è sufficiente constatare che essi non sono fondati né in fatto né in diritto. Infatti, il controllo esercitato dalla società controllante sulla sua controllata non deve necessariamente presentare un nesso con il comportamento illecito (sentenze Akzo Nobel e a./Commissione, cit. al punto 37 supra, punto 59, e General Química e a./Commissione, cit. al punto 41 supra, punti 38, 102 e 103). Pertanto, non occorre che il Tribunale esamini se la STT plc (divenuta STT) e la SPNV abbiano effettivamente esercitato un'influenza diretta o indiretta sul comportamento illecito della SNV o se ne fossero a conoscenza.

- 62 In ogni caso, e contrariamente a quanto sostenuto dalle ricorrenti, risulta da elementi del fascicolo che alcuni membri del gruppo Shell non appartenenti alla SNV erano a conoscenza delle pratiche anticoncorrenziali della stessa nel periodo dell'infrazione. Infatti, una nota interna del 14 luglio 2000, in cui viene analizzata la situazione del mercato del bitume olandese sotto il profilo del diritto della concorrenza, sequestrata dalla Commissione durante le verifiche nei locali della SNV, è stata divulgata all'esterno di tale società. Detta nota, recante la dicitura «strettamente riservato», è stata redatta congiuntamente da un dipendente della SNV e da un consulente del servizio giuridico del gruppo, appartenente alla Shell International, a seguito di un seminario relativo alla messa in conformità con le regole di concorrenza durante il quale il direttore delle vendite responsabile del bitume aveva attirato l'attenzione sul mercato olandese del bitume e della costruzione stradale. Tale nota era indirizzata in particolare al vicepresidente commerciale delle vendite del gruppo per l'Europa e al vicepresidente esecutivo dei prodotti del gruppo per l'Europa. A tal riguardo occorre rammentare che la Shell International aveva un rapporto diretto con il CMD, principale organo decisionale del gruppo, composto dai membri della presidenza del consiglio di amministrazione della SPNV e dai direttori generali della SPCo, che erano anche membri del consiglio di amministrazione di una delle due società controllanti.
- 63 La nota in questione indica che il mercato del bitume olandese era stato oggetto di un esame interno nel 1992/1993 e nel febbraio 1995, in quanto tutti i fornitori di bitume nei Paesi Bassi (in prosieguo: i «fornitori») negoziavano collettivamente un prezzo standard con il W5, che un dipendente della SNV aveva quindi consigliato di ritirarsi da tale mercato, ma che quest'ultimo era stato ristrutturato e la SNV era ancora presente su di esso. La nota precisa inoltre che gli altri tipi di bitume non sembravano essere oggetto di un comportamento anticoncorrenziale da parte della Shell, il che sottintendeva, a contrario, che il gruppo era consapevole del carattere anticoncorrenziale del comportamento della SNV sul mercato del bitume stradale. Peraltro, la medesima nota illustra dettagliatamente il meccanismo di fissazione del prezzo del bitume, sottolineando che, quando la SNV voleva aumentare i propri prezzi, contattava la KWS, il principale costruttore, prima di applicare l'aumento. La KWS consultava quindi singolarmente tutti gli altri fornitori in merito al livello dei prezzi e discuteva tale aumento con gli altri grandi costruttori, prima di informarne il Centrum voor regelgeving en onderzoek in de grond-, water- en wegenbouw en de Verkeerstechniek (CROW, Centro per la regolamentazione e la ricerca in materia di ingegneria civile e di traffico), organismo senza scopo di lucro che era incaricato in particolare di pubblicare mensilmente i prezzi del bitume stradale, sulla cui base, in caso di variazione superiore ad un certo limite, i costruttori avevano diritto ad un indennizzo a carico delle controparti contrattuali. La nota precisa inoltre che la SNV, al pari degli altri fornitori, concedeva al W5 sconti sul prezzo in tal modo fissato. Infine, gli autori di detta nota concludevano osservando che occorre porre fine alle discussioni bilaterali con la KWS, portavoce del W5, relative agli aumenti di prezzo, e sostituirle con discussioni bilaterali con ciascun costruttore.
- 64 In secondo luogo, per quanto concerne l'asserita autonomia dei dirigenti della SNV risultante dalla mancanza di meccanismi di trasmissione delle informazioni sufficientemente efficaci tra la STT plc (divenuta STT), la SPNV e la SNV, si deve rilevare che gli elementi addotti a tale proposito dalle ricorrenti non sono sufficienti a dimostrare che la SNV determinasse autonomamente il proprio comportamento sul mercato e, pertanto, che essa non costituisse un'unità economica con la STT plc (divenuta STT) e la SPNV ai sensi dell'articolo 81 CE.
- 65 Infatti, si deve anzitutto precisare che le affermazioni delle ricorrenti relative al numero elevato di società detenute dalla SPNV e dalla Shell Nederland non sono sufficienti per dimostrare che la STT plc (divenuta STT) e la SPNV abbiano lasciato alla SNV un'autonomia sufficiente per definire il proprio comportamento sul mercato.

- 66 D'altro canto, la Commissione ha giustamente fatto riferimento a vari elementi che aveva menzionato nella decisione impugnata (punti 207-214 di detta decisione) e nella comunicazione degli addebiti, relativi ai vincoli economici, organizzativi e giuridici che legavano la SNV alla STT plc (divenuta STT) e alla SPNV, al fine di respingere gli argomenti delle ricorrenti diretti a confutare la suddetta presunzione.
- 67 Il gruppo ha infatti dichiarato in particolare, in una relazione del 13 marzo 2006 depositata presso la Securities and Exchange Commission (commissione americana per le operazioni di borsa), che «tutte le attività di gestione erano state esercitate dalle controllate di Royal Dutch e Shell Transport, che funzionavano come un'unica impresa economica». Peraltro, i clienti e i concorrenti indicavano abitualmente l'intera impresa e ciascuna delle sue entità giuridiche con la denominazione «Shell», dimostrando così che la SNV era percepita dai terzi e sul mercato rilevante come appartenente al gruppo Shell.
- 68 Occorre inoltre tenere conto degli elementi menzionati ai punti 47-50 supra, relativi alla struttura del gruppo e del suo azionariato, e in particolare alla sua organizzazione gerarchica e ai meccanismi di trasmissione delle informazioni al suo interno.
- 69 Nella comunicazione degli addebiti, la Commissione ha inoltre fornito i seguenti elementi: esisteva un considerevole grado di sovrapposizione tra le funzioni esercitate nei diversi paesi da soggetti diversi, dato che il responsabile del bitume per i Paesi Bassi è stato a lungo responsabile del mercato belga; varie analisi interne del mercato olandese del bitume stradale sotto il profilo del diritto della concorrenza sono state distribuite a diverse entità del gruppo, tra cui il servizio giuridico della Shell International, che era in contatto diretto con il CMD; la Shell International ha agito quale principale corrispondente della Commissione per l'intero procedimento amministrativo; il direttore generale della KNPM era anche direttore principale della SPNV e membro del consiglio di sorveglianza della Shell Nederland BV, società controllante diretta della SNV; le società controllanti hanno il potere di nominare e revocare i direttori generali delle società operative; esse supervisionano la gestione delle società operative, dato che i direttori generali delle stesse sono tenuti a fornire a tutti gli azionisti, a richiesta, informazioni in merito agli affari della società e a dare loro accesso ai libri e ai documenti che intendano consultare.
- 70 Inoltre, come si è ricordato al punto 49 supra, il CMD svolgeva un ruolo determinante in seno all'impresa. Infatti, fino al 1998 le strutture gerarchiche erano organizzate su base geografica, il direttore «Bitume» della SNV dipendeva dal direttore generale «Vendite commerciali», che dipendeva a sua volta dal direttore generale «Paese», sottoposto egli stesso al coordinatore regionale «Europa» della Shell International Petroleum Maatschappij NV, detenuta al 100% dalla SPNV, che dipendeva direttamente da membri del CMD. Dal 1998 alla fine del periodo dell'infrazione, la SNV rientrava nella divisione «Costruzione» del dipartimento dei prodotti petroliferi del gruppo in Europa, il SEOP, che era diretto dal vicepresidente esecutivo per l'Europa, il quale dipendeva dal presidente-direttore generale per i prodotti petroliferi, il quale era membro del CMD. Esistevano inoltre meccanismi di trasmissione delle informazioni tra le società controllanti e le loro controllate, tramite due comitati di sorveglianza, il GAC e il REMCO.
- 71 Inoltre, le ricorrenti hanno ammesso che un amministratore delegato della SNV informava il consiglio di amministrazione e il consiglio di sorveglianza della Shell Nederland, in occasione di riunioni trimestrali comuni a questi due organi, in merito alle principali questioni relative all'attività della SNV. Benché esse sostengano che detta informazione era limitata a talune decisioni più importanti, tale affermazione non è tuttavia corroborata da alcun elemento probatorio.
- 72 Infine, si deve tenere conto del fatto che alcune società del gruppo erano incaricate di fornire servizi di assistenza a tutte le controllate. Così, la Shell International forniva assistenza giuridica a tutte le controllate del gruppo. Dall'esame della nota del 14 luglio 2000 risulta peraltro che tra gli autori e i

destinatari della stessa vi erano dipendenti della SNV e che quest'ultima esercitava uno stretto controllo sulle attività delle società controllate, in particolare sulla situazione del mercato del bitume dei Paesi Bassi.

- 73 Alla luce di tutto quanto sopra considerato, si deve concludere che, tenuto conto degli elementi forniti dalle ricorrenti riguardo, da un lato, al fatto che la STT plc (divenuta STT) e la SPNV non erano a conoscenza dell'infrazione di cui trattasi e non vi avevano partecipato, né avevano istigato la loro controllata a commetterla e, dall'altro, ai meccanismi di trasmissione delle informazioni dalla SNV alla STT plc (divenuta STT) e alla SPNV, sommati agli altri elementi rilevanti del fascicolo, esposti ai punti 47-50 e 62-72 supra, la Commissione non è incorsa in un errore di valutazione ritenendo che gli elementi addotti dalle ricorrenti non dimostrassero che la SNV determinava autonomamente il proprio comportamento sul mercato e non consentivano quindi di confutare la presunzione secondo cui la STT plc (divenuta STT) e la SPNV esercitavano effettivamente un'influenza determinante sul comportamento della SNV.
- 74 Conseguentemente, il primo motivo deve essere integralmente respinto in quanto infondato.

*2. Sul secondo motivo, concernente la violazione delle forme sostanziali e dei diritti della difesa*

*Argomenti delle parti*

- 75 Le ricorrenti sostengono che, rifiutando di comunicare loro tutte le risposte alla comunicazione degli addebiti e limitando la divulgazione della risposta della KWS a taluni passaggi della stessa, la Commissione ha violato l'articolo 27, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 e i diritti della difesa di cui esse disponevano. Esse sostengono che, se fossero state a conoscenza di tali documenti, avrebbero potuto influenzare il procedimento amministrativo e modificare il senso della decisione impugnata, in particolare per quanto riguarda il loro ruolo di istigatore o di leader.
- 76 In primo luogo, le ricorrenti ritengono che la Commissione avrebbe dovuto accogliere la loro domanda di accesso alla totalità delle risposte delle altre società alla comunicazione degli addebiti, che avrebbero potuto contenere elementi a discarico sul loro ruolo di istigatore e di leader, in particolare a motivo del carattere orizzontale e verticale dell'intesa. La Commissione avrebbe peraltro già divulgato tutte le risposte alla comunicazione degli addebiti in due procedimenti anteriori [casi COMP/E-1/37.512 (GU L 6, pag. 147) e COMP/E-1/36.490 (GU L 100, pag. 1)]. In ogni caso, non spetterebbe alla Commissione decidere essa stessa quali documenti siano utili alla difesa delle imprese interessate (sentenza Aalborg Portland e a./Commissione, cit. al punto 36 supra, punto 126) e la comunicazione relativa all'accesso al fascicolo sarebbe quindi illegittima nella parte in cui stabilisce che non si può accordare l'accesso a tutte le risposte alla comunicazione degli addebiti.
- 77 In secondo luogo, le ricorrenti sostengono che la Commissione avrebbe dovuto dare loro accesso all'intera risposta della KWS alla comunicazione degli addebiti, e in particolare alla dichiarazione del testimone sulla quale la Commissione si sarebbe basata in via esclusiva per imputare loro il ruolo di istigatore e di leader dell'intesa. Infatti, il giudice dell'Unione riconoscerebbe loro il diritto di accedere a tutti gli elementi di prova posti dalla Commissione a loro carico (sentenza del Tribunale del 15 marzo 2000, Cimenteries CBR e a./Commissione, denominata «Cementi», T-25/95, T-26/95, da T-30/95 a T-32/95, da T-34/95 a T-39/95, da T-42/95 a T-46/95, T-48/95, da T-50/95 a T-65/95, da T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, Racc. pag. II-491, punto 386).
- 78 La Commissione afferma di non essere tenuta a divulgare le risposte alla comunicazione degli addebiti e respinge in toto gli argomenti della ricorrente.

*Giudizio del Tribunale*

- 79 Dagli atti risulta che durante il procedimento amministrativo la Commissione ha respinto la domanda delle ricorrenti diretta ad ottenere l'accesso integrale a tutti i documenti che erano stati aggiunti al fascicolo dopo l'invio della comunicazione degli addebiti, e in particolare alla totalità delle risposte delle altre imprese a detta comunicazione. Tuttavia, essa ha dato loro accesso ai passaggi della risposta della KWS alla comunicazione degli addebiti sui quali intendeva basarsi nella decisione finale, relativi ai contatti intercorsi tra la SNV e la KWS anteriormente al 1° aprile 1994.

Principi generali relativi all'accesso ai documenti posteriori alla comunicazione degli addebiti

- 80 L'articolo 27, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 così recita:

«Nel corso del procedimento sono pienamente garantiti i diritti di difesa delle parti interessate. Esse hanno diritto d'accesso al fascicolo della Commissione, fermo restando il legittimo interesse delle imprese alla tutela dei propri segreti aziendali. Sono esclusi dal diritto di accesso le informazioni riservate e i documenti interni della Commissione e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri».

- 81 Al punto 8 della comunicazione relativa all'accesso al fascicolo, la Commissione definisce il fascicolo istruttorio come «tutti i documenti ottenuti, elaborati e/o riuniti dalla direzione generale Concorrenza della Commissione, nel corso [dell'indagine]». Al punto 27 della medesima comunicazione, la Commissione precisa quanto segue:

«L'accesso al fascicolo istruttorio è accordato a richiesta e, di norma, un'unica volta, dopo che la Commissione ha notificato alle parti la comunicazione degli addebiti, nell'intento di assicurare loro il principio delle armi pari e di tutelarne i diritti di difesa. Quindi, come regola generale, dopo l'invio della comunicazione di addebiti non è accordato l'accesso alle risposte che le altre parti hanno inviato riguardo a tali addebiti.

Tuttavia, una parte può avere accesso ai documenti pervenuti dopo l'invio della comunicazione degli addebiti, nelle fasi successive del procedimento amministrativo, se tali documenti possono costituire nuove prove – di natura incriminante o assolutoria – riguardo agli elementi a carico della parte in questione, adottati dalla Commissione nella comunicazione degli addebiti. Ciò soprattutto se la Commissione intende basarsi su nuovi elementi probatori».

- 82 Secondo costante giurisprudenza, il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento suscettibile di concludersi con l'irrogazione di sanzioni, in particolare ammende o penalità di mora, costituisce un principio fondamentale del diritto dell'Unione, che va osservato anche se si tratta di un procedimento di natura amministrativa (sentenze della Corte del 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche/Commissione, 85/76, Racc. pag. 461, punto 9, e del 2 ottobre 2003, ARBED/Commissione, C-176/99 P, Racc. pag. I-10687, punto 19). Peraltro, l'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (GU C 364, pag. 1; in prosieguo: la «Carta dei diritti fondamentali»), lo erge a principio fondamentale enunciandolo come un elemento intrinseco del diritto ad una buona amministrazione. A tal riguardo, il regolamento n. 1/2003 prevede l'invio alle parti di una comunicazione degli addebiti che deve enunciare, in modo chiaro, tutti gli elementi essenziali sui quali si fonda la Commissione in quello stadio del procedimento. Una tale comunicazione costituisce la garanzia procedurale del principio fondamentale del diritto dell'Unione che richiede il rispetto delle prerogative della difesa in qualsiasi procedimento (v., in tal senso, sentenza della Corte del 3 settembre 2009, Papierfabrik August Koehler e a./Commissione, C-322/07 P, C-327/07 P e C-338/07 P, Racc. pag. I-7191, punti 34 e 35).

- 83 Occorre rammentare che l'accesso al fascicolo nelle cause in materia di concorrenza ha per oggetto, in particolare, di permettere ai destinatari di una comunicazione degli addebiti di prendere conoscenza degli elementi di prova contenuti nel fascicolo della Commissione, affinché possano pronunciarsi in modo efficace, sulla base di tali elementi, sulle conclusioni cui la Commissione è pervenuta nella comunicazione degli addebiti. L'accesso al fascicolo rientra così tra le garanzie procedurali dirette a garantire i diritti della difesa e ad assicurare, in particolare, l'effettivo esercizio del diritto ad essere sentiti (v. sentenza del Tribunale del 30 settembre 2003, *Atlantic Container Line e a./Commissione*, T-191/98 e da T-212/98 a T-214/98, Racc. pag. II-3275, punto 334 e la giurisprudenza ivi citata). Il diritto di accesso al fascicolo comporta che la Commissione deve dare all'impresa interessata la possibilità di procedere ad un esame della totalità dei documenti presenti nel fascicolo istruttorio che potrebbero essere rilevanti per la sua difesa (v., in tal senso, sentenza della Corte del 2 ottobre 2003, *Corus UK/Commissione*, C-199/99 P, Racc. pag. I-11177, punto 125, e sentenza del Tribunale del 29 giugno 1995, *Solvay/Commissione*, T-30/91, Racc. pag. II-1775, punto 81). Questi ultimi comprendono tanto i documenti a carico quanto quelli a discarico, fatti salvi i segreti aziendali di altre imprese, i documenti interni della Commissione e le altre informazioni riservate (sentenze *Hoffmann-La Roche/Commissione*, cit. al punto 82 supra, punti 9 e 11, e *Aalborg Portland e a./Commissione*, cit. al punto 36 supra, punto 68).
- 84 Secondo la giurisprudenza, è soltanto all'inizio della fase contraddittoria amministrativa che l'impresa interessata viene informata, mediante la comunicazione degli addebiti, di tutti gli elementi essenziali sui quali la Commissione si basa in tale fase del procedimento. Di conseguenza, la risposta delle altre parti alla comunicazione degli addebiti non rientra in linea di principio tra i documenti del fascicolo istruttorio che le parti possono consultare (sentenza del Tribunale del 30 settembre 2009, *Hoechst/Commissione* T-161/05, Racc. pag. II-3555, punto 163). Tuttavia, qualora la Commissione intenda basarsi su un brano di una risposta ad una comunicazione degli addebiti o su un documento allegato a tale risposta per dimostrare l'esistenza di un'infrazione in un procedimento di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, le altre parti coinvolte in tale procedimento devono essere messe in grado di pronunciarsi riguardo a tale elemento di prova (v. sentenze *Cementi*, cit. al punto 77 supra, punto 386, e *Avebe/Commissione*, cit. al punto 32 supra, punto 50 e la giurisprudenza ivi citata). Lo stesso può dirsi quando la Commissione si basi su un siffatto documento al fine di dimostrare il ruolo di istigatore o di leader di una delle imprese interessate.
- 85 Da quanto precede risulta che le disposizioni del punto 27 della comunicazione relativa all'accesso al fascicolo sono conformi alla giurisprudenza secondo cui, sebbene, di regola, le parti non abbiano accesso alle risposte delle altre parti alla comunicazione degli addebiti, una parte può tuttavia avervi accesso qualora tali documenti possano costituire nuovi elementi di prova, di natura incriminante o assolutoria, riguardo agli elementi a carico della parte in questione adottati nella comunicazione degli addebiti.
- 86 Peraltro, secondo la giurisprudenza relativa all'accesso al fascicolo amministrativo anteriore alla comunicazione degli addebiti, la mancata comunicazione di un documento costituisce una violazione dei diritti della difesa unicamente se l'impresa interessata dimostra, da una parte, che la Commissione si è basata su tale documento per avvalorare il suo addebito relativo all'esistenza di un'infrazione (sentenze della Corte del 9 novembre 1983, *Michelin/Commissione*, 322/81, Racc. pag. 3461, punti 7 e 9, e *Aalborg Portland e a./Commissione*, cit. al punto 36 supra, punto 71) e, dall'altra, che tale addebito potrebbe essere provato soltanto in riferimento al suddetto documento (sentenze della Corte del 25 ottobre 1983, *AEG-Telefunken/Commissione*, 107/82, Racc. pag. 3151, punti 24-30, e *Aalborg Portland e a./Commissione*, cit. al punto 36 supra, punto 71; sentenza *Solvay/Commissione*, cit. al punto 83 supra, punto 58). La Corte opera, a tal riguardo, una distinzione tra i documenti a carico e i documenti a discarico. Ove si tratti di un documento incriminante, incombe all'impresa interessata dimostrare che la conclusione cui è giunta la Commissione sarebbe stata diversa qualora il documento di cui trattasi fosse stato escluso. Invece, per quanto riguarda la mancata comunicazione di un documento a discarico, l'impresa interessata deve solo provare che la sua mancata divulgazione ha potuto influenzare, a scapito di quest'ultima, lo svolgimento del procedimento ed il contenuto della

decisione della Commissione (v., in tal senso, sentenza Aalborg Portland e a./Commissione, cit. al punto 36 supra, punti 73 e 74). Tale distinzione vale anche per i documenti successivi alla comunicazione degli addebiti (sentenza del Tribunale del 27 settembre 2006, Jungbunzlauer/Commissione, T-43/02, Racc. pag. II-3435, punti 351-359). Le ricorrenti interpretano quindi erroneamente il punto 383 della sentenza Cementi, citata al punto 77 supra, laddove affermano che la Commissione lede automaticamente i diritti della difesa rifiutando di trasmettere documenti posteriori alla comunicazione degli addebiti che le siano stati chiesti da una società. Infatti, secondo tale giurisprudenza, siffatto rifiuto è illegittimo, con riguardo a un documento a scarico, solo se detta società ha dimostrato che la mancata divulgazione di tale documento ha potuto influenzare a suo svantaggio lo svolgimento del procedimento ed il contenuto della decisione.

