

Pubblicato il 31/08/2016

N. 03773/2016REG.PROV.COLL.

N. 01089/2016 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1089 del 2016, proposto da: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

contro

Alicost s.p.a, Alilauro s.p.a., Alilauro Gruson s.p.a., Servizi Marittimi Liberi Giuffrè & Lauro s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, tutti rappresentati e difesi dall'avvocato Fabio Cintioli C.F. CNTFBA62M23F158G, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via Vittoria Colonna 32;

e con l'intervento di

ad

adiuvandum:

Associazione Nazionale Utenti Servizi Pubblici - Assoutenti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Melania Capasso

C.F. CPSMLN80S56F839E, Luca Tozzi C.F. TZZLCU73A25F839A, domiciliato ex art. 25 cpa presso Segreteria Sezionale Cds in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I n. 12416/2015, resa tra le parti, concernente applicazione sanzione amministrativa pecuniaria

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Alicost s.p.a. di Alilauro s.p.a., di Alilauro Gruson s.p.a., di Servizi Marittimi Liberi Giuffrè & Lauro Srl;

Viste le memorie difensive;

Visto l'appello incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2016 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati dello Stato Fiorentino, Cintioli, Capasso e Tozzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Nel corso del 2008, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) avviava un procedimento istruttorio nei confronti di diverse imprese private operanti nel settore del trasporto marittimo, al fine di accertare l'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale nel mercato riguardante il trasporto passeggeri nei golfi di Napoli e Salerno. A seguito della presentazione di "impegni" da parte delle imprese interessate, l'Autorità, nel corso del 2009, li accoglieva e rendeva obbligatori.

2. In particolare, l'attenzione dell'AGCM si era incentrata sulla costituzione tra tali imprese, nel 1998, del Consorzio Linee Marittime Partenopee (CLMP) - costituito per occuparsi di un'iniziativa denominata "Biglietto Unico" ma ritenuto svolgente

attività suscettibili di ridurre gli spazi per l'adozione di condotte autonome da parte delle imprese - e, più di recente, dell'Associazione Cabotaggio Armatori Partenopei (ACAP). Entrambe tali strutture avevano contribuito, ad opinione dell'AGCM, ad agevolare contatti che, sistematicamente ripetuti, avevano portato a ripartire le diverse rotte in modo da evitare "sovrapposizioni" sulla parte di mercato non gravata da obblighi di servizio pubblico e, conseguentemente, ridurre o anche eliminare la concorrenza in tale ambito territoriale.

3. I su richiamati impegni obbligatori, quindi, prevedevano, in sintesi, di: a) evitare lo scambio di dati sensibili e commerciali, limitando le iniziative comuni agli standard di qualità del servizio; b) sciogliere il CLMP entro il 31.7.2009 e limitare l'iniziativa "Biglietto Unico" alle rotte (da e) per l'isola di Capri; c) predisporre ed adottare una "Carta dei servizi" per l'utenza; d) predisporre misure a favore del consumatore soprattutto in ordine alla tempestiva informazione di eventuali funzionamenti irregolari del servizio nonché alla rimborsabilità dei titoli di viaggio e/o al loro possibile utilizzo per corse in date successive.

4. Le imprese presentavano nel corso del 2010 le prime relazioni di ottemperanza ma, nei mesi di agosto e settembre di quell'anno, pervenivano all'Autorità alcune segnalazioni che lamentavano aumenti dei prezzi su tali rotte ed evidenziavano l'esistenza di un comunicato stampa dell'ACAP in cui si riferiva della volontà di abolire la tariffa agevolata "residenti" a partire dall'11.8.2010. Forniti dalle aziende interessate chiarimenti sul punto in seguito alla richiesta dell'AGCM, nel corso del 2011 e del 2012 continuavano però a pervenire all'Autorità altre segnalazioni in ordine a rilevati incrementi coordinati dei prezzi ed a iniziative congiunte poste in essere in essere dagli armatori privati in materia di tariffe passeggeri, unite a disservizi di vario tipo.

5. L'Autorità, quindi, con delibera del 30.5.2013 avviava un procedimento ex art. 14-ter, comma 2, l. n. 287/90 per violazione degli impegni nonché provvedeva

contestualmente a riaprire nei confronti delle stesse parti il precedente procedimento, ai sensi degli artt. 14 e 14-ter, comma 3, l. cit., al fine di accertare l'esistenza di una o più violazioni dell'art. 2 l. cit. o dell'art. 101 TFUE, e successivamente, nel settembre 2013, ad estenderlo, dal punto di vista oggettivo, all'accertamento di ulteriori ipotesi di coordinamento delle strategie commerciali fra concorrenti suscettibili di autonome violazioni degli artt. 2 o 101 citt.

