

Pubblicato il 01/04/2021

N. 02727/2021REG.PROV.COLL.

N. 08136/2019 REG.RIC.

N. 08174/2019 REG.RIC.

N. 08343/2019 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8136 del 2019, proposto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede domicilia per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

le società Moby S.p.a. e Compagnia italiana di navigazione-CIN, 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, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio Legale Sticchi Damiani in Roma, piazza S. Lorenzo in Lucina, n. 26;

nei confronti

- della società Nuova Logistica Lucianu S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Flavio Iacovone e Cristiano Chiofalo ed elettivamente domiciliata presso lo Studio dei suindicato difensori in Roma, via Pinciana, n. 25;
- della società Grimaldi Euromed S.p.a., in persona del rappresentante legale *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Sciaudone e Andrea Neri ed elettivamente domiciliata presso lo Studio dei suindicato difensori in Roma, via Pinciana, n. 25;

sul ricorso numero di registro generale 8174 del 2019, proposto dalla società Grendi Trasporti Marittimi S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Giovanni Fabrizi, Angelo Molinaro e Ferdinando Pinto ed elettivamente domiciliata presso lo studio degli avvocati Enrico Giovanni Fabrizi e Angelo Molinaro in Roma, piazza d'Ara Coeli, n. 1;

contro

- l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede domicilia per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;
- le società Moby S.p.a. e Compagnia italiana di navigazione-CIN, 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, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio Legale Sticchi Damiani in Roma, piazza S. Lorenzo in Lucina, n. 26;;

nei confronti

- della società Nuova Logistica Lucianu S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Flavio Iacovone e Cristiano Chiofalo ed elettivamente domiciliata presso lo Studio dei suindicato difensori in Roma, via Pinciana, n. 25;
- della società Grimaldi Euromed S.p.a., in persona del rappresentante legale pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Sciaudone e Andrea Neri ed elettivamente domiciliata presso lo Studio dei suindicato difensori in Roma, via Pinciana, n. 25;
- della società Trans Isole S.r.l., in persona del rappresentante legale pro tempore, non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 8343 del 2019, proposto dalle società Moby S.p.a. e Compagnia italiana di navigazione-CIN, 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, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio Legale Sticchi Damiani in Roma, piazza S. Lorenzo in Lucina, n. 26;

contro

l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede domicilia per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

- della società Grimaldi Euromed S.p.a., in persona del rappresentante legale pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Sciaudone e Andrea Neri ed elettivamente domiciliata presso lo Studio dei suindicato difensori in Roma, via Pinciana, n. 25;
- della società Grendi Trasporti Marittimi S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Giovanni Fabrizi, Angelo Molinaro e Ferdinando Pinto ed elettivamente domiciliata presso lo studio degli avvocati Enrico Giovanni Fabrizi e Angelo Molinaro in Roma, piazza d'Ara Coeli, n. 1;

- della società Nuova Logistica Lucianu S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Flavio Iacovone e Cristiano Chiofalo ed elettivamente domiciliata presso lo Studio dei suindicato difensori in Roma, via Pinciana, n. 25;

- della società Trans Isole S.r.l., in persona del rappresentante legale pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

quanto a tutti i ricorsi in appello meglio specificati in epigrafe

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I, 4 giugno 2019 n. 7175, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e delle società Moby S.p.a. e Compagnia italiana di navigazione, Grendi Trasporti Marittimi S.p.a., Grimaldi Euromed S.p.a. e Nuova Logistica Lucianu S.r.l. ed i documenti prodotti;

Esaminate le memorie difensive, anche di replica e gli ulteriori atti depositati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 settembre 2020 il Cons. Stefano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La presente controversia, nella sede d'appello, muove dalla sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I, 4 giugno 2019 n. 7175 con la quale è stato parzialmente accolto il ricorso (n. R.g. 6243/2018) proposto dalle società Moby S.p.a. e Compagnia italiana di navigazione nei confronti del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato n. 27432 adottato in data 28 febbraio 2018 con il quale, a conclusione del procedimento istruttorio A/487 (Trasporto marittimo di merci da e per la Sardegna), 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 (oltre a tutti gli atti presupposti o consequenziali con riferimento al predetto provvedimento sanzionatorio).

Nei confronti della suindicata sentenza di primo grado propongono appello, per ovvi opposti motivi e con tre distinti mezzi di gravame, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in poi, per brevità, l'Autorità ovvero AGCM), le società Moby e Compagnia italiana di navigazione (per quest'ultima d'ora in poi, per brevità, CIN) e la società Grendi Trasporti Marittimi S.p.a. (d'ora in

poi, per brevità, Grendi o GTM), chiedendone la riforma secondo le prospettazioni contrastanti tra di loro che qui di seguito saranno illustrate.

2. - In via preliminare e prima ancora di descrivere la vicenda fattuale, identica per i tre ricorsi in appello, in quanto tutti i gravami attengono alla medesima controversia e hanno quale bersaglio la stessa sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (n. 7175/2019), deve disporsi fin d'ora (anche per motivi di logica espositiva) la riunione degli stessi.

Va a tal proposito rammentato, in via generale e per completezza espositiva, che nel processo amministrativo, con riferimento al grado di appello, sussiste l'obbligo per il giudice di disporre la riunione degli appelli allorquando questi siano proposti avverso la stessa sentenza (art. 96, comma 1, c.p.c.), mentre in tutte le altre ipotesi la riunione dei ricorsi connessi attiene ad una scelta facoltativa e discrezionale del giudice, come si desume dalla formulazione testuale dell'art. 70 c.p.a., con la conseguenza che i provvedimenti adottati al riguardo hanno carattere meramente ordinatorio, sono privi di valenza decisoria e restano conseguentemente insindacabili in sede di gravame con l'unica eccezione del caso in cui la medesima domanda sia proposta con due distinti ricorsi dinanzi al medesimo giudice (cfr., tra le ultime, Cons. Stato, Sez. V, 24 maggio 2018 n. 3109).

Al di là dell'obbligo di riunione dei tre ricorsi in appello qui in esame, in quanto proposti nei confronti della medesima sentenza di primo grado, emerge poi, in tutta evidenza, la integrale connessione soggettiva ed oggettiva tra gli stessi, recando quali parti processuali le stesse già costituite nel giudizio di primo grado ed avendo ad oggetto la delibazione di motivi di appello dal contenuto pressoché sovrapponibile.

Deriva da quanto sopra che va disposta la riunione dei ricorsi in grado di appello nn. R.g. 8343/2019 e 8174/2019 al ricorso in grado di appello n. R.g. 8136/2019, in quanto quest'ultimo ricorso (in appello) è stato proposto in epoca antecedente rispetto ai due precedenti, perché siano tutti decisi in un unico contesto processuale e ciò sia per evidenti ragioni di economicità e speditezza dei giudizi sia al fine di prevenire la possibilità (eventuale) di un contrasto tra giudicati (cfr., ancora, Cons. Stato, Sez. IV, 7 gennaio 2013 n. 22 e 23 luglio 2012 n. 4201)

3. - Dalla documentazione versata dalle parti qui in controversia nei due gradi di giudizio con riferimento ai tre giudizi qui in decisione nonché dalla lettura della sentenza qui fatta oggetto di gravame si può ricostruire la vicenda contenziosa che ha condotto a questo giudizio in sede di appello come segue:

- il 6 aprile 2016 l'Autorità, in seguito ad alcune denunce e segnalazioni trasmesse dalle società Trans Isole S.r.l. e Nuova Logistica Lucianu S.r.l. (due società attive nel mercato della logistica) nonché dalla compagnia di navigazione marittima Grimaldi Euromed S.p.a., dava avvio ad un procedimento istruttorio (che prendeva numero A487) nei confronti delle società Moby, CIN e Onorato Armatori S.p.a., quest'ultima poi fusa per incorporazione in Moby, volto ad accertare eventuali violazioni dell'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), attuate illecitamente attraverso la frapposizione di ostacoli all'operatività dei concorrenti interessati ad operare nell'offerta di servizi di trasporto marittimo di merci da e per la Sardegna;

- le condotte oggetto delle segnalazioni consistevano nell'ingiustificato rifiuto ad accettare prenotazioni e ad imbarcare automezzi, nel recesso unilaterale dagli accordi commerciali e nel peggioramento delle condizioni economiche e commerciali applicate fino ad allora, che risultavano opposti nei confronti delle società di logistica che avevano trasferito una parte delle proprie merci

sulle navi di Grimaldi, al fine di dissuadere tutte le società di logistica operanti sul mercato sardo dall'utilizzare i servizi di tale compagnia ed ostacolarne la permanenza nel mercato;

- durante l'istruttoria l'autorità eseguiva alcuni accertamenti ispettivi presso le sedi delle società Moby, CIN e Onorato, venivano richieste informazioni a varie istituzioni (quali le Autorità portuali e le Capitanerie di Porto dei porti interessati), sentite in audizione le principali società di logistica operanti in Sardegna, oltre che tutte le parti coinvolte;

- il percorso istruttorio veniva caratterizzato anche dalla prospettazione da parte delle società Moby e CIN (in data 13 luglio 2016) di assumere impegni ai sensi dell'art. 14-ter l. 10 ottobre 1990, n. 287, ma la richiesta veniva respinta dall'Autorità con delibera del 5 agosto 2016, perché il contenuto non era ritenuto idoneo a rimuovere gli illegittimi rilievi (anti)concorrenziali contestati dall'Autorità e confermandosi la necessità di definire la procedura in corso;

- partecipava al procedimento anche la società Grendi Trasporti marittimi S.p.a., depositando un'istanza in tal senso in data 10 febbraio 2017 e segnalando come le società sottoposte alla procedura avevano messo in campo anche nei suoi confronti condotte analoghe a quelle oggetto dell'istruttoria. L'accoglimento (in data 1° marzo 2017) da parte dell'Autorità della richiesta di partecipazione avanzata dalla predetta società provocava, con atto del 14 marzo 2017, la proroga del termine di conclusione del procedimento al 31 luglio 2017;

- conseguentemente, in data 15 giugno 2017, l'Autorità trasmetteva ai soggetti interessati e coinvolti la comunicazione della risultanze istruttorie (CRI), alla quale seguivano le richieste di Moby e di CIN di una ulteriore proroga dei termini di conclusione del procedimento che venivano differiti dapprima al 30 novembre 2017 e quindi al 28 febbraio 2018;

- a conclusione del procedimento l'Autorità, con provvedimento adottato nell'adunanza del 28 febbraio 2018 (n. 27432), avendo accertato che le società Moby e CIN avevano effettivamente posto in essere un abuso di posizione dominante in violazione dell'articolo 102, lett. b), TFUE (consistente in un'unica e articolata strategia tesa all'esclusione dei concorrenti, attuali e potenziali, nei mercati rilevanti, intenzionalmente realizzata tramite un'azione di boicottaggio diretto e indiretto nei confronti delle imprese di logistica che si erano rivolte ai concorrenti, per scoraggiarle dall'avvalersi dei loro servizi di trasporto marittimo), ordinava la cessazione delle condotte illecite accertate e, contestualmente, irrogava una sanzione amministrativa pecuniaria a carico delle stesse di € 29.202.673,73;

- nei confronti del suddetto provvedimento insorgevano, dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sia Moby che CIN contestando numerose illegittimità e chiedendone l'annullamento;

- il TAR per il Lazio, con la sentenza n. 7175/2019, ha accolto parzialmente il ricorso proposto dalle suddette società, annullando il provvedimento impugnato nella parte in cui aveva calcolato e definito la sanzione da irrogarsi e trasmettendo gli atti all'Autorità al fine di quantificare *“motivatamente, in concreto e in diminuzione, (...) la percentuale del 9% delle vendite individuata dall'Autorità per la definizione dell'importo base”* sul quale calcolare la sanzione da infliggere.

4. – Come si è già più sopra riferito, nei confronti della sentenza del TAR per il Lazio n. 7175/2019 propongono ora appello sia l'Autorità che Moby e CIN nonché Grendi.

Ad avviso del Collegio, per ragioni di logica espositiva, va anzitutto esaminato l'appello proposto dalle società Moby e CIN, avendo ad oggetto la contestazione circa la correttezza della più parte

della sentenza fatta qui oggetto di appello e ritenendo che il primo giudice abbia errato a considerare illegittima la condotta posta in essere dalle medesime società.

Pare evidente dunque che, qualora dovesse affermarsi la fondatezza dei motivi di appello dedotti dalle due società con riferimento alla illegittimità del provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità nei loro confronti sotto il profilo sostanziale e, quindi, doversi manifestare immune da censure la condotta dalle stesse posta in essere nel periodo fatto oggetto di osservazione, il profilo della corretta individuazione della sanzione da irrogarsi verrebbe inesorabilmente travolto dalla illegittimità della scelta repressiva effettuata dall'Autorità.

5. – Le società Moby e CIN, con il ricorso in appello n. R.g. 8343/2019, sintetizzano anzitutto il contenuto della sentenza n. 7175/2019.

Esse rammentano (pressoché testualmente alle pagg. 4 e 5 del ricorso in appello) che il giudice di primo grado, con riferimento ai dieci motivi di censura dedotti con il ricorso introduttivo in quella sede:

- ha confermato l'impostazione fatta propria dall'Autorità nel corso del procedimento, prima e, quindi, nell'ambito del provvedimento sanzionatorio poi, attraverso la quale ha definito la nozione di "mercato rilevante" con riguardo al caso di specie e, di conseguenza, ha rilevato la "posizione dominante" delle società Moby e CIN sul detto mercato, con il che ha ritenuto infondati i motivi I e II;

- ha considerato assorbito il IV motivo di ricorso, con cui venivano censurati alcuni vizi procedurali;

- ha respinto il V motivo di ricorso, relativo alla reiezione degli impegni prospettati da Moby e CIN, con istanza del 13 luglio 2016, ai sensi dell'art. 14-ter l. 287/1990;

- ha accolto parzialmente i motivi III, VI, VII e VIII, attraverso i quali le società ricorrenti avevano denunciato la *"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"*;

- con riferimento alle condotte anticoncorrenziali imputate alle due società dall'Autorità, quindi, ha ritenuto indimostrate le conclusioni alle quali è giunta l'AGCM in tema di boicottaggio indiretto, evidenziando come il provvedimento fosse viziato per *"carenza istruttoria e motivazionale"* perché - anche alla luce della sentenza *Intel* (C-413/14 P) – per verificare l'idoneità escludente della condotta *"non ha (...) compiuto alcuna analisi"* sulle modalità di concessione degli sconti, la loro durata e il loro importo, sul tasso di copertura del mercato o sui prezzi praticati dai concorrenti. Di conseguenza, ha accolto le censure relative tanto alla astratta capacità escludente del boicottaggio indiretto quanto alla carenza motivazionale e istruttoria dell'analisi degli effetti (con accoglimento parziale dei motivi III, VI, VII e VIII;

- ha tuttavia confermato il *"boicottaggio diretto"*, la cui *"ricorrenza fattuale non è contestata e la cui astratta idoneità anticoncorrenziale è stata puntualmente e autonomamente motivata"*, con rigetto parziale dei medesimi motivi di ricorso III, VI, VII e VIII;

- non ha espressamente tenuto conto (evitando di farne un esplicito riferimento nel corpo della sentenza) del IX motivo di ricorso, relativo all'illegittimità del provvedimento sanzionatorio per mancanza di un pregiudizio ai consumatori collegabile alla condotta imputata alle due società,

sebbene abbia in sostanza recepito il nucleo della censura dichiarando che il provvedimento è *“assertivo laddove menziona il pregiudizio sofferto dai consumatori finali”*;

- ha quindi accolto il X motivo inerente alla quantificazione della sanzione (salvi alcuni profili di censura non accolti limitatamente alla durata dell'infrazione e all'elemento soggettivo).

Le valutazioni espresse dal Tribunale amministrativo regionale e sopra sintetizzate hanno determinato un riflesso significativo in termini di illegittimo calcolo della sanzione inflitta dall'Autorità con il provvedimento impugnato in primo grado, atteso che AGCM, ad avviso del giudice di prime cure:

- a) non ha adeguatamente provato il termine finale dell'asserita infrazione, per l'effetto fissandolo al gennaio 2017, *“data fino alla quale la ricorrente non contesta la permanenza della condotta”*;
- b) ha individuato un coefficiente di gravità eccessivamente elevato, alla luce dell'accoglimento parziale del ricorso;
- c) ha erroneamente applicato l'*entry fee*, non essendo integrati i presupposti delle linee guida.