- 87 Analogamente, per quanto riguarda la questione se un documento successivo alla comunicazione degli addebiti, qualora venga utilizzato dalla Commissione come elemento probatorio nella sua decisione, debba o meno essere trasmesso nella sua integralità, si deve ricordare che risulta dalla giurisprudenza, e in particolare dal punto 386 della sentenza Cementi, citata al punto 77 supra, che, per consentire all'impresa interessata di pronunciarsi in maniera efficace su tale elemento di prova, la Commissione è tenuta a trasmetterle solo il passaggio pertinente del documento in questione, ricollocato nel suo contesto, se ciò è necessario alla sua comprensione.
- 88 Si deve inoltre precisare che la mancata comunicazione sistematica delle risposte delle altre imprese alla comunicazione degli addebiti non è in contrasto con il principio del rispetto dei diritti della difesa. Come si è già ricordato, tale principio implica che, durante il procedimento amministrativo, la Commissione debba divulgare alle imprese interessate tutti i fatti, le circostanze e i documenti sui quali si basa, per consentire loro di far conoscere in modo efficace il proprio punto di vista sulla realtà e sulla rilevanza dei fatti e delle circostanze allegati nonché sui documenti da essa utilizzati per corroborare le sue affermazioni. Pertanto, la Commissione può basare la sua decisione solo su fatti in merito ai quali esse abbiano avuto modo di manifestare il proprio punto di vista.
- 89 Peraltro, le ricorrenti non possono avvalersi della giurisprudenza secondo cui la determinazione dei documenti utili alla difesa dell'impresa interessata non può spettare alla sola Commissione, che notifica gli addebiti e adotta la decisione che infligge una sanzione (sentenza Aalborg Portland e a./Commissione, cit. al punto 36 supra, punto 126; sentenze Solvay/Commissione, cit. al punto 83 supra, punti 81 e 83, e Atlantic Container Line e a./Commissione, cit. al punto 83 supra, punto 339). Infatti, detta considerazione, riferita ai documenti che fanno parte del fascicolo costituito dalla Commissione, non trova applicazione con riguardo alle risposte date dalle altre imprese interessate agli addebiti da essa comunicati.
- 90 Infine, si deve precisare che, contrariamente a quanto sostenuto dalle ricorrenti, la Commissione, in ogni caso, non è vincolata dalla sua prassi anteriore relativa alla trasmissione integrale delle risposte alla comunicazione degli addebiti, dato che la legittimità delle sue decisioni dev'essere valutata unicamente sulla base delle norme al cui rispetto essa è tenuta, tra le quali, in particolare, il regolamento n. 1/2003, il regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 [CE] e 82 [CE] (GU L 123, pag. 18), e la comunicazione relativa all'accesso al fascicolo, quali interpretati dal giudice dell'Unione.

#### Applicazione al caso di specie

- 91 Nella specie, si deve ricordare che il 24 maggio 2006 la Commissione ha consentito alle ricorrenti di prendere conoscenza dei passaggi della risposta della KWS sui quali essa intendeva basarsi nella decisione finale, relativi ai contatti intercorsi tra la SNV e la KWS anteriormente al 1° aprile 1994 e ad una proposta di sconto preferenziale al W5, indirizzata alla KWS.

- 92 Per quanto riguarda, in primo luogo, l'argomento diretto a far riconoscere che si sarebbe dovuto autorizzare l'accesso alla totalità della risposta della KWS alla comunicazione degli addebiti, va precisato in via preliminare che, contrariamente a quanto affermano le ricorrenti, dai punti 343-348 della decisione impugnata risulta che la Commissione non si è basata solo sui passaggi in questione della risposta della KWS alla comunicazione degli addebiti per imputare loro il ruolo di istigatore e di leader dell'intesa. In ogni caso, l'esame degli estratti di tale documento trasmessi dalla Commissione alle ricorrenti consente di constatare che essi sono perfettamente comprensibili ed espliciti senza necessità di ricollocarli in un contesto più ampio. Infatti, si deve sottolineare che nella decisione impugnata la Commissione ha utilizzato solo due dei sette punti di tale documento, comunicati alle ricorrenti. Peraltro, quanto ad un documento della KWS basato sulla dichiarazione di un testimone, un suo ex dipendente, documento fornito volontariamente alla Commissione dalla KWS al fine di assicurare la propria difesa, sottolineando il ruolo di istigatore e di leader della SNV nell'intesa e minimizzando il proprio, non è ipotizzabile che esso potesse contenere elementi a discarico per la SNV.
- 93 Per quanto concerne, in secondo luogo, l'argomento relativo alla mancata comunicazione delle risposte delle altre imprese alla comunicazione degli addebiti, che avrebbero potuto contenere elementi a discarico, si deve ricordare che, conformemente alla giurisprudenza citata al punto 86 supra, spettava alle ricorrenti fornire un principio di prova atto a far ritenere che la loro mancata divulgazione avrebbe potuto influenzare, a loro scapito, lo svolgimento del procedimento e il contenuto della decisione della Commissione. Le ricorrenti si sono invece limitate a sostenere, in maniera generica e puramente speculativa, che le risposte delle altre imprese alla comunicazione degli addebiti avrebbero potuto fornire elementi a discarico quanto al loro ruolo di istigatore e di leader dell'intesa. A parte il carattere orizzontale e verticale dell'intesa, esse non hanno fornito alcun indizio specifico atto a costituire un principio di prova in tal senso. Inoltre, come sottolinea la Commissione, è poco probabile che, nell'ambito di un'intesa, una società fornisca elementi atti a minimizzare il ruolo di un'altra società nell'intesa stessa, anche se, nella fattispecie, la circostanza che l'intesa sia stata organizzata tra due gruppi i cui interessi potevano essere potenzialmente e parzialmente divergenti, ossia i grandi costruttori e i fornitori, spiega perché ciascuna parte tendesse a minimizzare il proprio ruolo nell'intesa a scapito dell'altra. In ogni caso, secondo la giurisprudenza, la mera circostanza che altre imprese possano avere minimizzato, nella loro risposta alla comunicazione degli addebiti, il ruolo dei fornitori a scapito dei grandi costruttori non può costituire un elemento a discarico (sentenza Jungbunzlauer/Commissione, cit. al punto 86 supra, punti 353-356). Pertanto, le ricorrenti non hanno fornito alcun principio di prova dell'utilità di un'eventuale trasmissione delle risposte delle altre società alla comunicazione degli addebiti.
- 94 Da tutto quanto precede risulta che la Commissione ha giustamente rifiutato di comunicare alle ricorrenti tutte le risposte alla comunicazione degli addebiti e limitato la divulgazione della risposta della KWS a taluni passaggi. Il secondo motivo va pertanto respinto.

*3. Sul terzo motivo, concernente errori di fatto e di diritto nel calcolo dell'importo di base dell'ammenda e nella determinazione della durata dell'infrazione*

*Sulla gravità dell'infrazione*

Argomenti delle parti

- 95 Le ricorrenti affermano che la Commissione, classificando le imprese per categorie al fine di tenere conto della loro capacità economica di arrecare un danno notevole alla concorrenza, ha commesso errori di fatto e di diritto nella determinazione del fatturato dell'impresa Shell relativo al bitume stradale nei Paesi Bassi, includendovi erroneamente il fatturato del Mexphalte C e, in ogni caso, non ha sufficientemente motivato la decisione impugnata su tale punto. Esse chiedono quindi al Tribunale

di ridurre l'importo della loro ammenda escludendo dal suo calcolo il valore delle vendite del Mexphalte C, poiché ritengono che il fatto che l'importo di base della loro ammenda sia superiore a quello dell'ammenda dell'impresa Kuwait Petroleum (in prosieguo: la «Kuwait Petroleum»), sebbene la loro quota di mercato fosse inferiore alla sua, contrasti con i principi di parità di trattamento e di proporzionalità.

- 96 Le ricorrenti ricordano così che l'unico motivo per cui la Commissione ha potuto tenere conto, legittimamente, del fatturato dei prodotti speciali a base di bitume utilizzati nella costruzione stradale consiste nel fatto che il loro prezzo è direttamente connesso al prezzo di mercato generale dei gradi di bitume stradale standard, maggiorato di un premio. Per contro, esse ritengono che la Commissione non avrebbe dovuto includere i fatturati del Mexphalte C, dato che quest'ultimo non è composto solo da bitume, il suo prezzo non è correlato in alcun modo a quello del bitume stradale standard ed esso viene venduto su un mercato diverso da quello del bitume stradale standard, non essendo i due prodotti intercambiabili. Tali affermazioni si baserebbero in particolare su una dichiarazione del direttore della SNV del 30 novembre 2006 e su una tabella di confronto delle modifiche del prezzo del bitume stradale standard e del Mexphalte C tra il 1995 e il 2002.
- 97 Le ricorrenti addebitano inoltre alla Commissione di non avere esposto, nella decisione impugnata, i motivi per i quali era stato preso in considerazione l'ammontare delle vendite di Mexphalte C, mentre il 23 maggio 2006, nella loro risposta alla richiesta di informazioni della Commissione dell'8 maggio 2006, esse avevano dichiarato che il Mexphalte C non presentava alcun nesso con l'infrazione. Analogamente, durante il procedimento amministrativo la Commissione non avrebbe mai espresso la propria intenzione di includere l'ammontare delle vendite di Mexphalte C nel calcolo dell'importo dell'ammenda e non avrebbe mai menzionato tale prodotto nella comunicazione degli addebiti. Un documento del fascicolo amministrativo preciserebbe tuttavia che il Mexphalte C è un agglomerante sintetico che può essere utilizzato per produrre asfalto colorato, e non un bitume sintetico.
- 98 La Commissione respinge tutti gli argomenti delle ricorrenti.

#### Giudizio del Tribunale

- 99 La Commissione ha dichiarato nella comunicazione degli addebiti del 18 ottobre 2004 (punti 1-6 della decisione impugnata) che il prodotto oggetto del procedimento era il bitume utilizzato per la costruzione stradale e applicazioni analoghe (ad esempio le piste di atterraggio), il quale includeva bitumi di durezza diversa, che consentono impieghi diversi, nonché bitumi di gradazioni diverse, tra cui bitumi specifici che offrono prestazioni migliori, i quali sono tuttavia fabbricati a partire dal bitume stradale standard, e il cui prezzo dipende quindi dal prezzo di quest'ultimo. Solo due società, la BAM NBM Wegenbouw BV e lo Hollandsche Beton Groep (in prosieguo: l'«HBG»), hanno contestato nella loro risposta alla comunicazione degli addebiti l'inclusione dei prodotti a base di bitume utilizzati nella costruzione stradale diversi dal bitume stradale standard. Le ricorrenti, invece, non hanno replicato su questo punto nella loro risposta alla comunicazione degli addebiti.
- 100 L'8 maggio 2006, la Commissione ha inviato una richiesta di informazioni alla SNV, alla SPNV e alla Royal Dutch Shell per avere chiarimenti sul loro fatturato relativo al bitume stradale, includendo in quest'ultimo tutti i prodotti speciali a base di bitume. Il 23 maggio 2006, le tre società summenzionate hanno comunicato l'importo del loro fatturato includendovi il Mexphalte C, l'unico bitume speciale che a loro parere potesse essere collegato alla costruzione stradale, precisando tuttavia che tale prodotto non era oggetto dell'intesa. Nella decisione impugnata (punti 4-6), la Commissione ha confermato l'analisi effettuata nella comunicazione degli addebiti, affermando che i prezzi degli altri prodotti a base di bitume utilizzati nella costruzione stradale erano direttamente connessi al prezzo generale di mercato dei gradi di bitume stradale standard. Per giungere a tale conclusione, essa ha

utilizzato le dichiarazioni di due società, BP ed ExxonMobil, la seconda delle quali è un fornitore di bitume non sanzionato dalla Commissione, nonché documenti sequestrati durante le ispezioni, in particolare presso la KWS e la SNV.

101 La Commissione ha precisato nel controricorso di essersi basata su vari elementi per includere il Mexphalte C tra i prodotti a base di bitume costituenti oggetto dell'intesa. Infatti, in vari documenti della SNV il Mexphalte C compare nella tabella relativa al bitume sotto la dicitura «Bitume trasparente pigmentabile»; inoltre, nella lettera del 23 maggio 2006 inviata alla Commissione, la SNV ha dichiarato che l'unico bitume speciale che poteva essere collegato al bitume stradale standard era il Mexphalte C e ha indicato un fatturato di EUR 12 113 015 per il «valore totale delle vendite al dettaglio di bitume stradale, ivi compreso il Mexphalte C», nel 2001; un documento della Shell contenente informazioni tecniche sul Mexphalte C e versato al fascicolo amministrativo lo descrive come un bitume sintetico pigmentabile; un altro documento del fascicolo amministrativo mostra che l'elenco dei prezzi dei prodotti a base di bitume stradale, inviato nel 2001 dalla SNV ai suoi clienti, era accompagnato da una lettera tipo secondo cui le variazioni dei prezzi dei prodotti inclusi in tale elenco, tra i quali il Mexphalte C, erano dovute all'evoluzione dei prezzi sul mercato del petrolio.

102 Le ricorrenti hanno prodotto per la prima volta dinanzi al Tribunale due documenti che consentono, a loro parere, di dimostrare che la Commissione non avrebbe dovuto tenere conto del fatturato del Mexphalte C per determinare il fatturato della Shell relativo al bitume stradale nei Paesi Bassi. Il primo documento contiene una tabella di confronto tra l'evoluzione del prezzo del bitume stradale standard e quella del prezzo del Mexphalte C nel periodo 1995-2002 nonché lettere della SNV, risalenti a detto periodo, con le quali essa annunciava ai suoi clienti che tali aumenti di prezzo erano dovuti all'evoluzione dei prezzi delle materie prime. Il secondo documento è costituito dalla dichiarazione del 30 novembre 2006 del direttore della SNV indicante che il Mexphalte C non è un prodotto fabbricato a partire dal bitume, che l'evoluzione del prezzo di tale prodotto poteva essere influenzata solo in misura molto limitata dal prezzo del petrolio, che il mercato sul quale viene venduto tale prodotto è un mercato diverso da quello del bitume stradale e che la SNV era l'unica impresa che fornisse questo tipo di prodotto nei Paesi Bassi.

103 Sebbene le ricorrenti non si siano pronunciate chiaramente al riguardo, il Tribunale ritiene che, nella fattispecie, i loro argomenti debbano essere esaminati, da un lato, a titolo del controllo di legittimità e, dall'altro, a titolo della competenza estesa al merito di cui esso dispone in forza dell'articolo 31 del regolamento n. 1/2003.

– Esame degli argomenti delle ricorrenti nell'ambito del controllo di legittimità

104 Risulta da una giurisprudenza costante che, nell'ambito di un ricorso di annullamento, la legittimità dell'atto impugnato deve essere valutata in base alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento in cui l'atto è stato adottato, e in particolare delle informazioni di cui poteva disporre l'istituzione quando l'ha adottato (sentenza della Corte del 7 febbraio 1979, Francia/Commissione, 15/76 e 16/76, Racc. pag. 321, punto 7). Pertanto, nessuno può far valere dinanzi al giudice dell'Unione, al fine di dimostrare l'illegittimità dell'atto impugnato, elementi di fatto che, non essendo stati dedotti nel procedimento amministrativo, non hanno potuto essere presi in considerazione allorché è stato adottato l'atto (v., in tal senso, sentenza Francia/Commissione, cit., punto 7; sentenze del Tribunale dell'11 luglio 2007, Centeno Mediavilla e a./Commissione, T-58/05, Racc. pag. II-2523, punto 151, e del 25 giugno 2008, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Commissione, T-268/06, Racc. pag. II-1091, punto 55). Nella specie, dall'istruttoria è emerso che, al momento dell'adozione della decisione impugnata, la Commissione non disponeva dei due documenti citati al punto 102 supra, che sono stati prodotti dalle ricorrenti per la prima volta dinanzi al Tribunale, come si è rilevato in detto punto.

- 105 Nella parte in cui è diretto all'annullamento della decisione impugnata, il presente motivo va quindi esaminato senza tenere conto dei suddetti documenti.
- 106 In tale contesto, si deve rilevare che la Commissione aveva chiaramente affermato, nella comunicazione degli addebiti, di ritenere che l'intesa avesse ad oggetto tutti i prodotti a base di bitume utilizzati per la costruzione stradale e applicazioni analoghe, ivi compresi i prodotti speciali a base di bitume, ad eccezione dei prodotti a base di bitume ad uso industriale. Le ricorrenti tuttavia non hanno replicato su tale punto nella loro risposta alla comunicazione degli addebiti, a differenza di altre imprese. Per giunta, quando la Commissione ha chiesto alle ricorrenti di comunicare il loro fatturato, esse hanno indicato, il 23 maggio 2006, l'importo del loro fatturato comprensivo del Mexphalte C, pur precisando che tale prodotto, sebbene non fosse stato di per sé oggetto dell'intesa, era l'«unico bitume speciale che potesse essere collegato alla costruzione stradale».
- 107 Come indicato al punto 100 supra, per definire nella decisione impugnata il mercato rilevante come comprensivo di tutti i prodotti speciali a base di bitume stradale, la Commissione si è basata su documenti della BP, della ExxonMobil, della KWS e della SNV, dai quali risulta che i tariffari dei prezzi inviati ai clienti riguardavano tutti i prodotti a base di bitume, ivi compresi i prodotti speciali, e che anche gli eventuali aumenti di prezzo riguardavano tutti i suddetti prodotti. Pertanto, la Commissione ha ritenuto giustamente, sulla base degli elementi di cui disponeva nel momento in cui ha adottato la decisione impugnata, che le vendite di Mexphalte C dovessero essere incluse nel calcolo del fatturato della Shell relativo al bitume stradale nei Paesi Bassi.
- 108 Peraltro, per quanto attiene al controllo del rispetto dell'obbligo di motivazione, secondo una costante giurisprudenza la motivazione prescritta dall'articolo 253 CE deve far apparire in forma chiara ed inequivocabile l'iter logico seguito dall'istituzione da cui esso promana, in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato e da permettere al giudice competente di esercitare il proprio controllo. La motivazione non deve necessariamente specificare tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti, in quanto si deve valutare se la motivazione di un atto soddisfi i requisiti dell'articolo 253 CE alla luce non solo del suo tenore, ma anche del suo contesto e del complesso delle norme giuridiche che disciplinano la materia (v. sentenza del Tribunale del 9 luglio 2003, Cheil Jedang/Commissione, T-220/00, Racc. pag. II-2473, punto 216 e la giurisprudenza ivi citata).
- 109 Per quanto concerne la portata dell'obbligo di motivazione con riguardo al calcolo dell'importo di un'ammenda inflitta per violazione delle regole di concorrenza, da un lato, si deve ricordare che tale obbligo riveste un'importanza del tutto particolare e che spetta alla Commissione motivare la propria decisione e, in particolare, spiegare la ponderazione e la valutazione che essa ha effettuato degli elementi considerati (sentenza della Corte dell'8 dicembre 2011, Chalkor/Commissione, C-386/10 P, Racc. pag. I-13085, punto 61). Tale obbligo va determinato alla luce dell'articolo 23, paragrafo 3, del regolamento n. 1/2003, ai sensi del quale «[p]er determinare l'ammontare dell'ammenda occorre tener conto, oltre che della gravità dell'infrazione, anche della sua durata». A tal riguardo, gli orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2, del regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5, [CA] (GU 1998, C 9, pag. 3; in prosieguo: gli «orientamenti per il calcolo delle ammende») e la comunicazione sulla cooperazione contengono regole indicative sugli elementi di valutazione di cui la Commissione si avvale per misurare la gravità e la durata dell'infrazione (sentenza Cheil Jedang/Commissione, cit. al punto 108 supra, punto 217). Di conseguenza, i requisiti della formalità sostanziale costituita dall'obbligo di motivazione sono soddisfatti allorché la Commissione indica, nella sua decisione, gli elementi di valutazione di cui si è servita nell'applicare i suoi orientamenti per il calcolo delle ammende e, all'occorrenza, la sua comunicazione sulla cooperazione, elementi che le hanno consentito di misurare la gravità e la durata dell'infrazione ai fini del calcolo dell'ammenda (sentenza Cheil Jedang/Commissione, cit. al punto 108 supra, punto 218).