6. Il nuovo procedimento si concludeva con il provvedimento n. 25295 del 28.1.2015, con il quale l'Autorità deliberava che le società ivi indicate non avevano rispettato gli impegni resi obbligatori con delibera dell'Autorità dell'ottobre 2009, che le medesime società, oltre ad altra, avevano messo in atto un'intesa unica, complessa e continuata, realizzatasi anche attraverso gli organismi comuni - quali una nuova società nel frattempo costituita, la Gescab s.r.l., il CLMP in liquidazione e l'ACAP - avente per oggetto la ripartizione dei costi/ricavi in quote storiche predeterminate per mantenere invariati i margini di profitto relativi nel mercato del trasporto passeggeri, con o senza veicoli al seguito, nei golfi campani e da Napoli e/o da alcuni porti laziali con le isole Eolie e Pontine, almeno dal 1998 ad oggi, in violazione dell'articolo 101 TFUE.

L'AGCM disponeva l'inibitoria da comportamenti analoghi per il futuro, imponeva la presentazione, entro 120 giorni, di una relazione circa le misure adottate per eliminare il comportamento descritto e applicava a ciascuna società, al CLMP in liquidazione alla Gescab s.r.l. e all'ACAP sanzioni amministrative differenziate per importo in relazione al fatturato e alla situazione di bilancio di ognuna.

7. Le società Alicost s.p.a, Alilauro s.p.a., Alilauro Gruson s.p.a., Servizi Marittimi Liberi Giuffrè & Lauro s.r.l., con ricorso innanzi al T.a.r. Lazio, hanno impugnato detto provvedimento chiedendone l'annullamento.

8. Con la sentenza di estremi indicati in epigrafe, il T.a.r. Lazio, respinte le censure di ordine procedimentale, ha accolto invece le censure di ordine sostanziale, volte

ad evidenziare il mancato inadempimento degli impegni e la mancata dimostrazione dell'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza.

9. Per ottenere la riforma di tale sentenza ha proposto l'AGCM ha proposto appello chiedendo in via cautelare la sospensione della sentenza appellata.

10. Le originarie ricorrenti si sono costituita in giudizio, chiedendo il rigetto dell'appello principale (e dell'istanza cautelare) e proponendo appello incidentale contro i capi della sentenza impugnata che hanno respinto le censure di natura procedimentale articolate nel ricorso introduttivo.

11. E' intervenuta nel giudizio di appello, a sostegno delle ragioni dell'AGCM, l'Associazione nazionale utenti di servizi pubblici Assoutenti.

12. Alla camera di consiglio del 9 giugno 2016, fissata per la decisione sull'istanza cautelare, il Collegio, su richiesta delle parti, accertata la completezza dell'istruttoria e del contraddittorio, ha trattenuto la causa per la decisione nel merito, ai sensi degli artt. 98, comma 2, e 60 c.p.a.

13. L'appello dell'AGCM non merita accoglimento.

14. Il provvedimento impugnato ha contestato due illeciti: a) la violazione degli impegni, ai sensi dell'art. 14, commi 2 e 3, legge n. 287 del 1990; b) l'attuazione di un'intesa univa, complessa e continuata, realizzatasi anche attraverso gli organismi comune CLMP in liq., Gescab s.r.l. e Acap, avente per oggetto la riparazione dei costi/ricavi in quote storiche predeterminate per mantenere invariati i margini di profitto relativi nel mercato del trasporto dei passeggeri, con o senza veicoli al seguito, nei golfi campani e da Napoli e/o alcuni porti laziali con le isole Eolie e Pontine, almeno dal 1998 alla data del provvedimento, in violazione dell'art. 101 TFUE.

15. Per quanto riguarda, in particolare, la violazione degli impegni, nel provvedimento impugnato l'AGCM ha ritenuto che essa era dovuta alle seguenti circostanze: a) le imprese avevano continuato a servirsi di una struttura comune,

quale Gescab, costituita in parallelo allo scioglimento del CLMP, con la quale continuavano a coordinarsi “ben oltre la qualità dei servizi, proseguendo l’intesa di ripartizione dei costi/ricavi secondo quote storiche; b) le imprese non avevano limitato il “Biglietto Unico” alle sole rotte da e per Capri, adottando modalità applicative del relativo Regolamento che di fatto avevano impedito all’utenza di avvalersene in maniera completa.

