



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 7946 del 2014, proposto da:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - AGCM, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria per legge, in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Grandi Navi Veloci s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Grassani e Fabio Cintioli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Vittoria Colonna 32;

Marinvest s.r.l. e SNAV s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Fabio Cintioli, Donato Bruno e Salvatore Ravenna, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Vittoria Colonna 32;

nei confronti di

Altroconsumo - Associazione indipendente di consumatori, in persona

del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Martinello, Giorgio Afferni, Andrea Mozzati e Francesco Paoletti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, viale Maresciallo Pilsudski, 118;

Forship s.p.a., non costituita in giudizio nel presente grado;

sul ricorso numero di registro generale 7948 del 2014, proposto da:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - AGCM, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria per legge, in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Moby s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Beniamino Caravita Di Toritto, Beniamino Carnevale e Claudio Tesauro, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via di Porta Pinciana, 6;

nei confronti di

Altroconsumo - Associazione indipendente di consumatori, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Paoletti, Paolo Martinello, Giorgio Afferni e Andrea Mozzati, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, viale Maresciallo Pilsudski, 118;

Forship s.p.a., Regione autonoma della Sardegna, Codacons - Coordinamento delle associazioni per la difesa dell'ambiente e degli utenti e dei consumatori, non costituiti in giudizio nel presente grado;

per la riforma

quanto al ricorso n. 7946 del 2014:

della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma, Sezione I, n. 04730/2014, resa tra le parti e concernente: irrogazione sanzione pecuniaria per pratica

concordata anticoncorrenziale;

quanto al ricorso n. 7948 del 2014:

della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma, Sezione I, n. 04731/2014, resa tra le parti e concernente: irrogazione sanzione pecuniaria per pratica concordata anticoncorrenziale;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle rispettive parti appellate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 14 aprile 2015, il Cons. Bernhard Lageder e uditi, per le parti, l'avvocato dello Stato Gentili e gli avvocati Grassani, Cintioli, Paoletti e Afferni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con le due sentenze in epigrafe, il T.a.r. per il Lazio accoglieva i ricorsi n. 6319 del 2013, n. 7943 del 2013, n. 9209 del 2013 e n. 9210 del 2013, proposti rispettivamente da *Moby s.p.a.*, *Grandi Navi Veloci s.p.a.* (*GNV*), *Marinvest s.p.a.* e *SNAV s.p.a.* avverso il provvedimento n. 24405 dell'11 giugno 2013, con il quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato - AGCM aveva inflitto alle ricorrenti le sanzioni pecuniarie di euro 5.462.310,00 (*Moby*), di euro 2.370.795,00 (*GNV*), di euro 231.765,00 (*SNAV*) e di euro 42.575,00 (*Marinvest*), ex artt. 15 e 31 l. 10 ottobre 1990, n. 287.

L'AGCM, all'esito dell'istruttoria procedimentale, aveva ritenuto accertato che le imprese ricorrenti, nel periodo settembre 2010 - settembre 2011 (la *SNAV*, fino a maggio 2011, quando la stessa aveva smesso di operare sulla rotta Civitavecchia-Olbia), avessero posto in

essere un'intesa nella forma di una pratica concordata, consistente nel parallelo aumento generalizzato e significativo dei prezzi dei servizi di trasporto marittimo passeggeri, con o senza veicoli gommati al seguito, su una serie di rotte da e per la Sardegna (segnatamente, sulle rotte Civitavecchia-Olbia, Genova-Olbia e Genova-Porto Torres), con riferimento alla stagione estiva 2011, qualificata come illecito anticoncorrenziale, in quanto non giustificabile con spiegazioni economiche alternative se non con la concertazione tra le imprese ricorrenti, nonché lesiva dell'art. 101 TFUE, poiché idonea a restringere il commercio fra gli Stati membri, costituendo i collegamenti marittimi per la Sardegna una parte rilevante del trasporto marittimo in Italia.