- 110 Il giudice dell'Unione ha inoltre precisato che la portata dell'obbligo di motivazione deve essere stabilita in particolare alla luce del fatto che la gravità delle infrazioni va accertata in funzione di un gran numero di elementi quali, segnatamente, le circostanze proprie al caso di specie, il suo contesto e l'effetto dissuasivo delle ammende, e ciò senza che sia stato redatto un elenco vincolante o esauriente di criteri da tenere obbligatoriamente in considerazione. Per di più, nell'ambito della determinazione dell'importo di ciascuna ammenda, la Commissione dispone di un margine di discrezionalità e non può esserle imposto l'obbligo di applicare, a tal fine, una precisa formula matematica. La Commissione, quando constati, in una decisione, una violazione delle regole di concorrenza e infligga ammende alle imprese che vi hanno partecipato, deve, qualora abbia sistematicamente preso in considerazione taluni elementi di base per determinare l'importo delle ammende, menzionare tali elementi nel testo della decisione al fine di consentire ai destinatari della stessa di controllare la correttezza del livello dell'ammenda e di valutare l'eventuale esistenza di una discriminazione (sentenza del Tribunale del 14 maggio 1998, Buchmann/Commissione, T-295/94, Racc. pag. II-813, punti 162-164, 171 e 173).
- 111 Infine, il giudice dell'Unione ha precisato che la circostanza che informazioni più precise di tali elementi di valutazione, come quelle relative al fatturato realizzato dalle imprese o ai tassi di riduzione applicati dalla Commissione, siano state comunicate in un momento successivo, nel corso di una conferenza stampa ovvero nel corso del procedimento contenzioso, non è idonea ad infirmare il carattere sufficiente della motivazione della decisione. Invero, precisazioni fornite dall'autore di una decisione impugnata, intese ad integrare una motivazione già di per sé sufficiente, non sono propriamente riconducibili all'osservanza dell'obbligo di motivazione, ancorché possano essere utili per il controllo interno della motivazione della decisione esercitato dal giudice dell'Unione, in quanto consentono all'istituzione di esporre le ragioni addotte a fondamento della sua decisione (sentenza della Corte del 16 novembre 2000, KNP BT/Commissione, C-248/98 P, Racc. pag. I-9641, punti 41, 42 e 44).
- 112 Alla luce di tale giurisprudenza, risulta che la Commissione ha motivato sufficientemente la decisione impugnata.
- 113 Infatti, nella stessa, la Commissione ha fornito numerosi elementi di valutazione che consentono di misurare la gravità dell'infrazione. Essa ha infatti tenuto conto della natura dell'infrazione, ha indicato il motivo per il quale non le era possibile misurare l'impatto concreto dell'intesa sul mercato, ha determinato le dimensioni del mercato geografico rilevante, ha classificato le imprese interessate in varie categorie in base alle loro quote di mercato nel 2001, ultimo anno completo dell'infrazione, e, infine, ha tenuto conto dell'ultimo fatturato mondiale di tali imprese per assicurarsi che l'ammenda avesse sufficiente efficacia dissuasiva (punti 310-325 della decisione impugnata). La Commissione ha inoltre precisato, al punto 319 della decisione impugnata, di essersi basata, ai fini del calcolo dell'ammenda, sul valore delle vendite di bitume stradale nel 2001 (o degli acquisti di bitume stradale, per i costruttori). Orbene, ai punti 4-6 della decisione impugnata si precisa che il «bitume stradale» deve essere definito come il bitume utilizzato per la costruzione stradale e applicazioni analoghe, vale a dire bitumi di diversa durezza, che consentono utilizzi diversi, nonché bitumi di gradi diversi, tra cui i bitumi speciali. Essa ha risposto in particolare alle obiezioni di due imprese dirette ad escludere i prodotti speciali a base di bitume basandosi su documenti redatti da varie società (BP, ExxonMobil, KWS e SNV) dai quali emerge che le modifiche del prezzo del bitume stradale standard influivano sui prezzi degli altri prodotti a base di bitume utilizzati in tale settore. Come indicato nella decisione impugnata (punto 6 e nota a piè di pagina n. 11), fra detti documenti figurano quelli sequestrati durante le ispezioni presso i locali della SNV. In ogni caso, secondo la giurisprudenza citata al punto 111 supra, la Commissione può apportare modifiche alla motivazione della sua decisione durante la fase contenziosa, che possono essere utili per il controllo interno della motivazione della decisione, esercitato dal giudice dell'Unione, in quanto consentono all'istituzione di esporre le ragioni addotte a fondamento della sua decisione. Nella specie, la Commissione ha infatti precisato, nel controricorso, alcuni elementi specifici sui quali si era basata al fine di includere il Mexphalte C tra i prodotti a base di bitume costituenti oggetto dell'intesa (v. punto 101 supra).

114 Infine, nella replica, le ricorrenti hanno sollevato una censura relativa alla violazione del principio di uguaglianza, in quanto la Commissione non avrebbe dimostrato di avere tenuto conto del valore degli acquisti di Mexphalte C anche nel calcolo della quota di mercato della KWS. Tuttavia, si deve ricordare che, nella decisione impugnata, la Commissione ha dichiarato che il prodotto in questione per tutti i partecipanti all'intesa era il bitume utilizzato per la costruzione stradale e applicazioni analoghe, ivi compresi i bitumi speciali (punti 4-6 della decisione impugnata) e che, per determinare le quote di mercato di ciascuna delle imprese interessate, essa aveva inviato loro richieste di informazioni che le avevano consentito di redigere tabelle del valore delle vendite e degli acquisti di bitume per ciascuna impresa nei Paesi Bassi, nel 2001, e che il totale degli acquisti dei costruttori corrispondeva al totale delle vendite dei fornitori (punti 29, 319 e 320 della decisione impugnata). Inoltre, poiché le ricorrenti non hanno fornito alcun elemento che consenta di affermare che la Commissione ha utilizzato una definizione diversa dei prodotti interessati dall'intesa nella determinazione della quota di mercato della KWS, tale censura deve essere respinta in quanto infondata.

115 Pertanto, nessuno degli argomenti sollevati dalle ricorrenti nell'ambito del loro ricorso di annullamento e relativi all'inclusione del Mexphalte C tra i prodotti interessati dall'intesa è idoneo a giustificare l'annullamento della decisione impugnata.

– Esame degli argomenti delle ricorrenti nell'esercizio della competenza estesa al merito

116 Occorre ricordare che, conformemente all'articolo 261 TFUE, il controllo di legittimità è completato dalla competenza estesa al merito riconosciuta al giudice dell'Unione precedentemente dall'articolo 17 del regolamento n. 17 e attualmente dall'articolo 31 del regolamento n. 1/2003. Tale competenza autorizza il giudice, al di là del mero controllo di legittimità della sanzione, a sostituire la sua valutazione a quella della Commissione e, di conseguenza, a sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità inflitta. Il controllo previsto dai Trattati implica dunque, conformemente alle prescrizioni derivanti dal principio della tutela giurisdizionale effettiva di cui all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali, che il giudice dell'Unione eserciti un controllo tanto in diritto quanto in fatto e che esso disponga del potere di valutare le prove, di annullare la decisione impugnata e di modificare l'ammontare delle ammende (sentenze della Corte dell'8 dicembre 2011, KME Germany e a./Commissione, C-272/09 P, Racc. pag. I-12789, punti 103 e 106; Chalkor/Commissione, cit. al punto 109 supra, punti 63 e 67, e KME Germany e a./Commissione, C-389/10 P, Racc. pag. I-13125, punti 130 e 133). Peraltro, occorre ricordare che, per quanto attiene all'applicazione dell'articolo 81 CE, nessuna disposizione impone al destinatario della comunicazione degli addebiti di contestare i suoi singoli elementi di fatto o di diritto nel corso della fase amministrativa del procedimento, a pena di non poterlo più fare successivamente in sede giurisdizionale, (sentenza della Corte del 1° luglio 2010, Knauf Gips/Commissione, C-407/08 P, Racc. pag. I-6371, punto 89).

117 Spetta quindi al Tribunale, nell'esercizio della sua competenza estesa al merito, valutare, alla data in cui adotta la propria decisione, se alle ricorrenti sia stata inflitta un'ammenda il cui importo rifletta adeguatamente la gravità dell'infrazione di cui trattasi (sentenze del Tribunale dell'11 marzo 1999, Aristrain/Commissione, T-156/94, Racc. pag. II-645, punti 584-586; del 27 settembre 2006, Roquette Frères/Commissione, T-322/01, Racc. pag. II-3137, punti 51-56 e 293-315, e del 7 giugno 2011, Arkema France e a./Commissione, T-217/06, Racc. pag. II-2593, punti 251-253) e, in particolare, se la Commissione abbia determinato correttamente il fatturato delle ricorrenti relativo al bitume stradale nei Paesi Bassi.

118 Si deve tuttavia ricordare che, per preservare l'effetto utile dell'articolo 18, paragrafi 2 e 3, del regolamento n. 1/2003, la Commissione può obbligare un'impresa a fornirle tutte le informazioni necessarie per quanto attiene ai fatti di cui quest'ultima possa essere a conoscenza e a comunicarle, all'occorrenza, i relativi documenti che siano in suo possesso, alla sola condizione di non imporre all'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali quest'ultima verrebbe portata ad ammettere

l'esistenza della violazione, che deve invece essere provata dalla Commissione (sentenza della Corte del 18 ottobre 1989, *Orkem/Commissione*, 374/87, Racc. pag. 3283, punti 34 e 35). Un'impresa alla quale la Commissione abbia inviato una richiesta di informazioni ai sensi dell'articolo 18 del regolamento n. 1/2003 è quindi soggetta ad un obbligo di collaborazione attiva e può esserle inflitta un'ammenda specifica, prevista dall'articolo 23, paragrafo 1, di detto regolamento, che può raggiungere l'1% del suo volume d'affari totale qualora essa fornisca, intenzionalmente o per negligenza, informazioni inesatte o fuorvianti. Ne risulta che il Tribunale, nell'esercizio della sua competenza estesa al merito, può tenere conto, se del caso, della mancata collaborazione di un'impresa ed aumentare conseguentemente l'importo dell'ammenda inflittale per violazione degli articoli 81 CE o 82 CE, sempreché tale impresa non sia stata sanzionata per il medesimo comportamento con un'ammenda specifica basata sulle disposizioni dell'articolo 23, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003.

- 119 Ciò potrebbe verificarsi, ad esempio, nel caso in cui, in risposta ad una richiesta della Commissione in tal senso, un'impresa abbia ommesso, intenzionalmente o per negligenza, di presentare durante il procedimento amministrativo elementi decisivi ai fini della determinazione dell'importo dell'ammenda dei quali disponeva o avrebbe potuto disporre al momento dell'adozione della decisione impugnata. Sebbene non sia precluso al Tribunale di tenere conto di tali elementi nell'esercizio della sua competenza estesa al merito, resta il fatto che l'impresa che li abbia adottati solo nella fase contenziosa, pregiudicando così lo scopo e il corretto svolgimento del procedimento amministrativo, si espone al rischio che tale circostanza venga presa in considerazione dal Tribunale al momento della determinazione dell'importo adeguato dell'ammenda.
- 120 Occorre quindi, in primo luogo, esaminare se gli elementi forniti dalle ricorrenti nella fase contenziosa consentano di dimostrare che il fatturato relativo al Mexphalte C non avrebbe dovuto essere preso in considerazione nel calcolo dell'importo dell'ammenda.
- 121 Il primo documento, che contiene una tabella di confronto dell'evoluzione del prezzo del bitume stradale standard e del Mexphalte C nel periodo 1995-2002 e lettere risalenti a tale periodo con cui la SNV annunciava ai suoi clienti che gli aumenti di prezzo erano dovuti all'evoluzione del prezzo delle materie prime, consente solo di constatare che gli aumenti di prezzo del Mexphalte C corrispondevano talora a quelli del bitume stradale standard, ancorché non sistematicamente (parallelismo delle variazioni di prezzo a maggio e giugno 1999, febbraio 2000 nonché aprile e settembre 2002), il che può essere spiegato con considerazioni di politica commerciale (ad esempio, il 27 maggio 1999 la SNV ha concesso uno sconto speciale ai suoi clienti su tale prodotto per promuoverne l'impiego). Inoltre, le lettere inviate dalla SNV ai suoi clienti, che accompagnavano detti aumenti di prezzo, indicavano che gli stessi erano dovuti all'evoluzione dei prezzi sul mercato del petrolio.
- 122 Il secondo documento, costituito dalla dichiarazione del direttore della SNV del 30 novembre 2006, consente solo di concludere che il Mexphalte C viene fabbricato con resina, estratti di olio lubrificante e polimeri. In risposta ad un quesito scritto del Tribunale, le ricorrenti hanno inoltre precisato che il Mexphalte C era essenzialmente composto da due elementi, il BFE e il Nevchem 2338, che sono essi stessi derivati del petrolio greggio, prodotti secondo un processo di fabbricazione diverso da quello del bitume. Da tali documenti risulta che, sebbene il Mexphalte C venga prodotto secondo un processo di fabbricazione diverso da quello del bitume e i suoi componenti non siano derivati del bitume, il petrolio greggio rimane la materia prima di origine dei suoi componenti, come nel caso del bitume.
- 123 Peraltro, le ricorrenti non hanno prodotto alcun elemento probatorio che consenta di dimostrare che il Mexphalte C costituisce un mercato diverso da quello del bitume stradale standard. Esse si sono infatti limitate ad affermare che, generalmente, il Mexphalte C veniva acquistato da amministrazioni comunali e non era utilizzato per le autostrade. Esse non hanno invece fornito alcun elemento idoneo a dimostrare che l'evoluzione del prezzo del Mexphalte C fosse indipendente da quella del prezzo del bitume stradale standard durante il periodo dell'infrazione.

- 124 In conclusione, le ricorrenti non hanno prodotto dinanzi al Tribunale alcun elemento che consenta di dimostrare che il Mexphalte C non rientrava tra i prodotti costituenti oggetto dell'intesa, mentre vari elementi del fascicolo indicano che il prezzo del Mexphalte C era strettamente collegato al prezzo del bitume stradale standard. Pertanto, nulla consente di concludere che il fatturato relativo al Mexphalte C debba essere escluso dal fatturato delle ricorrenti che occorre prendere in considerazione nel valutare la gravità dell'infrazione.
- 125 In secondo luogo, si deve stabilire se le ricorrenti, presentando gli elementi sopra indicati solo nella fase contenziosa e non in quella amministrativa, siano venute meno al loro obbligo di cooperazione nel procedimento amministrativo.
- 126 Dalla lettera inviata dalle ricorrenti alla Commissione il 23 maggio 2006 risulta che esse hanno comunicato l'importo del loro fatturato includendovi il Mexphalte C, l'unico bitume speciale che a loro parere potesse essere collegato alla costruzione stradale, precisando tuttavia che tale prodotto non costituiva di per sé oggetto dell'intesa. Sebbene tale formulazione comporti una certa ambiguità e le ricorrenti non abbiano fornito alcun elemento probatorio a sostegno di tali affermazioni, è pacifico che esse hanno segnalato alla Commissione che ritenevano che il fatturato relativo al Mexphalte C non dovesse essere preso in considerazione per determinare l'importo della loro ammenda. In mancanza di richieste di informazioni complementari a tale riguardo inviate dalla Commissione alle ricorrenti, nella fattispecie non risulta che le ricorrenti siano venute meno al loro obbligo di cooperazione leale nel procedimento amministrativo omettendo di fornire i documenti descritti ai punti 121 e 122 supra, pur potendoli produrre in tale occasione.
- 127 Pertanto, non si può ritenere che le ricorrenti abbiano violato il loro obbligo di collaborazione ai sensi dell'articolo 18 del regolamento n. 1/2003.
- 128 La prima parte del terzo motivo va quindi respinta.

### *Sulla durata dell'infrazione*

#### Argomenti delle parti

- 129 Le ricorrenti sostengono che la Commissione ha commesso un errore di fatto dichiarando che l'infrazione era iniziata il 1° aprile 1994. Tale affermazione sarebbe basata unicamente su due note interne dell'HBG del 28 marzo e dell'8 luglio 1994, le quali tuttavia non dimostrerebbero l'esistenza di accordi sui prezzi tra i fornitori. A loro parere, i contatti con la KWS ai quali fanno riferimento le due note in questione sarebbero stati puramente bilaterali. Per il 1995, la stessa Commissione avrebbe ammesso nella decisione impugnata di non disporre di alcuna prova di contatti anticoncorrenziali tra i fornitori. Le ricorrenti riconoscono invece che l'intesa è iniziata in occasione della prima riunione anticoncorrenziale, tenutasi il 19 febbraio 1996. Esse ricordano che, in ogni caso, il dubbio deve andare a loro vantaggio (sentenza del Tribunale del 5 aprile 2006, Degussa/Commissione, T-279/02, Racc. pag. II-897, punto 115).
- 130 La Commissione sostiene di non avere commesso alcun errore di fatto considerando che l'infrazione era iniziata il 1° aprile 1994 ed era continuata nel 1995.

#### Giudizio del Tribunale

- 131 Nella specie, la Commissione ha ritenuto che le ricorrenti avessero commesso un'infrazione di lunga durata, superiore a cinque anni, e ha calcolato un totale di otto anni, dal 1° aprile 1994 al 15 aprile 2002, aumentando conseguentemente l'importo di partenza dell'80% (punto 326 della decisione impugnata).

- 132 Dalla decisione impugnata risulta che la Commissione ha utilizzato vari elementi di prova concordanti per affermare che l'intesa era iniziata nel 1994 (punti 93-99 e 175-178 della decisione impugnata).
- 133 In primo luogo, la Commissione si è basata sulle due note interne dell'HBG del 28 marzo e 8 luglio 1994, che menzionano l'annuncio da parte della Shell del prezzo del bitume dal 1° aprile 1994 al 1° gennaio 1995, con uno sconto massimo per il W5 (e uno sconto minore per i piccoli costruttori), e l'esistenza di accordi sui prezzi conclusi tra le società petrolifere e il W5 anche prima del marzo 1994. Contrariamente a quanto affermano le ricorrenti, queste due note non si limitano a menzionare contatti puramente bilaterali tra la Shell e la KWS, ma attestano inequivocabilmente l'esistenza di accordi tra i fornitori e il W5.
- 134 In secondo luogo, la Commissione si è basata sulle due note interne della SNV del 6 e 9 febbraio 1995. La nota del 6 febbraio 1995, che contiene una descrizione storica dell'evoluzione del mercato della costruzione stradale nei Paesi Bassi, menziona in particolare le «origini del cartello» a partire dal 1980, la parte di responsabilità sia delle autorità pubbliche che dei costruttori e dei fornitori per la comparsa di taluni accordi, la soppressione dell'intesa nella sua forma iniziale nel 1993 e il fatto che i costruttori hanno preteso maggiore stabilità dei prezzi nel 1995, affinché i quantitativi e la ripartizione dei mercati ritornassero approssimativamente al livello del 1993. La nota del 9 febbraio 1995 menziona un tentativo della SNV di porre fine alla sua partecipazione all'intesa a partire dal 1992, che tuttavia non è andato a buon fine, nonché la conclusione di accordi sui prezzi tra il W5 e i fornitori, a detrimento degli enti aggiudicatori e delle imprese non appartenenti al W5. Tale nota illustra le diverse opzioni che potevano consentire alla SNV di ritirarsi da detta intesa, pur sottolineando le difficoltà inerenti a tale scelta. La dichiarazione di un dipendente della Kuwait Petroleum del 9 ottobre 2003 consente inoltre di confermare che gli accordi tra i fornitori e i grandi costruttori esistevano già all'arrivo di tale dipendente presso la divisione «Bitume» di tale società nel marzo e nell'aprile 1994. Infine, nella sua dichiarazione d'impresa del 10 ottobre 2003, la stessa SNV ha affermato che, dopo il 1993, i grandi costruttori avevano trovato un altro metodo per evitare i turbamenti del mercato della costruzione stradale, organizzando riunioni con i fornitori (punto 91 della decisione impugnata).
- 135 In terzo luogo, vari documenti sequestrati dalla Commissione consentono di confermare che il sistema di sconti e di sanzioni era funzionante nel 1995. La Commissione ha infatti sequestrato una nota interna dell'HBG del 7 luglio 1995 dalla quale emerge che la Kuwait Petroleum Nederland BV (in prosieguo: la «KPN») e la Wintershall AG offrivano uno sconto supplementare all'HBG, nonché una relazione interna della Wintershall del 4 marzo 1996, relativa ad un colloquio con la società Heijmans, che menziona l'importo dello sconto dovuto a detta società (punto 98 della decisione impugnata). Per giunta, la medesima relazione della Wintershall indica che nel 1995 essa aveva constatato che i fornitori avevano concesso sconti eccessivi ai piccoli costruttori (punto 82 della decisione impugnata).
- 136 In quarto luogo, la risposta della KWS del 20 maggio 2005 alla comunicazione degli addebiti indica altresì che gli accordi tra i fornitori e i grandi costruttori esistevano già nel 1993 (punti 96 e 97 della decisione impugnata).
- 137 Infine, in quinto luogo, le domande di tre imprese volte a beneficiare della comunicazione sulla cooperazione consentono di confermare che gli accordi esistevano almeno dal 1° aprile 1994. Si tratta della dichiarazione della Kuwait Petroleum del 9 ottobre 2003, della risposta dell'impresa Nynas del 2 ottobre 2003 ad una richiesta di informazioni e della dichiarazione della BP del 12 luglio 2002.
- 138 Per il 1995, si deve precisare che, contrariamente a quanto affermano le ricorrenti, la Commissione non ha affatto ammesso che non disponeva di prove relative a contatti anticoncorrenziali tra i fornitori, ma solo che non disponeva di prove relative alla conclusione di nuovi accordi nel 1995 e al fatto che gli accordi anteriori erano cessati in tale anno, e che ne aveva pertanto dedotto che gli accordi conclusi nel 1994 erano ancora in vigore nel 1995 (punti 98 e 99 della decisione impugnata).

139 Da tutti i suddetti elementi di prova concordanti risulta quindi che la Commissione poteva legittimamente considerare e ha sufficientemente dimostrato che l'infrazione commessa dalle ricorrenti era iniziata il 1° aprile 1994. Pertanto, il terzo motivo va integralmente respinto.

*4. Sul quarto motivo, concernente errori di fatto e di diritto relativamente alle circostanze aggravanti*

140 Si deve precisare preliminarmente che il giudice dell'Unione considera necessario distinguere, in occasione dell'esame del ruolo svolto da un'impresa in un'infrazione, la nozione di leader da quella di istigatore di un'infrazione, ed effettuare le due analisi separatamente per verificare se essa abbia svolto l'uno o l'altro ruolo. Infatti, mentre il ruolo di istigatore afferisce al momento della fondazione o dell'allargamento di un'intesa, il ruolo di leader afferisce al suo funzionamento (sentenza del Tribunale del 15 marzo 2006, BASF/Commissione, T-15/02, Racc. pag. II-497, punto 316).

*Sul ruolo di istigatore della SNV*

Argomenti delle parti

141 Le ricorrenti sostengono che, attribuendo alla SNV, congiuntamente alla KWS, il ruolo di istigatore dell'intesa, la Commissione ha commesso errori di diritto e di fatto che giustificano l'annullamento, in tutto o in parte, della maggiorazione del 50% dell'ammenda loro inflitta.

142 La Commissione ricorda che il giudice dell'Unione opera una distinzione tra i ruoli di istigatore e di leader dell'intesa e che il Tribunale, qualora dovesse ritenere che le prove non siano sufficienti quanto ad uno dei due ruoli, potrebbe comunque mantenere la maggiorazione del 50% dell'importo dell'ammenda (sentenza BASF/Commissione, cit. al punto 140 supra, punti 342-349). Per quel che riguarda l'attribuzione del ruolo di istigatore alla SNV, la Commissione afferma di essersi basata sul fatto, da un lato, che la SNV aveva proposto alla KWS di praticare uno sconto specifico ai grandi costruttori, svolgendo così un ruolo nell'attuazione dell'intesa e, dall'altro, che la SNV aveva tentato di convincere la ExxonMobil ad aderire all'intesa. Essa ha utilizzato tre elementi di prova concordanti, vale a dire un passaggio di una relazione interna della Wintershall del 1992, due elementi della risposta della KWS alla comunicazione degli addebiti e, infine, due note interne della ExxonMobil del 1993. La Commissione rammenta infine che il giudice dell'Unione non esige che essa disponga di elementi relativi all'elaborazione o all'ideazione dei dettagli dell'intesa per dimostrare il ruolo di leader di un'impresa (sentenze del Tribunale del 20 marzo 2002, HFB e a./Commissione, T-9/99, Racc. pag. II-1487, punto 578, e BASF/Commissione, cit. al punto 140 supra, punto 321).

– Sulla proposta alla KWS di sconti speciali per il W5

143 Le ricorrenti sostengono che la Commissione, per dimostrare che la SNV era all'origine dell'intesa, si è basata unicamente su una testimonianza di un dipendente della KWS, fornita nella risposta di quest'ultima alla comunicazione degli addebiti, da cui risulta che la SNV aveva proposto per la prima volta nel 1993 che i fornitori concedessero uno sconto speciale al W5. Tuttavia, a seguito della trasmissione di tale testimonianza alla SNV, in data 22 novembre 2006 il direttore delle vendite di bitume della stessa avrebbe reso una dichiarazione sotto giuramento che contraddice tale affermazione, sostenendo in particolare che il W5, che aveva già preteso sconti preferenziali allorché egli aveva assunto il suo incarico, nel 1992, era all'origine di tali sconti preferenziali.

144 La Commissione solleva preliminarmente una questione relativa alla ricevibilità di tale dichiarazione, che, a suo parere, non potrebbe costituire una prova valida. Le ricorrenti precisano che il direttore delle vendite di bitume della SNV non è stato sentito dalla Commissione dopo la presentazione della domanda della SNV diretta a beneficiare della comunicazione sulla cooperazione, in quanto la Commissione le aveva comunicato che tale audizione era necessaria solo nella misura in cui tale

persona fosse stata in grado di fornire informazioni complementari, il che non accadeva nella fattispecie. Pertanto, benché egli fosse rimasto a sua disposizione, la Commissione non avrebbe ritenuto utile sentirlo durante il procedimento amministrativo.

145 Le ricorrenti ritengono peraltro che la dichiarazione della KWS sia poco attendibile e ricordano che essa è stata contestata dal direttore delle vendite di bitume della SNV e non è suffragata da alcun altro elemento di prova. Esse affermano, inoltre, che la Commissione ha violato il loro diritto ad un processo equo e ad un'indagine imparziale omettendo di verificare l'attendibilità delle affermazioni della KWS, ha commesso un errore di fatto e di diritto ed è venuta meno all'obbligo di motivazione ad essa incombente considerando che detta dichiarazione della KWS permetteva di dimostrare che la SNV era stata l'istigatrice dell'intesa.

146 Secondo la Commissione, da un lato, non risulta dal suo fascicolo che la KWS sia stata l'unica ad assumere l'iniziativa dell'intesa e, dall'altro, le ricorrenti non hanno dimostrato che la SNV si sia sforzata di porre fine alla propria partecipazione a precedenti accordi anticoncorrenziali. Per contro, la Commissione considera che i due gruppi di imprese avevano un interesse economico al funzionamento dell'intesa, uno corrispondente alla parte dell'offerta, con i fornitori, e l'altro alla parte della domanda, con i costruttori. I fornitori avevano quindi un interesse nell'intesa, in quanto essa garantiva l'aumento e la stabilità dei prezzi e consentiva loro di prevenire l'ingresso di nuovi fornitori sul mercato, che avrebbero potuto proporre prezzi inferiori, individualmente, ai costruttori e ridurre così le loro quote di mercato.

147 Per dimostrare che la SNV aveva svolto un ruolo di istigatore, proponendo alla KWS di concedere uno sconto speciale al W5, la Commissione afferma di essersi basata, come le consente il giudice dell'Unione, su vari documenti contemporanei e successivi all'intesa, che corroboravano gli elementi contenuti nella risposta della KWS alla comunicazione degli addebiti (sentenza del Tribunale del 26 aprile 2007, Bolloré/Commissione, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02 e T-126/02, T-128/02 e T-129/02, T-132/02 e T-136/02, Racc. pag. II-947, punto 563). Essa avrebbe tenuto conto, da un lato, della relazione interna della Wintershall del 20 febbraio 1992, che menziona contatti tra la SNV e la KWS, in quanto la SNV era incaricata di formulare proposte di futura cooperazione tra i fornitori e il W5, dall'altro, di una nota interna dell'HBG del 28 marzo 1994, relativa alla comunicazione da parte della SNV dei prezzi e degli sconti concordati.

148 La circostanza che altri elementi consentissero di suffragare la testimonianza della KWS spiegherebbe inoltre il diverso trattamento riservato dalla Commissione alla ExxonMobil allorché quest'ultima è stata chiamata in causa da altre società.

– Sui tentativi di convincere la ExxonMobil ad aderire all'intesa

149 Le ricorrenti sostengono che la Commissione non poteva basarsi unicamente sulle due note interne della ExxonMobil per dimostrare che la SNV aveva tentato di convincerla ad aderire all'intesa e aveva quindi svolto un ruolo di istigatore.

150 Secondo la Commissione, le due note interne della ExxonMobil sono sufficienti per dimostrare che la SNV ha tentato di convincerla ad aderire all'intesa e ha quindi svolto un ruolo di istigatore. Essa ricorda anzitutto che, secondo la giurisprudenza, un'impresa che abbia suggerito ad un'altra l'opportunità di un comportamento collusivo o abbia tentato di convincerla ad adottarlo può essere qualificata come istigatore dell'intesa (sentenza BASF/Commissione, cit. al punto 140 supra, punto 321). La Commissione ritiene quindi che il fatto che un'impresa informi un proprio partner commerciale in merito ai prezzi che intende praticare ai suoi clienti costituisca un illecito. Essa precisa, inoltre, che non si trattava di un incidente isolato, in quanto il direttore delle vendite di bitume della SNV aveva contattato la ExxonMobil nel marzo 1993 e nel marzo 1994, e che la

circostanza che l'intesa non fosse stata ancora attuata, supponendo che sia dimostrata, non ha alcuna incidenza sulla qualificazione come istigatore. Infine, per quanto riguarda l'affermazione secondo cui altri fornitori avrebbero avuto contatti con ExxonMobil, essa non sarebbe sufficientemente dimostrata.

#### Giudizio del Tribunale

151 Dalla decisione impugnata risulta che la Commissione ha considerato che la SNV, in seno al gruppo dei fornitori, e la KWS, in seno al W5, assumevano una responsabilità particolare a motivo del loro rispettivo ruolo di istigatore dell'intesa (punto 342). Essa ha ritenuto che due elementi consentissero di affermare che la SNV aveva svolto un ruolo di istigatore nell'intesa: da un lato, la SNV avrebbe proposto alla KWS di concedere uno sconto specifico al W5, svolgendo così un ruolo nell'attuazione dell'intesa e, dall'altro, la SNV avrebbe tentato di convincere la ExxonMobil ad aderire al cartello. A tal fine, la Commissione si è basata su tre elementi di prova che essa ritiene concordanti: un passaggio di una relazione interna della Wintershall del 18 febbraio 1992, da cui emerge, da un lato, che la KWS le aveva fatto sapere che aveva contattato la SNV per chiederle di formulare proposte di cooperazione tra i fornitori e il W5 e, dall'altro, che la SNV le aveva quindi sottoposto un'offerta di sconto speciale per il W5 nel 1993, due elementi della risposta della KWS alla comunicazione degli addebiti, i quali confermano che tali iniziative della SNV erano state all'origine dell'intesa, e, infine, talune note interne della ExxonMobil relative al tentativo della SNV di istigarla ad aderire al cartello.

#### – Principi generali relativi al ruolo di istigatore

152 Qualora un'infrazione sia stata commessa da più imprese, ai fini della fissazione dell'importo delle ammende occorre determinare la gravità relativa della partecipazione di ciascuna di esse (sentenze della Corte del 16 dicembre 1975, Suiker Unie e a./Commissione, da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Racc. pag. 1663, punto 623, e Aalborg Portland e a./Commissione, cit. al punto 36 supra, punto 92), il che implica, in particolare, l'accertamento dei ruoli rispettivamente svolti nell'infrazione durante il periodo della loro partecipazione (sentenza della Corte dell'8 luglio 1999, Commissione/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Racc. pag. I-4125, punto 150, e sentenza del Tribunale del 17 dicembre 1991, Enichem Anic/Commissione, T-6/89, Racc. pag. II-1623, punto 264).

153 Ne risulta, in particolare, che il ruolo di istigatore o di leader svolto da una o più imprese nell'ambito di un'intesa deve essere preso in considerazione ai fini del calcolo dell'importo dell'ammenda, poiché sulle imprese che abbiano svolto un tale ruolo deve gravare, per questo motivo, una responsabilità particolare rispetto alle altre imprese (v., in tal senso, sentenze del Tribunale del 14 maggio 1998, Mayr Melnhof/Commissione, T-347/94, Racc. pag. II-1751, punto 291, e del 29 aprile 2004, Tokai Carbon e a./Commissione, T-236/01, T-239/01, da T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, Racc. pag. II-1181, detta «Tokai I», punto 301).

154 Conformemente ai detti principi, il punto 2 degli orientamenti per il calcolo delle ammende, intitolato «Circostanze aggravanti», stabilisce un elenco non esaustivo di circostanze che possono condurre ad una maggiorazione dell'importo di base dell'ammenda e che comprende, in particolare, l'«organizzazione dell'infrazione o [l']istigazione a commetterla» (sentenza BASF/Commissione, cit. al punto 140 supra, punti 280-282).

155 Si deve osservare che un'impresa, per essere qualificata come istigatore di un'intesa, deve avere indotto o incoraggiato altre imprese ad istituire l'intesa o ad aderirvi. Non basta, invece, che figuri semplicemente tra i membri fondatori dell'intesa. Tale qualificazione dovrà essere riservata all'impresa che abbia eventualmente preso l'iniziativa, per esempio suggerendo all'altra la possibilità di una collusione o tentando di convincerla a procedere in tal senso (sentenza BASF/Commissione, cit. al punto 140 supra, punto 321). Tuttavia, il giudice dell'Unione non esige che la Commissione sia in possesso degli elementi relativi all'elaborazione o all'ideazione dei dettagli dell'intesa. Infine, esso ha precisato che il ruolo di istigatore afferisce al momento della fondazione o dell'allargamento di

un'intesa (sentenza BASF/Commissione, cit. al punto 140 supra, punto 316), il che consente di ipotizzare che più imprese possano svolgere simultaneamente un ruolo di istigatore nell'ambito di una medesima intesa.

156 Peraltro, contrariamente a quanto affermato dalle ricorrenti, in linea di principio nulla osta a che la Commissione possa basarsi su un unico avvenimento al fine di dimostrare che un'impresa ha svolto un ruolo di istigatore in un'intesa, a condizione che tale unico elemento consenta di stabilire con certezza che detta impresa ha incitato o incoraggiato altre imprese ad istituire l'intesa o ad aderirvi. Infatti, in primo luogo, si deve ricordare che la Commissione non è vincolata dalla sua prassi decisionale anteriore e la legittimità delle sue decisioni in materia deve essere valutata unicamente sulla base delle norme al cui rispetto essa è tenuta, tra cui in particolare i regolamenti nn. 1/2003 e 773/2004 e gli orientamenti, quali interpretati dal giudice dell'Unione (v. punto 90 supra). In secondo luogo, si deve sottolineare che dal punto 350 della sentenza BASF/Commissione, citata al punto 140 supra, risulta solo che un'impresa non può cercare di minimizzare il suo ruolo di leader di un'infrazione imputandola ad un'altra impresa se quest'ultima ha assunto un'unica volta l'iniziativa di annunciare un aumento di prezzo stabilito in seno all'intesa, mentre è pacifico che essa stessa aveva annunciato tali aumenti in più occasioni.

157 In ogni caso, dalla decisione impugnata (punto 342) risulta che la Commissione non si è basata unicamente sulla risposta della KWS alla comunicazione degli addebiti per concludere che la SNV aveva svolto il ruolo di istigatore in tale intesa, ma ha anche utilizzato un passaggio di una relazione interna della Wintershall del 18 febbraio 1992 secondo cui la KWS le aveva fatto sapere di aver contattato la SNV per chiederle di formulare proposte di cooperazione tra i fornitori e il W5, e la SNV le aveva quindi sottoposto un'offerta di sconto speciale per il W5 nel 1993, nonché note interne della ExxonMobil relative al tentativo della SNV di istigarla ad aderire all'intesa.

158 Spetta al Tribunale valutare, alla luce dei principi rammentati supra, se la Commissione abbia prodotto elementi di prova sufficienti a dimostrare che la SNV aveva svolto un ruolo di istigatore nell'intesa.

– Ricevibilità della testimonianza fornita dalle ricorrenti

159 In via preliminare, il Tribunale deve pronunciarsi sulla ricevibilità della dichiarazione del direttore delle vendite di bitume della SNV, predisposta il 22 novembre 2006, secondo cui all'origine dell'intesa vi sarebbe solo il W5. La Commissione ha infatti dichiarato che, a seguito della domanda presentata dalla SNV il 10 ottobre 2003 al fine di beneficiare della comunicazione sulla cooperazione, che conteneva una dichiarazione del medesimo dipendente, essa intendeva sentire quest'ultimo, ma la SNV si era opposta a tale audizione, e che la dichiarazione del 2006 costituiva una violazione della procedura di audizione dei testimoni prevista dal regolamento di procedura e non poteva quindi costituire una prova valida (sentenza del Tribunale del 21 aprile 2004, M/Corte di giustizia, T-172/02, Racc. pag. II-1075, punto 94).

160 Tuttavia, si deve sottolineare che tale sentenza si limita a precisare che occorre distinguere tra una testimonianza raccolta dal Tribunale nell'ambito della procedura di audizione prevista dagli articoli 68-76 del regolamento di procedura ed una testimonianza raccolta in un altro contesto, che costituisce solo un'offerta di prova. Peraltro, il Tribunale resta assolutamente libero di determinare il valore da attribuire ai vari elementi di fatto e di prova sottopostigli o eventualmente da esso stesso raccolti (ordinanza della Corte del 29 ottobre 2004, Ripa di Meana/Parlamento, C-360/02 P, Racc. pag. I-10339, punto 28). Nessuna disposizione vieta ad un ricorrente di sottoporre al Tribunale un'offerta di prova che non aveva presentato durante il procedimento amministrativo. Nondimeno, il Tribunale deve tenere conto di tale circostanza nell'ambito della sua valutazione dell'efficacia probatoria di detta offerta di prova. Pertanto, la dichiarazione in questione deve essere considerata ricevibile.

161 Per quanto riguarda l'efficacia probatoria di tale testimonianza presentata dalle ricorrenti, si deve ricordare che, per l'attività della Corte e del Tribunale, vale il principio della libera valutazione delle prove, fatti salvi i summenzionati casi eccezionali previsti dal regolamento di procedura, e che soltanto l'attendibilità delle prove prodotte è decisiva per la valutazione delle stesse (conclusioni del giudice Vesterdorf facente funzioni di avvocato generale relative alla sentenza del Tribunale del 24 ottobre 1991, Rhône-Poulenc/Commissione, T-1/89, Racc. pag. II-867, a pag. II-869). A tal riguardo, per valutare l'efficacia probatoria di un documento si deve innanzi tutto prendere in considerazione la verosimiglianza dell'informazione in esso contenuta. Si devono pertanto considerare, in particolare, la provenienza del documento, le circostanze in cui esso è stato elaborato, il suo destinatario e chiedersi se, in base al suo contenuto, esso appaia ragionevole e affidabile (sentenza Cementi, cit. al punto 77 supra, punto 1838). Occorre inoltre ricordare che, sebbene nel procedimento amministrativo la Commissione non abbia la facoltà di imporre l'audizione di testimoni sotto giuramento, l'articolo 19, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003 le permette di raccogliere le dichiarazioni di qualsiasi persona che acconsenta ad essere sentita.

162 Nella specie, dai documenti del fascicolo risulta che, a seguito della domanda presentata dalla SNV il 10 ottobre 2003 diretta ad ottenere il beneficio della comunicazione sulla cooperazione, che conteneva una dichiarazione del suo direttore delle vendite di bitume, la Commissione ha chiesto alla SNV se tale persona fosse in grado di fornire informazioni complementari rispetto a quelle contenute in detta dichiarazione e la SNV ha risposto in senso negativo, pur affermando che la Commissione poteva comunque sentirla se lo riteneva necessario. Se pure è vero che la Commissione, pertanto, non ha chiesto di poter sentire tale persona, si deve sottolineare che, nella sua dichiarazione del 24 settembre 2003 resa nell'ambito della domanda della SNV diretta ad ottenere il beneficio della comunicazione sulla cooperazione, detto dipendente della SNV aveva dichiarato che il W5 voleva conoscere il prezzo lordo della SNV in quanto esso costituiva la base di calcolo per procedere ad aumenti di prezzo uniformi per l'intero mercato, e che egli era incaricato di contattare la KWS allorquando risultasse necessaria una riunione di concertazione sul bitume, mentre, nella sua dichiarazione del 2006, successiva all'adozione della decisione impugnata, egli ha negato di avere proposto l'attuazione di un sistema di sconto specifico al W5 e di essersi concertato con gli altri fornitori. Pertanto, si deve concludere che tali elementi riducono l'efficacia probatoria e, quindi, l'attendibilità della testimonianza presentata dalle ricorrenti.