Di conseguenza il Tribunale amministrativo regionale, fatta applicazione dei poteri di cui all'art. 134 c.p.a., ha rimesso gli atti all'AGCM affinché la stessa quantifichi motivatamente, in concreto e in diminuzione, il coefficiente di gravità.

6. – Le società Moby e CIN, esprimendo l'intenzione di voler gravare i capi della sentenza n. 7175/2019 rispetto ai quali sono risultate totalmente (motivi I, II e V) o parzialmente (motivi III, VI, VII, VIII e X) soccombenti ovvero rispetto ai quali il giudice di primo grado ha ritenuto di non esprimersi, assorbendo il corrispondente motivo di censura (motivo IV) e, infine, riproponendo comunque i motivi rispetto ai quali la pur favorevole valutazione del TAR si è però compendiata *“in una formulazione non completamente comprensiva e soddisfattiva delle censure dedotte nel ricorso (motivo IX)”*, propongono i seguenti motivi di riforma della sentenza di primo grado, tracciando sette traiettorie contestative:

1) Erronea identificazione dei “mercati rilevanti”. Il primo motivo di censura dedotto in primo grado aveva ad oggetto la metodologia fatta propria dall'Autorità per condurla a definire tre distinti mercati rilevanti del traffico merci da/per la Sardegna: a) Nord Sardegna-Nord Italia [NS-NI]; b) Nord Sardegna-Centro Italia [NS-CI]; c) Sud Sardegna-Centro Italia [SS-CI]. L'errore nel quale sono incorsi prima l'Autorità e quindi il giudice di primo grado si concentra in una sostanziale ed evidente *“sostituibilità fra i diversi fasci di rotte”*, facilmente dimostrabile in ragione delle seguenti considerazioni: 1) il variare dei prezzi su uno dei tre fasci di rotte comporta spostamenti di volumi e variazioni di prezzo anche su altri fasci [ad esempio, a seguito dell'entrata di Grimaldi nei mercati NS-CI (Olbia-Livorno e Olbia-Civitavecchia) e SS-CI (Cagliari-Livorno) i prezzi sulle rotte NS-NI (Genova-Olbia e Genova-Porto Torres) sono scesi di oltre il 20%]; 2) il passaggio di clienti cd. “infedeli” a Grimaldi è avvenuto nonostante quest'ultima compagnia di navigazione non detenesse per tutto il 2016 una rotta all'interno del fascio NS-NI: la loro capacità di trasferire i volumi a Grimaldi evidenzia come le rotte del fascio NS-NI fossero agevolmente sostituibili con rotte diverse; 3) la continua apertura di nuove rotte e/o variazione di rotte esistenti da parte di tutti i concorrenti mostra come fosse particolarmente agevole per qualunque operatore spostarsi da una rotta all'altra e modulare le proprie frequenze sulle base delle strategie di mercato liberamente decise, e ciò testimonia, oltre che l'assenza di barriere all'ingresso, l'impossibilità di operare una rigida segmentazione tra fasci di rotte. Da quanto appena riferito consegue che l'Autorità, *“Delimitando erroneamente i mercati rilevanti nei fasci di rotte NS-NI, NS-CI, SS-CI, l'AGCM ha:*

(i) impropriamente “enfaticizzato” la posizione di mercato di Moby/CIN, escludendo fasci di rotte come quello SS-SI su cui Grimaldi aveva una posizione molto consolidata; (ii) erroneamente concluso che determinati presunti “mercati” (in particolare il fascio NS-NI) sarebbero stati monopolizzati e non contendibili; (iii) trascurato le dinamiche concorrenziali che interessavano trasversalmente i diversi fasci di rotte e l’irresistibile espansione di Grimaldi sull’intero mercato del trasporto merci da/per la Sardegna; (iv) impropriamente postulato, in sede di analisi delle condotte, che le politiche scontistiche avrebbero dovuto operare “a compartimenti stagni”, di guisa che pur drastiche variazioni dei volumi complessivi trasportati tra la Sardegna e l’Italia continentale da parte di determinati clienti non avrebbero dovuto comportare alcun adeguamento negli sconti praticati su alcune rotte” (così, testualmente, a pag. 7 dell’atto di appello). A ciò va aggiunto che l’istruttoria e l’indagine che ne costituisce l’elemento essenziale, condotte dall’AGCM, sono state evidentemente lacunose e illegittime, laddove hanno assegnato prevalenza ai criteri delle “distanze chilometriche” e della “distanza di navigazione”, trascurando colpevolmente di considerare la ineliminabile rilevanza di altri elementi e fattori: a) del tempo di traversata; b) del livello dei noli; c) del costo del trasporto su strada; d) dei livelli di servizio concordati tra imprese di logistica e i loro clienti; e) della qualità della rete stradale. Su tutto quanto sopra il Tribunale amministrativo regionale non ha mostrato una reale inclinazione all’approfondimento, finendo per effettuare un sindacato debole sulle valutazioni espresse dall’Autorità, anche contravvenendo a quanto la più recente giurisprudenza ha stabilito con riferimento ai poteri di scrutinio assegnati al giudice amministrativo nei confronti degli atti sanzionatori adottati dalle autorità di regolazione e, in alcuni casi, ribaltando irragionevolmente sulle società ricorrenti l’onere di provare quale fosse la metodologia di individuazione del “mercato rilevante”, oltre a non avvertire l’evidente differenza, sulla questione, tra il contenuto della comunicazione delle risultanze istruttorie e il contenuto del provvedimento sanzionatorio adottato a conclusione dell’istruttoria

2) Erronea valutazione circa la sussistenza di una “posizione dominante” (oggetto della II censura dinanzi al TAR). Il giudice di primo grado, pur avendo riconosciuto che le quote di mercato riferibili alle società Moby e CIN, nei tre ritenuti mercati rilevanti, hanno mostrato “una flessione verso il basso” con innegabile “rapidità dell’erosione dell’originaria presenza di Moby/Cin sui tre fasci di rotte”, ha nondimeno ritenuto che le predette società avrebbero mantenuto “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”. Il TAR però, pur facendo espresso riferimento agli “Orientamenti comunitari” per individuare i sintomi del dominio sul mercato e riferirli alle due società, nella realtà se ne è profondamente distaccato non tenendo in considerazione proprio le spie di rilevanza segnalate dagli “Orientamenti comunitari”, quali la dinamica nel tempo delle quote e dei prezzi, l’assenza di barriere all’ingresso e l’estrema facilità per i trasportatori di cambiare armatore. Il Tribunale amministrativo, infatti, non ha affatto tenuto in considerazione le indicazioni che provengono dal paragrafo 10 degli Orientamenti, a mente del quale “la valutazione di dominanza deve essere condotta assumendo le quote di mercato non come grandezze assolute, irrelate, statiche e atemporali, secondo un approccio meccanicistico, bensì cogliendole nella loro interrelazione reciproca e mutevole nel tempo, tenendo conto delle dimensioni dei diversi player in competizione e della contendibilità del mercato” (così, testualmente, a pag. 12 dell’atto di appello), di modo che le quote di mercato non possono che rappresentare, semplicemente, un punto di partenza dell’analisi molto più complessa ed integrata dagli altri elementi sopra elencati che deve essere svolta prima di poter ritenere accertata una “posizione dominante”. Non a caso la vicenda in questione non sembra poter affatto coincidere con la tipizzazione ordinaria che la casistica restituisce quale situazione di “abuso di posizione dominante”, caratterizzata dalla condizione nella quale viene a trovarsi un operatore economico maggiore, consolidatosi in un mercato, che tenta di ostacolare o impedire l’ingresso o la crescita di un operatore minore. Al contrario, nel caso di specie, si assiste ad una

inversione dei ruoli, giacché è Grimaldi, nella relazione tra grandezza-forza-potenza, ad assumere un ruolo preminente nel mercato di riferimento rispetto alle società Moby e CIN, atteso che la prima sovrasta le seconde “*ponendosi in una scala superiore di molte volte ad esse*” (così ancora, testualmente, a pag. 13 dell’atto di appello). Anche in questo caso il TAR ha mostrato di appiattirsi acriticamente sulle valutazioni espresse dall’Autorità nel provvedimento sanzionatorio impugnato (n. 27432 del 28 febbraio 2018), non rilevando come l’arco temporale di osservazione dell’andamento delle quote di mercato, oggetto di istruttoria, è stato troppo ridotto rispetto a quello riferibile alla condotta sanzionata, con la conseguenza che il giudice di prime cure non ha segnalato la insufficiente indagine dell’Autorità che non avrebbe dovuto considerare, ai suindicati fini, solo il periodo compreso tra luglio 2015 e ottobre 2016, ma avrebbe dovuto estendere la verifica dell’andamento delle quote di mercato fino al periodo di adozione del provvedimento sanzionatorio (il 28 febbraio 2018) per possedere una rappresentazione realistica della situazione di mercato con riferimento alle due società. Inoltre il giudice di primo grado, nella sentenza qui oggetto di appello, aderisce acriticamente alla ricostruzione effettuata dall’AGCM circa il rilievo del contratto sottoscritto tra lo Stato italiano e la società CIN che si trasformerebbe, nella sua concreta applicazione, in una barriera all’ingresso di nuovi operatori né può essere condivisa una indimostrata “*portata fidelizzante*” dei marchi “Tirrenia” e “Moby”, ritenendo, al contempo, che la titolarità da parte dei *competitors* (Grimaldi in particolare) di “*marchi altrettanto famosi*” non sia rilevante;

3) Errata valutazione in merito alla sussistenza di una condizione di “boicottaggio diretto”, imputabile alle società Moby e CIN, consistente in mancati imbarchi e applicazione di condizioni economiche e commerciali asseritamente svantaggiose nei confronti dei caricatori “infedeli”, oltre all’ulteriore erronea considerazione, seppur per un limitato profilo, della sussistenza anche di un “boicottaggio indiretto”. In primo luogo va rammentato che i fenomeni che compongono il cd. boicottaggio diretto sono estremamente limitati e pienamente giustificabili con ragioni che prescindono dalla volontà di danneggiare, nel caso di specie, la compagnia Grimaldi. Infatti: a) nel periodo oggetto di istruttoria i mancati imbarchi dei caricatori cd. “infedeli” sono stati un numero estremamente irrisorio rispetto al totale dei mezzi imbarcati, oltre al fatto che negli stessi giorni in cui pochi mezzi non venivano imbarcati su una data rotta, altri mezzi dei medesimi trasportatori venivano senza problemi imbarcati dalle società Moby e CIN su altre rotte, come normalmente e fisiologicamente accade nel settore in questione; 2) molti dei mancati imbarchi sono facilmente riconducibili a vari eventi frequentemente verificabili nella prassi, quali l’arrivo in ritardo dei mezzi in porto, la mancanza di spazio in stiva e, nel caso di veicoli refrigerati, di spazi dotati di allaccio corrente, il mancato pagamento dei noli. La ragione dei mancati imbarchi è, dunque, imputabile a impedimenti oggettivi, che non hanno alcun collegamento con l’ingresso sul mercato sardo della compagnia Grimaldi. Alla stessa stregua di quanto appena chiarito va poi segnalato come anche l’asserito “peggioramento delle condizioni commerciali”, assunto dall’Autorità a elemento dimostrativo dell’abuso di posizione dominante, consistente nelle disdette “anticipate ed improvvise dai contratti” e nel non riconoscimento delle dilazioni di pagamento costituisce, al contrario di quanto capziosamente affermato dall’AGCM, un fenomeno assolutamente privo di carattere ritorsivo, anche perché, i surrichiamati comportamenti commerciali erano direttamente correlate ai volumi trasportati, così che a fronte di una loro significativa riduzione era del tutto razionale rivedere anche le condizioni applicate;

4) Mancato esame da parte del giudice di primo grado, in quanto fatto oggetto di assorbimento, del IV motivo dedotto in primo grado, ritenendolo “*relativo ad irregolarità procedurali refluenti nella valutazione del “boicottaggio indiretto” e degli effetti del provvedimento*”. Precisano le società appellanti che, in sede di primo grado, solo con il primo profilo del IV motivo di gravame esse contestavano l’imputazione da parte dell’Autorità nei loro confronti della condotta di “boicottaggio indiretto”, mentre con la restante parte del motivo denunciavano la illegittimità del

provvedimento sanzionatorio laddove addebitava alle società Moby e CIN (al paragrafo 98) la messa in campo di una “politica generalizzata” di mancato imbarco dei trasportatori cd. infedeli, ponendosi così in contrasto con la CRI che, invece, si limitava a riportare singoli episodi di mancato imbarco, tenuto conto che tale nuova contestazione sarebbe giustificata, a detta dell’AGCM, alla luce del contenuto di un solo documento che, peraltro, è emerso ad istruttoria ormai conclusa e dunque senza possibilità di consentire alcuna replica da parte delle suddette società. L’aver il giudice di primo grado considerato assorbibile l’intero IV motivo di gravame costituisce dunque una scelta erronea perché non tutta la doglianza contenuta nel motivo in questione atteneva al “boicottaggio indiretto”. A ciò si aggiunga che, sempre nel IV motivo si contestava la decisione, assunta dall’Autorità nel corso del procedimento, di ammettere alla partecipazione istruttoria la società Grendi, quando la relativa richiesta era stata presentata tardivamente rispetto all’avvio del procedimento. La richiesta di intervento di Grendi nella fase istruttoria è stata presentata dopo 10 mesi dall’avvio del procedimento e, dunque, ben oltre il termine di 30 giorni stabilito dall’art. 7 d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 e tenuto conto che la tardività dell’intervento era già stata denunciata nel corso del procedimento, tramite un’apposita istanza di autotutela indirizzata al Collegio istruttore dell’Autorità, con la quale si segnalava come (anche per orientamento giurisprudenziale) non potesse consentirsi ai terzi di intervenire *sine die* nel procedimento amministrativo, che però veniva irragionevolmente respinta, con conseguente e inevitabilmente aggravio del procedimento;

5) Errata valutazione di infondatezza del V motivo di ricorso, proposto in primo grado, relativo alla illegittima reiezione, da parte di AGCM, della proposta di assunzione di impegni ai sensi dell’art. 14 l. 287/1990 formulata dalle società Moby e CIN. Nel corso del procedimento istruttorio, poi sfociato nell’adozione del provvedimento sanzionatorio impugnato in primo grado, le surrichiamate società avevano proposto all’Autorità di accettare l’adozione dei seguenti impegni “mitigativi”: a) la garanzia degli imbarchi di tutti i trasportatori attivi sulle rotte oggetto del procedimento, a condizioni predeterminate e non discriminatorie (respinto perché considerato “non monitorabile”); b) non revocare gli accordi commerciali in essere sulle rotte interessate dall’istruttoria né a recedere dagli stessi, se non in ipotesi tassative (ritenuto inidoneo idoneo a rimuovere i profili di criticità, perché non vietava la revoca o il recesso qualora i trasportatori avessero ridotto drasticamente i volumi trasportati); c) inviare all’AGCM un *Report* semestrale per monitorare l’attuazione degli impegni. Tuttavia la proposta era irragionevolmente respinta dall’AGCM che, rivendicando il proprio “*interesse all’accertamento dell’infrazione*”, ha preferito considerare le misure sopra descritte inidonee, con ciò adducendo motivazioni del tutto illogiche ed infondate. Erra, anche in questo caso, la decisione del giudice di prime cure nella parte in cui acriticamente considera legittima la scelta di respingere la proposta proveniente dalla due società atteso che, seppure è vero che l’AGCM gode in materia di ampia discrezionalità, ciò tuttavia non può determinare valutazioni arbitrarie delle proposte provenienti da soggetti sottoposti alla procedura di vigilanza da parte dell’Autorità, escludendo ogni adeguata motivazione dalla scelta di non accogliere la proposta di introdurre interventi mitigativi, onde escludere o, quantomeno, ridurre, la portata della sanzione da infliggersi;

6) Errore nella manifestazione meramente assertiva, contenuta nel provvedimento sanzionatorio impugnato, circa la indimostrata provocazione di un pregiudizio ai consumatori. Con il IX motivo di appello dedotto in primo grado, Moby e CIN avevano inteso dimostrare che le condotte illegittime loro ascritte non avevano affatto provocato un pregiudizio economico ai consumatori, rispetto ai quali, al contrario, detti comportamenti avevano arrecato un beneficio avendo concorso a una drastica riduzione dei prezzi in tutti i mercati rilevanti, dovuta sia ai prezzi estremamente bassi praticati da Grimaldi che all’abbassamento dei prezzi fissati da Moby e da CIN, anche attraverso gli sconti praticati in risposta alla pressione competitiva di Grimaldi;

7) Erroneamente, infine, il giudice di primo grado ha ritenuto di non accogliere, parzialmente, il X motivo di ricorso con il quale si contestava la rilevanza, ai fini della quantificazione della sanzione, della durata del comportamento contestato e la sussistenza dell'elemento soggettivo limitatamente alla durata dell'infrazione. Detta censura nella sede di appello viene espressamente formulata dalle società Moby e CIN in via residuale e subordinata all'eventuale reiezione dei precedenti motivi di appello, invitando il giudice di secondo grado, nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 134 c.p.a., a prevedere una riduzione della sanzione a un "importo simbolico" o, comunque, "minimo". In particolare le società appellanti sottolineano come la nella sentenza di primo grado il TAR ha erroneamente affermato che *"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"*. Il primo giudice più correttamente, invece, avrebbe dovuto accertare la circostanza in virtù della quale, come emerge dalla lettura degli atti del fascicolo istruttorio, le condotte imputate alle due società dovessero ritenersi *"cessate già nel febbraio 2016"*, in quanto le evidenze del ridetto fascicolo si riferivano esclusivamente a quel periodo. Il successivo riferimento effettuato nel corso dell'istruttoria dalle due società al mese di gennaio del 2017 era esclusivamente volto a fornire la prova negativa della ripresa di volumi significativi di imbarchi da parte dei caricatori "infedeli". In ragione di ciò non corrisponde dunque al vero che fino a tale data *"la ricorrente non contesta la permanenza della condotta"*, e pertanto la sanzione andrà ricalcolata, considerando, al più, solo il *"periodo settembre 2015-inizio febbraio 2016"*.

8. – Nel ricorso in appello n. R.g. 8343/2019 si è costituita in giudizio l'Autorità ribadendo la legittimità (integrale) del provvedimento sanzionatorio impugnato in primo grado e confermando la puntualità e la correttezza dell'istruttoria svolta nonché la congruità e proporzionalità della sanzione inflitta. Per converso l'Autorità ha contestato analiticamente la fondatezza dei dedotti motivi di appello chiedendo la reiezione del gravame proposto, tenuto conto che la medesima Autorità ha proposto anch'essa appello contro la sentenza n. 7175/2019 del TAR per il Lazio e che la stessa ne ha chiesto la parziale riforma nella parte in cui il primo giudice ha dichiarato parzialmente illegittimo il provvedimento sanzionatorio n. 27432 adottato in data 28 febbraio 2018. Analoga posizione ha assunto la Grendi, anch'essa proponente di un ricorso in appello autonomo.

Nel medesimo giudizio si sono costituite anche le società Grimaldi e Nuova Logistica Lucianu S.r.l. chiedendo anche loro che fosse respinto l'appello proposto da Moby e da CIN, tenuto conto della correttezza dell'approccio fatto proprio dal giudice di prime cure.

Le parti hanno presentato ulteriori memorie, anche di replica, confermando le conclusioni già rassegnate nei precedenti atti processuali.

9. – Con il primo motivo di appello le società Moby e CIN, riproducendo sostanzialmente il I motivo di ricorso di primo grado, hanno censurato il metodo di valutazione che ha condotto l'AGCM alla definizione di tre distinti mercati rilevanti del traffico merci da/per la Sardegna (Nord Sardegna - Nord Italia [NS-NI]; Nord Sardegna - Centro Italia [NS-CI]; Sud Sardegna - Centro Italia [SS-CI]). In particolare le società odierne appellanti sostengono che l'Autorità abbia preteso di far dipendere la individuazione del mercato (*rectius*, area di operatività dell'abuso) ove si sarebbe espresso il contestato abuso di dominanza, vale a dire nell'ambito dei tre fasci di rotte tra Sardegna e Italia continentale sopra specificati, ponendo alla base di detta qualificazione un'analisi incompleta in punto di sostituibilità dei prodotti, valutata alla luce di un solo parametro, consistente nella distanza chilometrica tra bacini di utenza serviti e porti e distanza di navigazione, anziché alla luce degli ulteriori criteri pure indicati nell'atto di comunicazione della risultanze istruttorie (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.

Sul punto la sentenza qui oggetto di appello ha ritenuto corretto l'approccio messo in campo dall'Autorità, segnalando in particolare che, comunque, la contestazione per come formulata non può essere condivisa in quanto, anche per orientamento giurisprudenziale costante, *“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”* (così, testualmente, a pag. 15 della sentenza qui oggetto di appello).

Va premesso, in via generale, che (come è stato ribadito di recente dalla Sezione, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 marzo 2020 n. 1832) la definizione del mercato, sotto il profilo merceologico e geografico, è necessaria per individuare l'ambito nel quale le imprese interessate sono in concorrenza tra loro e le pressioni concorrenziali alle quali le stesse sono sottoposte, in termini di sostituibilità dell'offerta, sostituibilità della domanda e concorrenza potenziale.

Deve, peraltro, osservarsi che gli artt. 2 e 3 l. 287/1990 non richiedono esplicitamente che venga individuato un mercato rilevante nella valutazione concorrenziale di un'intesa o di un presunto abuso di posizione dominante. In entrambi i casi, le norme fanno riferimento alle restrizioni della concorrenza *“all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante”*. Tuttavia, come è stato autorevolmente osservato, tale inciso attiene più propriamente all'individuazione dell'ambito di applicabilità della legge (nel senso che ne sono escluse quelle fattispecie i cui effetti travalicano i confini nazionali e quelle di importanza trascurabile).

L'esigenza di individuare un mercato rilevante si pone, nondimeno, quale presupposto indefettibile per determinare se la condotta indagata abbia la capacità di alterare *“in maniera consistente il gioco della concorrenza”* e, nel caso specifico di cui all'art. 3 l. 287/1990, al fine di accertare l'esistenza di una posizione dominante e le eventuali caratteristiche abusive di un determinato comportamento. Ne deriva che l'identificazione di un mercato di riferimento è funzionale alla stessa individuazione delle restrizioni della concorrenza vietate dagli articoli 2 e 3 della surrichiamata legge.

In altri termini, l'individuazione del mercato rilevante va correttamente intesa non come un fine a sé stante, ma come una delle fasi funzionali alla valutazione sotto il profilo concorrenziale della fattispecie. Non è, dunque, corretto un metodo volto a ricercare una definizione assoluta della nozione, dal momento che questa assume un significato relativo, in funzione della specifica indagine che viene in considerazione in rapporto al comportamento che si assume illecito.

In base a tale approccio, l'individuazione del mercato rilevante non è che il passo che precede l'analisi delle condizioni strutturali (ad esempio quote di mercato, grado di concentrazione) del mercato e delle altre informazioni disponibili per valutare se ci sia il rischio di comportamenti anticoncorrenziali o se, specie nei casi di abuso di posizione dominante, tali comportamenti siano stati realizzati.

Al riguardo, è significativa la definizione basilare, rispetto alla quale sono stati poi elaborati i criteri tecnici per la perimetrazione concreta, che individua il mercato rilevante come il più piccolo contesto (in termini di prodotti e di area geografica) in cui, se si creassero condizioni di monopolio, il monopolista potrebbe profittevolmente fissare un prezzo significativamente superiore a quello concorrenziale e mantenerlo per un certo periodo di tempo.

10. – Fermo quanto sopra, in argomento, va rammentato che la nozione di mercato rilevante - vale a dire di scenario territoriale, tendenzialmente omogeneo quanto a domanda e offerta in questione, dove si svolge il rapporto di concorrenza - implica un accertamento in fatto sia in relazione al

prodotto, sia per area geografica, cui segue l'applicazione, ai fatti accertati, delle norme in tema di mercato rilevante o parametri su di esso, da intendere alla stregua dalla giurisprudenza sia nazionale che eurounitaria (cfr. Cass., Sez. I, 13 febbraio 2009 n. 3638 e Cons. Stato, Sez. VI, 13 maggio 2011 n. 2925).

Da tempo la Sezione (cfr., tra le molte, Cons. Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2016 n. 4266) ha chiarito che il sindacato di questo giudice sui provvedimenti dell'AGCM si estende pure a quei profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne la legittimità. Ove questi includano valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità (com'è per la definizione di mercato rilevante), lo scrutinio di legittimità s'invera in un controllo di logicità, coerenza e ragionevolezza di tale giudizio e nella verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità. Ma la plausibilità di tale definizione e la relativa congruenza della misura cautelare da assumere non si pongono in contrasto con la giurisprudenza della Sezione o delle Corti europee. Per vero, l'individuazione del mercato rilevante, che identifica e delimita il contesto socioeconomico in cui opera l'impresa coinvolta nel procedimento innanzi all'AGCM, è riservata ad essa e, di massima, questo Giudice non vi si può sostituire, salvo che l'operato dell'Autorità presenti vizi di travisamento dei fatti, vizi logici e vizi di violazione di legge (cfr., tra le molte, Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2020 n. 1547 e 11 luglio 2016 n. 3047).

Sul punto anche le Sezioni unite della Corte di cassazione (cfr., Cass., Sez. un., 20 gennaio 2014 n. 1013) hanno avuto modo di affermare che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia 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 - come ad esempio nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza o di abusi di posizione dominante - 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.

Il giudice amministrativo, in relazione ai provvedimenti dell'AGCM esercita, dunque, un sindacato di legittimità che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'Autorità risulti immune da travisamenti e vizi logici e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate.

Laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'AGCM nella definizione del mercato rilevante se questa sia attendibile secondo la scienza economica e immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici e da vizi di violazione di legge (cfr. in tal senso, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2014 n. 3032, 13 maggio 2011 n. 2925; 9 febbraio 2011 n. 896 e 2 marzo 2004 n. 926).

11. - Ciò affermato in via generale e applicando i suindicati criteri di scrutinio al caso di specie, non pare al Collegio che la metodologia utilizzata, nel concreto, dall'Autorità nella individuazione del mercato rilevante fuoriesca dai parametri di logicità e coerenza più sopra tratteggiati in linea teorica.

Al paragrafo III del provvedimento sanzionatorio impugnato, illustrando le risultanze istruttorie e specificando quale sia stata l'attività istruttoria e preistruttoria svolta dagli uffici, l'Autorità ha

chiarito quali siano stati i criteri metodologici che l'hanno condotta alla individuazione del "mercato rilevante", attraverso:

A) la individuazione e la descrizione delle rotte con riferimento alle quali è distribuito il mercato del trasporto marittimo di merci tra la Sardegna e l'Italia continentale (III.2.2.1), tenendo conto sia della caratterizzazione dei flussi in termini di stagionalità, legata all'aumento di domanda del servizio in alcuni determinati periodi dell'anno, specialmente nei mesi estivi e nelle settimane di festa, sia della ulteriore significativa circostanza per cui la quasi totalità degli scambi commerciali da e per la Sardegna avvengono via mare, di talché i servizi di trasporto marittimo, e, conseguentemente, anche il complesso di infrastrutture stradali e portuali su cui esso si fonda, rappresentano un elemento fondamentale nell'ambito dell'economia di tale regione insulare (punto 38);

B) la definizione dell'offerta di servizi di trasporto marittimo di merci tra la Sardegna e l'Italia continentale (III.2.2), caratterizzata dalla presenza sul mercato del trasporto marittimo sopra indicato della società CIN (detta società, che ha acquisito da Tirrenia di Navigazione S.p.a. il ramo d'azienda relativo alla fornitura del servizio di trasporto marittimo di passeggeri e merci tra l'Italia continentale e le isole maggiori e minori, opera con il *brand* Tirrenia e è titolare del servizio pubblico che garantisce la continuità territoriale tra la Sardegna, la Sicilia, le Isole Tremiti e la Penisola) e della società Moby (società di trasporto marittimo attiva sulle rotte tra l'Italia Continentale e la Sardegna, la Corsica e l'isola d'Elba che, al momento dell'avvio del procedimento istruttorio, faceva capo alla società Onorato Armatori S.p.a. insieme con CIN e che in seguito alla riorganizzazione della struttura del gruppo Onorato, avvenuta nel maggio 2016, ha visto la Onorato Armatori fondersi per incorporazione in Moby S.p.a., operazione che ha condotto Moby a controllare il 100% del capitale di CIN), ma anche altre compagnie quali la Grimaldi e altri tre "operatori minori" (marginalmente attivi nel trasporto marittimo da e per la Sardegna, ciascuno su una singola rotta): la Grandi Navi Veloci S.p.a. (che opera esclusivamente nel periodo estivo sulla rotta Porto Torres-Genova), la Forship S.p.a. (operativa con il marchio "Sardinia Ferries", attiva solo sulla rotta Golfo Aranci-Livorno); la società Grendi (attiva fino al 23 aprile 2016 sulla rotta Cagliari-Vado Ligure e, in seguito, sulla rotta Cagliari-Marina di Carrara);

C) la descrizione della domanda di servizi di trasporto marittimo di merci da e per la Sardegna, costituita da un ampio numero di imprese logistiche e comunque caratterizzata dalla circostanza che una quota di rilievo dei volumi conferiti con regolarità alle compagnie di trasporto marittimo è appannaggio di un ristretto numero di società e gruppi logistici, prevalentemente con base principale in Sardegna;

D) la precisazione che le società di logistica scelgono preferibilmente, al fine di minimizzare i propri costi, il collegamento stradale più idoneo all'imbarco del proprio carico, in termini di distanza e di caratteristiche qualitative del percorso, a seconda del punto di partenza e di destinazione delle merci. Ciò vale anche ove il carico si componga di merci ritirate presso diversi punti di ritiro (c.d. carico di collettame). Tale precisazione assume un assoluto rilievo laddove si consideri che la distanza tra le località di ritiro/consegna delle merci e i porti di partenza/arrivo nonché la qualità delle infrastrutture stradali costituiscono componenti fondamentali nella formazione dei costi sostenuti dalle imprese di logistica (così ai punti 50 e 51). A ciò si aggiunga che tali "elementi incidono in maniera diretta sui costi operativi da esse sostenuti per svolgere l'attività di trasporto su strada (carburante, costo del personale, costo dei pedaggi, manutenzione dei veicoli, etc.), i quali, a loro volta, costituiscono la porzione più consistente del costo complessivo del servizio offerto ai committenti. Il costo del servizio di trasporto su strada, secondo quanto emerge dai documenti acquisiti agli atti, sarebbe stimabile in media in 1 euro/km (...)" (così, testualmente, al punto 51 del provvedimento sanzionatorio impugnato);

E) l'analisi, dopo avere chiarito che l'area geografica di operatività delle società di logistica influisce sui porti ai quali esse fanno riferimento, delle distanze chilometriche tra i principali centri dell'isola e i porti della Sardegna, considerando che, in ragione di dette distanze, il bacino di utenza dei servizi di trasporto merci del Nord Sardegna si rivolge prevalentemente ai porti di Porto Torres e Olbia, mentre il bacino di utenza dei servizi logistici del Sud Sardegna è principalmente servito dal porto di Cagliari. All'analisi delle distanze chilometriche dei centri isolani con le aree di ubicazione dei porti si è aggiunta l'analisi dei collegamenti di trasporto marittimo di merci tra la Sardegna e l'Italia continentale, all'esito della quale è emerso che i collegamenti interessano i porti di quattro regioni che si affacciano sul mar Tirreno: a) la Liguria (con i porti di Genova e Vado Ligure); b) la Toscana (con i porti di Marina di Carrara, Livorno, Piombino); c) il Lazio (con il porto di Civitavecchia); d) la Campania (con i porti di Napoli e Salerno). Un terzo profilo di analisi ha avuto ad oggetto le distanze chilometriche dei porti di interesse nell'Italia continentale con alcune delle principali città della penisola, in particolare le città di Genova, Torino, Milano, Venezia, Treviso, Vicenza, Verona, Brescia, Firenze, Parma, Modena, Bologna, Perugia, Roma, Napoli e Salerno;

F) la riflessione (punto 57) per cui le società di logistica, operando contemporaneamente su diversi bacini di utenza (in base alla collocazione e all'attività dei loro committenti), *“hanno necessità di fare affidamento sui collegamenti marittimi offerti da porti diversi e, dunque, di poter disporre di una gamma di rotte ampia e diversificata (...) Tuttavia, dato il bacino di partenza e di arrivo della merce, le società di logistica fanno riferimento al/i porto/i ad esso più vicino/i, e scelgono la rotta della quale avvalersi, tra quelle ivi presenti, in base alle opzioni di trasporto marittimo disponibili, in termini di durata della traversata, di orari di partenza, di frequenze e di costo del nolo, sulla base dei richiamati criteri di economicità ed efficienza”* (punto 58);

G) la concorrenza di ulteriori fattori o elementi da considerare quali la tipologia di commessa ottenuta (e quindi la tipologia di merci da trasportare, anche con riferimento ai tempi di consegna condizionati dalle caratteristiche intrinseche o di utilizzo della merce), i tempi medi di navigazione, sia tenendo conto delle rotte percorribili sia nella consapevolezza che *“esistono rotte che possiedono caratteristiche simili, in quanto, servendo i medesimi bacini di utenza in partenza e in arrivo, forniscono servizi di trasporto con durata simile, soddisfacendo, così, le esigenze della domanda rappresentata dagli operatori della logistica in maniera analoga”* e che, al contrario *“le rotte che servono bacini di utenza diversi e/o hanno durata di navigazione diversa non sono in grado di soddisfare nello stesso modo le esigenze della domanda”* (punto 62) nonché le rotte attive nel periodo di osservazione (tra settembre 2015 e gennaio 2017) nelle quali si inseriscono i comportamenti segnalati e che hanno dato luogo all'iniziativa istruttoria e di vigilanza da parte dell'Autorità (punto 64).

In virtù degli elementi e fattori sopra richiamati l'Autorità è giunta, quindi, ad individuare i mercati rilevanti individuati ai fini del procedimento istruttorio nei tre (noti) fasci di rotte, composti da singole rotte tra loro sostituibili, che coincidono con i seguenti:

- 1) il fascio di rotte che va dal Nord-Sardegna al Nord-Italia (“NS-NI”), costituito dalle rotte Olbia-Genova (e viceversa), Porto Torres-Genova (e viceversa) e Porto Torres-Savona (e viceversa);
- 2) il fascio di rotte che va dal Nord Sardegna al Centro Italia (“NS-CI”), che comprende le rotte Olbia-Civitavecchia (e viceversa), Olbia-Livorno (e viceversa), Olbia-Piombino (e viceversa), Golfo Aranci-Livorno (e viceversa), Porto Torres-Civitavecchia (e viceversa);

3) il fascio di rotte che collega il Sud-Sardegna verso il Centro-Italia (“SS-CI”), nel quale sono incluse le rotte Cagliari-Civitavecchia (e viceversa), Cagliari-Livorno (e viceversa), Cagliari-Marina di Carrara (e viceversa).

12. – Quando, dunque, l’Autorità (al paragrafo 160) individua i mercati rilevanti oggetto del suo esame nei tre fasci di rotte sopra elencati, richiamando espressamente, quali criteri di individuazione, i collegamenti statisticamente più utilizzati e lo specifico bacino di utenza, esplicitando analiticamente le ragioni di non condivisione delle critiche che, nel corso del procedimento, sono pervenute dalle società partecipanti all’istruttoria alla metodologia fatta propria dall’Autorità per individuare il “mercato rilevante” e che non sono condivisibili, secondo le valutazioni effettuate sul punto dall’AGCM, il ragionamento sviluppato dall’Autorità si presenta, ad avviso del Collegio, scevro da quegli elementi patologici di illogicità, irragionevolezza, inadeguatezza istruttoria e illegittimità, che condurrebbero il giudice amministrativo a “bocciare” il metodo di indagine abbracciato dall’Autorità medesima.

Viceversa, nel caso in esame, tutti i parametri interpretativi, tracciati e definiti dalla giurisprudenza, anche eurolunitaria, in materia di percorso valutativo corretto per giungere alla definizione di “mercato rilevante” nel diritto dell’*antitrust*, appaiono ben seguiti dall’AGCM.

Non appare opportuno, per non appesantire la motivazione della presente decisione, elencare nuovamente o ulteriormente, oltre quanto si è fatto più sopra e le parti hanno potuto sviluppare nelle numerosissime pagine degli atti processuali (dando mostra di conoscere puntualmente il quadro giurisprudenziale nazionale e unionale che si è formato in materia) e tenendo conto di quanto già segnalato nella sentenza qui oggetto di appello, il perimetro giurisprudenziale nel quale vengono solitamente collocati i criteri di individuazione nel diritto dell’*antitrust* della nozione di “mercato rilevante”.

Ciò che emerge dall’indagine qui svolta sulla conduzione della fase istruttoria da parte dell’Autorità e sui risultati del procedimento svolto, coagulati nella parte motiva del provvedimento sanzionatorio impugnato, è una rappresentazione puntuale degli elementi di approfondimento tenuti in considerazione ai fini della individuazione del “mercato rilevante” da utilizzare per tutto l’arco temporale di osservazione della condotta assunta dalle società oggi appellanti, arricchita da una diffusa esplicitazione delle ragioni che hanno condotto l’Autorità a formulare le conclusioni (in argomento) contenute nel provvedimento sanzionatorio (n. 27432 adottato in data 28 febbraio 2018), non limitandosi a asserire concetti e conseguenze, ma confrontando costantemente i risultati dell’indagine effettuata nel corso del procedimento, anche alla luce delle dichiarazioni rese dai soggetti ascoltati e delle contestazioni critiche mosse al suo operato fin dalle fasi istruttoria, con puntuale rilevazione dei motivi che inducevano l’Autorità medesima a convincersi sempre di più della correttezza del proprio approccio metodologico.

Quanto sopra esclude dunque che possa avere fondatezza il primo motivo di appello dedotto.

13. – Con il secondo motivo di appello Moby e CIN sostengono che il giudice di primo grado abbia errato nel non ritenere accoglibile il II motivo di ricorso dedotto in primo grado, con il quale veniva contestata la modalità con la quale l’Autorità aveva considerato le due società in “posizione dominante” nel mercato di riferimento. In particolare con le società avevano contestato la circostanza per la quale il TAR per il Lazio, sebbene avesse riconosciuto che le quote di mercato riferibili alle società Moby e CIN, nei tre ritenuti mercati rilevanti (i tre fasci di rotte sopra indicati), avevano mostrato “una flessione verso il basso” con innegabile “rapidità dell’erosione dell’originaria presenza di Moby/Cin sui tre fasci di rotte”, ha nondimeno ritenuto che le predette società avrebbero mantenuto “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”.

In primo luogo va rammentato che, come si è già accennato (più sopra), la determinazione del mercato rilevante svolge una funzione diversa a seconda che si faccia questione di abuso di posizione dominante ovvero di intesa restrittiva della concorrente.

In materia di abuso di posizione dominante, infatti, in linea di principio, la definizione del mercato rilevante costituisce un presupposto per valutare l'eventuale esistenza di una posizione dominante, dovendosi definire il perimetro all'interno del quale esaminare la questione se l'impresa sia in grado di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e dei consumatori (cfr., tra le ultime, Corte giust. U.E., 30 gennaio 2020, in causa C-307/18, Generics (UK) Ltd).

In secondo luogo va poi precisato che una posizione dominante è ravvisabile quando l'impresa, grazie al suo potere di mercato, può attuare pratiche ed ottenere benefici che non potrebbe conseguire in un contesto competitivo (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 1832/2020 cit.).

In terzo luogo va poi riferito che la sussistenza di una posizione di dominio sul mercato non è di per sé illecita o censurabile; ciò che è vietato è l'abuso di tale posizione (cfr. Commissione Europea, Casi AT. 40220 Qualcomm, premi di esclusiva; AT. 39711 Qualcomm, comportamento predatorio; su cui, cfr. la sentenza del Tribunale (Seconda Sezione) del 9 aprile 2019 Qualcomm, Inc. e Qualcomm Europe, Inc. contro Commissione europea). In questo senso è stato evidenziato che l'impresa, acquisita una posizione di dominanza, assume una sorta di speciale responsabilità, dovendo adoperarsi per non incidere, distorcendola, sulla libera competizione del relativo mercato di riferimento (cfr. Corte giust., 9 novembre 1983, Nederlandsche Banden - Industrie Michelin NV, C-322/81).

Tale assunto comporta, di fatto, una limitazione della libertà economica dell'impresa dominante, tra cui rientra quello di fissare il prezzo di vendita di un prodotto. Per tale ragione, come appare evidente, le condotte potenzialmente abusive devono essere attentamente verificate alla stregua del principio di proporzionalità, dovendosi scongiurare che l'intervento dell'Autorità possa, in ipotesi, costituire un deterrente allo sviluppo di nuovi prodotti, o tecniche commerciali, suscettibili di rappresentare un beneficio per i consumatori.

Nel corso del primo grado di giudizio Moby e CIN avevano tentato di provare, secondo un percorso già seguito durante il procedimento avviato nei loro confronti dall'Autorità, anche attraverso una relazione tecnico economica depositata in quella sede, che *“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”* (così, testualmente, alle pagg. 17 e 18 della sentenza qui oggetto di appello).

Nella parte iniziale del provvedimento impugnato, nell'elencare i dati acquisiti all'avvio dell'istruttoria, l'Autorità, prendendo come punto di riferimento l'anno 2016 (anno in cui giunsero in Autorità le tre denunce di Trans Isole, Nuova Logistica Lucianu e Grimaldi), aveva illustrato i

seguenti volumi d'affare con riguardo alle società interessate alla vicenda per la quale è qui contenzioso: a) il gruppo Moby/CIN aveva realizzato (in quell'anno) un fatturato consolidato a livello mondiale pari a circa 538 milioni di euro; b) la società Trans Isole S.r.l. (società attiva nel settore del trasporto e spedizione di merci terrestri, nazionale e internazionale da e per la Sardegna e la Sicilia, del trasporto speciale ed eccezionale di merci pericolose nonché del trasporto intermodale marittimo) aveva realizzato in Italia un fatturato di circa 43 milioni di euro; c) la Nuova Logistica Lucianu S.r.l. (società attiva da più trenta anni nel settore delle spedizioni e del trasporto di merci da e per la Sardegna) aveva realizzato in Italia un fatturato pari a circa 21 milioni di euro; d) il gruppo Grimaldi (che offre dalla metà degli anni novanta servizi di trasporto di passeggeri e di merci, sia nell'ambito del cabotaggio, con rotte che collegano l'Italia continentale con la Sicilia e la Sardegna, sia con rotte internazionali che collegano l'Italia, la Grecia, la Spagna, la Tunisia, il Marocco, la Libia, Malta e il Montenegro) presentava un fatturato consolidato pari circa a 1.167 milioni di euro; la Grendi (impresa specializzata, a livello nazionale, nel trasporto marittimo tramite *container* e semirimorchi, capace di offrire collegamenti tra l'Italia continentale e la Sardegna fin dagli anni cinquanta, operando nel trasporto di merci anche, seppure in modo molto limitato, in veste di spedizioniere), aveva realizzato un fatturato pari circa a 29 milioni di euro.

14. - Nel riferire circa l'offerta di servizi di trasporto marittimo di merci tra la Sardegna e l'Italia continentale (paragrafo III.2.2) l'Autorità puntualizza che assume importanza differenziare tra le imprese che, come CIN, hanno una convenzione con lo Stato italiano per garantire la continuità territoriale tra la penisola e la Sardegna, da quelle che, invece, operano in regime di libero mercato

CIN, infatti, è titolare di una Convenzione stipulata nel 2012 con lo Stato italiano, che prevede a favore dell'impresa una compensazione per oneri di servizio pubblico pari a circa 72,7 milioni di euro annui, relativa ai servizi di collegamento marittimo tra l'Italia continentale e alcune isole (Sardegna, Sicilia e Tremiti). Detta Convenzione altresì prevede, all'art. 9, la c.d. clausola di salvaguardia ovvero la possibilità per CIN di richiedere un riequilibrio economico e finanziario qualora si verificassero scostamenti di carattere strutturale, in eccesso o in difetto, superiori al 3%, derivanti dai ricavi delle attività svolte in Convenzione. Di tale meccanismo di riequilibrio CIN ha beneficiato nel 2014, quando ha ridotto il numero di rotte e le frequenze mantenendo la medesima compensazione per oneri di servizio pubblico.

In aggiunta a tali servizi obbligatori, CIN può liberamente aumentare l'offerta di trasporto, incrementando le proprie frequenze sulle altre rotte da e per la Sardegna.

La Convenzione prevede, inoltre, la sospensione dei vincoli derivanti dagli obblighi di servizio pubblico nei periodi estivi o festivi sulle rotte Civitavecchia-Olbia (e viceversa) e Genova-Porto Torres (e viceversa). Esse sono, infatti, ritenute - limitatamente a tali periodi - pienamente redditizie e non sono, quindi, soggette agli obblighi di servizio pubblico, né a limitazioni tariffarie né a vincoli regolamentari. Ciò consente a CIN di praticare prezzi maggiormente orientati al mercato e, dunque, eventualmente superiori ai tetti tariffari previsti nella Convenzione.

Le altre compagnie attive sulle rotte da e per la Sardegna operano in un regime di libero mercato.

Durante il procedimento Moby e CIN, nel contestare la rilevata posizione dominante nel mercato di riferimento attribuita dall'Autorità alle predette società, hanno ricordato come la titolarità della suindicata Convenzione stipulata da CIN con lo Stato italiano relativamente agli obblighi di servizio pubblico, non potrebbe costituire un elemento valido per attribuire una posizione dominante a Moby e a CIN, atteso che la Convenzione non costituirebbe un vantaggio competitivo, bensì un aggravio economico. A ciò va aggiunto, a detta delle società, che i marchi "Moby" e "Tirrenia" non sarebbero (affatto) dotati di un potere trainante idoneo ad erigere una barriera all'entrata di nuovi

concorrenti. Al contrario, secondo Moby/CIN, uno studio condotto al riguardo (allegato alle memorie finali dalle due società) mostrerebbe che tali marchi non godono di popolarità tra i passeggeri rispetto a quelli dei concorrenti.

In ragione di quanto sopra le due società ribadiscono che l'intero procedimento, ispirato anche da Grimaldi, costituisce esso stesso uno strumento per consentire a quest'ultima compagnia di navigazione di acquisire un ingiusto vantaggio commerciale a danno delle società Moby e CIN.

All'opposto Grimaldi, nel corso dell'istruttoria, ha sostenuto che la Convenzione rappresenta per Moby e CIN un importante vantaggio competitivo in virtù dei sussidi statali corrisposti e che il valore trainante dei marchi "Tirrenia" e "Moby" è effettivamente sussistente. In particolare, con riferimento alla Convenzione, Grimaldi ricorda come *"essa contenga meccanismi diretti a garantire il riequilibrio economico e finanziario della gestione e come, per molte rotte, gli obblighi di servizio pubblico sussistano solo per la stagione invernale, consentendo a Moby/CIN profitti liberi da vincoli tariffari durante i periodi di alta domanda"* (così al punto 146).

Sempre sul tema della individuazione della "posizione dominante", le società Moby e CIN hanno affermato che non sussistono elementi dai quali si possa trarre l'esistenza di una loro posizione dominante sui mercati rilevanti individuati. Ciò in quanto si è assistito nel corso degli ultimi anni ad rapida riduzione delle quote di mercato di Moby e CIN, passate, secondo le stime delle società (suffragate da relazioni depositate nel corso dell'istruttoria): a) da circa il 90-100% nel 2015 a circa il 70-80% nel 2016, sul fascio di rotte Nord Sardegna-Centro Italia; b) dal 90-100% nel 2015 al 50-60% nel 2016, sul fascio di rotte Sud Sardegna-Centro Italia; c) e restando sostanzialmente immutate (dal 90-100% nel 2015 al 90-100% nel 2016) solo sul fascio Nord Sardegna-Nord Italia. Sicché, complessivamente, la quota totalmente detenuta nel mercato sardo da Moby e da CIN è diminuita di un ammontare stimabile tra un terzo e un quarto del valore iniziale.

Da tali riscontri documentali, ad avviso delle società Moby e CIN, l'Autorità avrebbe dovuto concludere con l'esclusione della riconducibilità a posizione dominante della presenza delle due società nel mercato di riferimento, in quanto *"un'impresa che non è in grado di mantenere sostanzialmente la propria quota di mercato a fronte di una pressione competitiva da parte di un nuovo entrante, non può essere considerata dominante"* (così, testualmente, al punto 143). Peraltro con un decremento realizzatosi in un arco temporale molto breve.

15. – L'Autorità, nel provvedimento sanzionatorio adottato (per come anche il giudice di primo grado ha sottolineato a pag. 19 e seguenti della sentenza qui oggetto di appello), ha rilevato che le quote di mercato detenute dalle società Moby e CIN, sui tre fasci di rotte indicati quale "mercato rilevante", 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 alle due società sul fascio di rotta Nord Sardegna-Nord Italia è rimasta stabile al valore del 90/100%, mentre le quote di mercato riferibili ai medesimi operatori sui fasci di rotte Nord Sardegna-Centro Italia e Sud Sardegna-Centro Italia sono passate da un'identica misura iniziale del 90/100% ad una medesima quota finale del 60/70%.

Ne deriva che *"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"* (così ancora, testualmente, a pag. 19 della sentenza qui oggetto di appello).

Infatti l'orientamento comunitario è nel senso di affermare che la nozione di “posizione dominante” non può essere interpretata nel senso di “*posizione di mercato inespugnabile*” e che dunque variazioni della quota di mercato in senso negativo (e persino una redditività pari a zero, nonché vere e proprie perdite) ben possono essere, quindi, compatibili con l'esistenza di una posizione dominante in capo ad un'impresa, così come, più in generale, l'esistenza di una concorrenza, anche vivace, su un determinato mercato non esclude che un'impresa possa essere dominante sul medesimo mercato (così nelle sentenze citate al punto 184 del provvedimento sanzionatorio).

Nello stesso senso va ulteriormente rammentato che, in relazione alla valutazione della posizione dominante in sé e per sé considerata, secondo una costante giurisprudenza (cfr. Tribunale I grado UE, Sez. III, 8 ottobre 1996 n.24), l'esistenza di tale posizione può risultare da diversi fattori che, considerati isolatamente, non sarebbero necessariamente determinanti. Tuttavia, salvo circostanze eccezionali, quote di mercato estremamente elevate costituiscono di per sé la prova dell'esistenza di una posizione dominante (sentenze del Tribunale 12 dicembre 1991, causa T-30/89, Hilti/Commissione, Racc. pag. II-1439, punto 92, e 6 ottobre 1994, causa T-83/91, Tetra Pak/Commissione, Racc. pag. II-755, punto 109).

Inoltre, dei quattro parametri indicati dalla giurisprudenza comunitaria per definire una “posizione dominante” [vale a dire: a) il permanere di una differenza significativa tra la quota di mercato dell'impresa *incumbent* e quella del principale concorrente; b) il possesso di una capacità e di una frequenza dei servizi maggiore, c) l'esistenza di una sviluppata rete di collegamenti; d) l'esistenza di vantaggi competitivi in capo alla società; e) il possesso dell'esperienza acquisita sul mercato] tutti sono stati riscontrati dall'Autorità nel corso dell'istruttoria e ciò nonostante i contributi difensivi, offerti in via collaborativa nel corso del procedimento, dalle due società.

Pur avendo le società appellanti contestato, nei confronti dello scrutinio effettuato dal giudice di primo grado e, quindi, della sentenza qui oggetto di appello, una sorta di tendenziale “appiattimento” valutativo, al limite dell'acriticità di indagine e di giudizio, nei confronti dell'operato dell'Autorità e del contenuto del provvedimento sanzionatorio impugnato, il Collegio non può fare a meno di rilevare che nel ridetto provvedimento sanzionatorio, a coagulo dell'operato istruttorio svolto dall'Autorità, sono state fatte puntualmente palesi le seguenti evidenze:

A) che anche in epoca successiva all'ingresso di Grimaldi sui tre fasci di rotte considerati, ai fini dell'istruttoria, “mercati rilevanti”, le società Moby e CIN hanno mantenuto una quota di mercato significativa e di molto superiore (in un ordine di grandezza pari a due/tre volte più elevato) a quella del suo principale concorrente. Infatti, in media sui primi dieci mesi dell'anno 2016 sui mercati Nord Sardegna-Centro Italia e Sud Sardegna-Centro Italia, le società Moby e CIN si è dimostrato che detenessero, rispettivamente, il 60-70% e il 60-70%, mentre Grimaldi si è riscontrato che detenesse il 30-40% e il 20-30% del mercato, come è rilevabile dalla Tabella n. 10 contenuta nel ridetto provvedimento (inserita a pag. 44 dell'atto sanzionatorio):

B) che nel fascio di rotte Nord Sardegna-Nord Italia, le società Moby e CIN sono rimaste sempre in posizione pressoché monopolista, in considerazione del fatto che l'ingresso di Grimaldi sulla rotta Porto Torres-Savona è stato temporaneo (limitato al periodo che va da gennaio a settembre 2017) e non ha sostanzialmente ridotto la quota dell'*incumbent*;

C) che dunque, pur se sono stati registrati mutamenti della struttura di mercato intervenuti tra il settembre 2015 e il settembre 2017 che militano nel senso di poter registrare l'esistenza di una indiscutibile dinamicità del contesto di riferimento, ciò nondimeno la posizione di netto predominio delle società Moby e CIN sui tre fasci rotte Nord Sardegna-Nord Italia, Nord Sardegna-Centro Italia e Sud Sardegna-Centro Italia si è confermata con rilevante evidenza;

D) che, inoltre, l'assoluta superiorità della posizione di mercato delle società Moby e CIN, rispetto ai suoi concorrenti, va anche letta con riferimento alle "caratteristiche qualitative" dei servizi offerti (sotto il profilo della frequenza dei passaggi, ivi compresa la capacità di trasporto delle navi, sia con riguardo alle numerose rotte dall'isola alla penisola che esse possono offrire costantemente all'utenza), sempre con riguardo ai tre fasci di rotte prese in considerazione quale "mercato rilevante". La tabella n. 11, inserita a pag. 46 del provvedimento sanzionatorio impugnato, riassume in modo efficace e con immediatezza visiva l'indubbia superiorità delle due società rispetto alle concorrenti nel ridetto "mercato", mentre la tabella n. 12, inserita a pag. 47 del provvedimento, rappresenta con immediatezza la rilevante differenza tra le due società e le altre concorrenti in quel "mercato" tenendo conto della "capacità di stiva" delle navi utilizzate;

E) che la circostanza per cui la Convenzione stipulata da CIN con lo Stato italiano per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico su alcune delle rotte indicate come "mercato rilevante" volti a garantire la continuità territoriale tra l'isola e la penisola possa, in concreto, tradursi in un svantaggio, piuttosto che un indubbio beneficio (come hanno sostenuto nel corso del procedimento le società Moby e CIN), si presenta quale prospettazione sicuramente suggestiva ma priva di alcun reale fondamento, se solo si pensi che *"la Convenzione prevede sia meccanismi di riequilibrio economico e finanziario (di cui CIN ha usufruito nel 2014), sia clausole di flessibilità che consentono la disapplicazione dei vincoli tariffari sulle rotte che nel periodo estivo sono redditizie, e dunque l'applicazione di tariffe che consentono il recupero dei costi nei quali l'impresa è incorsa durante il periodo invernale di minore remuneratività"* (così, testualmente, al punto 200 del provvedimento sanzionatorio). Inoltre l'istruttoria ha dimostrato che la convenzione di cui sopra si traduce in una "barriera" all'entrata capace di ostacolare l'ingresso di concorrenti sul mercato, situazione che si presenta aggravata dalla circostanza (seppure contestata dalle società nel corso dell'istruttoria ma con riferimento al trasporto di passeggeri, al quale era orientato lo specifico studio depositato dalle società durante il procedimento, piuttosto che al trasporto di merci, oggetto dell'indagine dell'Antitrust che ha condotto al presente contenzioso) dal potere trainante dello storico marchio "Tirrenia" connesso alla Convenzione, (unitamente a quello, meno storico, ma altrettanto noto, "Moby"). Detti marchi *"si prestano, infatti, a rappresentare anch'essi un incentivo per buona parte delle imprese di logistica a non abbandonare l'impresa dominante per provare i servizi di un nuovo concorrente"* (così ancora, testualmente, al par. 204 del provvedimento sanzionatorio);

F) che, infine, *"Le risultanze istruttorie hanno, altresì, evidenziato che la presenza contestuale di Moby/CIN su tutti i mercati rilevanti ha consentito all'impresa dominante di reagire al tentativo di ingresso di Grimaldi su una specifica direttrice (ad esempio, quella Nord Sardegna-Centro Italia) con azioni di ritorsione nei confronti delle imprese di logistica che si servivano anche del concorrente, poste in essere su tutte le direttrici"* (così, ulteriormente, al par. 206 del provvedimento sanzionatorio).

Anche con riferimento a tale secondo versante (la individuazione della "posizione dominante" delle due società nel "mercato di riferimento") l'Autorità, ad avviso del Collegio, ha compiuto una istruttoria meticolosa e accurata, tenendo conto delle prospettazioni espresse nel corso del procedimento dalle parti coinvolte e confutandole con esplicita rappresentazione, laddove necessario, delle ragioni di non condivisione degli apporti istruttori offerti da Moby e da CIN (anche con riguardo alle relazioni tecnico-economiche prodotte). Di tutto quanto sopra, poi, l'Autorità ha offerto ampia e illustrata motivazione nel provvedimento sanzionatorio (n. 27432 del 28 febbraio 2018), dimostrando una consequenzialità logico giuridica nel rapporto tra gli elementi di indagine acquisiti e delle conseguenze giuridiche di approdo che si presenta scevra dalle censure dedotte con il secondo motivo di appello che va, quindi, ritenuto non accoglibile.

16. – Con il terzo motivo di appello le società Moby e CIN hanno sostenuto l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto di individuare nel comportamento imputabile alle predette società la condizione di “boicottaggio diretto” consistente in mancati imbarchi e applicazione di condizioni economiche e commerciali svantaggiose nei confronti dei caricatori “infedeli”, oltre all'ulteriore erronea considerazione, seppur per un limitato profilo, della sussistenza anche di un “boicottaggio indiretto”.

Come ha ricordato il giudice di primo grado a pag. 22 della sentenza qui oggetto di appello *“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)”*.

Ancora nella sentenza fatta oggetto di appello, a pag. 23, si legge che *“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)”*.

A questo punto il giudice di primo grado ha ritenuto condivisibili i vizi di difetto di istruttoria censurati (nel terzo, sesto, settimo e ottavo motivo di ricorso) dalle due società con riguardo all'acquisizione della prova relativa alla capacità penalizzante della condotta mantenuta dalle due società nel “mercato di riferimento”, in particolare con riguardo *“alla portata escludente degli sconti da esse praticati alle imprese fedeli”*.

Nel provvedimento sanzionatorio si legge che *“l'ipotesi dell'estensione sulle rotte sarde di un'ipotetica posizione dominante detenuta da Grimaldi in Sicilia appare assolutamente non pertinente con l'oggetto del presente procedimento, né di per sé capace di escludere l'esistenza di una condotta abusiva da parte di Moby/CIN. Infatti, la potenziale minaccia subita da Moby/CIN con l'ingresso competitivo di Grimaldi non dà in ogni caso a quest'ultima il diritto di attuare condotte che sono sproporzionate rispetto a tale minaccia, e che sono, dunque, da considerare come abusive”* (così, testualmente, ai parr. 209 e 210).

Nello specifico l'Autorità ha riferito che nel corso dell'istruttoria è indubitabilmente emerso che:

- in correlazione (anche temporale) con l'ingresso dei concorrenti sui mercati rilevanti, le società Moby e CIN rispondevano, puntualmente, al fine di contrastare tale ingresso, attraverso la messa in campo di “una multiforme strategia aggressiva”, che si è concretizzava nel “boicottaggio diretto” (sotto il profilo economico e commerciale) a danno dei clienti che si erano rivolti ai concorrenti per usufruire dei loro servizi di trasporto marittimo di merci da e per la Sardegna e nella concessione di sostanziali vantaggi economici nei confronti dei clienti che, invece, si erano astenuti dal rivolgersi ai concorrenti (al fine di penalizzare ulteriormente i clienti infedeli);

- tale comportamento è stato caratterizzato da numerose procedure di boicottaggio quali: a) nell'autunno 2015, quando Grimaldi ha inaugurato la rotta Palermo-Cagliari-Livorno-Genova (e viceversa), in concorrenza con la rotta Cagliari-Livorno (e viceversa), praticata dalle società Moby e CIN, costoro hanno, fin da subito, ripetutamente rifiutato l'imbarco e applicato condizioni commerciali svantaggiose alle imprese di logistica che avevano iniziato a utilizzare il nuovo servizio; b) all'inizio del 2016, quando Grimaldi ha inaugurato la rotta Olbia-Livorno (e viceversa), le società Moby e CIN hanno posto in essere le suddette condotte ritorsive a danno di alcune imprese (quali Pinna Trasporti, Nuova Logistica Lucianu e Logistica Mediterranea) che avevano aderito all'offerta di Grimaldi; c) a partire da gennaio 2016 le società Moby e CIN hanno esercitato pressione sui committenti e sugli spedizionieri per indurli a non affidare le loro commesse alle imprese di logistica che oramai considerava infedeli, realizzando, anche per tale via, un boicottaggio indiretto nei loro confronti;

- a quanto sopra va aggiunto che le condotte di boicottaggio messe in campo dalle due società hanno impedito alle altre compagnie di navigazione (nella specie Grimaldi) di poter crescere nell'ambito del “mercato di riferimento”, con riferimento al quale, dunque le società Moby e CIN erano riuscite ad innalzare una vera e propria barriera.

Nel paragrafo V.3.3 del provvedimento sanzionatorio l'Autorità elenca diffusamente, specificando in modo analitico in cosa consisteva la condotta di boicottaggio diretto e indiretto ascrivibile alla strategia delle società Moby e CIN, i numerosi episodi che sono stati registrati nel corso dell'istruttoria, dando conto delle ragioni in virtù delle quali non è stato possibile condividere le opposte prospettazioni argomentate dalle predette società, concludendo per l'assenza di spiegazioni alternative alle condotte tenute da Moby e CIN (par. V.3.3.2).

17. – Tale puntualità di indagine istruttoria e di conseguente manifestazione analitica delle ragioni che hanno condotto l'Autorità a ritenere comprovata la condotta anticoncorrenziale in capo alle società Moby e CIN traballa severamente quanto l'AGCM descrive *“Le condizioni commerciali ingiustificatamente premianti nei confronti delle imprese di logistica fedeli”* (par. V.3.3.3).

Ad avviso dell'Autorità, fin dal gennaio 2016, le società Moby e CIN hanno significativamente migliorato le condizioni commerciali applicate (attraverso degli sconti maggiori) a diverse imprese di logistica rimaste fedeli e penalizzando scientificamente quelle divenute infedeli (o “traditrici”).

Sul punto, nel provvedimento sanzionatorio, si legge testualmente che *“l'asserita correlazione sconti-volumi rimane ancor più indimostrata se si tiene conto del fatto che, a differenza degli anni precedenti, gli sconti alle imprese "fedeli" sono stati concessi, non solo sulle direttrici di trasporto sulle quali vi era stato l'ingresso dei concorrenti, ma su tutte le rotte; inoltre, ad alcune imprese, in particolare, da gennaio 2016 veniva applicata un'unica tariffa valida per tutte le rotte, a prescindere dalle caratteristiche di ciascuna di esse e dai volumi ivi trasportati, ovvero, dunque, senza tenere conto dei ricavi generati dai volumi trasportati in rapporto al costo del servizio”* (così al par. 253).

Fa notare il giudice di primo grado, a pag. 24 della sentenza qui oggetto di appello, che 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)”*. Nello stesso tempo non sfugge al giudice di primo grado che la stessa Corte di giustizia UE, in epoca successiva, ha rettificato, chiarendo meglio il proprio pensiero, la precedente posizione assunta in tema di scontistica affermando che l'Autorità procedente (in questo caso l'AGCM) *“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).

Tale puntuale indagine non è stata effettuata dall'Autorità, seppure sia stata sollecitata dalle società nel corso del procedimento, tentando di confutare la posizione dell'AGCM incline a considerare, quale parte preponderante della condotta riconducibile al “boicottaggio indiretto”. In altri termini l'Autorità non ha definito con la necessaria puntualità il perimetro di efficacia della condotta coagulatasi nella strategia di scontistica aggressiva.

In conclusione il giudice di primo grado ha ritenuto comprovato il “boicottaggio diretto”, ma non altrettanto il “boicottaggio indiretto”.

Le società appellanti, ovviamente, censurano la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto di individuare nella condotta di Moby e CIN la sussistenza di un “boicottaggio diretto” e nella parte in cui, per alcuni profili, non esclude chiaramente (potendo residuare riserve interpretative in tal senso) il “boicottaggio indiretto”.

18. - In primo luogo, rammentano le società oggi appellanti, va rammentato che i fenomeni che compongono il cd. boicottaggio diretto sono estremamente limitati e pienamente giustificabili con ragioni che prescindono dalla volontà di danneggiare, nel caso di specie, la compagnia Grimaldi. Infatti: a) nel periodo oggetto di istruttoria i mancati imbarchi dei caricatori cd. “infedeli” sono stati un numero estremamente irrisorio rispetto al totale dei mezzi imbarcati, oltre al fatto che negli stessi giorni in cui pochi mezzi non venivano imbarcati su una data rotta, altri mezzi dei medesimi trasportatori venivano senza problemi imbarcati dalle società Moby e CIN su altre rotte, come normalmente e fisiologicamente accade nel settore in questione; 2) molti dei mancati imbarchi sono facilmente riconducibili a vari eventi facilmente verificabili nella prassi, quali l'arrivo in ritardo dei mezzi in porto, la mancanza di spazio in stiva e, nel caso di veicoli refrigerati, di spazi dotati di allaccio corrente, il mancato pagamento dei noli. La ragione dei mancati imbarchi è, dunque,

imputabile a impedimenti oggettivi, che non hanno alcun collegamento con l'ingresso sul mercato sardo della compagnia Grimaldi. Alla stessa stregua di quanto appena chiarito va poi segnalato come anche l'asserito "peggioramento delle condizioni commerciali", assunto dall'Autorità a elemento dimostrativo dell'abuso di posizione dominante, consistente nelle disdette "anticipate ed improvvisate dai contratti" e nel non riconoscimento delle dilazioni di pagamento costituisce, al contrario di quanto capziosamente affermato dall'AGCM, un fenomeno assolutamente privo di carattere ritorsivo, anche perché, i surrichiamati comportamenti commerciali erano direttamente correlate ai volumi trasportati, così che a fronte di una loro significativa riduzione era del tutto razionale rivedere anche le condizioni applicate;

Pare opportuno ora, in via generale, anche per completezza di motivazione, a supporto ulteriore della puntualità e aderenza giuridica dell'operato dell'Autorità con riguardo alla individuazione della posizione dominante e della condotta anticoncorrenziale ascritta (quale "boicottaggio diretto") alle due società, tenuto conto delle risultanze giurisprudenziali sia del giudice nazionale che di quello eurounitario, segnalare quanto la Sezione ha ripetutamente ribadito in proposito di abuso di posizione dominante (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2014 n. 1673, che può essere di seguito riprodotta per ampi stralci).

Costituiscono abuso di posizione dominante i comportamenti idonei ad incidere sulla struttura di un mercato rilevante dove, per effetto della presenza della dominante, il livello della concorrenza è già debole e che consistono non solo nell'effettivamente impedire, ma anche soltanto nel tentare di impedire, con mezzi diversi da quelli dell'ordinaria e proporzionata competizione in prodotti o servizi, che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo (cfr. Corte giust. UE 17 febbraio 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, punto 27 e la giurisprudenza ivi citata).

L'articolo 102 TFUE (come anche l'art. 3 l. 287/1990) si limita a vietare l'abuso di posizione dominante, ma non ne fornisce la definizione.

L'elenco di condotte ivi riportate non è esaustivo e le pratiche menzionate sono solo alcuni esempi di siffatti abusi: l'elenco delle pratiche abusive contenute in tale disposizione è un numero aperto, che non esaurisce le modalità di sfruttamento abusivo di posizione dominante contrastanti con il Trattato. Nondimeno nell'ambito dell'esame circa la individuazione del comportamento di un'impresa in posizione dominante e ai fini dell'identificazione di un eventuale abuso di tale posizione, è tenuta a considerare tutte le circostanze di fatto pertinenti che accompagnano detto comportamento (cfr., in tal senso, Corte giust. UE 15 marzo 2007, *British Airways/Commissione*, C-95/04 P, punto 67)

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*; così sentenza del Tribunale Ue, del 17 dicembre 2003, causa T219/99 dove si dice che "*qualora un'impresa in posizione dominante ponga effettivamente in essere una pratica che produca un effetto preclusivo nei confronti dei propri concorrenti, la circostanza secondo cui il risultato voluto non sia stato raggiunto non è sufficiente ad escludere la sussistenza di un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE*"). L'illecito, cioè, si perfeziona con la condotta anticoncorrenziale, purché di suo idonea a turbare il suo funzionamento corretto e in esso la libertà stessa del mercato. È sufficiente a integrarlo già la mera potenzialità dell'effetto restrittivo. Ed è perciò già la correttezza del comportamento economico del concorrente che l'ordinamento intende garantire, non necessariamente la sola, oggettiva, concorrenzialità del mercato.

L'ordinamento, del resto, a protezione della concorrenza (seppur dal lato delle altre imprese piuttosto che dell'efficienza generale del mercato) già da tempo si preoccupa di assicurare la lealtà del comportamento concorrenziale in ragione dei mezzi adoperati, indipendentemente dagli effetti dannosi raggiunti, i quali non necessariamente sono frutto di condotte indebite altrui (artt. 2598 e ss. c.c.; art. 10-*bis* della Convenzione d'Unione di Parigi del 20 marzo 1883 e successive modificazioni; l. 4 luglio 1967, n. 676). E ora anche qui, a meno di non immaginare un incoerente arretramento di tutela rispetto a quella pur risalente normativa, si deve ritenere che non è necessario, a integrare l'illecito, attendere che la concorrenza sia stata indebitamente alterata dalla condotta anticoncorrenziale perché l'ordinamento reagisca: è sufficiente già la pericolosità, a quei fini, di quella condotta, che può comunque sfogare nel raggiungimento di quel risultato se non oggi, un domani. Tanto più che il fine generale ora perseguito contrastando le distorsioni della concorrenza è l'efficienza generale del mercato, e che in questa cornice, a fianco dell'illecito di cui in discorso (art. 3 l. 287/1990) rilevano per altri versi già strette condotte che anticipano la turbativa effettiva del mercato, come le intese restrittive della libertà di concorrenza (art. 2).

Dunque, per quanto in via statistica la più parte dei comportamenti abusivi di dominante generi effetti restrittivi della concorrenza, va sottolineato che (Corte di giustizia, del 9 aprile 2012, causa C549/2012 P, Tomra) per accertare un abuso di posizione dominante sia sufficiente che il comportamento abusivo dell'impresa dominante miri a restringere la concorrenza, ovvero che sia tale da avere, o da poter avere, un tale effetto.

Al più, è stato ritenuto che se la prassi di un'impresa dominante non può essere qualificata abusiva se manca del tutto un minimo effetto anticoncorrenziale, tale effetto non deve comunque essere concreto e totale rispetto alle intenzioni, essendo sufficiente un effetto anticoncorrenziale potenziale (sentenza della Corte di giustizia, del 6 dicembre 2012, causa C457/10, Astrazeneca).

A parte questo aspetto, secondo quanto emerge dalla surrichiamata sentenza della Corte di giustizia UE del 2012 (AstraZeneca), la condotta dell'impresa in posizione dominante può comunque essere ritenuta abusiva se: 1) sia inserita nell'ambito di una strategia escludente; 2) non vi siano giustificazioni oggettive; 3) vi sia un limitato grado di discrezionalità da parte della pubblica amministrazione.

Il fatto che l'obiettivo restrittivo perseguito non sia stato in realtà raggiunto non è di suo sufficiente a ritenere che dichiarazioni ingannevoli siano inidonee a produrre effetti e che non vadano perciò sanzionate (in quel caso questo mancato raggiungimento avvenne per effetto di informazioni inesatte rilevate dalle autorità; mentre qui, secondo il primo giudice, rileverebbero altre cause di ordine amministrativo, come pareri negativi di organismi o enti pubblici).

D'altronde (cfr., ancora, la sentenza Astrazeneca, cit.) 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 (cfr., su questi temi, Cons. Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2014 n. 693).

Resta piuttosto necessaria, a integrare questo illecito anticoncorrenziale, la presenza di un intento escludente, da accertare indiziariamente come un *quid pluris* che si aggiunge alla sommatoria di comportamenti altrimenti leciti. Non si tratta di valutare la legittimità di atti alla luce dei vari settori dell'ordinamento investiti, ma di considerare quelle condotte, pur settorialmente lecite, alla luce della loro portata anticoncorrenziale. Prospettiva in relazione alla quale certi atti, anche se legittimi da quel punto di vista settoriale, si colorano come elementi indicatori di questo sproporzionato intento anticoncorrenziale.

Diversamente, 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 altri da quello della concorrenza. La reciproca relatività degli ordinamenti di settore fa comprendere il fenomeno per cui ciò che è lecito dal punto di vista dell'uno ordinamento, può al contempo non esserlo dal punto di vista dell'altro.

In questa prospettiva, va considerato che la tutela della concorrenza ad opera di un'apposita Autorità amministrativa indipendente - anche a mezzo dell'esercizio della potestà sanzionatoria, anch'essa finalizzata alla sua generale funzione di regolazione del settore - concerne il funzionamento corretto ed equilibrato del diritto di libertà economica. Per questa ragione essa riguarda senza esclusioni, anche a ragione delle inevitabili interazioni delle condotte individuali d'impresa, tutti i comportamenti rilevanti per praticare la restrizione della concorrenza, che considera dal solo punto di vista economico (in quanto - nel caso particolare di abuso di posizione dominante - orientati al ricorso a mezzi diversi da quelli che governano la normale competizione dei prodotti o dei servizi sulla base delle prestazioni degli operatori economici).

È perciò essenziale, per l'effettività della tutela del mercato dai comportamenti distorsivi, valutare le condotte per quello che economicamente significano, adeguandole alla utilità economica che perseguono: considerandole come stretti atti economici, in rapporto agli interessi concreti cui sono orientate. Il che postula di renderle, a questi fini, indifferenti alle qualificazioni che eventualmente ricevono altrove: e perciò di assumerle solo nella loro dimensione utilitaristica, prescindendo dalle attribuzioni formali che possono caratterizzarle alla luce di altri ordinamenti di settore.

Diversamente, alcuni comportamenti potrebbero sfuggire all'operatività della tutela della concorrenza e al divieto di distorsione del mercato: ad esempio, le condotte elusive o quelle di abuso; e più ancora se ne sottrarrebbero i comportamenti tipizzati o comunque leciti sotto altri e diversi punti di vista. L'effetto di sistema che ne deriverebbe sarebbe quello di un intervento di garanzia intermittente e claudicante, a dispetto del carattere sistemico del mercato e interdipendente dei comportamenti dei suoi attori.

Coerentemente, il medesimo riguardo all'effettività dell'ordinamento di tutela della concorrenza impone anche di considerare che la posizione di impresa dominante in un mercato rilevante genera speciali doveri concorrenziali, realisticamente legati al suo particolare potere di mercato e alla conseguente particolare sensibilità del mercato rilevante alle sue operazioni anticoncorrenziali. Il cennato limite, a questo riguardo, tra uso e abuso della posizione di concorrente dominante è dunque, in ragione del principio generale di proporzionalità, da individuare in concreto, comparando questo potere economico alle distorsioni della concorrenza che la condotta di quell'impresa in quello specifico ambito è in grado di generare. Questa posizione particolare è dunque in concreto fonte, in quel mercato, di una - come è evidenziato dalla giurisprudenza europea sin da Corte giust. CE, 9 novembre 1983, n. 322/81, Michelin c. Commissione - "speciale responsabilità" che incombe sull'impresa dominante, con conseguenti obblighi particolari di astenersi da comportamenti che avrebbero un effetto distorsivo proprio in quanto originati dalla dominanza (cfr., ancora, Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2012 n. 4873).

19. – Chiarito quanto sopra, in via generale, pare al Collegio adeguatamente motivato il punto (dell'istruttoria procedimentale e, quindi) del provvedimento sanzionatorio nel quale si mostra comprovata la messa in campo di una condotta di boicottaggio diretto da parte delle due società di navigazione in posizione dominante sul mercato di riferimento (o rilevante).

E' stato dimostrato nel corso dell'istruttoria, infatti, che nel periodo temporale oggetto di osservazione si è assistito ad una costante attività di esclusione di mezzi dall'imbarco, riferibili alle imprese "infedeli", giustificata da ragioni inattendibili quali la mancanza di spazio in stiva, ovvero

che la lista di prenotazione fosse completa che, per l'insolita ripetitività e frequenza degli episodi tradisce, invero, una politica di costante intralcio nei confronti delle imprese c.d. "infedeli" o "traditrici" (per avere utilizzato anche rotte e navi di Grimaldi), per poi scoprire che il pagamento dell'importo per la tratta anticipato avrebbe consentito comunque l'imbarco del mezzo. Peraltro si è potuto scoprire che su alcune rotte venivano impiegate navi con capacità di imbarco ridotta rispetto alle normali esigenze, onde favorire i rifiuti di imbarco, attraverso una operazione evidentemente irragionevole dal punto di vista economico, se non fosse giustificata dalla *policy* ostacolata messa in campo dalle due società.

A ciò si aggiunga la costante applicazione del rifiuto di imbarco per ritardato raggiungimento della banchina anche nel caso in cui il trasporto aveva ad oggetto prodotti deperibili (rifiuto che in questi casi, per prassi, non si esercita)

Nonché, in modo anche più rilevante, l'aver scelto di recedere da contratti stipulati tradizionalmente con molte imprese di logistica e commerciali (anche con riferimento a contratti stipulati da poco tempo) c.d. infedeli, giustificando tale necessità con motivazioni flebili o generiche quali "ragioni di affidabilità finanziaria" ovvero la circostanza, indimostrata, che non fossero in regola con i pagamenti. A ciò si aggiunga, da ultimo e in via generale, il costante peggioramento delle condizioni commerciali praticate a primarie imprese di logistica che per vari decenni erano state clienti delle società Moby e CIN.

Ne deriva che quanto indicato nel provvedimento sanzionatorio adottato il 28 febbraio 2018 con riferimento all'accurata istruttoria e all'emersione di improvvisi comportamenti irragionevoli e commercialmente peggiorativi, nell'arco di tempo oggetto di osservazione e di indagine da parte dell'Autorità, messi in campo dalle due società nel mercato di riferimento e posti in essere a danno di solide imprese commerciali con le quali Moby e CIN avevano intrattenuto per anni "sereni" e proficui rapporti commerciali, non può che condurre a dimostrare l'esistenza di un boicottaggio diretto da parte delle odierne appellanti nei confronti delle imprese operanti nel settore del trasporto tra la Sardegna e la penisola italiana.

20. – Mancato esame da parte del giudice di primo grado, in quanto fatto oggetto di assorbimento, del IV motivo dedotto in primo grado, ritenendolo "*relativo ad irregolarità procedurali refluenti nella valutazione del "boicottaggio indiretto" e degli effetti del provvedimento*". Precisano le società appellanti che, in sede di primo grado, solo con il primo profilo del IV motivo di gravame esse avevano contestato l'imputazione da parte dell'Autorità nei loro confronti della condotta di "boicottaggio indiretto" (questione poi accolta dal giudice di primo grado), mentre con la restante parte del motivo denunciavano la illegittimità del provvedimento sanzionatorio laddove addebitava alle società Moby e CIN la messa in campo di una "politica generalizzata" di mancato imbarco dei trasportatori c.d. infedeli, ponendosi così in contrasto con la CRI che, invece, si limitava a riportare singoli episodi di mancato imbarco, tenuto conto che tale nuova contestazione sarebbe giustificata, a detta dell'AGCM, alla luce del contenuto di un solo documento che, peraltro, è emerso ad istruttoria ormai conclusa e dunque senza possibilità di consentire alcuna replica da parte delle suddette società.

In realtà pare al Collegio di avere già affrontato il tema con le sopra proposte osservazioni in ordine alla correttezza dell'indagine svolta dall'Autorità nella parte in cui ha ritenuto che il comportamento delle due società, in posizione dominante, si fosse concretizzata in un "boicottaggio diretto" delle altre imprese operanti sul mercato.

Il successivo profilo di doglianza, pure sollevato dalle due società, con riferimento alla illegittima decisione assunta dall'Autorità di ammettere la società Grendi alla partecipazione istruttoria quando

il procedimento fosse stato avviato da molto tempo (la richiesta di intervento era stata presentata da Grendi dopo 10 mesi dall'avvio del procedimento e, dunque, ben oltre il termine di 30 giorni stabilito dall'art. 7 d.P.R. 217/1998), non merita accoglimento.

L'art. 7 d.P.R. 217/1998, infatti, similmente alla formulazione dell'art. 9 l. 7 agosto 1990, n. 241, indica le categorie di soggetti che “debbono” e che “possono” intervenire nel corso del procedimento, oltre a individuare le modalità della partecipazione e i poteri esercitabili. Nulla prescrive in ordine ai tempi per poter esercitare il diritto partecipativo. Ne deriva che tale opportunità può realizzarsi fin tanto che dura il procedimento e soprattutto, come nel caso in esame, quando la partecipazione di un soggetto possa contribuire ad integrare l'attività istruttoria dell'Autorità procedente.

21 – Con il motivo d'appello successivo (il V, nell'elenco più sopra riproposto con il quale si sono sintetizzate delle doglianze sviluppate dalle società appellanti con il mezzo di gravame) le società Moby e CIN hanno segnalato la erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto essere infondato il quinto motivo di ricorso proposto in quel grado di giudizio, relativo alla rieiezione, da parte di AGCM, della proposta di assunzione di impegni ai sensi dell'art. 14-ter l. 287/1990 formulata dalle due società Moby e CIN.

Queste ultime rammentano che, nel corso del procedimento istruttorio, poi concluso con l'adozione del provvedimento sanzionatorio del 28 febbraio 2018 n. 27432 (impugnato in primo grado), esse avevano proposto all'Autorità di accettare l'adozione dei seguenti impegni “mitigativi”: a) la garanzia degli imbarchi di tutti i trasportatori attivi sulle rotte oggetto del procedimento, a condizioni predeterminate e non discriminatorie (respinto perché considerato “non monitorabile”); b) non revocare gli accordi commerciali in essere sulle rotte interessate dall'istruttoria né a recedere dagli stessi, se non in ipotesi tassative (ritenuto inidoneo idoneo a rimuovere i profili di criticità, perché non vietava la revoca o il recesso qualora i trasportatori avessero ridotto drasticamente i volumi trasportati); c) inviare all'AGCM un *Report* semestrale per monitorare l'attuazione degli impegni.

La proposta di cui sopra, però, veniva respinta dall'AGCM che, rivendicando il proprio “*interesse all'accertamento dell'infrazione*”, ha preferito considerare le misure sopra descritte inidonee, con ciò adducendo motivazioni del tutto illogiche ed infondate.

Tale decisione è del tutto immotivata, ad avviso delle società Moby e CIN, oltre che violativa della norma recata dall'art. 14-ter l. 287/1990 e il giudice di prime cure ha errato la propria valutazione in merito avendo valorizzato impropriamente l'esistenza di una amplissima discrezionalità in capo all'AGCM nell'accordare alle imprese coinvolte in un procedimento di vigilanza l'applicazione dell'istituto in questione.

Questo Consiglio ha precisato che “*la valutazione negativa da parte dell'AGCM degli impegni rientra nel margine di discrezionale apprezzamento rimesso all'Autorità garante, non apprezzabile nel merito in sede giurisdizionale se non in determinati limiti. È vero che tra il provvedimento finale e il rigetto degli impegni non sussiste un rapporto di consequenzialità necessaria, ma solo di connessione e che in assoluto il rigetto degli impegni è anch'esso sottoposto al sindacato limitato del giudice amministrativo, ma non in modo talmente intenso e profondo da poter riguardare profili di opportunità per così dire di discrezionalità economica*” (così, testualmente, Cons. Stato, Sez. VI, 15 maggio 2015 n. 2479 e 22 settembre 2014 n. 4773).

Ne deriva che il provvedimento di diniego della proposta di impegni, in quanto avente natura di atto endoprocedimentale non immediatamente lesivo, risulta impugnabile unitamente al provvedimento

finale assunto a conclusione del procedimento *antitrust*, al fine di denunciare il difetto o l'inadeguatezza della motivazione sottesa alla decisione amministrativa; il sindacato giurisdizionale, tuttavia, non può assumere natura sostitutiva delle valutazioni svolte dall'Autorità, dovendo limitarsi ad accertare il carattere ingiustificato dell'atto di rifiuto assunto in sede procedimentale (cfr., ancora, Cons. Stato, Sez. VI, 4 giugno 2020 n.3503 e 16 marzo 2020 n. 1839).

Nel caso di specie, il provvedimento di rigetto (nota dell'Autorità assunta nell'adunanza del 4 agosto 2016) non può ritenersi ingiustificato, essendo state illustrate le ragioni per le quali gli impegni proposti dagli operatori economici non risultavano idonei a rimuovere i profili di criticità oggetto del procedimento *antitrust*.

Infatti nella delibera si reiezione degli impegni si legge (testualmente) che:

- *“relativamente all'impegno a garantire l'imbarco di tutti i veicoli e/o contenitori delle società di trasporto e logistica secondo le sopracitate condizioni, le società di trasporto marittimo godono di ampia discrezionalità nell'allocazione dello spazio in stiva sia in termini di tipologia di mezzi da imbarcare che di modalità di carico, per cui il rispetto di tale impegno appare non monitorabile”;*
- *“relativamente all'impegno a non revocare gli accordi commerciali con i propri clienti/trasportatori attivi sulle rotte individuate nel provvedimento di avvio e a non recedere dagli stessi secondo le sopracitate condizioni, la condizione relativa alla riduzione dei volumi trasportati appare prevedere un valore della soglia massima di riduzione per trasportatore - espressa in termini di veicoli commerciali, rispetto al semestre precedente, sulle rotte individuate nel provvedimento di avvio - particolarmente contenuto e tale da rappresentare solo una piccola parte del traffico dei principali operatori di logistica e di trasporto attivi nei mercati rilevanti e dunque tale da non apparire idonea a rimuovere i profili avanzati nel provvedimento di avvio d'istruttoria”;*
- *va, quindi, ribadito che sussiste “l'interesse dell'Autorità a procedere all'accertamento dell'infrazione, in quanto le condotte di Moby S.p.A. e Compagnia Italiana di Navigazione S.p.A. appaiono idonee a determinare una violazione delle regole di concorrenza particolarmente gravi, tali da poter dar luogo all'irrogazione di una sanzione”.*

Orbene, dall'esame delle ragioni esplicitate dall'Autorità nel denegare la richiesta avanzata dalle due società si mostrano coerenti le ragioni che hanno indotto l'AGCM a rifiutare la messa in campo delle misure mitigative proposte, stante la inadeguatezza delle stesse a costituire una reale contromisura di riequilibrio del mercato di riferimento a fronte delle condotte messe in campo dalle due società in evidente posizione di dominanza.

Ad avviso del Collegio, dunque, il su illustrato motivo di appello non può trovare accoglimento.

Ad esso consegue anche l'infondatezza del successivo motivo di appello dedotto dalle società Moby e CIN con il quale si contesta la mancata dimostrazione, da parte dell'Autorità, del pregiudizio sofferto dai consumatori per i comportamenti tenuti nel mercato di riferimento dalle due società e contestati dall'AGCM quale abuso di posizione dominante. La questione sollevata dalle appellanti, infatti, è mal posta, dal momento che l'ampia istruttoria svolta i numerosissimi elementi acquisiti nel corso del procedimento dall'Autorità, attingendo da molteplici operatori del settore ed attraverso vari e diversificati strumenti di cognizione, costituiscono tutti robusti elementi che militano per escludere che dovesse pretendersi dall'Autorità anche una simile prova ulteriore, potendo ben supporre che le condotte messe in atto dalle due società non possano non avere determinato ricadute di tipo economico (dirette o indirette) sull'utenza in genere.

22. – Con l’ultimo motivo di appello Moby e CIN sostengono l’erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui il TAR per il Lazio ha ritenuto di non accogliere, seppure parzialmente, il X motivo di ricorso con il quale si contestava la rilevanza, ai fini della quantificazione della sanzione, della durata del comportamento contestato e la sussistenza dell’elemento soggettivo limitatamente alla durata dell’infrazione. Detta censura nella sede di appello viene espressamente formulata dalle società appellante in via residuale e subordinata all’eventuale reiezione dei precedenti motivi di appello. Con detta censura le due società chiedono al giudice di secondo grado, nell’esercizio dei poteri di cui all’art. 134 c.p.a., di ridurre la sanzione, seppure già mitigata per effetto dell’intervento del TAR per il Lazio, portandola ad un “importo simbolico” o, comunque, “minimo”.

Ancor più nello specifico le due società sostengono che sia comprovato negli atti dell’istruttoria procedimentale che le condotte loro imputate dall’Autorità fossero “cessate già nel febbraio 2016”, in quanto le evidenze del fascicolo istruttorio si riferivano esclusivamente a quel periodo, mentre l’estensione della condotta al gennaio 2017 sarebbe frutto di un disguido valutativo da parte del primo giudice, dal momento che le ulteriori indagini che emergono nel fascicolo istruttorio, relative al periodo ulteriore rispetto al febbraio 2016 erano esclusivamente dirette a fornire la prova negativa della ripresa di volumi significativi di imbarchi da parte dei caricatori “infedeli”.

Tuttavia in più parti del provvedimento sanzionatorio adottato dall’Autorità si fornisce puntuale riscontro di elementi comprovanti la prosecuzione delle condotte e le conseguenze che tali comportamenti hanno provocato sugli altri operatori economici presenti nel mercato di riferimento in epoca ben successiva al febbraio 2016 (si pensi alla indicazione, contenuta nel par. 292, dall’avvenuta chiusura della rotta Porto Torres-Savona (e viceversa) nel settembre 2017, decisa da Grimaldi al fine di non incorrere in perdite di esercizio ovvero, per come si legge al par. 286, dell’apertura di una terza rotta da parte di Grimaldi, nel gennaio 2017, per rispondere alle condotte poste in essere dalle società Moby e CIN e per consentire ai propri clienti di emanciparsi dall’impresa dominante)

Tutto ciò induce a ritenere che la valutazione operata dal primo giudice in ordine a quanto indicato dall’Antitrust al par. 324 del provvedimento impugnato, nella parte in cui fissa l’inizio della condotta anticoncorrenziale al 28 settembre 2015 (coincidente con la data di apertura della rotta Palermo-Cagliari-Livorno-Genova e viceversa), ma non nella parte in cui l’AGCM, ritiene, in assenza di adeguata istruttoria e comprova documentale di supporto, che detta condotta si sia mantenuta nel tempo perdurando gli effetti della stessa fino al momento dell’adozione del provvedimento nel febbraio 2018, di talché appare ragionevole, alla luce della documentazione prodotta dalle parti, fissare il momento di cessazione della condotta per il gennaio 2017.

Deriva da tutto quanto sopra esposto, non trovando accoglimento i motivi di appello dedotti dalle società Moby e CIN, che il relativo mezzo di gravame deve essere respinto.

23. – Può ora passarsi ad esaminare il ricorso in appello n. R.g. 8136/2019 proposto dall’Autorità.

Quest’ultima chiede la riforma della sentenza del TAR per il Lazio n. 7175/2019 nella parte in cui ha parzialmente accolto il ricorso presentato da Moby e da CIN contestando, in particolare, la valutazione espressa dal primo giudice sul ruolo della scontistica praticata dalle predette società al fine di provocare un danno concorrenziale agli altri operatori economici presenti nel mercato di riferimento.

Nello specifico l’Autorità segnala che “*Il provvedimento dell’Autorità (...) argomenta specificamente la natura escludente degli sconti praticati dall’operatore dominante osservando che detti sconti, in quanto praticati su tutte le rotte servite dal gruppo Onorato, ma riservati ai soli*

clienti fedeli su tutti i mercati (anche quelli in cui esisteva l'alternativa del concorrente) rappresentavano uno dei tasselli della più articolata strategia abusiva accertata in sede istruttoria. La valenza anticompetitiva della condotta - traducendosi in una discriminazione a vantaggio dei caricatori fedeli nei mercati in cui la concorrenza era assente – era in effetti la medesima dell'intera strategia: punire i caricatori “infedeli” ogni volta che questi erano costretti a viaggiare su una direttrice di traffico servita solo dell'operatore dominante. Gli sconti di Moby/CIN, in quanto riservati ai clienti c.d. fedeli su tutti i mercati rilevanti e preclusi ai clienti che si servivano anche dei concorrenti, servivano infatti ad incrementare il sistema di penalizzazioni che Moby/CIN infliggeva ai caricatori “traditori” ogni volta che questi avevano la necessità di viaggiare su una direttrice di traffico in cui la concorrenza era assente” (così, testualmente, a pag. 14 dell'atto di appello presentato dall'AGCM).

Il Collegio deve, dunque, ora concentrare il proprio scrutinio sui profili di appello indicati dall'Autorità e riferibili alla valutazione del “boicottaggio indiretto” imputabile alla condotta messa in campo dalle due società e realizzata attraverso una strategia di scontistica aggressiva

In tema di scontistica, quale misura comportamentale rilevante nel diritto *antitrust*, merita di essere rammentato che secondo un costante orientamento del giudice eurolunitario (cfr., tra le molte, Corte giustizia UE, Sez. III, 19 aprile 2012 n. 549) per accertare un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE, è sufficiente dimostrare che il comportamento abusivo dell'impresa in posizione dominante mira a restringere la concorrenza o che è tale da avere o da poter avere un simile effetto.

In base a ciò, dunque, con riferimento agli sconti concessi da un'impresa in posizione dominante ai suoi clienti, la Corte ha sottolineato che essi possono essere contrari all'articolo 102 TFUE anche se non corrispondono a nessuno degli esempi enunciati al suo paragrafo 2 (cfr., in tal senso, sentenza *British Airways/Commissione*, 15 marzo 2007, cit., punto 58 e la giurisprudenza ivi citata).

Nel caso di un'impresa in posizione dominante che pratichi un sistema di sconti, la Corte ha statuito che detta impresa abusa di tale posizione quando, senza vincolare gli acquirenti con un obbligo formale, essa applica, o in virtù di accordi con gli acquirenti o unilateralmente, un regime di sconti di fedeltà, vale a dire sconti subordinati alla condizione che il cliente - quale che sia, peraltro, l'importo, considerevole o minimo, dei suoi acquisti - si approvvigioni per la totalità o per una parte significativa del suo fabbisogno presso l'impresa in posizione dominante (cfr., anche, Corte giust. 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione*, cit., punto 71).

Al riguardo, occorre valutare l'insieme delle circostanze, in particolare i criteri e le modalità di concessione degli sconti ed esaminare se tali sconti mirino, mediante un vantaggio che non è giustificato da alcuna prestazione economica, a togliere o a ridurre all'acquirente la possibilità di scelta per quel che concerne le sue fonti di approvvigionamento, a precludere l'accesso al mercato ai concorrenti o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata (v. sentenza *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione*, cit., punto 73).

Quindi un sistema di sconti deve essere considerato contrario all'articolo 102 TFUE se mira ad impedire che i clienti dell'impresa in posizione dominante si approvvigionino presso produttori concorrenti.

Secondo la giurisprudenza comunitaria, inoltre, per stabilire l'eventuale carattere abusivo di una pratica di prezzi, bisogna valutare tutte le circostanze e, in particolare, i criteri e le modalità di concessione degli sconti, e accertare se gli sconti mirino, mediante un vantaggio non basato su alcuna prestazione economica che li giustifichi, a sopprimere o limitare la possibilità dell'acquirente

di scegliere la fonte di rifornimento, a chiudere l'accesso del mercato ai concorrenti, ad applicare a controparti commerciali condizioni dissimili per prestazioni equivalenti o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata (Corte giust. CE, 13 febbraio 1979, C-85/76, Hoffmann La Roche c. Commissione, punto 90; Tribunale di I grado CE, 7 ottobre 1999, T 228/97, Irish Sugar c. Commissione, punto 114).

La natura falsata della concorrenza consegue al fatto che il vantaggio finanziario concesso dall'impresa in posizione dominante non si fonda su una contropartita economicamente giustificata, ma tende ad impedire l'approvvigionamento dei clienti di questa impresa dominante presso concorrenti.

La presenza di sconti incrementali condizionati all'aumento progressivo dei consumi annui sviluppati dal cliente, nella giurisprudenza comunitaria è ritenuta abusiva (Tribunale I grado CE, 30 settembre 2003 T-203/01, Manufacture française pneumatiques Michelin c. Commiss. Ce). Nel caso European Sugar Industry (Corte di Giustizia 16 dicembre 1975, cause riunite 40/73 e altre, Suikes Unie e a. c. Commissione), la Corte di giustizia ha affermato che la concessione di uno sconto non su un volume di acquisto, ma solo su un'esclusiva di fornitura a favore dell'impresa dominante, limitando la libertà degli acquirenti, determina una diminuzione degli sbocchi sul mercato per i concorrenti dell'impresa dominante.

Inoltre, sempre in merito alle formule contrattuali consistenti nell'applicazione di sconti commisurati a predeterminati volumi di traffico, nel caso Deutsche Post la Commissione europea ha confermato la natura escludente di tali pratiche non solo nel caso in cui lo sconto fosse condizionato ad un obbligo di acquisto esclusivo, ma anche nell'ipotesi in cui gli sconti fossero legati a determinati quantitativi di acquisto, proprio in quanto, il quantitativo da cui dipendeva l'eventuale sconto non era prefissato in maniera oggettiva, ma veniva determinato in base alle stime della capacità di acquisto del cliente (cfr. Commissione 5 maggio 2001, in GUCE L 125/27, punto 41).

Inoltre, secondo la giurisprudenza comunitaria, affinché un'impresa in posizione dominante su un mercato commetta un abuso non è necessario che essa imponga un obbligo giuridico in forza del quale il cliente è tenuto a rifornirsi esclusivamente presso l'impresa in questione, essendo sufficiente che le condizioni di vendita del fornitore dominante siano tali da indurre il cliente ad approvvigionarsi esclusivamente o prevalentemente presso di lui, ed è invece ininfluyente quali mezzi siano utilizzati per raggiungere tale risultato (cfr. Corte di giustizia CE, 3 luglio 1991, C-62/86, Akzo Chemie BV v. Commissione; Commissione 19 dicembre 1990, IV/33. 133-D, Carbonato di Sodio-ICI, poi annullata per questioni procedurali con sentenza della Corte di Giustizia CE 6 aprile 2000, C-286/95).

Anche secondo la giurisprudenza nazionale le clausole di sconti fidelizzanti sono uno strumento tipico per raggiungere l'obiettivo di escludere i concorrenti dal mercato (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 luglio 2002 n. 4001, secondo la quale “*Gli sconti target o «sconti obiettivo» costituiscono un abuso di posizione dominante, quando siano idonei a fidelizzare i soggetti destinatari, sottraendoli di fatto ai concorrenti e riducendo il residuo grado di concorrenza conseguente alla presenza dell'impresa dominante*”).

Ed ancora, “*un'impresa in posizione dominante non può concedere sconti o incentivi volti a incoraggiare la fedeltà del cliente e ad impedire, mediante la concessione di vantaggi tecnici o finanziari, che vengano effettuati acquisti presso concorrenti del fornitore dominante*” (cfr. Corte di giustizia CE, 13 febbraio 1979, C-85/76, Hoffmann La Roche c. Commissione; Corte di giustizia

CE, 9 novembre 1983, C-322/81, N. V. Nederlandsche Banden-Industrie Michelin c. Commissione Ce).

24. – Fermo il quadro giurisprudenziale sopra riproposto in materia di “scontistica” quale strumento di alterazione del mercato di riferimento da parte di una impresa che opera in posizione dominante il Collegio non può esimersi dal rilevare come, nel corso dell’istruttoria svolta dall’Autorità nel caso in esame, per come riproposta nel provvedimento sanzionatorio impugnato in primo grado, l’AGCM non ha approfondito adeguatamente il contributo procedimentale che le due società hanno messo a disposizione dell’Autorità con riferimento al contestato “boicottaggio indiretto” legato alla messa in campo di un aggressivo metodo di scontistica che tendeva ad escludere, nel tempo, dai servizi offerti le c.d. imprese “infedeli” o “traditrici”.

Orbene, nel corso dell’istruttoria

Nel caso in esame le ricorrenti hanno sostenuto, già in sede procedimentale, la natura esclusivamente difensiva degli sconti praticati e rigidamente collegata ad una altrettanto aggressiva politica scontistica messa in campo dalla concorrente Grimaldi.

Va detto che, proprio tenendo conto degli orientamenti giurisprudenziali più sopra illustrati, non può farsi discendere da mere presunzioni ovvero da elementi probatori indiretti la dimostrata correlazione tra una condotta caratterizzata da una forte propensione alla scontistica e la qualificazione anticoncorrenziale ed escludente (delle altre imprese operanti nel mercato di riferimento) della condotta caratterizzata dalla pratica di offrire sconti fidelizzanti. D’altronde la presenza di altre imprese “forti” sul mercato di riferimento e la potenziale applicabilità di sconti da parte di tutte le imprese concorrenti al fine di garantire vantaggi concorrenziali attraverso la pratica degli sconti, esclude che la messa in campo di una tale condotta possa essere considerata ex se anticoncorrenziale, se non laddove essa sia qualificabile in tal senso all’esito di una accurata valutazione istruttoria, che tenga anche conto di pratiche analoghe messa in campo dalle altre imprese concorrenti e della idoneità a costituire uno strumento di innalzamento di barriere alle altre imprese da parte di quelle che sono in “posizione dominante” sul mercato di riferimento.

Di una siffatta e puntuale indagine non vi è traccia nel provvedimento impugnato.

Correttamente l’avvocatura erariale sottolinea come *“Il fatto che due comportamenti (sconti di Moby/CIN e sconti fidelizzanti) si servano di uno strumento apparentemente simile (il ricorso a forme di riduzione dei prezzi) non vuol dire infatti che la capacità lesiva di ciascuno di essi si espliciti in modo equivalente”* (così, testualmente, a pag. 15 dell’atto di appello dell’Autorità), specificando poi che tale dimostrazione sia stata offerta dall’AGCM nel provvedimento sanzionatorio impugnato al paragrafo 249 e seguenti nonché al paragrafo 224 e seguenti, *“nei quali si sottolinea l’unitarietà della strategia punitiva di Moby e la necessità di valutare all’interna della stessa la capacità lesiva degli sconti da essa applicati”* (così ancora, testualmente, a pag. 15 dell’atto di appello dell’Autorità).

Tuttavia ai paragrafi 252 e 253 del ridetto provvedimento si legge, testualmente, che *“La discriminazione tra le imprese “fedeli” e “traditrici” non può essere giustificata, come ha fatto la Parte nel corso del procedimento, adducendo una correlazione degli stessi con “la capacità di generare fatturato e traffico sulla totalità delle rotte da e per la Sardegna”, e dunque con i volumi conferiti. Dalle considerazioni che precedono, infatti, emerge chiaramente che le imprese “traditrici” rivestivano un ruolo importante nel parco clienti di Moby/CIN. (...) Peraltro, l’asserita correlazione sconti-volumi rimane ancor più indimostrata se si tiene conto del fatto che, a differenza degli anni precedenti, gli sconti alle imprese “fedeli” sono stati concessi, non solo sulle*

direttrici di trasporto sulle quali vi era stato l'ingresso dei concorrenti, ma su tutte le rotte; inoltre, ad alcune imprese, in particolare, da gennaio 2016 veniva applicata un'unica tariffa valida per tutte le rotte, a prescindere dalle caratteristiche di ciascuna di esse e dai volumi ivi trasportati, ovvero, dunque, senza tenere conto dei ricavi generati dai volumi trasportati in rapporto al costo del servizio”.

La sopra riproposta valutazione da parte dell’Autorità non è però confortata da una indagine puntuale, che per altri aspetti delle condotte contestate alle società Moby e CIN è stata sicuramente più approfondita, anche con riproduzione di specifiche tabelle riepilogative nelle quali sono stati indicati i risultati, anche numerici e percentuali, degli approfondimenti effettuati con riguardo ai singoli aspetti concorrenziali oggetto di contestazione, preferendo invece, in questo caso, assegnare valenza probatoria ad un accadimento specifico (un “pranzo” tenutosi a Cagliari nel novembre 2015 in occasione del quale si sarebbero concordate pratiche e condotte anticoncorrenziali a danno di imprese “infedeli”) e ad altri elementi, che però mantengono una caratterizzazione di indeterminatezza, quali *“le successive risposte di alcune imprese di logistica alla richiesta di fedeltà da parte di Moby/CIN”* che avrebbero *“rappresentato uno spartiacque nella strategia posta in essere da Moby/CIN: dopo di allora, infatti, il mondo della logistica sardo era diviso, agli occhi dell'impresa dominante, tra coloro che erano "fedeli" e coloro che la "tradivano" conferendo i loro carichi anche ad altri armatori. Da quel momento, l'impresa dominante ha chiaramente e apertamente riconosciuto ulteriori sconti, significativamente superiori rispetto al passato, solo nei confronti della clientela rimasta fedele”* (così, testualmente, al paragrafo 251).

In ragione di quanto sopra non può trovare accoglimento il motivo di appello dedotto dall’Autorità appellante.

25. – Anche l’ulteriore motivo di appello dedotto dall’Autorità non può trovare accoglimento.

Il motivo attiene alla considerazione dell’arco temporale di durata dell’abuso contestato alle società Moby e CIN che, in relazione alle condotte contestate, il giudice di primo grado ha ritenuto correttamente accertato al momento dell’avvio ma non ha ritenuto che fosse adeguatamente provata la perduranza della condotta fino al momento dell’adozione del provvedimento sanzionatorio, limitandolo (fino) al gennaio 2017.

Ad avviso dell’Autorità appellante *“nonostante i mancati imbarchi si fossero interrotti dopo l’avvio (...) non poteva ritenere cessata la condotta abusiva nel suo complesso (...)”* (così, testualmente, a pag. 22 dell’atto di appello proposto dall’Autorità).

Al paragrafo 324 del provvedimento sanzionatorio si legge che *“Quanto alla durata dell'abuso contestato, le risultanze istruttorie attestano che l'inizio dei comportamenti abusivi risale quantomeno al momento di inizio della strategia abusiva, ovvero il 28 settembre 2015, data di apertura della rotta Palermo-Cagliari-Livorno-Genova (e vv.), e risulta tuttora in corso”.*

Orbene, mentre è comprovato che l’inizio della condotta da considerarsi ai fini dell’irrogazione della sanzione sia coincidente con la data di avvio della procedura di vigilanza avviata dall’AGCM, risulta non adeguatamente comprovata la circostanza che le condotte abusive contestate fossero ancora in corso al momento dell’adozione del provvedimento sanzionatorio.

Spettando all’Autorità la dimostrazione dell’arco temporale di svolgimento e di mantenimento delle condotte anticoncorrenziali ed avendo l’Autorità acquisito una rilevante mole di elementi, nel corso dell’istruttoria svolta, utili a verificare con certezza se le condotte fossero o meno ancora in atto alla data di adozione del provvedimento conclusivo del procedimento di vigilanza, l’AGCM

accompagna la propria valutazione definitiva sul perdurante svolgimento delle condotte con una mera affermazione presuntiva e senza esporre le ragioni o i fatti che militano per escludere che si fosse verificate una cessazione (o meno) della condotta anche in epoca antecedente al momento dell'adozione del provvedimento sanzionatorio.

Si presenta anche ragionevole la indicazione del primo giudice volto a considerare interrotta la condotta abusiva (*rectius*, l'insieme delle condotte abusive) al gennaio 2017, dal momento che negli atti istruttori si evidenziano le contestazioni espresse dalle società Moby e CIN con riguardo alla perduranza delle condotte contestate in epoca successiva al gennaio 2017.

26. – Quanto all'ultimo motivo di appello proposto dall'Autorità va ricordato che l'art. 15 l. 287/1990 prevede che nei casi *“di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione” si applica “una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida”*. Il successivo art. 31 l. 287/1990 precisa, poi, che *“per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689”*.

L'art. 11 l. 689/1981 detta i criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie stabilendo che *“nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche”*.

Le linee guida dell'Autorità (approvate con delibera dell'AGCM 22 ottobre 2014 n. 25152), ai fini del calcolo della sanzione, prevedono, tra l'altro e per quanto è qui di interesse, che *“con specifico riferimento alle più gravi restrizioni della concorrenza, indipendentemente dalla loro durata e dalla loro effettiva attuazione, l'Autorità può considerare opportuno l'inserimento nell'importo base di un ammontare supplementare compreso tra il 15 e il 25% del valore delle vendite di beni o servizi oggetto dell'infrazione”*.

La giurisprudenza (cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza del 26 gennaio 2017, Villeroy & Boch Austria GmbHc.; sentenza del 26 gennaio 2017, Mamoli Robinetteria SpA) ha specificato che l'applicazione della *entry fee* per le ipotesi più gravi di illecito *antitrust* è indipendente dalla durata dell'infrazione e dagli effetti della condotta accertata.

La giurisprudenza della Sezione ha chiarito che *“In questi casi, occorre che l'applicazione di tale importo sia adeguatamente motivato”* (cfr., in termini, Cons. Stato, Sez. VI, 2 settembre 2019 n. 6030).

Nella specie, avuto riguardo a quanto risulta dal materiale probatorio tale specifica motivazione è assente.

Nel provvedimento impugnato l'Autorità, dopo avere ricordato le indicazioni che derivano dalla giurisprudenza nazionale e da quella eurounitaria per l'applicazione del criterio dell'*entry fee*, al paragrafo 330 si legge che *“Ai sensi del punto 14 delle Linee Guida, nella fattispecie in esame assumono rilievo il tipo di infrazione - che si caratterizza come avente una natura escludente nei confronti di diretti concorrenti -, il carattere insostituibile dei servizi oggetto di istruttoria per la domanda - il trasporto marittimo di merci su numerose rotte assume peraltro la caratteristica di*

servizio pubblico -, il livello di concentrazione dei mercati rilevanti - che vede la presenza predominante di Moby/CIN - e l'impatto economico delle condotte - che nel caso di specie, forte della valenza segnaletica delle condotte, risulta tuttora perdurante, sia in termini di effetti economici e reputazionali direttamente sofferti dalle imprese di logistica, sia in termini di effetti economici subiti dai concorrenti”.

Come appare evidente dalla lettura del surriprodotto paragrafo, le indicazioni che costituirebbero l'ossatura della motivazione dell'aggravamento dell'entità della sanzione inflitta appaio solo enunciate, con una elencazione dei singoli elementi di gravità dell'infrazione (e quindi delle condotte messe in campo e degli effetti delle stesse), senza però approfondire puntualmente, come sarebbe stato necessario, gli aspetti di maggior rigore che meritano i singoli comportamenti ascritti anche tenuto conto della reale ed effettiva incidenza in termini di sofferenza commerciale a carico degli altri operatori presenti nel mercato di riferimento, al fine di poter dimostrare la gravità della condotta anticoncorrenziale, tale da far fuoriuscire il caso in esame dall'ambito di applicazione ordinaria delle modalità di calcolo della sanzione da irrogare.

Ne deriva che, nel respingere l'appello proposto dall'Autorità, va confermata la conclusione fatta propria dal giudice di primo grado nella parte in cui afferma, nella sentenza qui oggetto di appello, non solo la inapplicabilità dell'aggravamento, in applicazione del criterio dell'*entry fee*, ma anche la riduzione della percentuale del 9% delle vendite, individuata dall'Autorità per la definizione dell'importo base della sanzione inflitta, stante la surrichiamata necessità di ridurre l'arco temporale individuato per il permanere della condotta abusiva, dovendosi quest'ultimo limitarsi al periodo che va dal 28 settembre 2015 al gennaio 2017.

27. – Anche la società Grendi Trasporti Marittimi S.p.a., intervenuta nel corso del procedimento di vigilanza svolto dall'Autorità, ha proposto appello (n. R.g. 8174/2019) per ottenere la riforma della sentenza n. 7175/2019 del TAR per il Lazio.

Le censure proposte con il mezzo di gravame dalla società Grendi, per come emerge dalla lettura dell'atto di appello, sono sostanzialmente sovrapponibili a quelle dedotte dall'Autorità e rispetto alle quali il Collegio ha sopra dato conto delle traiettorie di scrutinio e della non accoglibilità dei proposti motivi.

In ragione di tali considerazioni anche il terzo appello qui in esame, proposto dalla società Grendi, non può trovare accoglimento.

28. - La presente decisione è stata assunta tenendo conto dell'ormai consolidato “principio della ragione più liquida”, corollario del principio di economia processuale (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 5 gennaio 2015 n. 5 nonché Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014 n. 26242), che ha consentito di derogare all'ordine logico di esame delle questioni e che le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., Sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cass. civ., Sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663 e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016 n. 3176), con la conseguenza che gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

29. – In ragione di tutto quanto si è sopra esposto i tre appelli qui in esame, per come riuniti, debbono essere tutti respinti, non trovando fondatezza i motivi dedotti nei (tre) mezzi di gravame

proposti, con conseguente conferma della sentenza di primo grado e del parziale accoglimento, nei limiti espressi in detta sentenza, del ricorso di primo grado.

Le spese del grado di giudizio possono compensarsi tra tutte le parti in lite, con riferimento agli appelli riuniti, sussistendo i presupposti di cui all'art. 92 c.p.c, per come espressamente richiamato dall'art. 26, comma 1, c.p.a., stante la peculiarità e la complessità, sia in punto di fatto che di diritto, delle questioni oggetto di contenzioso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe indicati:

1) dispone la riunione dei ricorsi in grado di appello nn. R.g. 8343/2019 e 8174/2019 al ricorso in grado di appello n. R.g. 8136/2019;

2) li respinge tutti e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I, 4 giugno 2019 n. 7175 con la quale è stato parzialmente accolto il ricorso (n. R.g. 6243/2018) di primo grado;

3) spese del grado di appello per i tre giudizi riuniti compensate.

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

Così deciso in Roma nelle Camere di consiglio del 17 settembre 2020, 3 dicembre 2020 e 18 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Toschei

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO