

Publicato il 04/06/2019

N. 07175/2019 REG.PROV.COLL.
N. 06243/2018 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6243 del 2018, proposto da Moby S.p.A e Compagnia Italiana di Navigazione S.p.A, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Saverio Sticchi Damiani, Massimo Monteduro, Beniamino Carnevale, Piero Fattori e Salvatore Spagnuolo, elettivamente domiciliate in Roma, Piazza San Lorenzo in Lucina, 26, presso lo studio dell'avv. Saverio Sticchi Damiani;

contro

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Grimaldi Euromed S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Sciaudone, Daniela Fioretti e Andrea Neri, elettivamente domiciliata in Roma, via Pinciana 25, presso lo studio dell'avv. Francesco Sciaudone;

Nuova Logistica Lucianu S.r.l., in persona del legale rappresentante pro

tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Flavio Iacovone e Cristiano Chiofalo, elettivamente domiciliata in Roma, via Pinciana 25, presso lo studio dell'avv. Flavio Iacovone;

Grendi Trasporti Marittimi S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Giovanni Fabrizi, Valeria Veneziano e Sabrina Maria Maiello, elettivamente domiciliata in Roma, piazza D'Ara Coeli 1, presso lo studio dell'avv. Enrico Giovanni Fabrizi;

Trans Isole S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previe misure cautelari,

- del provvedimento sanzionatorio adottato nell'Adunanza del 28 febbraio 2018 dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel procedimento A/487 (Trasporto marittimo di merci da e per la Sardegna), notificato in data 23 marzo 2018, con il quale è stata irrogata in solido alle società Moby e Compagnia Italiana di Navigazione una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari ad € 29.202.673,73, da pagare entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del provvedimento, nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, tra i quali: il provvedimento dell'AGCM n. 25951 del 6 aprile 2016, con cui è stata avviata l'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, per presunta violazione dell'articolo 102 TFUE, nei confronti di Onorato Armatori s.p.a., Moby s.p.a. e Compagnia Italiana di Navigazione s.p.a.; la delibera dell'AGCM n. 26150 del 4 agosto 2016, con la quale è stato disposto il rigetto degli impegni presentati da Onorato Armatori s.p.a., Moby s.p.a. e Compagnia Italiana di Navigazione s.p.a., ritenendo sussistente l'interesse dell'Autorità a procedere all'accertamento dell'infrazione; il provvedimento dell'AGCM n. 23147 dell'1 marzo 2017 con cui è stata ammessa la partecipazione di Grendi Trasporti Marittimi s.p.a. al procedimento; il provvedimento dell'AGCM n. 27933 del 21 marzo 2017, di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela del provvedimento n. 23147 dell'1 marzo 2017; la Comunicazione delle

Risultanze Istruttorie (CRI) e del termine di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori, inviata alle parti il 15 giugno 2017.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto il decreto presidenziale n. 2717/2018 del 17.5.2018;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, di Grimaldi Euromed S.p.A., di Nuova Logistica Lucianu S.r.l. e di Grendi Trasporti Marittimi S.p.A.;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 4047/2018 del 5.7.2018;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2019 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Le società Moby S.p.A. e Compagnia italiana di navigazione S.p.A. ("Moby/Cin") sono società di trasporto marittimo che operano, tra l'altro, nei collegamenti via mare tra la Sardegna e l'Italia continentale, la prima delle quali controlla integralmente la seconda.

Con il ricorso in esame le dette società impugnano il provvedimento indicato in epigrafe, con il quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha ritenuto che esse ricorrenti abbiano posto in essere un abuso di posizione dominante, contrario all'art. 102 del T.F.U.E., consistito nell'adozione di una strategia escludente, realizzata a mezzo di diverse condotte anticoncorrenziali, sostanzialmente consistite in *“comportamenti ingiustificatamente punitivi e ritorsioni commerciali realizzati esclusivamente a danno delle imprese di logistica che, a seguito dell'offerta del concorrente Grimaldi, si sono avvalse dei servizi di quest'ultimo per il trasporto via mare anche solo per una parte dei propri carichi ... senza che vi fossero reali giustificazioni di natura economica o tecnica”* e nella *“concessione di sconti, selettivamente e discrezionalmente applicati a determinate imprese di logistica in cambio della promessa di*

approvvigionamento esclusivo dall'impresa dominante, al fine, dapprima di dissuadere i propri clienti dall'avvalersi dei servizi dei concorrenti e quindi di assicurarsi la loro fedeltà e, successivamente, di consentire loro di sottrarre commesse ai loro concorrenti clienti degli altri armatori?

Il procedimento ha tratto origine dalle denunce di due società di logistica sarde (Trans Isole s.r.l. e Nuova logistica Lucianu s.r.l.) e della compagnia di navigazione marittima Grimaldi Euromed s.p.a.: le prime due lamentavano il mancato imbarco, da parte di Moby/Cin, di alcuni dei loro mezzi e l'interruzione o il peggioramento di rapporti commerciali posto in essere dalle ricorrenti a seguito della decisione delle denunciante di utilizzare, per parte dei loro trasporti, rotte di collegamento offerte da Grimaldi, la seconda confermava l'intento punitivo ed escludente delle odierne ricorrenti.

In corso di procedimento veniva ammessa a partecipare Grendi Trasporti Marittimi S.p.A., altra compagnia di navigazione marittima operante in Sardegna.

La delibera impugnata ha individuato tre mercati rilevanti sui quali si sarebbe concretizzato l'abuso (i fasci di rotte Nord Sardegna - Nord Italia [NS-NI], Nord Sardegna - Centro Italia [NS-CI] e Sud Sardegna - Centro Italia [SS-CI]), ha ritenuto la ricorrenza di una posizione dominante delle odierne ricorrenti (in ragione dell'alta percentuale di mercato loro riferibile e dell'esistenza di barriere all'ingresso) e ha ravvisato la sussistenza di più comportamenti integranti un'unica strategia escludente.

Le condotte sarebbero consistite in un "*boicottaggio diretto*" delle imprese di logistica che sceglievano di utilizzare Grimaldi per alcune delle rotte utilizzate, in concreto integrato da episodi di mancato imbarco e diversi casi di recessi immotivati delle ricorrenti da precedenti rapporti commerciali, nonché in un "*boicottaggio indiretto*", consistito nella concessione, alle imprese di logistica che non utilizzavano i servizi di Grimaldi, di sconti fidelizzanti, accompagnata da una politica di pressione anche sui clienti delle medesime imprese, affinché

non consegnassero carichi di merci agli operatori che utilizzavano i servizi di Grimaldi.

Le ricorrenti, premesso, in generale, che il provvedimento impugnato sarebbe caratterizzato da un'istruttoria gravemente carente e da diversi errori di diritto, con particolare riferimento all'assenza di una adeguata analisi economica o di mercato e al mancato esame della documentazione di parte, articolano i seguenti motivi di ricorso:

I. – Sull'erronea identificazione dei mercati rilevanti. Violazione e falsa applicazione degli artt. 102 TFUE, 3 L. 287/1990, 2 Reg. (CE) 1/2003 sull'onere della prova. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, carenza istruttoria, erronea presupposizione, contraddittorietà, illogicità, difetto di motivazione, ingiustizia manifesta.

Il provvedimento avrebbe erroneamente individuato i tre mercati rilevanti sui quali si sarebbero dispiegati gli effetti dell'intesa, avendo l'AGCM omesso di prendere in considerazione tutti i fattori in grado di influenzare la domanda, così che l'analisi in punto di sostituibilità risulterebbe parziale e incompleta.

Le ricorrenti lamentano pure il fatto che la definizione dei mercati rilevanti contenuta nel provvedimento definitivo sia, per loro, più sfavorevole di quanto prospettato nella CRI, nonché il fatto che la risposta alle contestazioni sul punto operate dalle parti nella fase procedimentale sia consistita in un inammissibile inversione dell'onere della prova.

II. – Sull'insussistenza di una posizione dominante. Violazione e falsa applicazione degli artt. 102 TFUE e 3 L. 287/1990 nonché degli Orientamenti della Commissione UE Com/2008/0832 def. Violazione dei principi di ragionevolezza, parità di trattamento e proporzionalità. Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e diritto, carenza istruttoria, contraddittorietà, difetto di motivazione, illogicità e ingiustizia manifeste.

L'affermazione della situazione di dominanza sarebbe affetta da errori di diritto, di metodo e di fatto.

In particolare, l'Autorità non avrebbe dimostrato che le ricorrenti disponevano di un potere economico tale da consentire loro di agire in maniera significativamente indipendente rispetto ai concorrenti, ai clienti e ai consumatori.

E, infatti, il provvedimento non avrebbe in alcun modo considerato la proporzione dimensionale tra le forze imprenditoriali in campo nei mercati rilevanti, né avrebbe tenuto conto della rapida diminuzione delle quote di mercato delle ricorrenti, palese sintomo dell'assenza di dominanza, né avrebbe, infine, valutato il fatto che Moby/Cin non è riuscita a mantenere i prezzi sopra un livello competitivo senza risentire dell'efficace pressione della concorrenza.

Il provvedimento, inoltre, avrebbe immotivatamente omesso di replicare alle osservazioni formulate dalle ricorrenti in ordine all'ampia contendibilità del mercato, utilizzando la sola argomentazione secondo cui la Convenzione di servizio pubblico, in essere tra "Cin" e il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, costituirebbe una barriera all'ingresso.

III. – Sull'abuso del procedimento amministrativo antitrust e le gravi lacune istruttorie. Violazione e falsa applicazione degli artt. 102 TFUE, 3 L. 287/1990, 6 e 17 CEDU, 41 e 54 Carta dei diritti fondamentali UE, 2 Reg. (CE) 1/2003 sull'onere della prova e del d.p.r. 217/1998. Violazione del principio del giusto procedimento e del divieto di abuso del diritto. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di motivazione, erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti, perplessità, contraddittorietà e illogicità, sviamento. Illegittimità derivata viziante il Provvedimento finale.

L'istruttoria condotta dall'Autorità sarebbe gravemente carente e avrebbe acriticamente recepito, in più punti, la prospettazione della denunciante Grimaldi, senza operare alcuna verifica.

Tale illegittimo *modus procedendi* avrebbe determinato "*un'eterogenesi dei fini*" ai quali il procedimento "antitrust" è deputato, così che, invece di ristabilire la fisiologia del gioco concorrenziale, la delibera avrebbe favorito le iniziative

strumentali poste in essere dalla parte denunciante la cui condotta sarebbe stata illegittimamente premiata.

L'acritica adesione alla prospettazione delle denuncianti riguarderebbe: a) il numero e le dimensioni delle società di logistica; b) la mancata considerazione dei prezzi predatori praticati da Grimaldi e la natura difensiva delle condotte contestate alla ricorrente; c) la ricostruzione proposta da Grendi, che avrebbe in realtà mirato solo a scaricare su altri il fallimento della sua scelta di attivare la rotta Cagliari – Marina di Carrara.

IV. – Sui vizi del procedimento antitrust e le lesioni del diritto di difesa di Moby/Cin. Violazione e falsa applicazione degli artt. 102 TFUE, 3 L. 287/1990, 7 d.P.R. 217/1998, 6 CEDU e 41 Carta dei diritti fondamentali UE. Violazione dei principi di imparzialità, giusto procedimento e divieto di ingiustificato aggravamento. Violazione del principio di corrispondenza tra contestazione e sanzione. Eccesso di potere per disparità di trattamento, perplessità, contraddittorietà, illogicità, ingiustizia manifesta, sviamento. Illegittimità derivata viziante il Provvedimento finale.

Il provvedimento sarebbe stato caratterizzato da violazioni e anomalie procedurali, tali da compromettere i diritti difensivi delle parti.

In primo luogo vi sarebbe stata una modifica dell'impianto accusatorio nel passaggio dalla CRI al provvedimento finale, nel quale, per la prima volta, tra le condotte contestate alle parti sarebbe comparso il boicottaggio indiretto in luogo dei già contestati sconti fidelizzanti, mentre la contestazione dei mancati imbarchi, riferita, nella CRI, a singoli episodi, è stata descritta, nel provvedimento finale, come una politica generalizzata dell'*incumbent*, circostanza tanto più grave laddove si consideri che la nuova contestazione è stata formulata sulla base di un documento non reso disponibile alla parte.

Sempre in violazione dei diritti di difesa delle parti, la Grendi s.p.a. sarebbe stata ammessa a partecipare al procedimento oltre il termine di 30 giorni stabilito dall'art. 7 d.P.R. n. 217/1998.

V. – Sull'illegittimità del rigetto degli impegni proposti da Moby/CIN. Violazione e falsa applicazione dell'art. 14-ter L. 287/1990 e del principio di ragionevolezza. Eccesso di potere per difetto di motivazione, travisamento dei fatti, disparità di trattamento. Illegittimità derivata viziante il Provvedimento finale.

L'Autorità avrebbe rigettato gli impegni proposti da Moby/Cin nella fase procedimentale sulla base di motivazioni erranee e non correlate ad una approfondita analisi delle misure individuate da proponenti.

VI. – Sull'inidoneità in astratto delle condotte contestate a produrre effetti restrittivi della concorrenza. Violazione e falsa applicazione degli artt. 102 TFUE e 3 L. 287/1990. Eccesso di potere per travisamento ed erronea presupposizione in fatto, carenza istruttoria e motivazionale, illogicità e ingiustizia manifeste. Violazione del principio del giusto procedimento.

L'Autorità non avrebbe indagato né dimostrato l'astratta idoneità delle condotte poste in essere da Moby/Cin a produrre effetti escludenti.

Le ricorrenti rappresentano come la ricostruzione proposta in provvedimento ruoti pressoché integralmente sulla ricostruzione di un presunto intento escludente, senza essere supportata da una compiuta analisi economica delle condotte e della loro oggettiva idoneità anticoncorrenziale.

In particolare, con riferimento alle condotte integranti il supposto boicottaggio diretto, la ricorrente osserva come il provvedimento abbia acriticamente recepito la prospettazione di Grimaldi, secondo cui le imprese di logistica di importanti dimensioni rappresenterebbero l'80/90% del mercato della domanda, mentre invece a tale tipologia di utente corrisponderebbe solo il 40% degli operatori che utilizzano il servizio offerto, essendo il rimanente 60% riferibile a piccoli consumatori, ciò che non consentirebbe l'utile adozione della descritta strategia escludente.

Il provvedimento, inoltre, avrebbe affermato in maniera apodittica la necessità di rivolgersi a Moby/Cin per una parte importante del fabbisogno di servizi di

trasporto (in particolare sulla rotta NS-NI) e l'impossibilità di attivare rapidamente, sulla medesima rotta, nuovi servizi.

La descritta diversa composizione del mercato della domanda, inoltre, e la conseguente contendibilità dell'80% della stessa, escluderebbe pure l'astratta configurabilità di un effetto anticoncorrenziale riconducibile alla politica di sconti posta in essere da Moby/Cin.

VII. – Sulla mancanza in concreto di effetti restrittivi della concorrenza delle condotte contestate. Violazione e falsa applicazione degli artt. 102 TFUE e 3 L. 287/1990. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, erronea presupposizione in fatto e in diritto, carenza istruttoria, difetto di motivazione.

L'inidoneità dello schema individuato dall'Autorità a produrre effetti anticoncorrenziali sarebbe confermata dalla crescita di Grimaldi nel periodo di riferimento, nonché dalla maggior crescita, nel medesimo arco temporale, delle imprese che hanno scelto i servizi di Grimaldi rispetto a quelle che hanno scelto i servizi di Moby/Cin.

VIII. – Sull'erronea valutazione delle condotte contestate. Violazione e falsa applicazione degli artt. 102 TFUE e 3 L. 287/1990. Eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza, contraddittorietà, carenza istruttoria, difetto di motivazione. Elusione della sentenza CGUE del 6.09.2017, C&E413/14 P. Intel.

La portata fidelizzante ed escludente degli sconti praticati dalle ricorrenti non sarebbe stata valutata dall'Autorità alla luce dei principi individuati dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea nella sentenza Intel.

La ritenuta qualificazione degli stessi come sconti fedeltà sarebbe inoltre in contrasto con la funzione difensiva delle riduzioni di prezzi, necessitata dall'aggressiva politica di penetrazione di Grimaldi, la cui effettiva portata non sarebbe stata, in alcun modo, indagata dall'AGCM.

L'intera costruzione posta a base della contestazione del “*boicottaggio indiretto*” verrebbe, dunque, ad essere destituita di fondamento.

Anche con riferimento al “*boicottaggio diretto*”, poi, l’Autorità non avrebbe affatto indagato la rilevanza statistica dei mancati imbarchi, la cui incidenza sarebbe, secondo le ricorrenti, prossima allo zero.

Negli stessi giorni dei mancati imbarchi su alcune rotte, inoltre, mezzi delle medesime imprese sarebbero stati imbarcati da Moby/Cin su altre rotte da essa gestite, ciò che dimostrerebbe l’assenza di una politica sistematica di lesione intenzionale degli interessi commerciali delle imprese clienti di Grimaldi.

L’Autorità, inoltre, non avrebbe considerato che situazioni di mancato imbarco si erano già verificate in passato, ben prima dell’ingresso di Grimaldi sul mercato sardo, e che le stesse avevano riguardato indifferentemente le diverse imprese di logistica, a dimostrazione della assenza tra mancato imbarco e finalità escludente.

Più in generale, le ricorrenti osservano come le spiegazioni alternative lecite da esse prospettate in corso di procedimento siano state ingiustamente disattese.

IX. – Sulla mancanza di effetti pregiudizievoli per i consumatori. Violazione e falsa applicazione degli artt. 102 TFUE e 3 L. 287/1990. Violazione delle Linee Guida AGCM sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, erronea presupposizione, carenza istruttoria, difetto di motivazione.

L’Autorità avrebbe affermato, senza alcuna verifica empirica, l’aumento dei prezzi per i consumatori, smentito, in punto di fatto, dalla “relazione economica Lear” depositata dalla ricorrente in corso di procedimento.

X. – Sull’erroneità nella quantificazione della sanzione. Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida AGCM sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni; degli artt. 15 L. 287/1990, 3, 4 e 11 L. 689/1981; dell’art. 2 Reg. (CE) 1/2003 sull’onere della prova; degli Orientamenti per il calcolo delle ammende di cui alla Comunicazione della Commissione 2006/C210/02. Violazione del principio di proporzionalità.

Eccesso di potere per travisamento dei fatti, irragionevolezza, disparità di trattamento, contraddittorietà, ingiustizia manifesta

L'AGCM avrebbe errato nella quantificazione della sanzione.

In particolare non sussisterebbero le condizioni per l'applicazione dell'"entry fee" e sarebbe stata mal apprezzata la durata dell'abuso.

L'AGCM, infine, non avrebbe tenuto conto dell'elemento soggettivo.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, costituita in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso.

Medesime conclusioni hanno rassegnato le controinteressate costituite, Grimaldi Euromed S.p.A., Nuova Logistica Lucianu S.r.l. e Grendi Trasporti Marittimi S.p.A.

Alla camera di consiglio del 4 luglio 2018, l'istanza di sospensione cautelare del provvedimento è stata accolta limitatamente al pagamento della sanzione e subordinatamente alla prestazione di idonea cauzione.

In prossimità della trattazione di merito, le parti costituite depositavano rituali memorie a sostegno delle rispettive tesi e, all'odierna udienza pubblica, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato in parte, nei limiti appresso specificati.

L'art. 102 sul Trattato di funzionamento dell'Unione Europea stabilisce che *“È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli*

altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi”.

La norma, come pure l'art. 3 l. n. 287 del 1990, vieta l'”abuso di posizione dominante”, ma non fornisce una definizione dello stesso, rimettendo, in tal modo, all'interprete la specificazione dei concetti generali presenti nella disposizione nonché l'individuazione delle fattispecie delle condotte meritevoli di sanzione, stante la chiara non esaustività dell'elencazione dei comportamenti ivi descritti.

In proposito si è, in primo luogo, osservato come *“la posizione dominante è una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su un determinato mercato e ha la possibilità di tenere comportamenti in linea di massima indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori?”* (Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, C - 27/76 United Brands).

L'analisi effettuale, di conseguenza, assume un valore determinante, atteso che *“l'esistenza di una posizione dominante deriva in generale dalla concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero stati necessariamente decisivi?”* (Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, cit.).

La norma, dunque, delinea una fattispecie “aperta”, con la conseguenza che per aversi posizione dominante non è necessario che un'impresa si trovi in una posizione di monopolio o di quasi monopolio su un dato mercato, atteso che ciò che rileva è la possibilità per l'impresa di essere in grado (se non di decidere, quantomeno) di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza (Corte di giustizia CE 14 febbraio 1978, C-27/76, e 13 febbraio 1979, C-85/76, Hoffmann/La Roche).

L'esistenza di una posizione dominante, tuttavia, non è di per sé incompatibile con le norme in materia di concorrenza, atteso che è possibile che l'impresa competa lecitamente sul mercato con gli altri concorrenti.

Il problema è allora quello di individuare una linea di demarcazione tra “uso” e “abuso” della posizione di concorrente dominante, ciò che dovrà avvenire in

ragione del principio generale di proporzionalità, indagando, in concreto, il potere economico dell'impresa e comparando lo stesso alle distorsioni della concorrenza che la condotta di quell'impresa in quello specifico ambito è in grado di generare (Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673).

In sostanza la “*dominanza*” genera nell'impresa una “*speciale responsabilità*” di non compromettere, con il suo comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata in mercati in cui, proprio per il fatto che vi opera un'impresa dominante, il grado di concorrenza è già ridotto (Corte di giustizia CE, 14 novembre 1996, n. 333/94).

Ne deriva, anche alla luce della già rilevata portata proteiforme della nozione di abuso, derivante dalla non esaustività dell'elenco contenuto nell'art. 102 del Trattato, che l'applicazione della suddetta disposizione implica “*un'attività di <<contestualizzazione>>, frutto di una valutazione complessa, che rapporta fattispecie giuridiche che, per il loro riferimento alla varia e mutevole realtà economica, sono di loro necessariamente indeterminate, come quelle di mercato rilevante e di abuso di posizione dominante, al caso specifico*” (Consiglio di Stato, n. 1673/2014, cit.)

Ancorché tale attività implichi un ineliminabile “*marginale di opinabilità*”, l'interprete dovrà identificare, pur nella varietà e eterogeneità delle situazioni di fatto, la sussistenza di un rapporto effettivo tra l'interesse generale tutelato dalle previsioni, riferito alla tutela della concorrenza e del mercato, e il comportamento concretamente tenuto e considerato dai provvedimenti.

La giurisprudenza ha pure osservato come il carattere abusivo di un comportamento alla luce dell'art. 102 TFUE non ha relazione con la sua conformità ad altre normative, giacché gli abusi di posizione dominante consistono, per lo più, proprio in comportamenti leciti alla luce di altri settori dell'ordinamento, diversi dal diritto alla concorrenza (Corte di giustizia CE, 6 dicembre 2012, C-457/10, Astrazeneca, Consiglio di Stato, VI, 15 maggio 2015, n. 2479 e 12 febbraio 2014, n. 693).

Ne consegue che, pur in presenza di comportamenti leciti alla luce di singole normative settoriali, l'interprete potrà ravvisare la sussistenza dell'illecito

anticoncorrenziale laddove la combinazione degli stessi sia espressiva di un intento escludente, da accertare indiziariamente come un “quid pluris” che si aggiunge alla sommatoria di comportamenti altrimenti leciti.

Diversamente opinando, l'abuso di posizione dominante sarebbe pressoché inconfigurabile, grazie al semplice fatto che consiste il più delle volte in comportamenti analiticamente leciti se visti solo alla luce di settori dell'ordinamento diversi da quello della concorrenza.

Sempre in via generale, si è poi osservato come, una volta appurata l'astratta idoneità della condotta ad alterare il normale svolgimento del gioco concorrenziale, non occorre anche che se ne verificano gli effetti concreti.

E infatti *“Ai fini dell'art. 102 TFUE, la prova dell'oggetto e quella dell'effetto anticoncorrenziale si confondono tra loro: se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa dominante è di restringere la concorrenza, un tale comportamento è di per sé pregiudizievole, in quanto può anche comportare tale effetto”* (sentenza del Tribunale Ue, del 29 marzo 2012, causa T336/07, Telefonica; sentenza del Tribunale Ue, del 30 settembre 2003, causa T203/01 Michelin).

L'illecito, in sostanza, si perfeziona con una condotta specifica, di per sé idonea a turbare il funzionamento corretto e la libertà stessa del mercato, nella misura in cui la stessa sia astrattamente idonea a produrre effetti anticoncorrenziali.

Anche in tale campo, quindi, il criterio guida dell'interprete deve essere di tipo finalistico, essendo egli chiamato a verificare la sussistenza di un rapporto effettivo tra l'interesse generale tutelato dalle previsioni, riferito alla tutela della concorrenza e del mercato, e il comportamento concretamente tenuto e considerato dai provvedimenti.

Nel passare alla disamina delle singole censure formulate dalle ricorrenti, va in primo luogo escluso che l'Autorità abbia errato nel definire il mercato rilevante, l'individuazione del quale è censurata con il primo motivo di doglianza.

In proposito le ricorrenti sostengono che l’Autorità abbia erroneamente individuato, nei tre fasci di rotte tra Sardegna e Italia continentale, l’area di operatività dell’abuso, avendo essa posto alla base della qualificazione un’analisi incompleta in punto di sostituibilità dei prodotti, valutata alla luce di un solo parametro (la distanza chilometrica tra bacini di utenza serviti e porti e distanza di navigazione), anziché degli ulteriori criteri pure indicati nella CRI (quali il tempo della traversata, il tempo di percorrenza su strada, il costo dei pedaggi autostradali, il livello dei noli e il livello dei servizi)

Ne risulterebbe l’erroneità dell’individuazione dei tre distinti mercati geografici, tale da non consentire di apprezzare correttamente la rilevanza delle condotte ad esse imputate.

La prospettazione non può essere condivisa.

In via preliminare deve essere rilevato come, per giurisprudenza consolidata, l’individuazione del mercato rilevante, presupposto dell’esistenza della posizione dominante, che identifica e delimita il contesto sociale ed economico ove opera l’impresa soggetta all’accertamento, è riservata ad AGCM e il giudice amministrativo non può sostituirsi ad essa, salvo che l’operato dell’Autorità presenti vizi di travisamento dei fatti, vizi logici e vizi di violazione di legge (Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673,14 gennaio 2014, n. 693; Tar Lazio, Roma, sez. I, 25 luglio 2016, nn. 8499, 8500, 8502, 8504 e 8506).

Ciò, in quanto lo scrutinio delle censure in esame non può che essere condotto entro i limiti del sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, tenendo conto che *“la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato si estende altresì ai profili tecnici, laddove necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità, detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato*

dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini? (Cassazione, SS.UU., 20 gennaio 2014, n. 1013; Consiglio di Stato, sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 334 e, da ultimo, 21 marzo 2018, n. 1821).

Ciò premesso, occorre considerare come, ai §§ 160 e seguenti, il provvedimento individua i mercati rilevanti oggetto del suo esame nei tre fasci di rotte sopra menzionati, con specifico riguardo al criterio dei collegamenti statisticamente più utilizzati e dello specifico bacino di utenza, facendo emergere, con riferimento a dati oggettivi desunti dall'istruttoria, riguardanti in particolare le specifiche connessioni con infrastrutture stradali e la necessità di minimizzazione dei costi, le ragioni di omogeneità e sostituibilità dell'offerta all'interno dei tre distinti fasci, nonché l'assenza di sostituibilità dell'offerta tra le tre direttrici, evidenziando pure, con richiamo a una consolidata prassi in materia dell'AGCM, la necessaria funzionalizzazione all'accertamento dello specifico abuso contestato (§§ 167 e 168).

Il provvedimento chiarisce diffusamente le ragioni per le quali la diversa analisi prospettata dalle ricorrenti è stata ritenuta inattendibile (sostanzialmente riconducibili alla circostanza che la stessa conduce a risultati pratici contraddittori e paradossali, nonché al fatto che l'analisi proposta dalle parti è in contrasto con i dati forniti della competente Autorità portuali in ordine ai volumi trasportati) e, diversamente da quanto sostenuto in ricorso, non pone a carico delle parti del procedimento l'onere di definire esse stesse un mercato rilevante alternativo, limitandosi ad evidenziare che le varie critiche articolate nella relazione economica depositata in corso di procedimento appaiono inidonee ad individuare utilmente, e in conformità alle ulteriori risultanze acquisite, in buona parte di fonte pubblicistica e ad alto tasso di oggettività, un diversa dimensione territoriale da prendere in considerazione.

In tal modo l'Autorità ha perfettamente adempiuto all'onere motivazionale sul punto, soddisfacendo l'analisi in punto di sostituibilità dei prodotti dal lato

della domanda, finalizzata ad individuare le pressioni concorrenziali alle quali le imprese sono sottoposte, la quale deve essere effettuata non in modo teorico, come astratta possibilità di sostituzione, ma come sostituibilità effettiva (Tar Lazio, Roma, sezione I, 2 dicembre 2014, n. 12168/2014, e, da ultimo, Corte di Giustizia, sentenza del 23 gennaio 2018, n. 179).

La definizione merceologica del mercato rilevante, di conseguenza, è stata preceduta da un'attenta analisi e comparazione di tutti gli elementi istruttori raccolti, la cui contestazione finale impinge nel merito della scelta dell'Autorità, della quale vengono messe in discussione non già la sufficienza, congruità e ragionevolezza, ma i profili di valutazione strettamente tecnica contenuti nel provvedimento (Tar Lazio, Roma, sez. I, 31 maggio 2018, n. 6080).

Nessuna conseguenza invalidante può poi derivare dalla pretesa contraddittorietà tra i criteri utilizzati dalla delibera impugnata per definire la sostituibilità e quelli menzionati nella CRI, che nella prospettazione di parte sarebbero meno numerosi e meno adeguati di quelli anticipati nella contestazione delle risultanze, atteso che la definizione dei mercati rilevanti nel provvedimento finale coincide nella sostanza con quella prospettata nella fase istruttoria (cfr. § 183 della CRI).

Va del pari esclusa la ricorrenza di profili di erroneità nell'individuazione di una situazione di dominanza, censurata con il secondo motivo di doglianza.

In proposito le ricorrenti sostengono che il provvedimento abbia errato nell'individuare la loro posizione di dominanza nel mercato di riferimento, sia perché, come argomentato al primo motivo, quest'ultimo sarebbe stato mal individuato da un punto di vista geografico, sia perché l'Autorità non avrebbe tenuto conto delle dimensioni di diversi *players* in competizione, della contendibilità del mercato e dei rapporti tra le parti, anche alla luce della loro veloce evoluzione in un breve arco di tempo.

L'analisi richiesta in punto di dominanza, osservano ancora le ricorrenti, non può esaurirsi nella mera rilevazione delle quote di mercato detenute,

dovendosi, per contro dimostrare, da parte dell'Autorità, la capacità dell'impresa dominante di aumentare i prezzi sopra il livello competitivo al fine di conservare intatte le quote di mercato.

L'AGCM, inoltre, non avrebbe tenuto conto del fatto che le diminuzioni molto rapide nelle quote di mercato sono incompatibili con l'accertamento di una posizione di dominanza.

Le ricorrenti evidenziano, ancora, come la mancanza di dominanza di Moby/Cin sarebbe dimostrata dalla loro impossibilità di mantenere i prezzi sopra un livello competitivo senza risentire dell'efficace pressione della concorrente, essendosi, per contro, in concreto verificato che era Grimaldi a praticare tariffe inferiori anche del 40% rispetto a quelle proposte dal preteso *incumbent*.

Le due ultime circostanze dimostrerebbero chiaramente l'assenza di barriere all'entrata e all'espansione dei possibili concorrenti, come pure prospettato dalle ricorrenti in sede procedimentale con osservazioni alle quali il provvedimento ha replicato limitandosi a richiamare l'esistenza della convenzione con di servizio pubblico tra Cin e il Ministero delle infrastrutture e la titolarità dei marchi Tirrenia e Moby.

Sotto il primo profilo, tuttavia, le ricorrenti avrebbero evidenziato, anche a mezzo di una relazione economica prodotta in corso di procedimento, che la convenzione non apportava loro alcun vantaggio competitivo, ma piuttosto oneri, talvolta fonti di perdite, mentre la pretesa notorietà dei marchi non solo era più che controbilanciata dal fatto che i marchi Grimaldi e GNV fossero altrettanto noti, ma anche dal fatto che, diversamente da quanto avviene nel trasporto passeggeri, nella logistica di trasporto merci contano le tariffe e non i marchi.

L'insufficienza della convenzione e della titolarità dei marchi a creare barriere all'ingresso sarebbe, da ultimo, dimostrata dal fatto che in Sicilia, ove pure Cin è parte di identica Convenzione e titolare dei medesimi marchi, Grimaldi detiene la maggior parte delle rotte.

Le doglianze sono infondate, anche alla luce della già rilevata corretta individuazione del mercato rilevante.

Deve in proposito, in primo luogo, considerarsi che il provvedimento impugnato rileva come le quote di mercato detenute dalle ricorrenti sui tre fasci di rotte fossero sensibilmente superiori al 50% sia al momento dell'inizio dell'abuso (e dunque nel periodo luglio – dicembre 2015), sia con riferimento al periodo gennaio - ottobre 2016.

In particolare, la delibera rappresenta come la quota di mercato riferibile a Moby/Cin sul fascio NS –NI è rimasta stabile al valore del 90/100%, mentre le quote di mercato riferibili ai medesimi operatori sui fasci di rotte NS –CI e SS – CI sono passate da un'identica misura iniziale del 90/100% ad una medesima quota finale del 60/70%.

Già con riferimento a tale elemento, deve dunque osservarsi come, pur con una flessione verso il basso, Moby/Cin ha conservato una quota ampiamente maggioritaria del mercato di riferimento, ben superiore a quella del 50% individuata, seppure in via tendenziale, dagli orientamenti comunitari in materia come sintomatica di dominanza.

La permanente consistenza della percentuale di mercato riferibile alle ricorrenti dequota, dunque, la pure rappresentata rapidità dell'erosione dell'originaria presenza di Moby/Cin sui tre fasci di rotte, potendo, al più, il dato rilevare in punto di effetti dell'abuso e dunque di gravità della condotta, con conseguenza, come si vedrà di seguito, in tema di trattamento sanzionatorio.

Oltre a tale dato percentuale, e passando quindi ad un'analisi qualitativa dell'offerta, la delibera ha poi evidenziato come le ricorrenti, rispetto agli altri operatori, potevano offrire ai consumatori una maggiore frequenza del servizio e una superiore capacità di trasporto, ciò che rendeva complessivamente più appetibili, perché più diversificati e completi, i prodotti posti sul mercato da Moby/Cin.

La valutazione dell’Autorità va pure condivisa laddove individua nell’esistenza della Convenzione per l’assolvimento degli obblighi di servizio pubblico, stipulata tra “Cin” e lo Stato italiano per garantire la continuità territoriale tra l’isola e la penisola, una barriera all’ingresso di nuovi operatori.

L’effetto preclusivo infatti è stato motivatamente collegato dall’Autorità, oltre che alla minor incertezza della posizione del mercato delle ricorrenti, dipendente dall’esistenza di una remunerazione certa, al fatto che, in virtù dell’esistenza della “Convenzione Cin”, veniva *“percepita dalle imprese di logistica come un operatore che non può interrompere il servizio ad nutum”* (così § 202), ciò che determinava un’ulteriore ragione di preferenza da parte delle imprese di logistica e una corrispondente forma di rigidità della domanda.

La motivazione relativa all’effetto preclusivo collegato all’esistenza della Convenzione appare dunque completa e intrinsecamente logica, ciò che rende irrilevante la censurata mancata indagine sull’effettiva convenienza della stessa per la società, attesa la sufficienza, sul punto, dei profili motivazionali richiamati in atto.

Del pari correttamente argomentata appare la parte di provvedimento relativa alla titolarità dei marchi “Tirrenia” e “Moby”, la cui portata fidelizzante, peraltro utilizzata come argomento *ad adiuvandum* e non esclusivo, non viene meno in ragione della titolarità, da parte dei *competitors*, di marchi altrettanto famosi.

In conformità alla consolidata giurisprudenza europea, deve dunque rilevarsi come il provvedimento abbia richiamato una pluralità di fattori, tutti di particolare pregnanza, la combinazione dei quali definisce, in termini economici coerenti e apprezzabili, funzionali al tipo di mercato oggetto di indagine, la ricorrenza di condizioni tali da consentire a Moby/Cin di determinarsi autonomamente nel mercato e di influire unilateralmente, con il suo comportamento, sulla struttura del mercato medesimo (sulla rilevanza, nella determinazione in concreto della ricorrenza di situazione di dominanza, di *“una combinazione di numerosi fattori che, presi separatamente”* possono anche non

essere necessariamente determinanti, cfr., da ultimo, Tar Lazio, Roma, sez. I, 26 luglio 2017, n. 8945, che, a sua volta, richiama il caso United brands, cit.).