– Sullo sconto specifico concesso al W5

163 Le ricorrenti sostengono anzitutto che non è coerente considerare che i fornitori potevano avere interesse all'attuazione di siffatta intesa, il che consentirebbe di dimostrare che solo i costruttori ne avevano avuto l'iniziativa. Esse precisano che solo questi ultimi avevano adottato misure di ritorsione nei confronti dei fornitori che non rispettavano i termini degli accordi.

164 Tuttavia, dalla decisione impugnata (punti 146-154) risulta che i due gruppi di imprese avevano un interesse economico al funzionamento dell'intesa e che ai fornitori, dal lato dell'offerta, conveniva garantire l'aumento dei loro prezzi di vendita (dato che gli stessi si collocavano, anche dopo la deduzione dello sconto al W5, ad un livello più elevato di quelli dei paesi vicini) e la loro stabilità, impedendo l'ingresso sul mercato di nuovi fornitori che avrebbero potuto proporre prezzi inferiori, individualmente, ai costruttori. Peraltro, l'argomento relativo alla mancanza di interesse dei fornitori a proporre uno sconto preferenziale al W5 può essere respinto, dato che, come la Commissione ha giustamente dichiarato nella decisione impugnata (punto 149), gli aumenti del prezzo lordo suggeriti dai fornitori venivano accettati dai grandi costruttori solo a condizione che fossero accompagnati da un aumento dello sconto al W5.

165 Le ricorrenti sostengono, inoltre, che la SNV non può essere considerata istigatrice dell'intesa nonostante abbia tentato di porvi fine nel 1993. Tuttavia, tale affermazione non è basata su elementi di prova sufficientemente convincenti. Infatti, la nota interna del 6 febbraio 1995 cui fanno

riferimento le ricorrenti menziona solo un tentativo della SNV di porre fine ad un'intesa, dal lato della vendita, nel 1993, che però non sembra essere andato a buon fine, ed indica inoltre che la SNV ed ExxonMobil avevano avuto l'iniziativa di tale intesa (e non della sua cessazione) dal lato dell'offerta.

- 166 Le ricorrenti sostengono, peraltro, che la Commissione si è basata unicamente sulla risposta della KWS alla comunicazione degli addebiti per concludere che la SNV aveva formulato proposte di sconto specifico al W5 e che la testimonianza del dipendente della KWS figurante in tale documento aveva solo un valore probatorio molto limitato, in quanto era stato fornito nell'ambito della risposta alla comunicazione degli addebiti, che descriveva la KWS come l'unico istigatore del cartello, e pertanto mirava solo ad attribuire il ruolo di istigatore ad un'altra società. A loro parere, si dovrebbe tenere conto anche del fatto che tale testimonianza è stata depositata dodici anni dopo i fatti controversi e che la risposta della KWS era, in generale, poco attendibile, poiché conteneva numerose inesattezze. Tuttavia, si deve rilevare che, contrariamente a quanto affermano le ricorrenti, la Commissione non si è basata su quest'unico documento per dimostrare che la SNV aveva formulato proposte di sconti specifici al W5. La lettura del punto 342 della decisione impugnata consente infatti di constatare che la Commissione ha ritenuto che la SNV avesse svolto il ruolo di istigatore dell'intesa tra i fornitori sulla base di cinque documenti, vale a dire la nota interna della Wintershall, la risposta della KWS alla comunicazione degli addebiti, la nota interna dell'HBG del 28 marzo 1994 (mediante rinvio al punto 175 della decisione impugnata) e i due documenti della ExxonMobil riguardanti i tentativi della SNV di convincerla ad aderire all'intesa.
- 167 Da alcuni di tali elementi di prova emerge che la SNV ha formulato proposte di sconto specifico per il W5. La Commissione, da una parte, ha tenuto conto di una relazione interna della Wintershall del 18 febbraio 1992, redatta a seguito di una visita della KWS, che menziona contatti tra la stessa e la SNV, la quale era incaricata, in quanto «marketleader», di formulare proposte di cooperazione tra i fornitori e il W5, il che corrisponde ad un monopolio di acquisto. Dall'altra, essa ha utilizzato la nota interna dell'HBG del 28 marzo 1994, da cui risulta che la SNV comunicava agli altri fornitori i prezzi del bitume e gli sconti concordati con il W5. Mentre il primo documento consente di confermare il passaggio della risposta della KWS alla comunicazione degli addebiti in cui essa affermava che la SNV aveva formulato proposte di sconto specifico al W5, il secondo consente invece solo di affermare che la SNV ha condotto trattative con il W5 e ne ha comunicato il risultato all'HBG. Pertanto, tali elementi di prova non permettono, di per sé soli, di dimostrare che la SNV sia stata all'origine dell'applicazione di uno sconto supplementare al W5. Infatti, permangono dubbi sulla questione se la SNV abbia assunto tale iniziativa spontaneamente oppure l'abbia fatto su richiesta della KWS, come sembra sottintendere la nota della Wintershall del 1992.
- 168 Le ricorrenti sottolineano, peraltro, che la Commissione ha interpretato erroneamente tale estratto della risposta della KWS alla comunicazione degli addebiti, il quale consente solo di constatare la mera circostanza che la SNV ha svolto il ruolo di portavoce dei fornitori, e che la Commissione ha quindi commesso un errore di diritto ed un errore di fatto e non ha motivato sufficientemente la decisione impugnata su questo punto. Tuttavia, si deve sottolineare che, in detto documento, la KWS afferma chiaramente che nel 1993 la SNV, tramite un suo dipendente, le ha comunicato una proposta di prezzo nonché, per la prima volta, una proposta di sconto speciale per il W5 a nome dei fornitori.
- 169 Le ricorrenti sostengono, infine, che la Commissione ha violato il loro diritto ad un processo equo e ad un'indagine imparziale, in quanto, a seguito della dichiarazione del loro dipendente del 12 giugno 2006 che metteva in discussione le affermazioni della KWS, essa avrebbe dovuto verificare l'attendibilità delle stesse, come ha fatto allorquando le dichiarazioni della Kuwait Petroleum e della Nynas relative alla partecipazione della ExxonMobil all'intesa sono state contestate da altre imprese durante l'audizione.
- 170 Occorre osservare preliminarmente che, tra le garanzie conferite dall'ordinamento giuridico dell'Unione nei procedimenti amministrativi, compare, in particolare, il principio di buona amministrazione, sancito dall'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali, al quale si collega

l'obbligo per l'istituzione competente di esaminare, con cura ed imparzialità, tutti gli elementi rilevanti della fattispecie (sentenza *Atlantic Container Line e a./Commissione*, cit. al punto 83 supra, punto 404).

- 171 Si deve rilevare tuttavia che né il regolamento n. 1/2003 né il regolamento n. 773/2004, né alcun altro testo normativo impongono alla Commissione di procedere a nuove audizioni o all'invio di nuove richieste di informazioni nel caso in cui le affermazioni di un'impresa vengano messe in discussione da un'altra durante il procedimento amministrativo. L'unico obbligo incombente alla Commissione è quello del rispetto dei diritti della difesa nello svolgimento del procedimento, rammentato dall'articolo 27, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003. Il giudice dell'Unione ha già ricordato che la Commissione disponeva di un margine discrezionale per decidere se fosse il caso di sentire persone la cui testimonianza poteva avere rilievo per l'istruzione della pratica (sentenza della Corte del 17 gennaio 1984, *VBVB e VBBB/Commissione*, 43/82 e 63/82, Racc. pag. 19, punto 18; sentenze del Tribunale del 28 febbraio 2002, *Compagnie générale maritime e a./Commissione*, T-86/95, Racc. pag. II-1011, punto 468, e *HFB e a./Commissione*, cit. al punto 142 supra, punto 383), in quanto la garanzia delle prerogative della difesa non richiede che la Commissione proceda all'audizione di testimoni indicati dagli interessati, qualora ritenga che la pratica sia stata adeguatamente istruita (sentenza della Corte del 16 maggio 1984, *Eisen und Metall/Commissione*, 9/83, Racc. pag. 2071, punto 32, e sentenza *HFB e a./Commissione*, cit. al punto 142 supra, punto 383). Analogamente, quando i testi normativi e le sue stesse comunicazioni le lasciano la possibilità di scegliere, tra i tipi di elementi o di approcci che possono teoricamente essere rilevanti, quelli più adatti alle circostanze di un determinato caso, la Commissione conserva una grande libertà di azione (sentenza del Tribunale del 14 dicembre 2005, *General Electric/Commissione*, T-210/01, Racc. pag. II-5575, punto 519).
- 172 La Commissione ha risposto a tale argomento delle ricorrenti ponendosi sul piano del principio della parità di trattamento, che è uno dei principi fondamentali del diritto dell'Unione ed impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvoché una differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata (sentenza della Corte del 21 febbraio 1990, *Wuidart e a.*, da C-267/88 a C-285/88, Racc. pag. I-435, punto 13). È vero che, senza invocare tale principio, le ricorrenti hanno fatto valere che la Commissione aveva concesso loro un trattamento diverso da quello riservato alla *Kuwait Petroleum* e alla *Nynas*, le cui dichiarazioni relative alla partecipazione della *ExxonMobil* all'intesa erano state messe in discussione durante l'audizione da altre imprese e che essa aveva ricontattato al riguardo. Come sottolinea giustamente la Commissione, la situazione di queste due imprese era diversa da quella della *SNV*. Infatti, la Commissione ha inviato alla *Kuwait Petroleum* e alla *Nynas* una richiesta di informazioni complementari a tale proposito dopo l'audizione e dette imprese non sono state in grado, durante l'audizione, di replicare alle affermazioni di varie altre imprese che mettevano in discussione la veridicità delle loro dichiarazioni relative alla *ExxonMobil*. Per contro, nel caso della *SNV*, la Commissione ha considerato che, poiché altri elementi relativi al ruolo della *SNV* nell'intesa suffragavano quelli figuranti nella risposta della *KWS* alla comunicazione degli addebiti, non era necessario adottare provvedimenti particolari dopo la ricezione della dichiarazione del dipendente della *SNV* in data 12 giugno 2006 che metteva in discussione le affermazioni della *KWS*. Pertanto, nella fattispecie la Commissione non ha violato il principio di parità di trattamento.
- 173 Infine, in subordine e in ogni caso, occorre rammentare che una violazione dei diritti della difesa può comportare l'annullamento della decisione impugnata solo se, in mancanza di tale violazione, esistesse una possibilità – anche esigua – per le ricorrenti di far giungere il procedimento amministrativo ad un risultato diverso (sentenze del Tribunale del 17 dicembre 1991, *Hercules Chemicals/Commissione*, T-7/89, Racc. pag. II-1711, punto 56, e *Cementi*, cit. al punto 77 supra, punto 383). Orbene, le ricorrenti non adducono alcun elemento in tal senso.
- 174 In conclusione, sebbene gli elementi di prova utilizzati dalla Commissione consentano di ritenere che la *SNV* abbia formulato proposte di sconto specifico al W5, essi tuttavia non sono sufficienti, di per sé soli, a dimostrare che detta impresa sia stata all'origine dell'applicazione di tale sconto o che vi abbia

proceduto su richiesta della KWS. Pertanto, per valutare il ruolo di istigatore della SNV nell'intesa, occorre esaminare gli elementi di prova concernenti i tentativi della SNV di convincere altre imprese ad aderire all'intesa.

– Sui tentativi di convincere la ExxonMobil ad aderire all'intesa

- 175 Il tentativo della SNV di incoraggiare la ExxonMobil ad aderire all'intesa costituisce il secondo elemento sul quale si è basata la Commissione per dichiarare che la SNV era stata all'origine dell'intesa. Per dimostrare tale circostanza, la Commissione ha utilizzato documenti interni della ExxonMobil relativi a due episodi.
- 176 Si deve preliminarmente sottolineare che uno di tali documenti, datato 11 aprile 2004, non è stato citato espressamente dalla Commissione né nella decisione impugnata, né nella comunicazione degli addebiti, ma faceva comunque parte del fascicolo amministrativo della Commissione, cui le ricorrenti hanno avuto accesso dopo la comunicazione degli addebiti, e può quindi essere preso in considerazione dal Tribunale nell'esercizio della sua competenza estesa al merito (sentenza della Corte del 16 novembre 2000, SCA Holding/Commissione, C-297/98 P, Racc. pag. I-10101, punto 55, e sentenza Tokai I, cit. al punto 153 supra, punto 165; per un'applicazione relativa al ruolo di istigatore, sentenza BASF/Commissione, cit. al punto 140 supra, punto 354).
- 177 La prima serie di documenti riguarda, da un lato, una riunione tenutasi il 22 marzo 1993 tra le due società, in cui il rappresentante della SNV ha menzionato incidentalmente l'aumento del prezzo del bitume previsto per il 1° aprile 1993 e, in questo caso, la ExxonMobil ha dichiarato di non aver replicato, e, dall'altro, una chiamata telefonica effettuata dal medesimo dipendente della SNV, lo stesso giorno, al domicilio del dipendente della ExxonMobil per ribadirgli la sua intenzione di aumentare i prezzi dal 1° aprile 1993, al fine di «far saltare il sistema di prezzi del CROW», e al quale detto dipendente ha risposto chiedendo di smettere di trasmettergli informazioni connesse a pratiche anticoncorrenziali.
- 178 Sebbene questi due elementi consentano di affermare che un dipendente della SNV ha fatto riferimento a pratiche anticoncorrenziali relative ad un aumento concordato del prezzo del bitume nel 1993, si deve tuttavia sottolineare che sussistono dubbi sulla questione se essi riguardino l'intesa in discussione nella decisione impugnata. Sembra infatti che le proposte formulate dalla SNV fossero dirette a rompere il meccanismo di fissazione dei prezzi del CROW, mentre, secondo la decisione impugnata, i membri del W5 avevano un forte interesse al mantenimento di tale meccanismo (punto 26 della decisione impugnata). Si deve inoltre ricordare che la Commissione ha infine dichiarato nella decisione impugnata che la ExxonMobil non aveva partecipato all'intesa di cui trattasi.
- 179 La seconda serie di documenti riguarda il 1994. Una nota del 28 marzo 1994 menziona una chiamata telefonica di un dipendente della SNV che si presentava come incaricato delle questioni relative al bitume e proponeva alla ExxonMobil di organizzare una riunione per trattare, in particolare, la «strategia clienti comuni». Un'altra nota dell'11 aprile 2004 fa riferimento ad una riunione dell'8 aprile 1994 con il medesimo dipendente «nel contesto di una riunione Nabit» (Nabit corrisponde al nome dell'organizzazione professionale delle imprese di bitume nei Paesi Bassi), durante la quale la ExxonMobil gli ha chiesto di rinunciare ad affrontare taluni argomenti «vietati sia dalle politiche di Esso che da quelle di Shell». Ne consegue che tali documenti, il cui contenuto è piuttosto vago, non consentono di stabilire se la SNV facesse riferimento all'intesa di cui trattasi.
- 180 Sebbene non sia coerente interpretare tali documenti nel senso che si collocano nel contesto di scambi bilaterali consueti e leciti fra due società, come suggerirebbero le ricorrenti, tuttavia è giocoforza constatare che questi documenti sono relativamente vaghi e non riguardano necessariamente l'intesa

di cui trattasi. La stessa Commissione ha peraltro scelto di non citare i due documenti del 1994 nella decisione impugnata, mentre aveva menzionato tale episodio sopravvenuto nel 1994 nella comunicazione degli addebiti (punto 204).

181 Ne consegue che gli elementi di prova forniti dalla Commissione non consentono di concludere con certezza che la SNV abbia svolto un ruolo di istigatore, in particolare nei confronti della ExxonMobil, nell'ambito dell'intesa in causa.

– Conclusione relativa al ruolo di istigatore

182 Occorre pertanto necessariamente concludere che la valutazione della Commissione contenuta nella decisione impugnata, secondo cui la SNV ha svolto un ruolo di istigatore nell'infrazione di cui trattasi, non è sufficientemente dimostrata.

183 Dal momento che la Commissione non ha dedotto dinanzi al Tribunale, al fine di provare il ruolo di istigatore della SNV nell'infrazione in esame, alcun elemento ulteriore rispetto alle circostanze descritte al punto 342 della decisione impugnata, l'esame del Tribunale si concentrerà sul presunto ruolo di leader svolto dalla SNV in questa stessa infrazione.

*Sul ruolo di leader della SNV*

Argomenti delle parti

184 Le ricorrenti affermano che, attribuendo alla SNV il ruolo di leader dell'intesa, la Commissione ha commesso errori di diritto e di fatto che giustificano l'annullamento, in tutto o in parte, dell'aumento del 50% dell'importo dell'ammenda loro inflitta. Secondo la giurisprudenza, per dimostrare che un'impresa ha svolto il ruolo di leader, la Commissione deve provare che essa ha compiuto atti concreti che davano maggiore impulso all'attuazione dell'accordo collusivo, distinguendosi così chiaramente dagli altri partecipanti all'accordo (sentenza BASF/Commissione, cit. al punto 140 supra, punto 348), cosa che la Commissione non sarebbe stata in grado di fare in relazione alla SNV.

185 Nella specie, la Commissione si è basata sugli elementi relativi a cinque comportamenti della SNV per concludere che essa era un leader dell'intesa: il ruolo da essa svolto nei primi anni dell'intesa, nel 1994 e nel 1995, nelle trattative con i membri del W5 a nome dei fornitori; a partire dal 1996, allorché sono iniziate le riunioni di concertazione sul bitume, il fatto che essa assumesse l'iniziativa di annunciare alla KWS, in modo bilaterale, gli aumenti di prezzo progettati e, in seguito, il fatto che esse valutassero insieme l'opportunità di organizzare riunioni tra i fornitori e i grandi costruttori; il suo ruolo preponderante nelle riunioni preparatorie tra i fornitori; il suo ruolo di primo piano in quanto portavoce dei fornitori nelle riunioni di concertazione con i grandi costruttori e, infine, la sua funzione di controllo sul rispetto degli accordi.

– Sul ruolo svolto dalla SNV nel 1994 e nel 1995 nelle trattative con la KWS a nome dei fornitori

186 Le ricorrenti sostengono, anzitutto, che la Commissione ha commesso errori di fatto e di diritto considerando che la SNV aveva svolto il ruolo di leader dell'intesa sulla base delle due note interne dell'HGB del 28 marzo e 8 luglio 1994. Esse ritengono infatti che queste due note possano fare riferimento solo a contatti puramente bilaterali tra la SNV e la KWS. Inoltre, le due note in questione non consentirebbero di concludere per l'esistenza di accordi conclusi tra i grandi costruttori e i fornitori tramite la SNV e la KWS, in quanto proverebbero solo la circostanza che era stato proposto un prezzo specifico all'HGB; esse non sarebbero state redatte da un testimone diretto delle trattative, bensì dal direttore responsabile per le gare d'appalto dell'HGB, non sarebbero suffragate da altri elementi e sarebbero state successivamente contraddette dalla dichiarazione sotto giuramento resa dal

direttore delle vendite di bitume della SNV il 22 novembre 2006. La Commissione avrebbe quindi dovuto dimostrare l'esistenza di un accordo orizzontale sui prezzi tra i fornitori con cui fossero state approvate le condizioni stabilite bilateralmente dalla SNV e dalla KWS. Infine, tale teoria dell'esistenza di trattative tra i grandi costruttori e i fornitori, rappresentati rispettivamente dalla KWS e dalla SNV nel 1994 e nel 1995, non apparirebbe nella comunicazione degli addebiti.

187 La Commissione afferma, per contro, che queste due note interne dell'HBG fanno riferimento univocamente all'esistenza di un accordo tra i fornitori e il W5 e dimostrano che la SNV era incaricata di rappresentare i fornitori, menzionando in particolare il fatto che questi ultimi intendevano discostarsi dall'accordo concluso con i grandi costruttori aumentando i loro prezzi. Essa precisa inoltre che l'autore di dette note era il dipendente dell'HBG incaricato degli acquisti di bitume, il quale lavorava in stretta collaborazione con il dipendente che partecipava alle riunioni di concertazione sul bitume, e che, in ogni caso, il giudice dell'Unione considera irrilevante, quanto al valore probatorio di un documento, la circostanza che esso sia stato redatto al momento dei fatti da una persona che non era presente ad una riunione (sentenza del Tribunale del 10 marzo 1992, Shell/Commissione, T-11/89, Racc. pag. II-757, punto 86). Tali prove documentali contemporanee non potrebbero essere rimesse in discussione da una dichiarazione successiva di un dipendente della SNV. La Commissione sostiene inoltre che, contrariamente a quanto affermano le ricorrenti, l'accertamento di un ruolo di leader non dipende dal fatto che il comportamento del leader vincola automaticamente gli altri partecipanti all'intesa, bensì dall'esistenza di un ruolo sufficientemente attivo dell'impresa nell'intesa. Infine, la teoria dell'esistenza di siffatte trattative tra la SNV e la KWS, a nome del loro rispettivo gruppo, sarebbe esposta a più riprese nella comunicazione degli addebiti e le ricorrenti vi avrebbero peraltro risposto il 20 maggio 2005.