A tale conclusione l’Autorità è pervenuta, rilevando, per quel che riguardava la contestazione sub a), che solo dopo cinque giorni dallo scioglimento del CLMP era stata costituita, tra la maggioranza degli armatori già consorziati, la Gescab s.r.l., senza informare l’Autorità stessa di tale circostanza e dando luogo a una sostanziale continuità di intenti rappresentata dalla corrispondenza di cariche sociali, sede e personale utilizzato, al fine di ripartire i ricavi tra tutte le società associate in ACAP. Ciò era desunto da un documento che raffigurava il “passaggio di consegne” tra CLMP e Gescab, attestato anche dalla coincidenza di “indirizzo informatico”. Inoltre, risultava, da accertamenti ispettivi del 6 giugno 2013, che le preminenti attività statutarie della Gescab, di costruzione e gestione terminali, bigliettazione, gestione di servizi informatici, di “call center” e di “security” per l’imbarco e sbarco, non erano state effettuate, svolgendo la società unicamente attività di bigliettazione, come attestato dall’esame del bilancio sociale che vedeva come voci più significative l’acquisto di “computer” e la presenza di costi per servizi, quali, appunto, biglietterie e commissioni per mandatari e agenzie di viaggi. In più, l’AGCM rilevava che Gescab effettuava tale attività di bigliettazione oltre che per le rotte su Capri anche per altre prima gestite tramite CLMP, come rilevabile anche da specifico comunicato stampa dell’estate 2009.

Tale circostanza, secondo l’AGCM, era confermata dalle stesse Parti in audizione, da informazioni richieste al quotidiano “Il Mattino” e dalle indicazioni in esso contenute in due date annuali, da una fattura di Gescab ad Alilauro Gruson del 30

giugno 2013, da un rilievo su un sito informatico sulle corse “bigliettate” da Gescab includenti le direttrici Salerno – Amalfi – Positano – Sorrento – Ischia - Capri, anche se era riportato che le società interessate giustificavano tale circostanza evidenziando il numero limitato di biglietti su tali rotte diverse da quelle da e per Capri e la circostanza che le altre destinazioni erano comunque sulla linea Sorrento-Napoli-Capri.

16. L'AGCM ha censurato la sentenza appellata innanzitutto nella parte in cui ha ritenuto che gli impegni assunti dai vettori a conclusione dell'originaria istruttoria I689 “non risultavano formalmente e/o sostanzialmente inadempiti”.

In particolare, secondo l'appellante la sentenza avrebbe erroneamente escluso l'inottemperanza ai due impegni mediante i quali le parti si erano obbligate a limitare la portata delle attività svolte nell'ambito delle iniziative comuni ai soli fini del miglioramento della qualità dei servizi offerti (impegno 1.a) e, specificamente, a sciogliere il Consorzio Linee Marittime Partenopee (impegno 1.b). Ed infatti, deduce l'appellante, “le parti, pur formalmente sciogliendo il CLMP, avevano immediatamente ricostituito un organismo associativo del tutto equivalente a quest'ultimo, negli aspetti sia strutturale che soggettivi e, soprattutto, finalizzato a svolgere le medesime attività illecite realizzate dal precedente consorzio” e vi sarebbe negli atti dell'istruttoria numerosa documentazione volta a comprovare “la perfetta continuità tra l'attività in concreto svolta dal CLMP prima e Gescab poi, consistente nella ripartizione dei ricavi derivanti dal trasporto marittimo secondo quote storiche pre-concordate”.

17. La censura è infondata.

18. La costituzione della società Gescab, nonostante i numerosi profili di identità (evidenziati nel provvedimento impugnato e nell'appello) sotto il profilo strutturale e soggettivo (per quanto concerne, in particolare, la coincidenza di cariche, di sede

sociale e strutture informatiche) rispetto al Consorzio CLMP, non può considerarsi un sostanziale inadempimento degli impegni assunti.

Risulta dirimente sotto tale profilo la diversità del profilo funzionale, non essendovi identità, diversamente da quanto sostenuto dall'AGCM, tra l'attività in concreto svolta dal CLMP prima e da Gescab poi.

Gescab, infatti, è subentrata al CLMP unicamente con riferimento all'attività necessaria per garantire il corretto funzionamento del c.d. Biglietto Unico da e per Capri.

Tale rilievo risulta decisivo per escludere che venga in rilievo, nel caso di specie, una ipotesi di sostanziale inadempimento degli impegni assunti.

Come già rilevato dal T.a.r., invero, l'impegno assunto delle parti, ed approvato dall'AGCM, consentiva, comunque, iniziative comuni, con lo scambio e la condivisione delle informazioni la cui reciproca conoscenza risultasse necessaria per la realizzazione delle legittime finalità statutariamente perseguite in senso alle comuni iniziative.