A nulla rileva, da ultimo, il richiamo operato, e in sede procedimentale e in sede ricorsuale, alla diversa situazione della Sicilia, atteso che è proprio la presenza di più operatori, ai quali sono riferibili consistenti quote di mercato, a privare di rilevanza dirimente la ricorrenza, in quel contesto geografico, di alcune condizioni presenti anche sul mercato sardo.

Esclusa la ricorrenza di vizi radicali concernenti la stessa configurabilità di un ipotesi di abuso di posizione dominante, deve ora passarsi all'esame delle censure, contenute nei motivi 3, 6, 7, 8 e 9, a mezzo delle quali le ricorrenti hanno lamentato la carenza istruttoria e motivazionale del provvedimento, riferita, sotto diversi profili, alle singole condotte anticoncorrenziali ritenute sussistenti dall'Autorità e agli asseriti effetti delle condotte anticoncorrenziali.

Come visto nella narrazione in fatto, la delibera ha ritenuto “*inequivocabilmente*” provata l'esistenza di comportamenti di Moby/Cin, posti in essere in concomitanza con l'ingresso sul mercato delle rotte sarde di nuovi concorrenti (Grimaldi e Grendi), che avevano come unico scopo quello di punire le imprese di logistica che si avvalevano dei servizi di trasporto marittimo di merci da e per la Sardegna offerte dalle nuove entranti.

La “*multiforme strategia aggressiva*”, a giudizio dell'Autorità, si sarebbe concretizzata in un “*boicottaggio diretto*”, sia sotto il profilo economico che sotto il profilo commerciale, a danno dei clienti (imprese di logistica) che si erano rivolti ai concorrenti di Moby/Cin per usufruire dei loro servizi di trasporto marittimo di merci da e per la Sardegna (c.d. “*traditori*”, come definiti in una comunicazione acquisita alla fase istruttoria), sia in un “*boicottaggio indiretto*”, consistito nella concessione di vantaggio economici nei confronti delle imprese che si erano astenute dal rivolgersi ai nuovi *competitors*, finalizzata a penalizzare ulteriormente i clienti “*traditori*”.

Quanto alle condotte integranti il “*boicottaggio diretto*”, il provvedimento afferma che, a partire dall'autunno 2015 e in concomitanza con

l'inaugurazione da parte di Grimaldi della rotta Cagliari – Livorno, le ricorrenti avrebbero “*ripetutamente*” rifiutato l'imbarco a tali clienti “*traditori*”, i quali, sempre a fini ritorsivi, sarebbero pure stati destinatari di ulteriori penalizzazioni economiche e commerciali, sostanzialmente consistite in recessi contrattuali anticipati e peggioramento delle condizioni commerciali concernenti le modalità e i termini di pagamento.

Il provvedimento individua un *trend* crescente dei comportamenti ritorsivi, dovuto al fatto che il livello competitivo dei noli offerto da Grimaldi aveva reso inefficace la campagna di dissuasione posta in essere al momento dell'entrata di questa nel mercato di riferimento.

Su tali condotte, il provvedimento, oltre alle denunce delle parti, richiama, con particolare enfasi, alcuni documenti rinvenuti in sede di ispezione, che farebbero emergere il fatto che le condotte delle ricorrenti erano “*intenzionalmente finalizzate*” a penalizzare le imprese “*traditrici*”, illustrando altresì le ragioni per le quali l'Autorità non ha ritenuto di accogliere le spiegazioni alternative alle condotte fornite da Moby/Cin.

Quanto invece alle condotte integranti il “*boicottaggio indiretto*”, che avrebbe avuto inizio nel gennaio 2016, esse sarebbero consistite nell'attribuzione alle imprese “*fedeli*” di “*vantaggi economici*”, consistenti in sconti su tutte le rotte, svincolati dalle caratteristiche delle medesime, dai volumi trasportati e dai ricavi generati dal servizio, anche questi finalizzati alla penalizzazione dei “*traditori*”, vittime anche di un'attività di sottrazione di clientela da parte delle imprese “*fedeli*”, consapevoli della strategia escludente e attivamente coinvolte nella stessa (par. 260).

In sostanza, nella ricostruzione dell'AGCM, gli sconti che Moby/Cin praticava ad alcune imprese di logistica avrebbe consentito loro di “*attirare i committenti in precedenza serviti dalle imprese di logistica che imbarcavano con Grimaldi e, in tal modo, attraverso la penalizzazione dei caricatori infedeli, contribuire a rafforzare la strategia escludente nei confronti di quest'ultimo*” (così § 256).

Quanto, infine, all' idoneità delle condotte a restringere la concorrenza sui mercati rilevanti e a danneggiare i consumatori, il provvedimento ha individuato:

- a) un pregiudizio economico e relazionale nei confronti degli operatori di logistica “*traditori*”, il primo consistente nelle peggiori condizioni con le quali gli stessi accedevano alle rotte gestite solo da Moby/Cin e il secondo nella situazione di dubbio, ingenerato sull'utenza, in ordine alla solidità commerciale e all'affidabilità delle imprese di logistica in dipendenza degli episodi di mancato imbarco;
- b) un pregiudizio al dispiegarsi della concorrenza, a sua volta concretizzato (i) dal fatto che Grimaldi è stata obbligata ad aprire un collegamento Porto Torres - Savona per consentire ai propri clienti di emanciparsi dall'impresa dominante, il quale dimostrerebbe, “*la creazione di un obbligo artificiale di impresa di entrata sul mercato sardo con una gamma completa*”; (ii) dal freno alla concorrenza, cresciuta meno di quanto poteva attendersi sulla base della utilità del piano operativo della nuova entrante; (iii) dall'insuccesso commerciale di Grendi sulla rotta Cagliari- Marina di Carrara;
- c) un pregiudizio subito dai consumatori dei beni oggetto di trasporto lungo le direttrici in esame (cfr. § 321).

I singoli vizi istruttori, di conseguenza, andranno partitamente analizzati con riferimento alle diverse condotte ritenute sussistenti dall'Autorità, nonché ai diversi effetti che essa ha ritenuto essere conseguiti all'illecito anticoncorrenziale, atteso che, pur non essendo tenuta, quanto alla mera analisi in punto di ricorrenza dell'abuso, ad un puntuale esame delle conseguenze della condotta, l'AGCM ha ritenuto di porre le stesse a base delle sue valutazioni (sul dato per cui l'Autorità, nell'effettuare la scelta di impostare nel modo ritenuto più corretto l'impianto di fondo del proprio ordito accusatorio, assume un autovincolo, in forza del quale essa è tenuta a declinare in maniera coerente la premessa logico-concettuale che intende dimostrare, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 743).

Ciò premesso, deve in primo luogo osservarsi come colgano nel segno le censure di parte (contenute nel terzo, nel sesto, nel settimo e nell'ottavo motivo di doglianza), con le quali le ricorrenti hanno evidenziato l'incompletezza istruttoria relativa alla portata escludente degli sconti da esse praticati alle imprese "fedeli".

Tali sconti, benché non espressamente qualificati nel provvedimento e, in conclusione, ivi sommariamente descritti, sono stati sostanzialmente ascritti dall'Autorità agli "sconti fedeltà", i quali - diversamente dagli sconti quantitativi, dipendenti esclusivamente dal volume degli acquisti effettuati presso un determinato produttore e considerati leciti dalla giurisprudenza eurounitaria - mirano, mediante la concessione di vantaggi finanziari, a impedire che i clienti possano rifornirsi presso produttori concorrenti e sono, di norma, considerati abusivi (Corte di giustizia dell'Unione europea, 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche/Commissione).

In relazione a tale tipologia di sconti, tuttavia, la stessa Corte di giustizia, con la sentenza Intel del 2017, ha avvertito la necessità di "precisare" la precedente "giurisprudenza nel caso in cui l'impresa considerata sostenga nel corso del procedimento amministrativo, sulla base di elementi di prova, che il suo comportamento non ha avuto la capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre gli effetti di esclusione dal mercato addebitati", rilevando come in tali casi la Commissione (e dunque, deve ritenersi, l'Autorità nazionale deputata alla tutela della concorrenza) "è tenuta [...] ad analizzare [...] le condizioni e le modalità di concessione degli sconti di cui trattasi, la loro durata e il loro importo" e "deve anche valutare l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci" (Corte di giustizia dell'Unione europea, 6 settembre 2017, C- 413/14P, Intel, che richiama la precedente sentenza del 27 marzo 2012, Post Danmark, C-209/10).

Nel caso in esame le ricorrenti hanno sostenuto, già in sede procedimentale, la natura difensiva degli sconti da esse praticati, correlata all'adozione, da parte della nuova entrante Grimaldi, di una politica di sconti estremamente

aggressiva e da esse non replicabili, rappresentando altresì il fatto che gli sconti da esse proposti ai clienti cosiddetti “*fedeli*” erano invece replicabili dagli altri concorrenti, perché tali da non scendere al di sotto dei costi medi del servizio.

L’Autorità non ha tuttavia compiuto alcuna analisi in ordine alla detta prospettazione, dato confermato dal fatto che nel provvedimento finale non si rinviene una puntuale confutazione sulle richiamate deduzioni di parte, fondamentali in punto di configurabilità dell’abuso, ciò che vizia, in *parte qua*, e dunque con riferimento alle condotte che integrano la parte preponderante del ritenuto “*boicottaggio indiretto*”, la delibera impugnata, in disparte la fondatezza o meno della prospettazione di parte stessa.

In proposito, oltre alla già richiamata giurisprudenza comunitaria, deve rilevarsi come anche la giurisprudenza nazionale abbia evidenziato come, nei procedimenti sanzionatori in materia Antitrust, la generale necessità di dare atto, nel testo dell’adozione del provvedimento definitivo, delle ragioni di non condivisione delle osservazioni formulate in corso di procedimento, risulta rafforzata, atteso che per tali procedimenti, e in ragione della particolare incidenza nella sfera giuridica del destinatario, opera un potenziamento delle garanzie di legalità e delle prerogative partecipative e procedurali dei destinatari dell’atto (Consiglio di Stato, sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 743).

Sempre con riferimento alla motivazione in punto di boicottaggio indiretto, deve ancora osservarsi come, in difetto di puntuale controdeduzione in ordine ai profili di criticità evidenziati dalle parti e in assenza di ulteriori emergenze istruttorie di valenza oggettive sul punto, l’impianto argomentativo del provvedimento sanzionatorio non poteva essere affidato, in via preponderante, al richiamo, invero molto enfatizzato, ad alcuni documenti acquisiti, dai quali emergerebbe la prova di un preciso intento escludente perseguito da Moby, tale da coinvolgere le stesse imprese “*fedeli*”.

Come sopra ricordato, infatti, se è vero che la prova della volontaria finalizzazione delle condotte dell’impresa ad un intento escludente assume, in

presenza di una ricostruzione economica che individui un meccanismo comportamentale astrattamente idoneo a produrre un effetto anticoncorrenziale, una importante valenza interpretava dei fatti, è altrettanto vero che la prova dell'intento lesivo, in assenza di una necessaria analisi fattuale, non può assumere, da sola, la funzione di sorreggere l'intero impianto accusatorio.

Medesima carenza istruttoria e motivazionale affligge il provvedimento laddove omette di analizzare gli effetti dell'abuso sulle imprese di logistica, pur avendo la ricorrente prospettato, in fase procedimentale, la maggior crescita delle prime imprese cosiddette "*traditrici*" rispetto a quelle cosiddette "*fedeli*".

Sempre in tema di effetti, va pure rilevato come il provvedimento sia completamente carente di analisi empiriche in ordine al pregiudizio sofferto da Grendi, affermato nella delibera senza richiamo a evidenze istruttorie concrete e, anche in questo caso, in assenza di puntali contestazioni alla ricostruzione alternativa proposta da Moby/Cin, per risultare, infine, assertivo laddove menziona il pregiudizio sofferto dai consumatori finali.

Vanno pertanto accolti il terzo, il sesto, il settimo e l'ottavo motivo di ricorso nella parte in cui le ricorrenti hanno sostenuto l'assenza di una corretta ricostruzione in punto di astratta capacità escludente del cosiddetto "boicottaggio indiretto" (la cui ricorrenza va dunque esclusa) e la carenza motivazionale e istruttoria dell'analisi degli effetti.

Tale secondo profilo, tuttavia, incide solo sulla gravità della condotta e sul calcolo della sanzione, non ravvisando il Collegio la fondatezza dei vizi articolati verso la parte di delibera che individua l'abuso nei comportamenti di cosiddetto "boicottaggio diretto".

E infatti, con riferimento a tale parte di provvedimento deve, in primo luogo, rilevarsi la correttezza della ricostruzione operata dall'Autorità in punto di composizione del mercato delle imprese di logistica, condivisibilmente correlata, sulla base di una puntuale analisi economico-fattuale, ai volumi di

affari riferibili agli operatori e non, come proposto dalle parti, al numero di imprese operanti sul mercato.

Il provvedimento va pure condiviso laddove ravvisa la portata anticoncorrenziale dei mancati imbarchi e degli improvvisi recessi da contratti che precedentemente vincolavano Moby alle imprese di logistica.

La delibera ha infatti motivatamente evidenziato che la particolare collocazione temporale di tali comportamenti, a ridosso dell'entrata di Grimaldi nel mercato sardo e nell'immediatezza del passaggio a tale operatore di alcune imprese di logistica, escludeva più che ragionevolmente l'attendibilità delle spiegazioni alternative fornite sul punto dalle parti.

Per tali condotte, la cui ricorrenza fattuale non è contestata e la cui astratta idoneità anticoncorrenziale è stata puntualmente e autonomamente motivata, il provvedimento, al fine di corroborare la lettura operata e di rafforzare un impianto accusatorio già solido, ha legittimamente fatto ricorso ai documenti rinvenuti presso le società e alle dichiarazioni di terzi che evidenziavano la ricorrenza dell'intenzionalità lesiva.

Ne discende il rigetto del ricorso nella parte in cui è stata contestata la ricostruzione dell'Autorità in ordine alle condotte di "boicottaggio diretto" e, pertanto del terzo e del sesto motivo di ricorso nella parte in cui contestano la ricorrenza di tali modalità di abuso.

Resta poi assorbito il quarto motivo di ricorso, relativo ad irregolarità procedurali refluenti nella valutazione del "boicottaggio indiretto" e degli effetti del provvedimento.

Va invece respinto il quinto motivo di ricorso, con il quale le ricorrenti hanno contestato la decisione dell'Autorità di rigetto degli impegni proposti in corso di procedimento, tutti concernenti comportamenti ascritti dal provvedimento a condotte di "boicottaggio diretto".

Deve infatti rilevarsi come il provvedimento di rigetto degli impegni, espressione di ampio potere discrezionale, è stato puntualmente motivato dall'Autorità con riferimento alla ricorrenza di un interesse pubblico a

procedere all'accertamento dell'infrazione, nonché in considerazione di specifici profili di criticità riguardanti le singole condotte (sull'ampiezza dei poteri esercitati dall'AGCM in materia di valutazione degli impegni presentati ai sensi dell'art. 14 ter della legge n. 287/1990, cfr., T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 30 luglio 2014, n. 8349, che ha rilevato come, anche nei procedimenti di accertamento di comportamenti anticoncorrenziali, *“la percezione della gravità della violazione costituisce un perfetto parametro sulla cui base può essere effettuata, “rebus sic stantibus”, la valutazione relativa all'accettazione o meno degli impegni proposti, così che il riferimento alla rilevante gravità dell'illecito costituisce motivazione sufficiente ai fini del rigetto degli impegni delle imprese interessate, in linea con l'orientamento comunitario”*).

La conclusione appare assolutamente coerente con la funzione dei provvedimenti sanzionatori in materia di violazioni “antitrust”, che è quella di disincentivare comportamenti anticoncorrenziali sotto il duplice profilo dell'orientare, anche alla luce di un calcolo di non convenienza economica correlato alla comminabilità di una sanzione pecuniaria, il comportamento degli operatori economici, e di individuare, in maniera quanto più possibile netta e diffusa, singole ipotesi di comportamenti anticompetitivi, così da produrre un utile effetto conformativo.

Ne deriva la sufficienza della riportata motivazione, incentrata sulla particolare rilevanza della fattispecie oggetto di esame, che appare pure espressione di un corretto utilizzo del potere discrezionale.

Nessuna conseguenza invalidante sul provvedimento di rigetto degli impegni può derivare, poi, dalla prospettata disparità di trattamento con una fattispecie che avrebbe interessato il concorrente Grandi Navi Veloci, atteso, da un lato, che non emerge, dal ricorso, la predicata identità di situazioni, e considerata, dall'altro, la fisiologica complessità e peculiarità delle valutazioni compiute in materia dall'Autorità, in relazione alle quali, pur in presenza di elementi di analogia, risulta ordinariamente esclusa l'identità dei casi; così che il richiamo a diverse vicende non è idoneo di per sé a tradursi, come *tertium comparationis*, in un vizio di legittimità della valutazione negativa intervenuta in una diversa

ipotesi (cfr. T.A.R., Lazio, Roma, sez. I, 10 gennaio 2019, n. n. 337, 9 gennaio 2015, n. 238 e 6 giugno 2008, n. 5578).

Quanto sopra osservato in ordine ai vizi procedurali che inficiano l'attribuzione alla ricorrente delle condotte di "boicottaggio indiretto" e la valutazione degli effetti dell'illecito anticoncorrenziale comporta necessarie conseguenze in ordine alla determinazione della sanzione, contestata dalle ricorrenti con il decimo motivo di doglianza.

Quest'ultima è stata determinata, ai §§ 325 e seguenti, sulla base dei seguenti parametri: a) gravità dell'infrazione (correlata alla natura della stessa, alle condizioni di concorrenza del mercato interessato, alla natura dei prodotti e/o servizi e alla rilevanza dell'effettivo impatto economico sui consumatori e quantificata nella misura del 9% delle vendite dei servizi interessati realizzate dalle parti nell'esercizio finanziario 2016); b) durata dell'infrazione (calcolata in 2 anni e 5 mesi e tale da comportare la moltiplicazione dell'importo base ottenuto sulla base del criterio sub a per il fattore moltiplicativo 2,4); c) applicazione, sull'importo base, di una maggiorazione pari al 15% a titolo di "entry fee", *"al fine di conferire al potere sanzionatorio dell'Autorità il necessario carattere di effettiva deterrenza e in considerazione della rilevante gravità della restrizione della concorrenza posta in essere dal gruppo Moby"*.

Alla luce di quanto sopra ritenuto deve ravvisarsi, in primo luogo, la fondatezza dell'argomentazione con la quale le ricorrenti hanno sostenuto la carenza delle condizioni per l'applicazione dell'*entry fee*, limitata dalle stesse linee guida emanata dall'Autorità, alle sole ipotesi di *"più gravi restrizioni della concorrenza"*.

Vanno del pari condivise le contestazioni in punto di durata, atteso che il provvedimento, al § 324, dopo aver fissato l'inizio della condotta anticoncorrenziale al 28 settembre 2015, data di apertura della rotta Palermo – Cagliari – Livorno – Genova, afferma la perduranza degli effetti al momento dell'adozione del provvedimento senza indicare a supporto

dell'affermazione alcun atto istruttorio dal quale trarre le prove della ritenuta permanenza della condotta fino al momento dell'adozione dell'atto.

L'indicazione delle prove anche in ordine alla durata, tuttavia, costituisce preciso onere motivazionale dell'Autorità, che va assolto nel testo dell'atto, non potendo la ricerca di evidenze in materia essere rimessa all'interprete, peraltro nell'ambito di un materiale istruttorio estremamente esteso, né potendo, a tale mancato assolvimento di indicazione espressa, supplire l'attività difensionale, atteso che in tal modo risulterebbe consentita una inammissibile integrazione postuma della motivazione.

In ogni caso, non può essere sul punto condivisa la prospettazione della difesa erariale, che ha sostenuto che, accertata l'esistenza di condotte anticoncorrenziali, poteva presumersene la permanenza per non avere la parte dimostrato l'avvenuta interruzione di comportamenti sanzionati.

Tale argomentazione, infatti, comporta una illegittima traslazione dell'onere della prova dall'autorità procedente alla parte.

Il termine della condotta rilevante, in assenza di ulteriori indicazioni utili, va dunque fissato al gennaio 2017, data fino alla quale la ricorrente non contesta la permanenza della condotta e con riferimento alla quale andrà ricalcolato il coefficiente di durata.

Va invece respinta l'argomentazione secondo cui avrebbe dovuto tenersi conto, ai fini della quantificazione, dell'elemento soggettivo, correlato, nella specifico, alla finalità difensiva e non offensiva dell'abuso.

In materia di sanzioni amministrative, infatti, rileva la mera volontarietà della condotta.

Alla luce del parziale accoglimento relativo a parte della condotta e agli effetti dell'abuso va infine ridotta la percentuale del 9% delle vendite individuata dall'Autorità per la definizione dell'importo base.

Su tale unico punto, stante l'automatica operatività degli altri criteri sopra descritti, il Collegio, richiamando la sua giurisdizione con cognizione estesa al merito - che consente, ai sensi dell'art. 134, comma 1, lett. c), cpa, al giudice

amministrativo di modificare, in base a una propria valutazione, la misura delle sanzioni pecuniarie comminate dall'AGCM - ritiene di rinviare gli atti all'Autorità affinché la stessa quantifichi motivatamente, in concreto e in diminuzione, la detta percentuale del 9%.

Le spese di lite possono essere compensate in ragione dell'accoglimento solo parziale del ricorso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla in parte il provvedimento impugnato, per la sola misura della sanzione irrogata, rinviando all'Autorità per la nuova, concreta, quantificazione della medesima alla luce delle indicazioni di cui alla parte motiva.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente FF

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Laura Marzano, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberta Cicchese

IL PRESIDENTE
Ivo Correale

IL SEGRETARIO