L'adito T.a.r. ha fondato le pronunce di accoglimento sui seguenti rilievi motivazionali (identici nelle due sentenze):

- rilevava che, quale unico dato incontestabile, poteva assumersi che nel 2011 le tariffe dei traghetti per la Sardegna erano cresciute in misura assai sensibile, per la massima parte degli operatori: nel senso che l'utenza, nonché i soggetti ad essa contigui, come le associazioni di consumatori e la Regione Sardegna, avevano generalmente percepito l'aggravio come eccedente l'incremento annuale ragionevolmente atteso in quel tempo per prestazioni simili;

- tuttavia, alla luce del criterio metodologico adottato dall'AGCM, sarebbe impossibile conoscere in dettaglio l'entità esatta di tali aumenti – per compagnie, tratte, periodi dell'anno e tipologie di viaggio –, essendo l'AGCM ricorso al parametro del ricavo medio unitario per passeggero (dividendo la totalità dei ricavi per il numero dei passeggeri), costituente un mero indicatore statistico dei prezzi reali applicati in relazione alla variegata tipologia dei servizi offerti (biglietto singolo, biglietto famiglia, solo trasporto passeggero, trasporto passeggero + automobile, solo

passaggio senza cabina, passaggio con cabina, ecc.), fortemente diversificati nell'ambito di una stessa compagnia;

- al fine di accertare l'esistenza di un preventivo coordinamento tra gli operatori economici, che fornivano i servizi di trasporto in questione, occorre, infatti, appurare e conoscere gli aumenti tariffari reali, con le corrispondenze, anche temporali, ovvero le divergenze, al fine di confermare o meno la ritenuta concertazione, mentre l'Autorità, nell'impugnato provvedimento, non era riuscita a fissare la concreta dinamica dell'aumento dei singoli prezzi, per cui mancavano *«elementi rassicuranti per affermare che tutti gli operatori abbiano aumentato le tariffe in modo omogeneo, con indirizzi uniformi e sincronismi sospetti»* (v. così, testualmente, le impugnate sentenze);

- doveva, inoltre, ritenersi notorio che la gestione computerizzata delle prenotazioni consentiva di non cristallizzare le tariffe all'inizio dell'anno in listini di durata prestabilita, limitandosi a definire ampie fasce di prezzi (al cui interno gli importi poi oscillavano cospicuamente), e di adattarsi flessibilmente alle caratteristiche del mercato in generale, oltre che alla domanda per un determinato percorso e singolo viaggio;

- d'altro canto, i prezzi erano (pacificamente) conoscibili da tutti e si poteva ragionevolmente presumere che ogni compagnia monitorasse costantemente quelli delle altre, il che, di per sé, non presentava profili d'illiceità;

- era, allora, plausibile ritenere che una delle società di navigazione interessate (tutte in perdita nel periodo d'interesse) avesse deciso, in piena autonomia e, dunque, senza previa concertazione, di avviare una prima serie di aumenti, ed a questi fossero seguiti, in pari autonomia, quelli delle altre compagnie che avessero appreso dei primi e, a questo punto, avessero ritenuto non più conveniente continuare a praticare

prezzi non remunerativi dei costi del servizio;

- pertanto, contrariamente all'assunto dell'Autorità, il semplice aumento dei prezzi non era idoneo a dimostrare, di per sé, l'esistenza di un'intesa preventiva, nel senso che *«questa non è cioè l'unico possibile antecedente ignoto del fatto noto, costituito dall'incremento tariffario, il quale dunque non basta a dimostrare la concertazione, che si dovrebbe perciò qui individuare attraverso specifici indizi, gravi, precisi e concordanti, i quali dimostrino che quel dato comportamento parallelo sul mercato non può spiegarsi altrimenti»* (v. così, testualmente, le impugnate sentenze);

- infatti, le imprese ricorrenti – in disparte profili assolutori specifici relativi al singole posizioni (quali, quanto alla posizione di *Marinvest*, l'assenza di qualsiasi attività operativa, in qualità di *holding* del gruppo, e, quanto alla posizione di *SNAV*, l'uscita, all'inizio del 2011, dalle rotte da e per la Sardegna) –, per giustificare l'incremento dei prezzi, avevano indicato, in particolare, le perdite di gestione (nel 2010 *GNV* aveva subito perdite per 37,9 milioni di euro) e il sensibile aumento del costo per il combustibile, a fronte di una diminuzione della domanda di trasporto marittimo verso la Sardegna;

- gli elementi giustificativi indicati dalle ricorrenti (sulle quali, peraltro, non gravava il relativo onere di allegazione e di prova) dovevano ritenersi consistenti, così da rendere verosimile, secondo ragionevolezza, la decisione individuale d'incrementare le tariffe, anche senza accordi preventivi, la cui esistenza non era stata comprovata, difettando, in particolare, la prova che gli aumenti fossero sproporzionati alla misura delle perdite, mentre l'affermazione dell'Autorità, secondo cui l'aumento dei prezzi, se non concordato prima, mai sarebbe stato deciso dal singolo operatore, in quanto avrebbe potuto solo determinare ulteriori perdite, costituiva un argomento decisamente opinabile;

- segnatamente, tale argomento non considerava, anzitutto, che ciascun concorrente era consapevole delle analoghe difficoltà delle altre compagnie e poteva ragionevolmente contare che sarebbe stato seguito, il che è rimasto confermato, secondo quanto riconosciuto dalla stessa Autorità, per *Forship*, la quale non è stata sanzionata pur avendo incrementato i prezzi, in quanto la stessa avrebbe svolto un ruolo di *follower* delle politiche di prezzo dei concorrenti, né il richiamato argomento dell'Autorità considerava che tutte le società di navigazione attuavano un costante monitoraggio dei prezzi delle altre compagnie, talché nulla avrebbe impedito di riconsiderare gli aumenti disposti, se i concorrenti non avessero adottato la stessa politica;

- a ciò si aggiungeva la circostanza che, proprio nel corso del 2011, avrebbe dovuto essere definitivamente privatizzata la società *Tirrenia*, la quale per moltissimi anni aveva esercitato il trasporto marittimo, anche con la Sardegna, a prezzi contenuti, ormai ragionevolmente non più praticabili, sicché era venuto meno un fondamentale fattore di calmieramento dei prezzi, con la conseguenza che, per un verso, come affermato dalla Regione Sardegna, «*il rischio collusivo, specie con riguardo al price fixing è aumentato in maniera esponenziale*», ma per altro verso e sotto altro angolo visuale, la virtuale scomparsa di un concorrente, che aveva sino ad allora imposto un calmieramento del settore, pervenendo poi, in sostanza, al fallimento, potrebbe aver indotto ciascuna delle compagnie interessate ad aumentare autonomamente le tariffe;

- né l'Autorità era riuscita a provare elementi esogeni di accordi intercorsi tra le parti con riguardo all'aumento tariffario relativo alla stagione estiva del 2011, mancando qualsiasi correlativo riscontro diretto o presuntivo sia con riguardo al contenuto delle relazioni intercorse tra le ricorrenti e le altre società, che avrebbero costituito l'impresa comune

Compagnia Italiana di Navigazione (C.I.N.) per l'acquisizione della *Tirrenia*, sia con riguardo al contenuto degli accordi di *code sharing* intercorsi, nella primavera del 2011, tra *Moby* e *GNV*, che non avevano valenza intrinsecamente illecita, costituendo invece un preciso onere dell'Autorità verificare caso per caso, se tali schemi negoziali potessero, o meno, assumere valenza collusiva;

- l'AGCM non aveva assolto al relativo onere probatorio, non essendo stati offerti elementi, i quali confermassero l'esistenza della pratica concordata, in quanto i menzionati accordi, a contenuto specifico di per sé lecito, non presupponevano una pratica tariffaria condivisa tra le società che li avevano conclusi, a prescindere dal rilievo che gli stessi riguardavano solo due dei soggetti poi sanzionati.

Il T.a.r. accoglieva, conclusivamente, il ricorso per carenza di prova dell'asserita pratica concordata anticoncorrenziale, annullando l'impugnato provvedimento sanzionatorio e dichiarando assorbiti i restanti motivi.

2. Avverso entrambe le sentenze interponeva appello l'Autorità, deducendo i seguenti motivi (tra di loro identici nei due atti d'impugnazione):

a) l'erronea esclusione del raggiungimento della prova in ordine all'esistenza di un parallelismo delle politiche tariffarie adottate tra le parti dell'intesa per le rotte Civitavecchia-Olbia/Golfo Aranci, Genova-Olbia e Genova-Porto Torres, nonché la circolarità del ragionamento della sentenza, avendo il T.a.r. ritenuto erroneamente che fosse impossibile determinare l'entità degli aumenti, mentre, nella specie, gli aumenti erano stati provati puntualmente, né ai fini dell'integrazione dell'illecito concorrenziale era necessaria l'identità degli incrementi di prezzo tra tutti gli operatori: infatti, per un verso, *e-mails* e *reports*

ritrovati sia presso *Moby* sia presso *GNV/SNAV* comproverebbero che le imprese avevano praticato politiche di prezzo competitive fino alla stagione estiva 2011, e che solo da quel momento le loro strategie avevano subito un brusco rialzo in controtendenza rispetto agli anni precedenti (di oltre il 70% sulle rotte Civitavecchia-Olbia e Genova-Porto Torres, e di oltre il 40% sulla rotta Genova-Olbia), al punto da temere una riduzione del numero dei passeggeri (*Moby*) o da suggerire il nascondimento del dato relativo all'aumento (*GNV/SNAV*) (doc. 18 e 29), e, per altro verso, l'Autorità aveva applicato un indicatore (ricavo medio unitario) idoneo a verificare l'andamento medio delle offerte e dunque le strategie tariffarie in concreto praticate dagli operatori (nella specie, connotate da un aumento omogeneo sulle rotte sopra precisate), pur in presenza di un mercato caratterizzato da una marcata differenziazione dei prezzi quotidianamente praticati, essendo proprio il ricavo atteso la variabile sulla quale si giocavano le strategie di competizione;

b) l'erronea applicazione dei criteri che presiedono al regime probatorio e la conseguente erronea esclusione della prova della concertazione, deducendo, al riguardo, i seguenti profili di *errores in iudicando*:

- la «*mancata comprensione da parte del Tar dell'iter logico-probatorio*», avendo l'Autorità appellante, nell'impugnato provvedimento, assolto autonomamente e scrupolosamente all'onere di dimostrare che le rilevate condotte parallele non fossero riconducibili a spiegazioni alternative capaci di qualificare le condotte medesime come razionali ed autonome scelte imprenditoriali, ed avendo la stessa, in particolare, dimostrato che le menzionate condotte non potevano essere giustificate né dalla scarsa elasticità della domanda, né dalla trasparenza del mercato, né dall'incremento del costo del carburante, né, infine, dalle perdite subite

dagli operatori, così fornendo la prova logico-economica dell'illecito, in aderenza ai criteri elaborati da consolidato orientamento giurisprudenziale, nazionale e comunitario, ed affatto ponendo l'onere della prova degli indicatori endogeni della pratica concordata a carico delle imprese;

- la contraddittorietà intrinseca delle motivazioni delle appellate sentenze, laddove, per un verso, affermavano che l'astratta possibilità della riconduzione degli aumenti di prezzo ad una pratica concordata non poteva ritenersi sufficiente, sotto il profilo probatorio, ad avvalorare l'ipotesi accusatoria, e, per altro verso, assumevano che l'astratta plausibilità delle spiegazioni fornite dalle imprese sarebbe stata sufficiente ad affermarne la liceità;

- la perplessità dell'affermazione, contenuta nelle impugnate sentenze, secondo cui *«il Collegio non vuole così affermare che sicuramente per le tariffe non vi fu una pratica concordata (...) ma soltanto che il provvedimento impugnato e gli atti istruttori non ne attestano l'esistenza»*, indicativa dell'assenza di analisi e approfondimento istruttorio e conseguente incertezza delle conclusioni del T.a.r.;

- l'omessa adeguata valorizzazione dei dati istruttori acquisiti dall'Autorità – idonei a dimostrare l'assenza di spiegazioni alternative delle condotte parallele, non altrimenti spiegabili che con la previa concertazione tra le imprese concorrenti – attraverso l'approfondita analisi degli elementi endogeni della elasticità della domanda, della trasparenza del mercato, dell'aumento del costo di carburante e delle perdite di esercizio connotanti la situazione economico-finanziaria delle imprese originarie ricorrenti;

- l'omessa adeguata valorizzazione dei dati istruttori acquisiti dall'Autorità con riguardo alla sussistenza di contatti qualificati tra le

imprese, potendosene inferire che queste ultime avevano ricordato le proprie politiche tariffarie (in particolare valorizzando i documenti 18, 24, 30, 21, 31 e 39), ad ulteriore conferma indiziaria esogena della ricostruzione della fattispecie anticoncorrenziale, già di per sé dimostrata dagli enunciati elementi endogeni comprovanti la necessaria riconducibilità delle condotte parallele ad una concertazione tra le parti. L'Amministrazione appellante chiedeva pertanto, in riforma delle appellate sentenze, la reiezione degli avversari ricorsi di primo grado.

3. In entrambi i giudizi di appello si costituivano in giudizio le società rispettive originarie ricorrenti, contestando la fondatezza degli appelli e chiedendone la reiezione, nonché riproponendo espressamente i motivi assorbiti di primo grado.

Si costituiva, altresì, in giudizio, l'associazione dei consumatori *Altroconsumo*, aderendo agli appelli proposti dall'Autorità e chiedendone l'accoglimento.

4. All'udienza pubblica del 14 aprile 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Sebbene i due ricorsi in appello siano stati proposti avverso due distinte sentenze, si ravvisa opportuno disporre la riunione in funzione di una trattazione e decisione congiunta, per ragioni di connessione oggettiva e in parte soggettiva.

Nel merito, i motivi d'appello, tra di loro connessi e da esaminare congiuntamente, sono infondati.

5.1. Le originarie ricorrenti e odierne appellate (*Moby*, *GNV*, *SNAV* e *Marinvest*), nell'impugnato provvedimento inibitorio e sanzionatorio, sono state ritenute colpevoli della violazione dell'art. 101 TFUE per aver posto in essere un'intesa idonea ad alterare le dinamiche competitive nel mercato dei servizi di trasporto marittimo passeggeri, con o senza

veicoli gommati al seguito, sulle rotte Civitavecchia-Olbia, Genova-Olbia e Genova-Porto Torres, consistente nella pratica concordata del parallelo aumento generalizzato e significativo dei prezzi per la stagione estiva 2011, che, secondo l'assunto dell'Autorità, non troverebbe giustificazioni alternative a quella della concertazione.

5.2. Osservasi, in linea di diritto, che, per quanto qui interessa, l'art. 101 TFUE, vieta « (...) *tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:*

a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; (...).».

Mentre la fattispecie dell'accordo ricorre, qualora le imprese abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce, in modo consapevole, un'espressa collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza.

I criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire tale nozione, vanno intesi alla luce dei principi in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato. Pur non escludendo la suddetta esigenza di autonomia il diritto degli operatori economici di reagire intelligentemente al comportamento noto o presunto dei concorrenti, essa vieta però rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle

condizioni normali del mercato.

L'intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richiede comportamenti di più imprese, uniformi e paralleli, che costituiscano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali, sicché nella pratica concordata manca, o comunque non è rintracciabile da parte dell'investigatore, un accordo espresso, il che è agevolmente comprensibile, ove si consideri che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenderanno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti o accordi verbali espressi e ricorrendo, invece, a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto.

La giurisprudenza, consapevole della rarità dell'acquisizione di una prova piena, ritiene che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, possa anche essere indiziaria, purché gli indizi siano gravi, precisi e concordanti.

Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali:

- la durata, l'uniformità e il parallelismo dei comportamenti;
- l'esistenza di incontri tra le imprese;
- gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni;
- i segnali e le informative reciproche;
- il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate.

La giurisprudenza comunitaria e nazionale distingue tra parallelismo naturale e parallelismo artificialmente indotto da intese anticoncorrenziali, di cui la prima fattispecie da dimostrare sulla base di

elementi di prova endogeni, ossia collegati alla stranezza intrinseca delle condotte accertate e alla mancanza di spiegazioni alternative, nel senso che, in una logica di confronto concorrenziale, il comportamento delle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno plausibilmente diverso da quello riscontrato, e la seconda sulla base di elementi di prova esogeni, ossia di riscontri esterni circa l'intervento di un'intesa illecita al di là della fisiologica stranezza della condotta in quanto tale.

La differenza tra le due fattispecie e correlative tipologie di elementi probatori – endogeni e, rispettivamente esogeni – si riflette sul soggetto, sul quale ricade l'onere della prova: nel primo caso, la prova dell'irrazionalità delle condotte grava sull'Autorità, mentre, nel secondo caso, l'onere probatorio contrario viene spostato in capo all'impresa.

In particolare, qualora, a fronte della semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti sul mercato, il ragionamento dell'Autorità sia fondato sulla supposizione che le condotte poste a base dell'ipotesi accusatoria oggetto di contestazione non possano essere spiegate altrimenti se non con una concertazione tra le imprese, a queste ultime basta dimostrare circostanze plausibili che pongano sotto una luce diversa i fatti accertati dall'Autorità e che consentano, così, di dare una diversa spiegazione dei fatti rispetto a quella accolta nell'impugnato provvedimento.

Qualora, invece, la prova della concertazione non sia basata sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti, ma dall'istruttoria emerga che le pratiche possano essere stati frutto di una concertazione e di uno scambio di informazioni *in concreto* tra le imprese, in relazione alle quali vi siano ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese l'onere di fornire una diversa spiegazione lecita delle loro condotte e dei loro contatti (sulla

ricostruzione della fattispecie delle pratiche concordate anticoncorrenziali, sotto il profilo sostanziale e probatorio, v., per tutte, Cons. St., Sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2925, con ampi richiami giurisprudenziali, comunitari e nazionali).

5.3. Nel caso di specie, l'impugnato provvedimento – peraltro, informato ad un approccio metodologico che appare viziata *ab imis* dall'adozione, come parametro di valutazione delle condotte d'incremento tariffario, del ricavo medio unitario, ottenuto, dividendo i ricavi totali per il numero dei passeggeri trasportati (ossia, di un mero dato statistico ricavato *ex post* dai vari prezzi reali applicati da una stessa compagnia), anziché del corretto criterio, aderente alla fattispecie anticoncorrenziale addebitata alle odierne appellate, di un'analisi concreta e puntuale dei prezzi reali applicati dalle singole compagnie a raffronto, per tratte, singoli momenti della stagione e tipologie di viaggio e di servizi offerti – si fonda sul riscontro di un asserito significativo parallelo aumento dei prezzi (secondo il menzionato parametro del ricavo medio unitario), nella misura di oltre il 65%, da parte delle imprese di navigazione detentrici di rilevanti quote di mercato, operanti sulle rotte Civitavecchia-Olbia, Genova-Olbia e Genova-Porto Torres, per la stagione estiva 2011 (giugno - settembre 2011); parallelo rialzo di prezzi che, secondo la prospettazione dell'Autorità, *«risulta essere il frutto di un'intesa, nella forma di una pratica concordata, che non trova giustificazioni alternative se non la concertazione»* (v. così, testualmente il punto 159 dell'impugnato provvedimento) ed è volta ad alterare le dinamiche competitive nei mercati dei servizi di trasporto passeggeri sulle rotte in questione e, in particolare, ad aumentare i relativi prezzi nella menzionata stagione estiva in pregiudizio dei consumatori.

5.4. Per quanto concerne i contatti qualificati intercorsi tra le imprese

Moby, *GNV* e *SNAV* nell'ambito della procedura di privatizzazione di *Tirrenia* (con gara avviata nel mese di settembre 2010), alla quale le menzionate imprese avevano partecipato (di cui le ultime due tramite la controllante *Marinvest*) attraverso la costituzione della società comune *CIN*, nonché quelli intercorsi tra le imprese *Moby* e *GNV*, tra le quali è intervenuto un accordo di *code sharing* sulla rotta Civitavecchia-Olbia ed un accordo commerciale sulla rotta Genova-Porto Torres, si osserva che, per un verso, si tratta di rapporti ed accordi a contenuti ed oggetti specifici e delimitati, di per sé leciti, mentre, per altro verso, non sono emersi elementi indiziari precisi, gravi e concordanti attorno all'eventuale concreta concertazione della strategia commerciale tariffaria relativa alla stagione estiva 2011 o ad un eventuale correlativo scambio di informazioni sensibili, essendo i documenti all'uopo invocati dall'Autorità del tutto equivoci e compatibili con l'oggetto specifico dei contatti leciti intercorsi tra le imprese, a prescindere del rilievo che manca la prova della coincidenza cronologica con la fase di fissazione dei prezzi per la stagione estiva 2011 (così, ad es., gli accordi commerciali tra *Moby* e *GNV* sono intervenuti in un momento in cui le tariffe relative al 2011 erano già state definite dalle singole compagnie).

Peraltro, è la stessa Autorità a precisare, nell'impugnato provvedimento, che «*Non si tratta di incontri aventi di per sé valenza restrittiva, ma di occasioni di contatto idonee a costituire ulteriori elementi a supporto della pratica concordata*», che «*i singoli contatti rappresentano solo un indizio del fatto che, nell'ambito dell'impresa comune CIN, Moby e GNV/SNAV hanno discusso di politiche tariffarie per le stagioni successive, ivi compresa quella 2011*», e che «*siffatti accordi non sono valutati come restrittivi della concorrenza di per sé nell'ambito del presente procedimento, ma solo come occasione di contatto tra le Parti*» (v. punti 155, 156 e 158 del provvedimento), senza, tuttavia, essere in grado di fornire

elementi indiziari univoci circa la finalizzazione dei contatti in questione allo scambio di informazioni sensibili o alla concertazione dei prezzi per la stagione estiva 2011, ossia a finalità estranee alla procedura di privatizzazione di *Tirrenia* o, rispettivamente ai menzionati accordi commerciali.

5.5. Posto dunque che il provvedimento sanzionatorio si basa, in ultima analisi, sulla semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti – peraltro, connotato da un aumento non omogeneo dei prezzi da parte delle varie imprese –, ritiene il Collegio che, nella fattispecie, la spiegazione del parallelismo di comportamenti basata sulla concertazione non sia l'unica plausibile, e che l'Autorità non sia stata in grado di superare le spiegazioni alternative al riguardo avanzate dalle imprese originarie ricorrenti – i cui effetti sono, peraltro, da valutare non in modo atomistico, ma in modo unitario e contestuale –, poggiate su un'analisi economica che porta alla conclusione che i riscontrati aumenti tariffari siano riconducibili a scelte indipendenti ed autonome delle imprese di navigazione operanti sulle rotte in questione.

5.5.1. In primo luogo, l'estromissione della *Forship* dal novero degli operatori sanzionati è indice della contraddittorietà intrinseca dell'impugnato provvedimento sanzionatorio, trattandosi di impresa attiva sulla rotta Livorno-Olbia con una quota di mercato attorno al 50%, su uno dei mercati più rilevanti e remunerativi tra quelli oggetto di accertamento, la quale aveva praticato una politica tariffaria al rialzo in tutto assimilabile alle decisioni tariffarie messe in atto dagli operatori sanzionati, in misura persino maggiore, peraltro annunciando per prima l'aumento dei prezzi sul proprio sito *internet* (in data 11 ottobre 2010, seguita a pochi giorni di distanza da *Moby*).

L'Autorità non è stata in grado di dimostrare in modo convincente

l'esclusione della compagnia in questione dal perimetro degli operatori sanzionati, qualificandola, in via apodittica, come *follower* (*id est*, come impresa sostanzialmente debole nelle competenze di innovazione e progettazione del prodotto o servizio offerto, tendente, per far fronte a tale debolezza, ad adattare ed imitare i prodotti o servizi offerti dalle imprese *leader*), o come operatore minore sulle rotte in questione; circostanze, che risultano invece smentite dalle tempistiche dei rialzi operati e dalle rilevanti quote di mercato detenute dalla *Forship* su tutte le rotte coinvolte nell'istruttoria procedimentale, mentre irrilevante, e comunque non sufficientemente provata è la circostanza che si tratterebbe di compagnia con clientela «tipicamente internazionale».

Pertanto, come correttamente ritenuto dal T.a.r., l'assoluzione della *Forship* costituisce, di per sé, la prova dell'esistenza di spiegazioni alternative alla concertazione, dimostrando che i contestati aumenti dei prezzi, lungi dal poter essere ricondotti all'unica spiegazione possibile di un parallelismo collusivo, sono plausibilmente riconducibili ad autonome e razionali scelte indipendenti ed unilaterali dei vari operatori. Considerazioni sostanzialmente analoghe s'impongono con riguardo alla mancata inclusione di *Tirrenia* tra i soggetti destinatari del procedimento sanzionatorio, sebbene pure tale operatore, nonostante i sussidi pubblici di cui essa godeva, abbia ritenuto necessario incrementare le tariffe nella stagione estiva 2011 (anche se in misura inferiore a quella delle odierne appellate; v. le segnalazioni aventi ad oggetto gli aumenti tariffari di *Tirrenia*, risultanti dal fascicolo istruttorio procedimentale).

5.5.2. In secondo luogo, si può ritenere che l'aumento dei prezzi operato dalle varie compagnie sulle rotte in questione costituisca una risposta razionale ai sensibili aumenti del combustibile nel periodo 2009-2011. Infatti, nel menzionato periodo, i valori di riferimento dei principali tipi

di carburante utilizzati nel trasporto marittimo (denominati *bunker*) hanno subito un aumento del 26-29% dal 2009 al 2010 e del 38-39% dal 2010 al 2011 (v. tabella 22 a p. 28 dell'impugnato provvedimento).

Sebbene il carburante costituisca solo uno dei fattori dei costi delle imprese di navigazione, incidendo in generale meno del 50% (segnatamente, nella misura del 40-45%) sul totale dei costi, e pur comportando, dunque, anche un'eventuale traslazione intera sui prezzi un incremento percentuale tendenzialmente inferiore all'aumento del costo di tale fattore produttivo, nel periodo 2009-2011 si è, comunque, assistito ad un aumento di circa il 70% del costo del *bunker*, che, già di per sé, avrebbe giustificato un consistente aumento del prezzo finale.

Se si aggiungono gli aumenti di altre voci di costo (quali, ad es., per *GNV*: la voce di bilancio 'godimento di beni di terzi', aumentata da euro 20 milioni ad euro 38 milioni; la voce relativa ai costi dei servizi, aumentata da euro 106 milioni ad euro 141 milioni; o gli oneri portuali applicati dalla Regione Sardegna, più che raddoppiati), o la combinazione con altre circostanze di segno negativo (quale, ad es., per *Moby*, la riduzione dei ricavi per 16,5 milioni nel periodo 2007-2010; oppure, la notoria grave crisi economica generale), la percentuale di aumento delle tariffe applicate nella stagione estiva 2011 trova una sua autonoma, plausibile spiegazione nell'insieme di una serie di fattori economici negativi incidenti sulle imprese operanti nel settore della navigazione marittima.

5.5.3. In terzo luogo, la sostanziale coincidenza cronologica dell'aumento dei prezzi operata dalle compagnie in questione per la stagione estiva 2011 può essere considerata una conseguenza diretta della grande trasparenza del mercato del settore in esame – connotata dalla circostanza, immanente alla natura dei servizi offerti, che i prezzi

applicati dai vari operatori sono, pacificamente, conoscibili da chiunque in tempi reali, consentendone un monitoraggio costante –, e non può quindi ritenersi artificiale. Infatti, ogni produttore è libero di modificare come vuole i propri prezzi e può tener conto, a tal fine, del comportamento dei suoi concorrenti, munito di alto grado di prevedibilità in un mercato connotato da un elevato grado di trasparenza.

Occorre, sul punto, aggiungere che il parallelismo dei prezzi e il loro andamento trovano, nel caso di specie, una soddisfacente spiegazione anche nelle tendenze oligopolistiche del mercato, emerse in modo precipuo in seguito alla privatizzazione della *Tirrenia*, fortemente sussidiata dal settore pubblico, che prima fungeva da fattore di calmieramento dei prezzi.

Invero, in un mercato oligopolistico e, al contempo, trasparente, quale quello in esame, nessuna impresa procederà ad atti di concorrenza senza aver preventivamente studiato le probabili reazioni dei suoi concorrenti, e in una siffatta struttura di mercato, nel momento in cui un operatore effettua un aumento generale dei prezzi, gli altri operatori tendono *naturaliter* ad attuare analoghe politiche tariffarie in rialzo, specie in una situazione connotata da una lievitazione generalizzata dei vari fattori di costo e da un calo di redditività.

Ritiene, al riguardo, il Collegio che la creazione di una situazione di equilibrio oligopolistico fondata su progressivi aggiustamenti dei comportamenti degli operatori del mercato, in concomitanza con una serie di fattori che rendano le decisioni unilaterali di ciascuna impresa riconducibili ad imperativi economici di carattere obiettivo, non sia, di per sé, qualificabile *sub specie* di pratica concordata vietata ai sensi dell'art. 101 TFUE, a pena di risolvere la fattispecie sanzionatoria in una

situazione rilevabile attraverso l'accertamento *ex post* degli effetti oggettivi prodotti dalle condotte autonome lecite degli operatori del mercato, svincolata da qualsiasi elemento di colpevolezza, determinando solo la presenza anche di quest'ultima componente l'illiceità piena di un comportamento anticoncorrenziale ai sensi della disciplina comunitaria e nazionale, che possa dar luogo all'applicazione di sanzioni pecuniarie.

5.5.4. Alla luce dei sopra riportati risultati dell'analisi economica, si deve constatare che, nella fattispecie, la spiegazione del parallelismo di comportamenti basata sulla concertazione non è l'unica plausibile, con la conseguente inconfigurabilità della fattispecie anticoncorrenziale contestata alle odierne appellate con l'impugnato provvedimento, neppure sotto il profilo di un approccio ricostruttivo di tipo endogeno.

5.6. Per le esposte ragioni, gli appelli sono da respingere, con conseguente conferma delle impugate sentenze ed assorbimento di ogni altra questione, ormai irrilevante ai fini decisori.

6. Tenuto conto di ogni circostanza connotante la presente controversia, si ravvisano i presupposti di legge per dichiarare le spese del presente grado di giudizio interamente compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti e tra di loro riuniti (ricorsi n. 7946 del 2014 e n. 7948 del 2014), li respinge e, per l'effetto, conferma le appellate sentenza; dichiara le spese del presente grado di giudizio interamente compensate fra tutte le parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2015, con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/09/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)