– Sul fatto che, a partire dal 1996, la SNV valutava previamente insieme alla KWS l'opportunità di organizzare una riunione tra i fornitori e il W5

188 Le ricorrenti sostengono che la Commissione ha commesso errori di fatto ritenendo che i contatti bilaterali tra la SNV e la KWS, intercorsi a partire dal 1996, costituissero un indizio del ruolo di leader che la SNV avrebbe svolto nell'intesa. Infatti, tali riunioni si sarebbero tenute in un contesto di instabilità del prezzo del petrolio e del tasso di cambio del dollaro, in cui il W5 voleva rinegoziare il prezzo del bitume con i suoi fornitori a intervalli regolari e ottenere l'assicurazione di una certa stabilità dei prezzi, evitando riduzioni consistenti e vigilando affinché gli aumenti venissero effettuati in maniera collettiva, il che consentiva di applicare il sistema di prezzi realizzato dal governo olandese per gli appalti pubblici, che era inteso a porre le fluttuazioni dei prezzi a carico del committente. Esse affermano quindi che si trattava di normali contatti tra fornitore e cliente e che le riunioni relative al bitume si tenevano unicamente su iniziativa della KWS. Così, i contatti tra i dipendenti della SNV e il segretariato della KWS avrebbero avuto luogo solo quando la KWS convocava dette riunioni. Infine, esse sottolineano che le dichiarazioni della Kuwait Petroleum, sulle quali si è basata la Commissione per affermare che tali contatti bilaterali dimostravano il suo ruolo di leader dell'intesa, sarebbero basate su semplici voci. Quanto alla dichiarazione del dipendente della SNV, ne risulterebbe solo che egli aveva contattato la KWS in occasione delle fluttuazioni dei prezzi delle materie prime che compongono i prodotti a base di bitume.

189 La Commissione sostiene che l'intesa aveva carattere bilaterale e che le ricorrenti omettono di precisare che anche i fornitori avevano un interesse all'aumento del prezzo del bitume. Essa si sarebbe basata su varie dichiarazioni di imprese, tra cui quella della SNV allegata alla sua domanda diretta ad ottenere il beneficio della comunicazione sulla cooperazione, per affermare che la Shell e la KWS valutavano previamente tra loro l'opportunità di una riunione tra fornitori e grandi costruttori. Essa precisa inoltre che la dichiarazione della Kuwait Petroleum proviene da una persona che partecipava regolarmente alle riunioni multilaterali di concertazione sul bitume.

– Sul ruolo preponderante della SNV nelle riunioni preparatorie tra fornitori

190 Le ricorrenti sostengono che la Commissione non disponeva di alcun elemento di prova per affermare che la SNV aveva svolto un ruolo preponderante nelle riunioni preparatorie tra fornitori. Esse considerano che vari fornitori erano coinvolti nell'organizzazione, nella logistica e nella direzione di dette riunioni. La dichiarazione resa dalla BP a tale riguardo sarebbe solo un mero suggerimento non corroborato da ulteriori elementi. Per contro, altre dichiarazioni della BP e della Kuwait Petroleum indicherebbero che non un unico fornitore, bensì vari fornitori dirigevano e organizzavano tali riunioni. In ogni caso, conformemente alla giurisprudenza, la sola dichiarazione della BP, di cui esse contestano l'esattezza, non potrebbe costituire una prova sufficiente (sentenze del Tribunale del 14 maggio 1998, Enso-Gutzeit/Commissione, T-337/94, Racc. pag. II-1571, punto 91, e dell'8 luglio 2004, JFE Engineering/Commissione, T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, Racc. pag. II-2501, punto 219). Per quanto riguarda il documento interno dell'HBG del 23 aprile 2001, le ricorrenti sostengono che esso non ha alcuna efficacia probatoria e che, in ogni caso, non poteva essere preso in considerazione nella decisione impugnata senza violare i loro diritti della difesa, dato che era stato solo allegato alla comunicazione degli addebiti, senza esservi menzionato (sentenza Shell/Commissione, cit. al punto 187 supra, punti 55 e 56). Infine, nulla consentirebbe di ritenere che la SNV trasmettesse resoconti delle consultazioni relative al bitume ai fornitori che non vi partecipavano e tale argomento non figurerebbe peraltro nella decisione impugnata.

191 La Commissione fa presente di essersi basata sulla dichiarazione contenuta nella domanda della BP diretta a beneficiare della comunicazione sulla cooperazione e su una nota interna dell'HBG dell'aprile 2001 per dimostrare che la SNV apriva le riunioni preparatorie e vi dirigeva le discussioni. Essa non avrebbe invece mai affermato che la SNV avesse svolto un ruolo particolare nella convocazione di tali riunioni preparatorie o nella loro organizzazione concreta, né avrebbe rimesso in discussione il fatto che le conclusioni cui giungevano i partecipanti a dette riunioni non erano imposte dalla SNV, bensì costituivano il risultato di un compromesso tra loro. Infine, essa ritiene che il Tribunale, nell'esercizio della sua competenza estesa al merito, possa tenere conto di elementi di prova nuovi, esaminati durante il procedimento giurisdizionale (v. sentenza Tokai I, cit. al punto 153 supra, punto 165 e la giurisprudenza ivi citata). In ogni caso, la Commissione considera che la SNV poteva dedurre dalla comunicazione degli addebiti che essa avrebbe potuto utilizzare la nota interna dell'HBG allegata alla stessa come prova atta a confermare il suo ruolo di leader.

– Sul ruolo di portavoce dei fornitori della SNV nelle riunioni di concertazione sul bitume

192 Le ricorrenti considerano che la SNV non svolgeva un ruolo di leader nelle riunioni di concertazione, che erano dominate dai grandi costruttori, e in particolare dalla KWS. Esse sottolineano inoltre che la dichiarazione del dipendente della Kuwait Petroleum secondo cui la SNV era l'avversaria della KWS durante tali riunioni è solo una testimonianza indiretta, come la Commissione ha riconosciuto nella decisione impugnata (punto 78), che presenta quindi un'efficacia probatoria limitata e non consente di concludere che la SNV assumeva la direzione delle riunioni a nome dei fornitori. La SNV, in realtà, sarebbe solo stata interrogata dai membri del W5 per spiegare le variazioni di prezzo delle materie prime che compongono il bitume stradale ed il suo ruolo sarebbe stato solo quello di portavoce dei fornitori, diverso dal ruolo volontario di un leader. Orbene, il giudice dell'Unione considererebbe che tale comportamento non sia sufficiente per qualificare la società interessata come leader dell'intesa (sentenza BASF/Commissione, cit. al punto 140 supra, punto 427). Infine, le ricorrenti affermano che la Commissione ha riconosciuto che nessun fornitore di bitume in particolare svolgeva il ruolo di leader quando si trattava di comunicare i risultati delle consultazioni ad altre società, ma che varie società hanno svolto tale funzione.

193 La Commissione ricorda che il giudice dell'Unione ha già considerato che un'intesa poteva avere due capofila (sentenza del Tribunale del 27 settembre 2006, Archer Daniels Midland/Commissione, T-59/02, Racc. pag. II-3627, punti 299-301). Nella fattispecie, dalle dichiarazioni di un dipendente

della SNV del 24 settembre 2003 e di un dipendente della Kuwait Petroleum risulterebbe che la SNV rappresentava i fornitori assenti, che generalmente essa apriva le riunioni a nome di tutti i fornitori e che essa svolgeva il ruolo di avversaria della KWS. La dichiarazione del dipendente della Kuwait Petroleum sarebbe dotata di un'efficacia probatoria certa, dato che egli aveva collaborato direttamente con il dipendente che partecipava a tutte le suddette riunioni e risulta che in alcuni casi vi avesse assistito personalmente. Essa precisa inoltre che la circostanza che i fornitori avessero un piano predefinito tra loro prima di ogni riunione non ha alcuna incidenza sulla qualificazione come leader, dato che il giudice dell'Unione non esige, affinché possa dichiararsi l'esistenza di un leader, che quest'ultimo imponga il suo comportamento agli altri (sentenza BASF/Commissione, cit. al punto 140 supra, punto 374). Peraltro, per quanto concerne l'informazione a posteriori dei fornitori che non partecipavano direttamente alle riunioni, la Commissione ritiene che tale elemento non sia decisivo ai fini della qualificazione come leader nell'ambito di un'intesa bilaterale. Infine, essa ricorda di avere considerato che la SNV aveva svolto un ruolo di leader in tutte le fasi dell'intesa sulla base di vari elementi, e non su quella del semplice fatto che la SNV apriva le riunioni ed agiva come portavoce dei fornitori.

– Sul controllo dell'attuazione dell'intesa

- <sup>194</sup> La Commissione afferma di avere menzionato, nella decisione impugnata, il fatto che la SNV agiva come leader anche nelle attività di controllo dell'attuazione dell'intesa, basandosi in particolare sul documento interno dell'HBG del 23 aprile 2001 (punto 347 della decisione impugnata), nonché su una nota interna della KWS (punto 352 della decisione impugnata).

Giudizio del Tribunale

- <sup>195</sup> Dalla decisione impugnata risulta che la Commissione ha considerato che sulla SNV, in seno al gruppo dei fornitori, e sulla KWS, in seno al W5, gravasse una responsabilità particolare in ragione del loro rispettivo ruolo di «capofila» dell'intesa per l'intera durata della stessa (punti 343-349 della decisione impugnata).

– Principi generali relativi al ruolo di leader

- <sup>196</sup> Secondo una giurisprudenza ben consolidata, qualora un'infrazione sia stata commessa da più imprese, si devono accertare, nell'ambito della determinazione dell'importo delle ammende, i rispettivi ruoli nell'infrazione nel corso della durata della loro partecipazione alla medesima (sentenze Commissione/Anic Partecipazioni, cit. al punto 152 supra, punto 150, ed Enichem Anic/Commissione, cit. al punto 152 supra, punto 264). Ne deriva, in particolare, che il ruolo di «capofila» (leader) assunto da una o più imprese nell'ambito di un'intesa dev'essere valutato ai fini del calcolo dell'importo dell'ammenda, in quanto sulle imprese che hanno assunto tale ruolo grava per ciò stesso una responsabilità particolare rispetto alle altre imprese (sentenza della Corte del 16 novembre 2000, Finnboard/Commissione, C-298/98 P, Racc. pag. I-10157, punto 45).
- <sup>197</sup> Conformemente ai detti principi, il punto 2 degli orientamenti per il calcolo delle ammende, intitolato «Circostanze aggravanti», stabilisce un elenco non esaustivo di circostanze che possono condurre ad una maggiorazione dell'importo di base dell'ammenda e che comprende, in particolare, «l'organizzazione dell'infrazione o [l']istigazione a commetterla» (sentenza BASF/Commissione, cit. al punto 140 supra, punti 280-282).
- <sup>198</sup> Per essere qualificata leader di un'intesa, un'impresa deve aver rappresentato una forza motrice significativa per l'intesa o aver avuto una responsabilità particolare e concreta nel funzionamento di quest'ultima. Tale circostanza deve essere valutata globalmente rispetto al contesto di specie (sentenze del Tribunale BASF/Commissione, cit. al punto 140 supra, punti 299, 300, 373 e 374, e del 18 giugno 2008, Hoechst/Commissione, T-410/03, Racc. pag. II-881, punto 423). In particolare, essa può essere

inferita dal fatto che l'impresa, con iniziative mirate, ha dato spontaneamente un impulso fondamentale all'intesa (sentenze BASF/Commissione, cit. al punto 140 supra, punti 348, 370–375 e 427, e Hoechst/Commissione, cit., punto 426). Essa può essere inferita pure da una serie di indizi che rivelano l'impegno dell'impresa ad assicurare la stabilità e la riuscita dell'intesa (sentenza BASF/Commissione, cit. al punto 140 supra, punto 351).

- 199 Lo stesso può dirsi quando l'impresa abbia partecipato alle riunioni dell'intesa a nome di un'altra impresa che non vi ha preso parte e le abbia comunicato i risultati di dette riunioni (sentenza BASF/Commissione, cit. al punto 140 supra, punto 439). Altrettanto vale, inoltre, quando è dimostrato che detta impresa ha svolto un ruolo centrale nel funzionamento concreto dell'intesa, per esempio organizzando numerose riunioni, raccogliendo e smistando le informazioni in seno all'intesa, o formulando più frequentemente delle altre proposte relative al suo funzionamento (v., in tal senso, sentenza della Corte dell'8 novembre 1983, IAZ International Belgium e a./Commissione, da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Racc. pag. 3369, punti 57 e 58, e sentenza BASF/Commissione, cit. al punto 140 supra, punti 404, 439 e 461).
- 200 Inoltre, il fatto di verificare attivamente il rispetto degli accordi conclusi in seno all'intesa costituisce un indizio determinante del ruolo di leader svolto da un'impresa (sentenza HFB e a./Commissione, cit. al punto 142 supra, punto 577).
- 201 Per contro, il fatto che un'impresa eserciti pressioni o addirittura detti il comportamento che gli altri membri dell'intesa devono tenere non è una condizione necessaria perché detta impresa possa essere qualificata leader dell'intesa (sentenza BASF/Commissione, cit. al punto 140 supra, punto 374). Neppure la posizione di un'impresa sul mercato o le risorse di cui essa dispone possono costituire indizi di un ruolo di leader dell'intesa, anche laddove appartengano al contesto valutativo della fattispecie (v., in tal senso, sentenze del Tribunale del 9 luglio 2003, Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Commissione, T-224/00, Racc. pag. II-2597, punto 241, e BASF/Commissione, cit. al punto 140 supra, punto 299).
- 202 Si deve infine ricordare che il Tribunale ha già dichiarato che la Commissione poteva considerare che più imprese avevano svolto un ruolo di leader in un'intesa (sentenza Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Commissione, cit. al punto 201 supra, punto 239).
- 203 Spetta quindi al Tribunale valutare, sulla base dei principi sopra ricordati, se la Commissione abbia prodotto elementi di prova sufficienti per dimostrare che la SNV aveva svolto un ruolo di leader nell'intesa.
- 204 Occorre rammentare che la Commissione si è basata su cinque comportamenti della SNV per affermare che essa era stata un leader dell'intesa, vale a dire:
- in primo luogo, il ruolo da essa svolto nel 1994 e nel 1995 nelle trattative con la KWS a nome dei fornitori;
  - in secondo luogo, il fatto che, a partire dal 1996, essa valutava previamente insieme alla KWS l'opportunità di organizzare una riunione tra i fornitori e il W5;
  - in terzo luogo, il suo ruolo preponderante nelle riunioni preparatorie tra i fornitori;
  - in quarto luogo, il suo ruolo prevalente in quanto portavoce dei fornitori nelle riunioni con il W5;
  - in quinto luogo, la sua funzione di controllo sull'attuazione dell'intesa.

205 Per accertare l'esistenza di questi cinque comportamenti, la Commissione si è basata su documenti contemporanei ai fatti sequestrati durante le ispezioni e su dichiarazioni delle ricorrenti e di altri membri dell'intesa (punti 343-349 della decisione impugnata).

– Sul ruolo svolto dalla SNV nel 1994 e 1995 nelle trattative con la KWS a nome dei fornitori

206 La Commissione si è basata sulle due note interne dell'HBG del 28 marzo e 8 luglio 1994 per dimostrare che nei primi due anni dell'intesa gli accordi erano stati conclusi mediante contatti bilaterali tra la SNV e la KWS. Queste due note menzionano accordi del marzo 1994 conclusi tra la KWS, a nome del W5, e la SNV, a nome delle società petrolifere, relativi al prezzo del bitume, che doveva restare invariato fino al 1° gennaio 1995. Contrariamente a quanto affermano le ricorrenti, non si possono interpretare tali documenti nel senso che si limitano a menzionare contatti puramente bilaterali tra la SNV e la KWS. Infatti, la prima nota contiene un riferimento all'«accordo che le società petrolifere hanno concluso con il [W5]» e la seconda fa parimenti riferimento ad un accordo concluso a marzo «con il [W5] (sig. H./KWS) e le società petrolifere (sig. E./SNV)». Analogamente, questa seconda nota non può indicare che i fornitori proponevano prezzi specifici all'HBG, ma dimostra solo che nel luglio 1994 le società petrolifere si erano assunte il rischio di discostarsi dagli accordi conclusi con il W5 nel marzo dello stesso anno aumentando i loro prezzi. Infine, i documenti allegati dalle ricorrenti alla replica, intesi a dimostrare che nel 1987 e nel 1988 la KWS aveva chiesto alla società Smid e Hollander di allinearsi ai prezzi e agli sconti concordati tra la KWS e la SNV, non hanno alcuna efficacia probatoria, in quanto riguardano un periodo di molto anteriore a quello dell'infrazione.

207 Le ricorrenti contestano, inoltre, l'efficacia probatoria di queste due note affermando che esse sono state redatte dal direttore responsabile per le gare d'appalto dell'HBG, il quale, non avendo mai partecipato ad una trattativa sul bitume, era solo un testimone indiretto dei fatti riportati. Il giudice dell'Unione ritiene tuttavia che la circostanza che talune informazioni vengano riferite di seconda mano non abbia alcuna influenza sul loro valore probatorio (sentenza Shell/Commissione, cit. al punto 187 supra, punto 86) e che, secondo i principi generali in materia di prova, si deve ritenere di essenziale importanza che i documenti siano stati elaborati in diretto collegamento con le riunioni e, chiaramente, senza alcuna idea ch'essi potessero venire a conoscenza di terzi (conclusioni del giudice Vesterdorf facente funzioni di avvocato generale relative alla sentenza Rhône-Poulenc/Commissione, cit. al punto 161 supra). Nella specie, detto dipendente era incaricato dell'acquisto di bitume per l'HBG e lavorava in stretta collaborazione con il dipendente che partecipava direttamente alle concertazioni con il W5, e successivamente alle riunioni dell'intesa. Pertanto, si deve ritenere che le note redatte dal direttore responsabile per le gare d'appalto dell'HBG al momento dei fatti siano dotate di un'efficacia probatoria significativa. Ne consegue che la Commissione poteva legittimamente basarsi su tali note senza dover produrre ulteriori elementi per suffragarne il contenuto, il cui valore probatorio non può essere rimesso in discussione dalla sola dichiarazione del direttore delle vendite di bitume della SNV del 22 novembre 2006. Infatti, occorre rammentare che tale dichiarazione è stata resa successivamente all'adozione della decisione impugnata e che, nel momento in cui è stata effettuata, il suo autore era un dipendente delle ricorrenti.

208 Le ricorrenti sostengono peraltro che la Commissione non ha esposto nella comunicazione degli addebiti la sua tesi relativa all'esistenza di trattative tra la KWS e la SNV a nome del loro rispettivo gruppo. Tuttavia, tale argomento è viziato in fatto. Invero, dai punti 111, 139 e 201 della comunicazione degli addebiti risulta che la Commissione aveva già informato le imprese di tale analisi.

209 Da quanto precede risulta che la Commissione ha potuto considerare a giusto titolo che nel 1994 e nel 1995 gli accordi erano stati conclusi mediante contatti bilaterali tra la SNV e la KWS.

- 210 Sebbene la SNV abbia quindi svolto un ruolo particolare nel funzionamento dell'intesa per questi primi due anni, tuttavia, per accertarne il ruolo di leader, si devono esaminare gli altri elementi utilizzati dalla Commissione che riguardano l'intero periodo dell'infrazione.
- Sul fatto che, a partire dal 1996, la SNV valutava previamente insieme alla KWS l'opportunità di organizzare una riunione tra i fornitori e il W5
- 211 La Commissione si è basata su quattro documenti al fine di dimostrare che, a partire dal 1996, allorché sono iniziate le riunioni di concertazione multilaterali sul bitume, la SNV assumeva l'iniziativa di annunciare alla KWS in maniera bilaterale gli aumenti di prezzo progettati, dopo di che esse valutavano insieme l'opportunità di organizzare una riunione tra i fornitori e i grandi costruttori (punti 344 e 345 della decisione impugnata).
- 212 Si tratta, in primo luogo, della risposta delle ricorrenti alla comunicazione degli addebiti del 20 maggio 2005, in cui esse hanno riconosciuto che la SNV era stata spesso la prima a contattare la KWS per sollecitare un aumento dei prezzi, in ragione della sua posizione di principale fornitore di bitume sul mercato olandese. Tuttavia, si deve rilevare che tale documento consente solo di constatare che la SNV contattava la KWS per sollecitare un aumento di prezzo, ma non fornisce alcuna indicazione quanto al suo ruolo nella decisione di convocare le riunioni dell'intesa.
- 213 Analogamente, per quanto concerne, in secondo luogo, la dichiarazione del dipendente della SNV del 24 settembre 2003, allegata alla domanda delle ricorrenti del 10 ottobre 2003, volta a beneficiare della comunicazione sulla cooperazione, essa indica che «alcune società di costruzione stradale hanno chiesto al direttore delle vendite di bitume [di SNV] di segnalare a KWS le modifiche dei prezzi delle materie prime a monte, il che, in un certo numero di casi, ha indotto KWS ad invitare le società interessate ad una riunione». Detta dichiarazione non consente tuttavia di dimostrare che la SNV e la KWS valutavano insieme l'opportunità di organizzare una riunione dell'intesa.
- 214 Per quanto concerne, in terzo luogo, la dichiarazione della Kuwait Petroleum del 1° ottobre 2003, secondo cui, «generalmente, [un dipendente della SNV] e [un dipendente della KWS] stabilivano in una riunione preparatoria tra loro se una riunione sul bitume fosse sufficientemente giustificata», va rilevato che, poiché la Kuwait Petroleum poteva avere interesse a minimizzare il proprio ruolo nel funzionamento dell'intesa, tale dichiarazione può essere presa in considerazione per avvalorare la tesi del ruolo di leader della SNV solo a condizione che sia corroborata da altri documenti.
- 215 Infine, in quarto luogo, nemmeno la nota del 1° ottobre 2002 sequestrata durante le ispezioni presso la KWS e relativa alle attività del segretariato di direzione, secondo cui «talvolta avevano luogo riunioni, in tale composizione, con i fornitori di bitume» e «[la SNV] ne assumeva l'iniziativa», consente di concludere che la SNV e la KWS valutavano insieme l'opportunità di organizzare una riunione dell'intesa.
- 216 Le ricorrenti sostengono che erano i grandi costruttori a trasformare tali riunioni bilaterali in trattative collettive e che la KWS svolgeva un ruolo preponderante nella decisione di organizzarle. Così, esse affermano che i contatti tra i dipendenti della SNV e il segretariato della KWS avevano luogo solo allorché la KWS decideva di convocare tale consultazione. È vero che, ad eccezione della dichiarazione della Kuwait Petroleum menzionata al punto 214 supra, gli elementi di prova utilizzati dalla Commissione consentono solo di constatare che la SNV contattava per prima la KWS al fine di sollecitare aumenti di prezzo, ma non precisano se la KWS adottasse la decisione di organizzare le riunioni dell'intesa da sola o insieme alla SNV. Pertanto, malgrado il carattere bilaterale dell'intesa (v. punto 164 supra) e il fatto che anche i fornitori avevano interesse ad un aumento del prezzo del bitume, si deve rilevare che gli elementi di prova utilizzati dalla Commissione non sono sufficienti di per sé soli a dimostrare che la SNV era all'origine della convocazione delle riunioni dell'intesa.

217 Pertanto, per valutare il ruolo di leader della SNV nell'intesa, occorre esaminare gli altri elementi di prova utilizzati dalla Commissione.

– Sul ruolo preponderante della SNV nelle riunioni preparatorie tra fornitori

218 La Commissione ha dichiarato nella decisione impugnata che la SNV avviava e dirigeva le discussioni durante le riunioni preparatorie tra fornitori, invocando al riguardo due elementi di prova. Come sottolinea la Commissione, essa non ha tuttavia mai affermato che la SNV avesse svolto un ruolo particolare nella convocazione e nell'organizzazione di tali riunioni, né che vi imponesse le proprie conclusioni.

219 La decisione impugnata si basa sulle dichiarazioni della BP del 12 luglio 2002, secondo cui la SNV apriva la riunione e dirigeva le discussioni, nonché sul documento interno dell'HBG del 23 aprile 2001, che indica la SNV quale «leader». Le ricorrenti qualificano la dichiarazione della BP come una mera ipotesi, che non sarebbe suffragata da nessun altro elemento e non potrebbe costituire una prova sufficiente del ruolo di leader. Peraltro, esse affermano che, dal momento che la Commissione non ha menzionato il documento dell'HBG nella comunicazione degli addebiti e l'ha semplicemente allegato alla stessa, esso non potrebbe essere considerato un elemento di prova valido senza violare i loro diritti della difesa.

220 In primo luogo, per quanto concerne il documento dell'HBG del 23 aprile 2001, si deve ricordare che il Tribunale è competente a valutare, nell'esercizio della competenza estesa al merito riconosciutagli dall'articolo 261 TFUE e dall'articolo 31 del regolamento n. 1/2003, l'adeguatezza dell'importo delle ammende, basandosi in particolare su elementi supplementari di informazione non menzionati nella comunicazione degli addebiti o nella decisione della Commissione (sentenza SCA Holding/Commissione, cit. al punto 176 supra, punto 55; sentenza Tokai I, cit. al punto 153 supra, punto 165, e, per un'applicazione relativa al ruolo di leader, sentenza BASF/Commissione, cit. al punto 140 supra, punto 354).

221 Tale documento è costituito da uno scambio di e-mail interne all'HBG, nel cui ambito una persona che partecipava regolarmente alle riunioni di concertazione sul bitume, in risposta ad un collega che le aveva segnalato una questione relativa alla fissazione degli sconti per il bitume nel nord del paese, gli suggeriva di sollevare il problema nella prossima riunione dell'intesa e affermava che sarebbe stato opportuno fissare un incontro a tale riguardo con il sig. E., dipendente della SNV, definito come «leader».

222 Orbene, in primo luogo, risulta dagli atti che la stessa HBG, grande costruttore e autore del documento in questione, ha affermato nella sua risposta del 23 settembre 2003 a una richiesta di informazioni della Commissione che la definizione del dipendente della SNV come «leader» si riferiva solo alla posizione di numero uno della SNV sul mercato. In secondo luogo, sebbene tale documento possa costituire un elemento di prova relativo al ruolo della SNV nel controllo sull'attuazione dell'intesa, esso tuttavia non appare pertinente per valutarne il ruolo nelle riunioni preparatorie tra fornitori.

223 In secondo luogo, occorre procedere all'esame dell'altro elemento di prova indicato dalla Commissione al fine di accertare il ruolo della SNV in dette riunioni preparatorie tra fornitori.

224 Dalla dichiarazione della BP del 12 luglio 2002 risulta che, in risposta alla richiesta di indicare chi formulasse le proposte di prezzo e dirigesse le riunioni preparatorie tra fornitori, il dipendente della BP che aveva partecipato a tali riunioni aveva menzionato in più occasioni il sig. E., dipendente della SNV. Per quanto riguarda una dichiarazione di un altro fornitore che avrebbe potuto avere interesse a minimizzare il proprio ruolo nel funzionamento dell'intesa, si deve osservare che tale elemento può essere preso in considerazione per avvalorare la tesi del ruolo di leader della SNV solo qualora sia suffragato da altri documenti. Orbene, benché dalla decisione impugnata emerga che la Commissione

si è basata su altri elementi di prova per imputare alla SNV il ruolo di leader dell'intesa (punto 204 supra), tuttavia da quanto precede risulta che essa non ha fornito altri elementi probatori atti a dimostrare il ruolo particolare assunto dalla SNV nelle riunioni preparatorie dell'intesa.

225 Pertanto, per valutare il ruolo di leader della SNV nell'intesa, occorre esaminare gli altri documenti di prova utilizzati dalla Commissione.

– Sul ruolo di portavoce dei fornitori svolto dalla SNV durante le riunioni di concertazione sul bitume

226 Occorre segnalare preliminarmente che la Commissione ha confermato nel controricorso di non avere utilizzato la circostanza che la SNV aveva l'abitudine, al pari di altre imprese, di informare i fornitori assenti dalle riunioni come indizio del suo ruolo di leader.

227 Per contro, la Commissione ha considerato, basandosi sulle dichiarazioni della Kuwait Petroleum del 1° e del 9 ottobre 2003, che la SNV «faceva le presentazioni per i fornitori e svolgeva il ruolo di avversario [della KWS]» e assumeva «quindi il ruolo di capofila in seno al gruppo dei fornitori» (punto 347 della decisione impugnata).

228 Tuttavia, occorre rammentare che le dichiarazioni di un altro fornitore che avrebbe potuto essere interessato a minimizzare il proprio ruolo nel funzionamento dell'intesa possono essere prese in considerazione per avvalorare la tesi del ruolo di leader della SNV solo se sono corroborate da altri documenti. Orbene, sebbene dalla decisione impugnata emerga che la Commissione si è basata su altri elementi di prova per imputare alla SNV il ruolo di leader dell'intesa (punto 204 supra), da quanto precede risulta tuttavia che essa non ha fornito altri elementi probatori atti a dimostrare il ruolo particolare svolto dalla SNV nelle riunioni di concertazione sul bitume.

229 Pertanto, per valutare il ruolo di leader della SNV nell'intesa, occorre esaminare gli altri elementi di prova utilizzati dalla Commissione.

– Sul controllo dell'attuazione dell'intesa

230 La Commissione ricorda di avere rilevato nella decisione impugnata (punti 347 e 352) che la SNV agiva come leader anche nelle attività di controllo dell'attuazione dell'intesa e che il giudice dell'Unione considera che il fatto di verificare attivamente il rispetto degli accordi conclusi in seno all'intesa costituisca un indizio decisivo del ruolo di leader assunto da un'impresa (sentenza HFB e a./Commissione, cit. al punto 142 supra, punto 577).

231 A tal fine essa si è basata, da un lato, sul documento interno dell'HBG del 23 aprile 2001 (punti 221 e 222 supra), relativo ad un problema di fissazione degli sconti per taluni fornitori, in cui si menziona l'utilità di rivolgersi alla SNV per risolvere tale problema, e, dall'altro, su una nota interna della KWS (punto 352 della decisione impugnata) secondo cui taluni fornitori non avevano rispettato gli sconti previsti e la SNV aveva reagito parlando di «punizione giustificata per i fornitori che superavano i limiti».

232 A tal riguardo si deve ricordare che detto documento interno dell'HBG può essere preso in considerazione dal Tribunale nell'esercizio della sua competenza estesa al merito (v. punto 220 supra).

233 Il Tribunale ritiene tuttavia che questi due documenti, pur consentendo di constatare che la SNV era un membro attivo dell'intesa, non siano sufficienti a dimostrare che essa abbia effettivamente verificato il rispetto degli accordi conclusi in seno all'intesa o che l'abbia fatto in modo particolarmente attivo.

– Conclusione relativa al ruolo di leader della SNV

- 234 Dal complesso delle suesposte considerazioni risulta che, sebbene la SNV abbia svolto un ruolo particolare nei primi due anni di funzionamento dell'intesa, tuttavia gli elementi di prova forniti dalla Commissione non permettono di concludere con certezza che la SNV abbia svolto un ruolo di leader a partire dal momento in cui l'intesa ha funzionato in modo multilaterale.
- 235 Pertanto, è giocoforza concludere, nelle specifiche circostanze del caso di specie, che la valutazione della Commissione figurante nella decisione impugnata, secondo cui la SNV ha svolto un ruolo di leader dell'infrazione di cui trattasi, non è sufficientemente dimostrata.
- 236 Poiché la Commissione non ha presentato al Tribunale elementi supplementari rispetto alle circostanze esposte ai punti 343-348 della decisione impugnata al fine di provare il ruolo di leader della SNV nell'infrazione di cui trattasi, si deve concludere che gli elementi del fascicolo non consentono di qualificare la SNV come leader.
- 237 Ne consegue che la maggiorazione dell'importo di base dell'ammenda inflitta alle ricorrenti deve essere annullata sia nella parte relativa al ruolo di istigatore (v. punto 182 supra), sia in quella relativa al ruolo di leader (v. punti 233 e 234 supra) della SNV. Le conseguenze da trarre per la determinazione dell'importo dell'ammenda saranno esaminate infra ai punti 277 e seguenti.

*Sulla recidiva*

Argomenti delle parti

- 238 Le ricorrenti sostengono che la Commissione ha commesso un errore di diritto e non ha sufficientemente motivato la sua decisione aumentando l'importo dell'ammenda del 50% per la recidiva, in ragione del fatto che l'impresa Shell, tramite la controllata Shell International Chemicals Co. Ltd (in prosieguo: la «SICC»), era stata destinataria delle decisioni Polipropilene e PVC II (punti 336-338 della decisione impugnata).
- 239 Esse rammentano che il giudice dell'Unione ha stabilito in materia di recidiva un criterio secondo cui le società coinvolte nelle diverse infrazioni devono appartenere alla medesima controllante che ha effettivamente esercitato un'influenza determinante sul comportamento illecito delle sue controllate (sentenza Michelin/Commissione, cit. al punto 38 supra, punto 290). Un aumento dell'importo per recidiva potrebbe quindi essere imposto solo nel caso in cui le varie infrazioni potessero essere imputate alla medesima società controllante. Orbene, nella fattispecie, le due frazioni anteriori sarebbero state imputate alla SICC, che è una controllata al 100% della SPCo, società holding diversa dalla SPNV, la quale detiene la SNV. Esse fanno valere che la Commissione aveva invece escluso l'imputazione di dette infrazioni alle società controllanti STT plc (divenuta STT) e KNPM. Pertanto, nel caso di specie non sarebbe soddisfatto il criterio stabilito dalla sentenza Michelin/Commissione, citata al punto 38 supra.
- 240 Inoltre, la decisione impugnata non fornirebbe alcuna spiegazione riguardo, da un lato, alla circostanza che le infrazioni oggetto delle decisioni Polipropilene e PVC II avrebbero potuto essere imputate alla STT (già STT plc) e, dall'altro, al fatto che quest'ultima aveva effettivamente esercitato un'influenza determinante sul comportamento illecito della SICC, controllata che aveva commesso le infrazioni oggetto delle decisioni sopra citate.

- 241 In subordine, esse ritengono che la maggiorazione del 50% per recidiva risulti sproporzionata se si considera che nessun dirigente di alto livello è stato coinvolto in tale intesa, che il dipendente della SNV che vi ha partecipato non aveva preso parte alle due intese precedenti e che l'importo dell'ammenda inflitta sarebbe molto superiore agli utili annui realizzati dalla SNV con le vendite di bitume nei Paesi Bassi.
- 242 All'udienza del 26 gennaio 2012, le ricorrenti hanno inoltre affermato che la Commissione aveva violato i loro diritti della difesa negando loro la possibilità di confutare la presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante della STT plc (divenuta STT) e della KNPM sulle loro controllate sanzionate per le due infrazioni precedenti.
- 243 La Commissione respinge gli argomenti delle ricorrenti. Essa ha inoltre precisato, all'udienza del 26 gennaio 2012, che il 13 luglio 2011 il Tribunale aveva confermato la sua decisione del 29 novembre 2006 in cui veniva imposta una maggiorazione per recidiva di un'ammenda inflitta alla SPNV e ad altre due società del gruppo Shell a motivo del fatto che l'impresa Shell era stata destinataria delle decisioni Polipropilene e PVC II (sentenza del Tribunale del 13 luglio 2011, Shell Petroleum e a./Commissione, T-38/07, Racc. pag. II-4383).

#### Giudizio del Tribunale

- 244 Ai punti 336-338 della decisione impugnata, la Commissione ha dichiarato che occorre infliggere alla Shell una maggiorazione del 50% dell'importo dell'ammenda per recidiva, in quanto essa era già stata destinataria delle decisioni Polipropilene e PVC II.
- 245 A tale proposito si deve ricordare che nell'analisi della gravità dell'infrazione commessa si deve tenere conto di un'eventuale recidiva (sentenza Aalborg Portland e a./Commissione, cit. al punto 36 supra, punto 91). Infatti, in una prospettiva di dissuasione, la recidiva costituisce una circostanza che giustifica un notevole aumento dell'importo di base dell'ammenda, poiché costituisce la prova che la sanzione precedentemente imposta non è stata abbastanza dissuasiva (sentenza Michelin/Commissione, cit. al punto 38 supra, punto 293).
- 246 Conformemente ai detti principi, il punto 2 degli orientamenti per il calcolo delle ammende, intitolato «Circostanze aggravanti», stabilisce un elenco non esaustivo di circostanze che possono condurre ad una maggiorazione dell'importo di base dell'ammenda, tra le quali figura la «recidiva della/delle medesima/e impresa/e per un'infrazione del medesimo tipo».
- 247 La nozione di recidiva deve essere interpretata nel senso che riguarda il caso in cui un'impresa, dopo essere stata sanzionata per un'infrazione, ne commetta un'altra analoga (sentenza Michelin/Commissione, cit. al punto 38 supra, punto 284).
- 248 Secondo la giurisprudenza, dal momento che il diritto della concorrenza dell'Unione ammette che varie società appartenenti a uno stesso gruppo costituiscono un'entità economica e quindi un'impresa ai sensi degli articoli 81 CE e 82 CE se le società interessate non determinano in modo autonomo il loro comportamento sul mercato, con la conseguenza che la Commissione può infliggere un'ammenda alla società controllante per le pratiche di società del gruppo, la stessa Commissione può legittimamente ritenere di essere in presenza di una situazione di recidiva qualora una delle società controllate commetta un'infrazione dello stesso tipo di quella per la quale essa era stata precedentemente sanzionata un'altra controllata (sentenza Michelin/Commissione, cit. al punto 38 supra, punto 290).
- 249 Le ricorrenti sostengono, in primo luogo, che i presupposti stabiliti dalla giurisprudenza risultante dalla sentenza Michelin/Commissione, citata al punto 38 supra, non possono sussistere nel caso di specie, in quanto la società controllante, cui erano state imputate le infrazioni oggetto delle decisioni Polipropilene e PVC II, non sarebbe la medesima coinvolta nell'infrazione commessa dalla SNV. Esse

segnalano infatti che, nei due casi precedenti, la responsabilità dell'infrazione è stata imputata alla SICC, interamente controllata dalla STT plc e dalla KPNM, mentre l'infrazione in esame non potrebbe essere imputata né alla STT (già STT plc) né alla KNPM, che non esiste più.

- 250 Va rilevato che la SICC, destinataria delle decisioni Polipropilene e PVC II, e la SNV, destinataria della decisione impugnata, sono controllate detenute indirettamente al 100% dalle medesime società controllanti, vale a dire dalla STT (già STT plc) e dalla KNPM.
- 251 Come il Tribunale ha ricordato ai punti 36 e 37 supra, il diritto della concorrenza dell'Unione riguarda le attività delle imprese e la nozione di impresa ai sensi dell'articolo 81 CE e degli orientamenti per il calcolo della ammende dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce a un'unità economica, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche (sentenza Akzo Nobel e a./Commissione, cit. al punto 37 supra, punto 55). Il comportamento anticoncorrenziale di un'impresa può essere imputato ad un'altra allorché essa non decide in modo autonomo quale debba essere il suo comportamento sul mercato, ma applica in sostanza le direttive impartite da quest'ultima, alla luce, in particolare, dei vincoli economici e giuridici che intercorrono tra loro (sentenza Akzo Nobel e a./Commissione, cit. al punto 37 supra, punto 58).
- 252 Peraltro, il giudice dell'Unione considera che, dal momento che la Commissione ha la facoltà, ma non l'obbligo, di imputare la responsabilità dell'infrazione ad una società controllante (v., in tal senso, sentenze della Corte del 24 settembre 2009, Erste Group Bank e a./Commissione, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, Racc. pag. I-8681, punto 82, e sentenza del Tribunale del 14 dicembre 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e a./Commissione, da T-259/02 a T-264/02 e T-271/02, Racc. pag. II-5169, punto 331), il semplice fatto che la Commissione non abbia effettuato tale imputazione in una decisione anteriore non implica che essa sia obbligata a procedere alla stessa valutazione in una successiva decisione (sentenze del Tribunale PVC II, cit. al punto 52 supra, punto 990; del 17 maggio 2011, Elf Aquitaine/Commissione, T-299/08, Racc. pag. II-2149, punto 60, e Arkema France/Commissione, T-343/08, Racc. pag. II-2287, punto 100).
- 253 Pertanto, nella fattispecie, la circostanza che nelle cause sopraccitate la Commissione avesse scelto di imputare l'infrazione alla SICC, controllata al 100% della SPCo, a sua volta detenuta integralmente dalla STT plc (divenuta STT) e dalla KNPM, anziché a queste ultime, non influisce in alcun modo sulla possibilità di applicare la giurisprudenza in materia di recidiva.
- 254 Si deve inoltre ricordare che dai punti 35-52 supra risulta che, nella specie, la Commissione ha giustamente imputato l'infrazione alla STT (già STT plc).
- 255 Per quanto attiene all'argomento relativo alla scomparsa della KNPM, il Tribunale ricorda che occorre evitare che le imprese possano sottrarsi alle sanzioni per il semplice fatto che la loro identità è stata modificata a seguito di ristrutturazioni, cessioni o altri mutamenti giuridici od organizzativi, se non si vuole compromettere l'obiettivo di reprimere comportamenti contrari alle regole della concorrenza e di prevenirne la ripetizione mediante sanzioni dissuasive (sentenze della Corte del 15 luglio 1970, ACF Chemiefarma/Commissione, 41/69, Racc. pag. 661, punto 173; del 29 giugno 2006, Showa Denko/Commissione, C-289/04 P, Racc. pag. I-5859, punto 61; del 7 giugno 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Commissione, C-76/06 P, Racc. pag. I-4405, punto 22, e ETI e a., cit. al punto 44 supra, punto 41). Pertanto, tale scomparsa non può avere alcun effetto sulla possibilità di applicare la recidiva all'impresa che ha continuato ad esistere.
- 256 In base a quanto precede, si deve concludere che le ricorrenti hanno ritenuto erroneamente che non sussistessero i presupposti stabiliti dalla giurisprudenza risultante dalla sentenza Michelin/Commissione, citata al punto 38 supra. Pertanto, la Commissione non è incorsa in un errore di diritto considerando le ricorrenti come recidive.

- 257 Le ricorrenti sostengono in secondo luogo, in subordine, che spettava alla Commissione, in adempimento del suo obbligo di motivazione, fornire nella decisione impugnata gli elementi che consentissero di stabilire che le infrazioni costituenti oggetto delle decisioni Polipropilene e PVC II potevano essere imputate alla STT (già STT plc) e che quest'ultima aveva effettivamente esercitato un'influenza determinante sul comportamento illecito della SICC, controllata che aveva commesso le infrazioni oggetto di dette decisioni.
- 258 A tal riguardo, secondo una costante giurisprudenza la motivazione prescritta dall'articolo 253 CE deve far apparire in forma chiara ed inequivocabile l'iter logico seguito dall'istituzione da cui esso promana, in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato e da permettere al giudice competente di esercitare il proprio controllo, e che la necessità della motivazione deve essere valutata in funzione delle circostanze del caso, in particolare del contenuto dell'atto, della natura dei motivi esposti e dell'interesse che i destinatari dell'atto o altre persone che esso riguarda direttamente e individualmente possano avere a ricevere spiegazioni. Non è richiesto che la motivazione specifichi tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti, dal momento che la questione se la motivazione di un atto soddisfi i requisiti di cui all'articolo 253 CE va esaminata alla luce non solo del suo tenore, ma anche del suo contesto nonché del complesso delle norme giuridiche che disciplinano la materia di cui trattasi (v. la giurisprudenza citata ai punti 108-111 supra).
- 259 Occorre inoltre rammentare che l'obbligo di motivazione con riguardo al calcolo di un'ammenda inflitta per violazione delle regole di concorrenza riveste un'importanza del tutto particolare (sentenza Chalkor/Commissione, cit. al punto 109 supra, punto 61). Pertanto, quando la Commissione intenda invocare la nozione di «impresa», ai sensi dell'articolo 81 CE, ai fini dell'applicazione della circostanza aggravante della recidiva, essa deve addurre elementi precisi e circostanziati a sostegno della sua asserzione.
- 260 Nella specie, la Commissione aveva indicato nella comunicazione degli addebiti che avrebbe considerato quale circostanza aggravante il fatto che alle medesime imprese erano state precedentemente addebitate infrazioni analoghe (punto 336 della decisione impugnata). Nella loro risposta alla comunicazione degli addebiti, le ricorrenti si erano limitate a sostenere che le entità giuridiche destinatarie delle precedenti decisioni della Commissione non presentavano alcun nesso con l'attività relativa al bitume stradale esercitata nei Pesì Bassi.
- 261 Nella decisione impugnata, la Commissione ha considerato che l'impresa Shell, tramite la controllata SICC, era già stata destinataria delle precedenti decisioni di divieto Polipropilene e PVC II (punti 336-338 della decisione impugnata). Essa ha inoltre espressamente affermato che occorreva esaminare se la medesima impresa avesse commesso tali diverse infrazioni, che le entità giuridiche facenti parte dell'impresa, i prodotti e il personale non dovevano necessariamente essere gli stessi per tutte le suddette decisioni e che, nella fattispecie, essa aveva dimostrato, nel capitolo dedicato alla responsabilità, che le entità giuridiche della Shell che avevano partecipato all'infrazione in causa erano parte integrante della medesima impresa che aveva partecipato alle infrazioni precedenti (punto 337 della decisione impugnata).
- 262 Infatti, al punto 213 della decisione impugnata la Commissione ha sottolineato in particolare che la decisione PVC II e la sentenza PVC II, citata al punto 52 supra, (punto 312), relativa a detta decisione avevano chiaramente stabilito che la SICC faceva parte dell'impresa unica Shell che aveva commesso l'infrazione, anche se, all'epoca, la Commissione aveva scelto di non indirizzare la decisione alle società controllanti del gruppo. Essa ha inoltre precisato che nel caso Polipropilene la sanzione comminata alla SICC si applicava all'intero gruppo Shell (punto 196 della decisione impugnata). Ha precisato altresì che nella fattispecie, diversamente che nei due casi precedenti, non era stata in grado di individuare un'entità giuridica unica che avesse svolto per l'intera durata dell'infrazione un ruolo di coordinamento e di pianificazione strategica in seno al gruppo ad un livello inferiore a quello delle due società controllanti. Si deve inoltre sottolineare che nella decisione PVC II (punti 44 e 46), la Commissione aveva precisato che «[n]el caso di grandi gruppi industriali [era] normale che

destinataria di qualsivoglia decisione [fosse] la finanziaria del gruppo o “centrale”, anche se l’impresa stessa consiste[va] dell’unità formata dalla società madre e da tutte le consociate», ma che, tenuto conto della particolare struttura bicefala della Shell e del fatto che non esisteva un’unica centrale cui potesse essere indirizzata la decisione, essa aveva scelto di indirizzare la propria decisione alla SICC.

- 263 Per quanto riguarda la censura sollevata dalle ricorrenti secondo cui la Commissione non avrebbe fornito elementi che consentano di dimostrare che la STT (già STT plc) aveva effettivamente esercitato un’influenza determinante sul comportamento illecito della SICC, controllata che aveva commesso le infrazioni oggetto delle decisioni Polipropilene e PVC II, occorre rammentare, conformemente ai principi esposti ai punti 36-52 supra, che la Commissione non era tenuta ad indicare siffatti elementi, dato che, quando sono state commesse le infrazioni, la SICC era detenuta al 100% congiuntamente dalla STT plc (divenuta STT) e dalla KNPM e tale circostanza non è mai stata contestata dalle ricorrenti.
- 264 Da tutto quanto precede risulta che la motivazione esposta dalla Commissione è sufficientemente circostanziata e precisa, conformemente a quanto prescritto dalla giurisprudenza, in quanto ha consentito alle ricorrenti di conoscere le giustificazioni del provvedimento adottato ed è sufficiente affinché il Tribunale eserciti il proprio controllo. Le ricorrenti erano quindi in grado di comprendere inequivocabilmente il ragionamento sul quale si è basata la Commissione per dichiarare che la medesima impresa aveva commesso le tre infrazioni in questione.
- 265 Le ricorrenti sostengono, in terzo luogo, che la percentuale di aumento dell’importo di base dell’ammenda per recidiva del 50% risulta sproporzionata se si considera che nessun dirigente di alto livello della Shell è stato coinvolto nell’infrazione, che il dipendente della SNV coinvolto non aveva invece partecipato alle due infrazioni precedenti e che gli utili realizzati dalla SNV con le vendite erano trascurabili rispetto all’importo dell’ammenda.
- 266 Va rilevato in via preliminare che dall’argomento delle ricorrenti non risulta chiaramente se, con tale censura, esse lamentino una violazione del principio di proporzionalità da parte della Commissione oppure chiedano al Tribunale di valutare, nell’esercizio della sua competenza estesa al merito, la proporzionalità della percentuale di aumento dell’importo di base dell’ammenda per recidiva applicata dalla Commissione nella decisione impugnata.
- 267 In ogni caso, il giudice dell’Unione ha già ricordato che, ai fini della determinazione dell’importo dell’ammenda, la Commissione doveva assicurare il carattere dissuasivo della propria azione (sentenza del Tribunale del 7 ottobre 1999, Irish Sugar/Commissione, T-228/97, Racc. pag. II-2969, punto 245) e che la recidiva costituiva una circostanza che giustificava un aumento notevole dell’importo di base dell’ammenda, poiché infatti provava che la sanzione precedentemente imposta non era stata abbastanza dissuasiva (sentenza Michelin/Commissione, cit. al punto 38 supra, punto 293). Analogamente, il fatto che alla ricorrente sia stata inflitta un’ammenda non proporzionata alla sua importanza sul mercato in questione discende non già da un’interpretazione manifestamente erranea della nozione della recidiva, bensì dal complesso delle considerazioni di cui la Commissione può legittimamente tener conto per determinare l’importo dell’ammenda, dal momento che la gravità delle infrazioni va accertata in funzione di un gran numero di elementi quali, segnatamente, le circostanze proprie al caso di specie, il suo contesto e l’effetto dissuasivo delle ammende, e ciò senza che sia stato redatto un elenco vincolante o esauriente di criteri da tenere obbligatoriamente in considerazione (sentenza del Tribunale del 25 ottobre 2005, Groupe Danone/Commissione, T-38/02, Racc. pag. II-4407, punti 368 e 369).
- 268 Peraltro, va rilevato che, nel fissare una percentuale di maggiorazione a titolo di recidiva, la Commissione può prendere in considerazione gli indizi diretti a confermare la propensione dell’impresa interessata a discostarsi dalle norme sulla concorrenza, ivi incluso il tempo trascorso tra le infrazioni in questione (sentenza del Tribunale del 6 maggio 2009, Outokumpu e Luvata/Commissione, T-122/04, Racc. pag. II-1135, punto 62). Nella specie si deve rilevare, anzitutto,

che alla data della decisione impugnata l'infrazione di cui trattasi era la terza dello stesso tipo per la quale l'impresa Shell era stata destinataria di una decisione della Commissione. In particolare, va rilevato che le infrazioni oggetto delle decisioni Polipropilene e PVC II riguardavano, come quella all'origine del presente procedimento, la fissazione di obiettivi di prezzo o la ripartizione di quote di mercato. Peraltro, il Tribunale ha già considerato che una maggiorazione del 50% era giustificata quando era trascorso un periodo inferiore a dieci anni tra le diverse infrazioni, come nel caso di specie, in cui l'intesa è iniziata nel 1994 (sentenza *Groupe Danone/Commissione*, cit. al punto 267 supra, punti 354 e 355). Infine, si deve sottolineare che con decisione del 29 novembre 2006 la Commissione ha dichiarato che la Shell aveva violato l'articolo 81 CE partecipando con altre imprese, dal 20 maggio 1996 al 31 maggio 1999, ad un accordo consistente nel concordare obiettivi di prezzo, nella ripartizione dei clienti mediante accordi di non aggressione e nello scambio di informazioni riservate concernenti prezzi, concorrenti e clienti nei settori della gomma e della gomma stirene e butadiene del tipo emulsione [decisione C(2006) 5700 def. della Commissione, del 29 novembre 2006, relativa a un procedimento ai sensi dell'articolo 81 [CE] e dell'articolo 53 dell'Accordo SEE (Caso COMP/F/38.638 – Gomma butadiene e gomma stirene e butadiene del tipo emulsione)].

- 269 Così stando le cose, nessuno degli elementi invocati dalle ricorrenti consente di ritenere che sia sproporzionato l'aumento del 50% dell'importo di base dell'ammenda al fine di orientare il loro comportamento verso il rispetto delle regole sulla concorrenza. Pertanto, occorre respingere tale censura, dato che, da un lato, procedendo in tal modo, la Commissione non ha violato il principio di proporzionalità e, dall'altro, gli argomenti sollevati dalle ricorrenti non giustificano una valutazione da parte del Tribunale diversa da quella della Commissione.
- 270 In quarto e ultimo luogo, le ricorrenti hanno sostenuto per la prima volta all'udienza del 26 gennaio 2012 che la Commissione ne aveva violato i diritti della difesa negando loro la possibilità di confutare la presunzione relativa all'esercizio effettivo di un'influenza determinate della STT plc (divenuta STT) e della KNPM sulle loro controllate sanzionate per le due infrazioni precedenti.
- 271 Occorre ricordare come dal combinato disposto degli articoli 44, paragrafo 1, lettera c), e 48, paragrafo 2, del regolamento di procedura risulti che l'atto introduttivo del ricorso deve contenere, in particolare, un'esposizione sommaria dei motivi invocati, e che la produzione di motivi nuovi in corso di causa è vietata, a meno che tali motivi non si basino su elementi di diritto e di fatto emersi durante il procedimento. Tuttavia, deve essere considerato ricevibile un motivo che costituisca un'estensione di un motivo precedentemente dedotto, direttamente o implicitamente, nell'atto introduttivo del giudizio e che presenti una connessione stretta con quest'ultimo (ordinanza della Corte del 13 novembre 2001, *Dürbeck/Commissione*, C-430/00 P, Racc. pag. I-8547, punto 17).
- 272 Peraltro, nell'esercizio della sua competenza estesa al merito, il giudice può accogliere nuovi motivi o argomenti solo alla duplice condizione che essi siano rilevanti ai fini della sua funzione e non siano fondati su un motivo di illegittimità diverso da quello dedotto nel ricorso (v., in tal senso, sentenza della Corte del 14 ottobre 1999, *Atlanta e a./Comunità europea*, C-104/97 P, Racc. pag. I-6983, punti 27-29).
- 273 Nella specie, è pacifico che le ricorrenti non hanno sollevato durante la fase scritta alcun motivo concernente la violazione dei loro diritti della difesa costituita dalla mancanza di possibilità di confutare la presunzione relativa all'esercizio effettivo di un'influenza determinante della STT plc (divenuta STT) e della KNPM sulle loro controllate sanzionate per le due infrazioni precedenti. Le ricorrenti non hanno peraltro fornito alcun indizio secondo cui tale motivo sarebbe basato su elementi di diritto e di fatto emersi durante il procedimento. Infine, contrariamente a quanto sostenuto dalle ricorrenti all'udienza del 26 gennaio 2012, siffatto motivo deve essere considerato un'estensione del motivo concernente la violazione dell'obbligo di motivazione sollevato nel ricorso.
- 274 Pertanto, da quanto precede risulta che tale motivo deve essere respinto in quanto irricevibile.

- 275 In ogni caso, si deve sottolineare come dagli atti risulti che, nella fattispecie, le ricorrenti hanno avuto modo, durante il procedimento amministrativo, di produrre elementi volti a dimostrare che l'impresa sanzionata per le prime due infrazioni non era la stessa implicata nell'infrazione in esame, dato che la Commissione aveva affermato nella comunicazione degli addebiti (punti 93 e 283) che l'impresa Shell era stata già dichiarata in passato responsabile di infrazioni all'articolo 81 CE, menzionando le decisioni Polipropilene e PVC II, nonché la sentenza Shell/Commissione, citata al punto 187 supra.
- 276 Da tutto quanto precede risulta, da un lato, che la Commissione poteva legittimamente aumentare l'importo di base dell'ammenda del 50% per la recidiva e, dall'altro, che il Tribunale ritiene che tale aumento sia adeguato.

#### *Conclusioni relative alle circostanze aggravanti*

- 277 Dai punti 140-237 supra risulta che la Commissione non ha dimostrato sufficientemente che la SNV aveva svolto un ruolo di istigatore e di leader nell'infrazione di cui trattasi. Il Tribunale ritiene che tale constatazione giustifichi l'esercizio della sua competenza estesa al merito con riguardo alla valutazione del ruolo svolto dalla SNV nell'infrazione di cui trattasi. A tal riguardo occorre rammentare che la Commissione ha applicato alle ricorrenti un'unica maggiorazione del 50% dell'importo di base dell'ammenda a titolo della circostanza aggravante di cui al punto 2, terzo trattino, degli orientamenti per il calcolo delle ammende.
- 278 Il Tribunale ritiene che occorra annullare detta maggiorazione imposta alle ricorrenti.
- 279 Il Tribunale conclude, conseguentemente a tale riforma, che l'importo dell'ammenda inflitta alle ricorrenti all'articolo 2, lettera l), della decisione impugnata è ridotta ad EUR 81 milioni.

#### **Sulle spese**

- 280 Ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. In forza dell'articolo 87, paragrafo 3, primo comma, del regolamento di procedura, se le parti soccombono rispettivamente su uno o più capi, il Tribunale può ripartire le spese o decidere che ciascuna parte sopporti le proprie spese.
- 281 Nella specie, poiché le ricorrenti sono rimaste soccombenti in una parte significativa delle loro conclusioni, costituisce una giusta valutazione delle circostanze di causa la decisione secondo cui ciascuna parte supporterà le proprie spese.
- 282 Peraltro, occorre respingere la domanda presentata dalle ricorrenti nell'ambito delle loro conclusioni sulle spese, volte alla condanna della Commissione alle spese risultanti dal pagamento dell'ammenda o dalla costituzione di una garanzia bancaria. In base ad una giurisprudenza costante, infatti, dette spese non rientrano tra le spese del giudizio (v., in tal senso, sentenza Cementi, cit. al punto 77 supra, punto 5133 e la giurisprudenza ivi citata).

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Sesta Sezione)

dichiara e statuisce:

- 1) **L'articolo 2, lettera l), della decisione C(2006) 4090 def. della Commissione, del 13 settembre 2006, relativa ad un procedimento ai sensi dell'articolo 81 [CE] [Caso COMP/F/38.456 – Bitume (Paesi Bassi)], è annullato nella parte in cui fissa ad EUR 108 milioni l'importo dell'ammenda inflitta alla Shell Petroleum NV, a The Shell Transport and Trading Company Ltd e alla Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV.**
- 2) **L'importo dell'ammenda inflitta alla Shell Petroleum, a The Shell Transport and Trading Company e alla Shell Nederland Verkoopmaatschappij da detto articolo 2, lettera l), è ridotto ad EUR 81 milioni.**
- 3) **Il ricorso è respinto quanto al resto.**
- 4) **Ciascuna parte sopporterà le proprie spese.**

Jaeger

Wahl

Soldevila Fragoso

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 27 settembre 2012.

Firme

Indice

Fatti .....	2
1. Le ricorrenti .....	2
2. Procedimento amministrativo .....	2
3. Decisione impugnata .....	3
Procedimento e conclusioni delle parti .....	5
In diritto .....	6
1. Sul primo motivo, concernente errori di diritto ed errori di valutazione quanto all'imputabilità dell'infrazione alle società controllanti .....	6
Sugli errori di diritto .....	6
Argomenti delle parti .....	6
Giudizio del Tribunale .....	7
– Sulla presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante di una società controllante sulla propria controllata .....	7
– Sull'applicazione di detta presunzione a due società controllanti che detengono congiuntamente la loro controllata al 100% .....	8
– Sul carattere relativo della presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante di una società controllante sulla propria controllata al 100% .....	10
Sugli elementi diretti a confutare la presunzione dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante di una società controllante sulla propria controllata .....	11
Argomenti delle parti .....	11
Giudizio del Tribunale .....	11
2. Sul secondo motivo, concernente la violazione delle forme sostanziali e dei diritti della difesa .....	14
Argomenti delle parti .....	14
Giudizio del Tribunale .....	15
Principi generali relativi all'accesso ai documenti posteriori alla comunicazione degli addebiti .....	15
Applicazione al caso di specie .....	17
3. Sul terzo motivo, concernente errori di fatto e di diritto nel calcolo dell'importo di base dell'ammenda e nella determinazione della durata dell'infrazione .....	18
Sulla gravità dell'infrazione .....	18
Argomenti delle parti .....	18

Giudizio del Tribunale .....	19
– Esame degli argomenti delle ricorrenti nell’ambito del controllo di legittimità .....	20
– Esame degli argomenti delle ricorrenti nell’esercizio della competenza estesa al merito .....	23
Sulla durata dell’infrazione .....	25
Argomenti delle parti .....	25
Giudizio del Tribunale .....	25
4. Sul quarto motivo, concernente errori di fatto e di diritto relativamente alle circostanze aggravanti ...	27
Sul ruolo di istigatore della SNV .....	27
Argomenti delle parti .....	27
– Sulla proposta alla KWS di sconti speciali per il W5 .....	27
– Sui tentativi di convincere la ExxonMobil ad aderire all’intesa .....	28
Giudizio del Tribunale .....	29
– Principi generali relativi al ruolo di istigatore .....	29
– Ricevibilità della testimonianza fornita dalle ricorrenti .....	30
– Sullo sconto specifico concesso al W5 .....	31
– Sui tentativi di convincere la ExxonMobil ad aderire all’intesa .....	34
– Conclusione relativa al ruolo di istigatore .....	35
Sul ruolo di leader della SNV .....	35
Argomenti delle parti .....	35
– Sul ruolo svolto dalla SNV nel 1994 e nel 1995 nelle trattative con la KWS a nome dei fornitori .....	35
– Sul fatto che, a partire dal 1996, la SNV valutava previamente insieme alla KWS l’opportunità di organizzare una riunione tra i fornitori e il W5 .....	36
– Sul ruolo preponderante della SNV nelle riunioni preparatorie tra fornitori .....	37
– Sul ruolo di portavoce dei fornitori della SNV nelle riunioni di concertazione sul bitume .....	37
– Sul controllo dell’attuazione dell’intesa .....	38
Giudizio del Tribunale .....	38
– Principi generali relativi al ruolo di leader .....	38
– Sul ruolo svolto dalla SNV nel 1994 e 1995 nelle trattative con la KWS a nome dei fornitori ..	40

– Sul fatto che, a partire dal 1996, la SNV valutava previamente insieme alla KWS l’opportunità di organizzare una riunione tra i fornitori e il W5 .....	41
– Sul ruolo preponderante della SNV nelle riunioni preparatorie tra fornitori .....	42
– Sul ruolo di portavoce dei fornitori svolto dalla SNV durante le riunioni di concertazione sul bitume .....	43
– Sul controllo dell’attuazione dell’intesa .....	43
– Conclusione relativa al ruolo di leader della SNV .....	44
Sulla recidiva .....	44
Argomenti delle parti .....	44
Giudizio del Tribunale .....	45
Conclusione relativa alle circostanze aggravanti .....	50
Sulle spese .....	50