Era stata, peraltro, l'AGCM a valutare favorevolmente l'iniziativa Biglietto Unico sulle rotte da e per Capri, osservando che tale iniziativa comune era "suscettibile di produrre miglioramenti per l'utenza nella fruizione dei servizi", in relazione ai tempi di attesa e di imbarco che presenta il porto dell'isola, soprattutto se accompagnata da un Regolamento in grado di disciplinare al meglio le condizioni di utilizzo a favore dell'utenza.

In tale contesto, la circostanza che le società indicate abbiano costituito la Gescab immediatamente dopo lo scioglimento del CLMP, con una coincidenza di cariche sociali, sede sociale e strutture informatiche, non può di per sé considerarsi una violazione dell'impegno.

Sia il profilo temporale (la contestualità tra lo scioglimento di CLMP e la costituzione di Gescab), sia il profilo strutturale (la coincidenza di cariche sociali,

sede sociale e strutture informatiche) trovano, infatti, una plausibile giustificazione, specie se si considera che, essendo l'attività del CLMP cessata nel periodo di punta della stagione estiva (fine luglio 2009), i vettori si sono trovati a fronteggiare l'urgenza di gestire in maniera efficiente il servizio comune di bigliettazione da e per Capri, servizio espressamente ammesso e favorevolmente valutato dall'AGCM. Di qui l'opportunità di fare ricorso immediato ad una struttura organizzativa già collaudata, il che spiega l'identità strutturale e soggettiva tra CLMP e Gescab, nonostante la già evidenziata diversità dell'attività svolta.

19. La tesi dell'appellante secondo cui Gescab avrebbe effettuato una "ripartizione dei ricavi derivanti dal trasporto marittimo nelle tratte messe a fattor comune in base a quote storiche" non risulta, a sua volta, comprovata dalla documentazione in atti.

Da un lato, negli atti dell'istruttoria non vi è alcuna evidenza contabile che dimostri che Gescab (o i vettori soci) abbiano effettuato conguagli al fine di ripartire costi e ricavi secondo quote storiche; dall'altro, come già condivisibilmente evidenziato dal T.a.r., l'AGCM ha omesso di acquisire, come avrebbe potuto fare nel corso dell'istruttoria, la contabilità delle compagnie di navigazione per trovare elementi di prova a supporto dell'ipotesi accusatoria.

20. L'AGCM ha censurato la sentenza del T.a.r. anche nella parte in cui ha escluso l'ottemperanza all'impegno volto a limitare l'iniziativa biglietto unico alle tratte da e per Capri (impegno 1.c.), sostenendo che Gescab, avrebbe emesso biglietti anche rispetto a rotte diverse da quelle da e per Capri.

21. Anche tale censura è infondata.

I biglietti emessi da Gescab per conto dei vettori si riferiscono, infatti, esclusivamente alle linee aventi Capri come porto di partenza e/o destinazione e non già altre rotte.

Sotto tale profilo, va evidenziato che la violazione dell'impegno non può ravvisarsi nella circostanza, valorizzata invece dall'appellante, che le navi operanti sulle linee in questione hanno effettuato fermate intermedie in altri porti diversi da Capri. Anche a prescindere dalla circostanza, pur significativa, che l'attività su tali tratte intermedia risulta essere stata del tutto residuale (generando ricavi di valore marginale), risulta decisiva la considerazione che le tratte intermedie in questione, comunque collegate alle linee da e per Capri, sono effettuate da un'unica nave, con la conseguenza che la bigliettazione è necessariamente effettuata dal medesimo soggetto (Gescab) con riferimento all'intera linea.

Come correttamente evidenziato dal T.a.r., pertanto, considerato che le diverse destinazioni erano sempre fissate nella direttrice di Linea Napoli-Capri, il servizio di bigliettazione che le riguardava rientrava formalmente nei limiti fissati dagli impegni,

22. L'AGCM ha censurato la sentenza appellata anche per quanto riguarda l'impegno concernente la predisposizione del Regolamento volto a disciplinare l'utilizzo del Biglietto Unico. Secondo l'appellante, la sentenza è meritevole di riforma laddove non tiene conto della circostanza per cui, anche se il Regolamento risultava formalmente adottato, la c.d. ottemperanza si era rivelata nella sostanza soltanto apparente, stante la contraddizione evidente tra le condizioni di fruibilità dei titoli di viaggio astrattamente stabilite nel Regolamento – che prevedevano la possibilità di utilizzo del biglietto anche per altre e diverse corse – e le condizioni realmente applicate e riportate sul retro dei titoli stessi, che stabilivano la validità del biglietto solo per la corsa in esso indicata.

23. Anche tale censura è infondata.

E' emerso dall'istruttoria (e non risulta smentito dall'Autorità appellante) che il biglietto per semplici ragioni di spazio, indica solo una parte delle condizioni applicabili all'iniziativa biglietto unico, ma questo non esclude che il biglietto

potesse essere utilizzato con altra compagnia sulla rotta da e per Capri, il che indirettamente risulta confermato dall'assenza (negli atti dell'istruttoria) di specifiche e significative doglianze di utenti che abbiano ritenuto di ricevere nocumento da tale conformazione del biglietto. Del resto, come correttamente osserva la sentenza appellata, il retro del biglietto non deve necessariamente contenere (e per prassi non contiene) l'intero regolamento contrattuale.

Anche in relazione a tale profilo, quindi, gli impegni non possono considerarsi formalmente o sostanzialmente inadempiti.

24. Infondato è anche il secondo gruppo di censure diretto a contestare la sentenza appellata nella parte in cui ha escluso la sussistenza di un'intesa anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 101 TFUE, così come contestata nel provvedimento impugnato.

25. Va evidenziato che, a prescindere dalla sussistenza nel caso di specie dei presupposti della c.d. giurisprudenza CIF (di cui il T.a.r. non ha fatto applicazione), l'istruttoria compiuta dall'AGCM, già gravemente inficiata dalla ritenuta violazione degli impegni (rivelatasi, invece, insussistente alla luce delle considerazioni già svolte), risulta ulteriormente viziata per eccesso di potere sotto i profili della incompletezza dell'istruttoria e della contraddittorietà e incoerenza della motivazione.

Emerge, in particolare, una significativa incoerenza sul piano logico-motivazionale tra il provvedimento impugnato e le numerose segnalazioni (cfr., in particolare, le segnalazioni AS269 del 6 novembre 2003, AS 549 del 13 luglio 2009) e i provvedimenti (cfr. lo stesso provvedimento n. 20378 del 15 ottobre 2009, che ha chiuso l'istruttoria I689 rendendo obbligatori gli impegni dei vettori), con i quali, a partire dal 1995, l'AGCM ha espressamente criticato la regolamentazione adottata dalla Regione Campania, ritenendola ostativa al pieno dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali nel mercato dei golfi di Napoli e Salerno.

Con il provvedimento impugnato, in altri termini, l'AGCM, contraddicendo "inaspettatamente" le valutazioni espresse negli anni passati, ha "improvvisamente" ritenuto che la regolamentazione imposta dalla Regione non avrebbe "consentito, agevolato e nemmeno riguardato i comportamenti contestati alle Parti".

E' in relazione a tale aspetto che la sentenza di primo grado merita conferma.

Sussiste, invero, la lamentata contraddittorietà dell'atteggiamento tenuto dall'AGCM, la quale dopo aver riconosciuto fino al luglio del 2009 la sussistenza di una "patologia" in un'ottica concorrenziale dell'assetto normativo e regolamentare dei servizi di trasporto marittimo nei golfi di Napoli e Salerno (tanto da farne oggetto di segnalazione), ed aver chiuso con impegni nell'ottobre dello stesso anno il procedimento per ritenuta condotta anticoncorrenziale, ha, dopo quattro anni, riaperto il procedimento e, senza più considerare l'incidenza della regolamentazione regionale, è giunta alla conclusione di ritenere sussistente una condotta anticoncorrenziale risalente al 1998, "rafforzatasi" nel 2008 (prima, quindi, dei citati provvedimenti del 2009, ivi compreso quello di accettazione degli impegni) e poi sfociata nell'inadempimento degli impegni, al fine di mantenere una distribuzione costi/ricavi per quote storiche.

Come condivisibilmente sottolinea il T.a.r., l'AGCM, invece, avrebbe dovuto approfondire l'istruttoria al fine di valutare l'influenza della regolamentazione regionale e, soprattutto, avrebbe dovuto illustrare le ragioni per le quali ha ritenuto di modificare le precedenti valutazioni svolte nelle segnalazioni del 2003 e del 2009 e nel provvedimento del 25 ottobre 2009 (di chiusura del procedimento I689).

26. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello principale proposto dall'AGCM deve, dunque, essere respinto.

27. Al rigetto dell'appello principale consegue l'improcedibilità, per sopravvenuto difetto di interesse, dell'appello incidentale.

28. La complessità delle questioni esaminate giustifica l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Bernhard Lageder, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberto Giovagnoli

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO