

A487B - COMPAGNIA ITALIANA DI NAVIGAZIONE-TRASPORTO MARITTIMO DELLE MERCI DA/PER LA SARDEGNA - RIDETERMINAZIONE SANZIONE

Provvedimento n. 29868

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 29 ottobre 2021;

SENTITO il Relatore, Presidente Roberto Rustichelli;

VISTA la legge del 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1998, n. 217;

VISTA la propria delibera del 22 ottobre 2014 con cui sono state adottate le Linee guida sulle modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 (di seguito, in breve, "Linee guida");

VISTO il proprio provvedimento n. 27053 del 28 febbraio 2018, adottato a conclusione del procedimento n. A487 – Compagnia Italiana di Navigazione – Trasporto marittimo delle merci da/per la Sardegna, con il quale l'Autorità ha accertato che le società Moby S.p.A. e Compagnia Italiana di Navigazione S.p.A. hanno 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 per il tramite di 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;

VISTO che per la violazione accertata, in ragione della gravità e durata dell'infrazione, è stata disposta a carico delle società Moby S.p.A. e Compagnia Italiana di Navigazione S.p.A. l'irrogazione, in solido, di una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 29.202.673,73 euro;

VISTA la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (di seguito "Tar Lazio") del 22 maggio 2019, n. 7175 con cui è stato accolto in parte il ricorso presentato dalle società Moby S.p.A. e Compagnia Italiana di Navigazione S.p.A. e, per l'effetto, è stato parzialmente annullato il provvedimento n. 27053 del 28 febbraio 2018, disponendo altresì la rideterminazione della sanzione;

VISTA, in particolare, la motivazione della sentenza citata, con cui il Tar Lazio, in parziale accoglimento del ricorso presentato, ha fissato i parametri per la determinazione della sanzione da irrogare alla ricorrente, rinviando gli atti all'Autorità affinché la stessa quantifichi motivatamente, e in concreto, l'importo della medesima conformandosi alle indicazioni dettate nella riferita sentenza;

VISTO il proprio provvedimento n. 27844 del 17 luglio 2019, con il quale è stato disposto l'avvio del procedimento A487B – Compagnia Italiana di Navigazione – Trasporto Marittimo delle merci da/per la Sardegna – rideterminazione della sanzione avente ad oggetto la rideterminazione della sanzione nei confronti di Moby S.p.A. e Compagnia Italiana di Navigazione S.p.A., in ottemperanza alla citata sentenza del Tar Lazio del 22 maggio 2019, n. 7175;

VISTO il proprio provvedimento n. 27985 del 5 novembre 2019, con il quale è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento al 31 dicembre 2019, per garantire alle Parti il più ampio esercizio dei diritti di difesa e del contraddittorio;

VISTO il proprio provvedimento n. 28040 del 20 dicembre 2019, con il quale è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento a sessanta giorni dalla pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato con la quale sarebbe stato deciso il ricorso in appello dell'Autorità avverso la sentenza del Tar del Lazio del 22 maggio 2019, n. 7175, attesa anche la rilevanza e la solidità, in fatto e in diritto, dei motivi presentati;

VISTA la sentenza del Consiglio di Stato n. 2727 del 1° aprile 2021, con la quale sono stati respinti tutti ricorsi presentati ed è stata confermata la sentenza del Tar Lazio con la quale era stato parzialmente accolto il ricorso di primo grado presentato dalle società Moby S.p.A. e Compagnia Italiana di Navigazione S.p.A.;

VISTO il proprio provvedimento n. 29666 dell'11 maggio 2021 con il quale il termine di chiusura del procedimento istruttorio è stato prorogato al 31 luglio 2021;

VISTO il proprio provvedimento n. 29703 dell'8 giugno 2021 con il quale è stato sostituito il responsabile del procedimento;

VISTO il proprio provvedimento n. 29702 del 27 luglio 2021 con il quale il termine di chiusura del procedimento istruttorio è stato prorogato al 31 ottobre 2021;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue;

I. LE PARTI

1. Compagnia Italiana di Navigazione S.p.A. (di seguito, "CIN") è la società che ha acquisito dalla società Tirrenia di Navigazione S.p.A.¹ 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. CIN (che opera con il *brand* Tirrenia) è titolare del servizio pubblico che garantisce la continuità territoriale della Sardegna, della Sicilia e delle Isole Tremiti con la Penisola.

2. Moby S.p.A. è una società di trasporto marittimo attiva sulle rotte tra l'Italia Continentale e la Sardegna, la Corsica e l'isola d'Elba.

3. CIN è controllata al 100% da Moby, la quale a sua volta è interamente controllata da Onorato Armatori S.r.l.².

4. Il gruppo Moby ha realizzato, nel 2018, un fatturato consolidato pari a circa 584 milioni di euro³.

5. Sulla base di quanto precede le due società verranno indicate in modo congiunto come "Moby/CIN"⁴ o come la "Parte".

II. L'ATTIVITA' ISTRUTTORIA SVOLTA

6. Il procedimento è stato avviato al fine di ottemperare alla sentenza del 22 maggio 2019, n. 7175, del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (di seguito "Tar Lazio"), il quale, nell'annullare parzialmente il provvedimento n. 27053 del 28 febbraio 2018 (il "Provvedimento"), ha demandato all'Autorità la concreta rideterminazione della sanzione a carico delle imprese interessate.

7. Il procedimento è stato svolto in contraddittorio con le Parti.

8. Il 24 settembre 2019 gli Uffici hanno sentito le Parti in audizione; in tale occasione le stesse hanno fornito la propria interpretazione della sentenza del Tar Lazio⁵.

9. In data 5 novembre 2019 l'Autorità ha deliberato una proroga del procedimento istruttorio al fine di consentire alle parti di disporre di un tempo adeguato a esercitare i propri diritti di difesa e al contraddittorio⁶.

10. In data 15 novembre 2019, nel corso di una seconda audizione, gli Uffici hanno letto alla Parte una nota esplicativa (di seguito, la "Nota") in merito ai criteri che sarebbero stati utilizzati ai fini della rideterminazione della sanzione⁷.

11. Le Parti hanno, infine, inviato una memoria di replica alla Nota in data 6 dicembre 2019⁸.

12. Il 20 dicembre 2019 il Collegio ha deciso di prorogare il termine di conclusione del procedimento a sessanta giorni dalla pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato con la quale sarebbe stato deciso il ricorso presentato dall'Autorità avverso la sentenza del Tar Lazio⁹.

13. Con sentenza n. 2727 del 1° aprile 2021 (di seguito, anche la "Sentenza") il Consiglio di Stato ha respinto tutti ricorsi presentati e ha confermato la sentenza del Tar Lazio; pertanto il termine del presente procedimento istruttorio era fissato al 31 maggio 2021.

14. L'11 maggio 2021 l'Autorità ha deciso di prorogare il termine di chiusura del procedimento istruttorio al 31 luglio 2021 al fine di consentire alle parti di disporre di un tempo adeguato a esercitare i propri diritti di difesa e al contraddittorio¹⁰.

¹ [Cfr. Provv. n. 23670 del 21 giugno 2012, C11613 – Compagnia Italiana di Navigazione/Ramo di Azienda di Tirrenia di Navigazione, in Bollettino n. n. 25/12.]

² [A partire dal mese di agosto 2016, Moby S.p.A. è stata soggetta al controllo esclusivo della società di diritto lussemburghese ALE 1 B.V., a sua volta controllata da ACHI1 S.A., le cui partecipazioni erano detenute al 100% dalla società di diritto lussemburghese V1 S.A. Quest'ultima era controllata al 77,4% dalla società di diritto italiano Onorato Armatori S.r.l.. Dal marzo 2018, ad esito di una fusione per incorporazione delle società ALE 1 B.V., ACHI1 S.A. e V1 S.A. in Onorato Armatori S.r.l., Moby S.p.A. è soggetta al controllo diretto di quest'ultima. Il signor Vincenzo Onorato detiene l'89% delle partecipazioni societarie di Onorato Armatori S.r.l..]

³ [V. Bilancio Consolidato di Moby S.p.A. alla voce "Ricavi ricorrenti" nella sezione "Analisi dell'andamento della gestione per l'esercizio chiuso al 31 dicembre 2019".]

⁴ [Moby e CIN, infatti, fanno entrambe capo al medesimo gruppo societario riferibile alla famiglia Onorato. Pertanto, secondo la teoria dell'unica entità economica, tali due soggetti, pur essendo giuridicamente distinti, sono identificabili nella sostanza come un unico soggetto (v. Corte Giust., 24 ottobre 1996, in causa C-73/95, Viho c. Commissione europea; Trib. Primo Grado, 12 dicembre 2007, in causa T-112/05, Akzo Nobel NV et al. c. Commissione europea).]

⁵ [V. doc. 7.]

⁶ [V. docc. 8 e 9.]

⁷ [V. doc. 10.]

⁸ [V. doc. 11.]

⁹ [V. il provv. dell'Autorità n. 28040 del 20 dicembre 2019. V. docc. 12 e 13.]

¹⁰ [V. docc. 15 e 16.]

15. Il 28 maggio 2021 gli Uffici hanno nuovamente sentito le Parti in audizione; in tale occasione le stesse hanno fornito la propria interpretazione della sentenza del Consiglio di Stato¹¹.

16. Il 27 luglio 2021 l'Autorità ha deciso di prorogare ulteriormente il termine di chiusura del procedimento istruttorio al 31 ottobre 2021, al fine di consentire alle parti di disporre di un tempo adeguato a esercitare i propri diritti di difesa e al contraddittorio¹².

17. In data 4 ottobre 2021, nel corso di una quarta audizione, gli Uffici hanno letto alla Parte una nuova nota esplicativa (di seguito, la "Nuova Nota") dei criteri che sarebbero stati utilizzati ai fini della rideterminazione della sanzione¹³.

18. Le Parti hanno, infine, inviato una memoria di replica alla Nuova Nota in data 15 ottobre 2021¹⁴.

III. IL PROVVEDIMENTO SANZIONATORIO E L'ANNULLAMENTO PARZIALE CON LA SENTENZA DEL TAR LAZIO

19. Il Provvedimento ha imputato a Moby/CIN un abuso di posizione dominante, posto in essere in violazione dell'articolo 102, lett. b), TFUE, e consistente in un'unica e articolata strategia tesa all'esclusione dei concorrenti, attuali e potenziali nei mercati dei servizi di linea di trasporto marittimo di merci relativi ai fasci di rotte Nord Sardegna - Nord Italia, Nord Sardegna - Centro Italia e Sud-Sardegna - Centro-Italia. Secondo quanto accertato nel Provvedimento, tale strategia è stata realizzata per il tramite di un c.d. "boicottaggio diretto" - composto di mancati imbarchi, di rifiuti di prenotazioni e dell'improvvisa risoluzione dei contratti - e di un c.d. "boicottaggio indiretto" - composto di azioni di pressione sulla committenza, affinché questa non utilizzasse i servizi di trasporto delle imprese di logistica che si erano rivolte ai concorrenti, e di sconti alle imprese che invece erano rimaste fedeli a Moby/CIN -, entrambi attuati nei confronti delle imprese di logistica considerate "infedeli" in quanto si erano avvalse dei servizi di trasporto marittimo offerti dai concorrenti della Parte.

20. L'Autorità ha ritenuto che tale unica e articolata strategia fosse una condotta grave e meritevole di sanzione. Per tale motivo, a fini sanzionatori essa ha considerato:

- a) una percentuale del fatturato specifico pari al 9% per il calcolo dell'importo base della sanzione;
- b) un ammontare supplementare (c.d. *entry fee*) del 15%;
- c) una durata dell'infrazione pari a due anni e 5 mesi, calcolata prendendo in considerazione come data di inizio dell'abuso il 28 settembre 2015 e come termine dello stesso la conclusione del procedimento istruttorio, fissata al 28 febbraio 2018, sì da ottenere un fattore moltiplicativo di durata pari a "2,42".

21. Il Tar Lazio ha ritenuto non meritevoli di accoglimento i motivi di ricorso proposti da Moby/CIN avverso il Provvedimento, relativi a: i) la definizione dei mercati rilevanti¹⁵, ii) la sussistenza della posizione dominante di Moby/CIN¹⁶ e iii) l'accertamento dell'esistenza del "boicottaggio diretto"¹⁷. Tali parti del Provvedimento sono state dunque confermate interamente. Viceversa, il Giudice di prime cure ha accolto i motivi di ricorso nella parte in cui Moby/CIN ha sostenuto "l'assenza di una corretta ricostruzione in punto di astratta capacità escludente del cosiddetto "boicottaggio indiretto" (la cui ricorrenza va dunque esclusa)".

22. Il Tar Lazio ha accolto anche i motivi di ricorso nella parte in cui Moby/CIN ha sostenuto che il Provvedimento fosse viziato da un difetto istruttorio e motivazionale nell'analisi degli effetti delle condotte ascritte alla Parte. Pertanto, "alla

¹¹ [V. doc. 17.]

¹² [V. docc. 22 e 23.]

¹³ [V. docc. 25 e 26.4.]

¹⁴ [V. doc. 27.]

¹⁵ [In particolare nella parte in cui la Sentenza afferma: "Va in primo luogo escluso che l'Autorità abbia errato nel definire il mercato rilevante", "l'Autorità ha perfettamente adempiuto all'onere motivazionale sul punto, soddisfacendo l'analisi in punto di sostituibilità dei prodotti dal lato della domanda, finalizzata ad individuare le pressioni concorrenziali alle quali le imprese sono sottoposte, la quale deve essere effettuata non in modo teorico, come astratta possibilità di sostituzione, ma come sostituibilità effettiva (Tar Lazio, Roma, sezione I, 2 dicembre 2014, n. 12168/2014, e, da ultimo, Corte di Giustizia, sentenza del 23 gennaio 2018, n. 179)" e "la definizione merceologica del mercato rilevante, di conseguenza, è stata preceduta da un'attenta analisi e comparazione di tutti gli elementi istruttori raccolti".]

¹⁶ [In particolare nei seguenti passaggi della Sentenza: "[v]a del pari esclusa la ricorrenza di profili di erroneità nell'individuazione di una situazione di dominanza", "il provvedimento [ha] richiamato una pluralità di fattori, tutti di particolare pregnanza, la combinazione dei quali definisce, in termini economici coerenti e apprezzabili, funzionali al tipo di mercato oggetto di indagine, la ricorrenza di condizioni tali da consentire a Moby/CIN di determinarsi autonomamente nel mercato e di influire unilateralmente, con il suo comportamento, sulla struttura del mercato medesimo" e "[l]e doglianze [relative all'assenza di una dominanza in capo a Moby e CIN] sono infondate, anche alla luce della già rilevata corretta individuazione del mercato rilevante."]

¹⁷ [Il Tar Lazio, infatti, afferma: "Il provvedimento va pure condiviso laddove ravvisa la portata anticoncorrenziale dei mancati imbarchi e degli improvvisi recessi da contratti che precedentemente vincolavano Moby alle imprese di logistica" e "per tali condotte, la cui ricorrenza fattuale non è contestata e la cui astratta idoneità anticoncorrenziale è stata puntualmente e autonomamente motivata, il provvedimento, al fine di corroborare la lettura operata e di rafforzare un impianto accusatorio già solido, ha legittimamente fatto ricorso ai documenti rinvenuti presso le società e alle dichiarazioni di terzi che evidenziavano la ricorrenza dell'intenzionalità lesiva" e perciò ha disposto "[...] il rigetto del ricorso nella parte in cui è stata contestata la ricostruzione dell'Autorità in ordine alle condotte di "boicottaggio diretto" e, pertanto del terzo e del sesto motivo di ricorso nella parte in cui contestano la ricorrenza di tali modalità di abuso".]

luce del parziale accoglimento relativo a parte della condotta e agli effetti dell'abuso", ha imposto all'Autorità di ridurre la percentuale del 9% del fatturato specifico individuata nel Provvedimento, posta alla base del calcolo della sanzione.

23. Il Tar Lazio ha poi ravvisato *"la fondatezza dell'argomentazione con la quale le ricorrenti hanno sostenuto la carenza delle condizioni per l'applicazione dell'entry fee"*, e ha, infine, rideterminato la durata della condotta abusiva, ritenendo che l'Autorità abbia erroneamente considerato che alla data della chiusura del procedimento istruttorio le condotte accertate fossero ancora in corso. Il Giudice di prime cure ha pertanto ridotto la durata dell'abuso, individuando il mese di gennaio 2017 come momento in cui lo stesso è cessato.

IV. LA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO

24. Con sentenza n. 2727 del 1° aprile 2021 il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza del Tar Lazio del 22 maggio 2019 n. 7175, respingendo tutti motivi di appello presentati.

25. In particolare, per ciò che qui rileva, il Consiglio di Stato ha rigettato il motivo di ricorso delle società appellanti relativo all'erronea identificazione dei mercati rilevanti, affermando che la metodologia utilizzata dall'Autorità risponde ai parametri di logicità e coerenza richiesti dalla giurisprudenza amministrativa. Il Giudice ha altresì rigettato il motivo di ricorso delle società appellanti circa l'erronea valutazione della sussistenza di una posizione dominante, ritenendo corretto il provvedimento sanzionatorio nella parte in cui ha individuato l'esistenza di una posizione dominante in capo a Moby/CIN¹⁸.

26. Il Giudice amministrativo di ultime cure ha poi respinto il motivo di appello relativo alla sussistenza del "boicottaggio diretto" e ha confermato la puntualità, l'aderenza giuridica allo *standard* di prova richiesto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE per la prova dell'esistenza di un abuso di posizione dominante (basato sull'accertamento della capacità della condotta di un'impresa dominante di restringere la concorrenza senza che tale effetto si realizzi concretamente¹⁹) e l'adeguatezza della motivazione a supporto dell'accertamento di tale abuso escludente da parte dell'Autorità²⁰. In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato che lo stesso è consistito in una *"costante attività di esclusione di mezzi dall'imbarco, riferibili alle imprese "infedeli", giustificata da ragioni inattendibili"*, 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", nel recesso "da contratti stipulati tradizionalmente con molte imprese di logistica e commerciali [...] c.d. infedeli, giustificando tale necessità con motivazioni flebili o generiche"*, e nel *"costante peggioramento delle condizioni commerciali praticate a primarie imprese di logistica che per vari decenni erano state clienti delle società Moby e CIN"*. In sostanza, dunque, per il Giudice amministrativo di ultima istanza, le imprese del gruppo Onorato avrebbero messo in atto *"improvvisi comportamenti irragionevoli e commercialmente peggiorativi, nell'arco di tempo oggetto di osservazione e di indagine da parte dell'Autorità [...] a danno di solide imprese commerciali con le quali Moby e CIN avevano intrattenuto per anni "sereni" e proficui rapporti commerciali"*²¹.

27. Il Consiglio di Stato ha, invece, respinto l'appello dell'Autorità relativo alla caducazione del Provvedimento nella parte in cui addebitava alle imprese del gruppo Onorato anche l'applicazione di sconti alle imprese di logistica "fedeli". In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato al riguardo che l'istruttoria svolta dall'Autorità non ha consentito di dimostrare che, tenuto conto di pratiche analoghe messe in campo dalle altre imprese concorrenti, gli sconti praticati da Moby/CIN fossero strumenti anticoncorrenziali per legare a sé le imprese di logistica "fedeli" e così innalzare una barriera all'ingresso del mercato da parte di altre imprese²².

28. Il Giudice ha, altresì, ritenuto infondato il motivo di appello in base al quale Moby/CIN sosteneva che il Provvedimento non avesse dimostrato che le condotte loro ascritte fossero idonee a causare un pregiudizio ai consumatori. In particolare, nella Sentenza in esame si afferma che l'ampia istruttoria consta di numerosissimi elementi, acquisiti da molteplici operatori del settore e attraverso vari e diversificati strumenti di cognizione, che costituiscono tutti robusti elementi che hanno correttamente consentito all'Autorità di supporre che le condotte ascritte alle imprese del gruppo Onorato fossero, per contro, idonee a causare tale danno²³.

29. In relazione alla durata delle condotte, il Consiglio di Stato ha rigettato la tesi delle società appellanti secondo cui le condotte loro imputate sarebbero cessate già nel febbraio 2016; il Giudice ha, per contro, ritenuto che nel Provvedimento vi siano *"elementi comprovanti la prosecuzione delle condotte e le conseguenze che tali comportamenti*

¹⁸ *[In particolare, ad avviso del Consiglio di Stato, l'Autorità "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" (par. 15, lett. F), della Sentenza.]*

¹⁹ *[Cfr. par. 18 della Sentenza: "[a]i fini dell'art. 102 TFUE, la prova dell'oggetto e dell'effetto anticoncorrenziale si confondono tra loro: se si dimostra che lo scopo perseguito da 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 [...]. L'illecito, cioè, si perfeziona con la condotta anticoncorrenziale, purché di sua idonea a turbare il suo funzionamento corretto e in esso la libertà stessa del mercato".]*

²⁰ *[V. i punti 18 e 19 della Sentenza.]*

²¹ *[V. il punto 19 della Sentenza.]*

²² *[V. il punto 24 della Sentenza.]*

²³ *[V. il punto 21 della Sentenza.]*

hanno provocato sugli altri operatori economici presenti nel mercato di riferimento in epoca ben successiva al febbraio 2016” come “[...] “l’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, [...] [l]’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”. In sostanza, il Giudice ha ritenuto che l’abuso escludente imputato a Moby/CIN si è esteso fino al gennaio 2017. In tal modo, il Giudice amministrativo di ultima istanza ha parimenti rigettato anche il motivo di appello dell’Autorità, che sosteneva che, invece, vi fosse prova di una durata più lunga delle condotte, ancora in essere al momento della chiusura del procedimento istruttorio.

30. Anche per quanto riguarda l’applicazione dell’entry fee e la scelta della percentuale di fatturato specifico sulla base del quale è stata calcolata la sanzione, il Consiglio di Stato ha rigettato i motivi di appello dell’Autorità. In specie, il Giudice ha ritenuto che nel provvedimento manca un’adeguata motivazione dell’aggravamento dell’entità della sanzione attraverso l’entry fee, fondata sulla reale ed effettiva incidenza in termini di sofferenza commerciale a carico degli altri operatori presenti nel mercato di riferimento²⁴.

31. Per ciò che riguarda, infine, l’individuazione della percentuale di fatturato specifico da porre alla base del calcolo della sanzione, il Consiglio di Stato ha affermato che questa va ridotta, oltre che in ragione della minore gravità, anche in considerazione del minore arco temporale correttamente individuato dal Tar Lazio nel quale si è esplicata la condotta (dal 28 settembre 2015 al gennaio 2017)²⁵.

V. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

32. Nelle proprie argomentazioni la Parte ha sottolineato con forza il fatto che la Sentenza abbia confermato la pronuncia del Tar Lazio con la quale il Provvedimento è stato parzialmente caducato. Già nell’ambito del contraddittorio avuto con gli Uffici nel corso del presente procedimento in relazione alle modalità con le quali dare esecuzione alla sentenza del Tar Lazio, le imprese del gruppo Onorato avevano sostenuto che la sentenza di primo grado fosse inequivoca nello stabilire che il “boicottaggio indiretto” e gli effetti delle condotte attribuite alla Parte fossero interamente annullati perché non dimostrati. La conferma di tale pronuncia da parte del Consiglio di Stato, pertanto, secondo la Parte, avrebbe cristallizzato tale significativo ridimensionamento della fattispecie²⁶.

33. Pertanto, Moby/CIN ritiene che la fattispecie originariamente addebitata nel Provvedimento non possa essere considerata nella sostanza ancora intatta²⁷.

34. La Parte contesta poi la circostanza in base alla quale l’abuso attribuito alle imprese del gruppo Onorato abbia prodotto effetti concreti sulla concorrenza e in particolare sul loro principale concorrente, Grimaldi. Ciò anzitutto in quanto tale impresa concorrente, secondo Moby/CIN, nella Sentenza viene definita come un operatore forte, che ha posto in essere una altrettanto aggressiva politica scontistica, dalla quale le imprese del gruppo Onorato si sarebbero meramente difese²⁸. Inoltre, la Parte deriva l’assenza di effetti dell’abuso sul mercato - e sembra mettere in discussione la stessa capacità lesiva dell’abuso attribuito a Moby/CIN²⁹ - facendo leva sulle affermazioni del Consiglio di Stato circa la necessità di una accurata valutazione istruttoria e di una puntuale indagine per poter valutare una condotta come anticoncorrenziale³⁰, e sottolineando che, in ogni caso, l’anticoncorrenzialità, quale mera potenzialità restrittiva, non implica automaticamente anche la produzione di effetti anticoncorrenziali. La mancata produzione di siffatti effetti nel caso di specie, infine, sarebbe stata statuita dal Giudice medesimo, il quale ha affermato esplicitamente che l’abuso non ha avuto una reale ed effettiva incidenza in termini di sofferenza commerciale a carico degli altri operatori attivi sul mercato³¹.

35. La Parte ritiene, inoltre, che dalla Sentenza non emerga alcuna statuizione che supporta l’avvenuta produzione di effetti pregiudizievoli per i consumatori in conseguenza dell’abuso attribuito alle imprese del gruppo Onorato, dal momento che il Giudice di ultima istanza si è limitato ad affermare che la stessa fosse meramente idonea a produrre i suddetti effetti.

36. Da tutto ciò discenderebbe che l’abuso attribuibile a Moby/CIN sia da considerarsi non grave e meritevole di una sanzione basata su una percentuale di fatturato di molto inferiore al 9%³².

²⁴ [V. il punto 25 della Sentenza.]

²⁵ [V. il punto 26 della Sentenza.]

²⁶ [V. docc. 11 e 27.]

²⁷ [V. doc. 27.]

²⁸ [V. doc. 27 dove si cita il punto della Sentenza.]

²⁹ [Cfr. doc. 27, sez. II.c.]

³⁰ [V. doc. 27 dove si cita il punto 24 della Sentenza.]

³¹ [V. doc. 27 dove si cita il punto 26 della Sentenza.]

³² [La Parte cita i seguenti casi dell’Autorità: A493 — Poste Italiane/Prezzi Recapito, A511 - ENEL/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica, A513 - ACEA/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica, AS16 — Gara affidamento servizi TPL Bolzano.]

37. Più in particolare, la percentuale del 6% prospettata dagli Uffici, oltre a non rappresentare una riduzione significativa, comporterebbe una revisione *in peius* del coefficiente di gravità proposto dai medesimi Uffici nel 2019 (pari al 4%) che risulta lesiva dei diritti della Parte e ingiustificata perché operata pur a fronte della conferma integrale della sentenza del Tar Lazio da parte del Consiglio di Stato³³. Per tale ragione, la Parte ritiene anzitutto che la percentuale di fatturato ipotizzata nel 2019 costituisca un limite invalicabile, pena la contraddittorietà intrinseca dell'azione amministrativa.

38. Ma anche la percentuale del 4% appare alle imprese del gruppo Onorato inadeguata e sproporzionata rispetto alla gravità dell'abuso come riconfigurato dai giudici amministrativi. Ciò sarebbe confermato anche ad esito della Sentenza: per le medesime ragioni già esposte, ovvero in considerazione della definitiva esclusione della ricorrenza del "boicottaggio indiretto", ovvero, secondo la Parte, di gran parte della condotta imputata a Moby/CIN, e di effetti concreti della condotta sul mercato e sui consumatori, la rideterminazione della sanzione dovrebbe prevedere una riduzione significativa del coefficiente di gravità molto al di sotto del 4%.

39. La Parte, infine, lamenta il fatto che nella Nuova Nota gli Uffici non abbiano formulato alcuna concreta proposta in relazione alla riduzione dell'importo della sanzione sulla base delle condizioni economiche e finanziarie significativamente negative nelle quali versano le imprese del gruppo Onorato, pur avendo gli stessi riconosciuto in via generale che queste siano effettivamente suscettibili di ridurre l'ammontare della nuova sanzione da comminare alle società del gruppo Onorato. Sul punto Moby/CIN ha richiamato la prassi dell'Autorità che registra l'applicazione di una riduzione delle sanzioni nell'ordine dell'80%-90%, se non di una sanzione simbolica, ad imprese che si trovano in condizioni finanziarie così negative e che sono coinvolte in procedure di concordato con continuità aziendale³⁴.

VI. VALUTAZIONI

40. Alla luce di quanto esposto *supra*, si ritiene che la Sentenza del Consiglio di Stato abbia definitivamente convalidato una parte consistente del Provvedimento dell'Autorità.

41. Tale considerazione vale anzitutto con riferimento alla definizione dei mercati rilevanti, all'individuazione di una posizione dominante in capo a Moby/CIN su tali mercati, nonché, in particolar modo, all'accertamento dell'esistenza e della portata anticoncorrenziale di un abuso escludente realizzato da Moby/CIN, elementi della fattispecie originariamente addebitata in relazione ai quali il Consiglio di Stato ha rigettato i motivi proposti dalle società appellanti.

42. Con riguardo all'accertamento dell'illegittimità dei comportamenti posti in essere da Moby/CIN, si osserva come la Sentenza riconosca chiaramente il soddisfacimento pieno da parte dell'Autorità dello *standard* di prova richiesto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE per la prova dell'esistenza di un abuso di posizione dominante, basato sull'accertamento dell'idoneità della condotta di un'impresa dominante ad escludere i concorrenti dal mercato e non già dell'avvenuta esclusione degli stessi. Più specificamente, il Consiglio di Stato ha ampiamente e inequivocabilmente confermato la correttezza dell'accertamento operato dall'Autorità circa la sussistenza del "boicottaggio diretto", perpetrato ai danni delle imprese di logistica che si erano rivolti agli armatori concorrenti e consistente nei mancati imbarchi, nei rifiuti di prenotazioni e nell'improvvisa risoluzione dei contratti di lungo periodo, quale comportamento contrario all'articolo 102 TFUE ovvero, dunque, come un abuso idoneo a precludere l'accesso di tali concorrenti al mercato e, dunque, capace di produrre effetti pregiudizievoli sul mercato e sulla concorrenza³⁵.

43. Sulla base della Sentenza, il rigetto del motivo di appello proposto dall'Autorità in relazione alla prova dell'illegittimità del "boicottaggio indiretto" non comporta, come afferma la Parte, la caducazione di gran parte dell'abuso imputato a Moby/CIN. Invero, non vi è alcun elemento, né nel Provvedimento, né nella Sentenza, che consenta di affermare che il "boicottaggio diretto", chiaramente confermato dal Consiglio di Stato, abbia rivestito un ruolo minoritario e/o residuale nell'ambito della strategia abusiva originariamente ascritta alle imprese del gruppo Onorato.

44. Altresì si ritiene che il "boicottaggio diretto", quale abuso escludente che, secondo il Giudice amministrativo di ultima istanza, è stato realizzato da Moby/CIN, costituisca un illecito grave.

45. Non risultano, infatti, condivisibili le argomentazioni di Parte circa la non gravità dello stesso in ragione dell'asserita mancata produzione di effetti anticoncorrenziali.

46. Anzitutto si osserva che le specifiche affermazioni del Consiglio di Stato individuate dalla Parte per sostenere tale tesi non risultano pertinenti. Tali statuizioni fanno, invero, riferimento esclusivamente al "boicottaggio indiretto" e costituiscono la motivazione alla base della caducazione di tale specifica condotta. Infatti, è solo in tale contesto che il Giudice amministrativo di ultima istanza ha ricordato che una condotta può essere considerata anticoncorrenziale,

³³ [V. doc. 27.]

³⁴ [La Parte cita i seguenti casi: il caso I793 in cui l'Autorità, facendo applicazione del paragrafo 34 delle Linee Guida, ha ritenuto congruo ridurre la sanzione da irrogare a una delle parti sottoposta alla procedura di concordato in continuità aziendale in misura pari all'80%; il caso I742 dove l'Autorità ha valorizzato l'ammissione al concordato preventivo riducendo la sanzione, sempre ai sensi dell'art. 34 delle Linee Guida, del 90% della sanzione applicabile. La Parte cita anche il caso I723 - Intesa nel mercato delle barriere stradali nell'ambito del quale l'Autorità, sulla base delle statuizioni del Consiglio di Stato nella sentenza n. 4335/19, ha ridotto l'originaria sanzione dell'86%.]

³⁵ [Cfr. i punti 18 e 19 della Sentenza.]

ovvero capace di produrre effetti pregiudizievoli sul mercato, solo all'esito di una accurata valutazione istruttoria e di una puntuale indagine. Siffatte puntualità e accuratezza, come già affermato, sono, viceversa, caratteristiche attribuite dal Giudice all'attività istruttoria svolta dall'Autorità in relazione all'accertamento del "boicottaggio diretto" quale abuso escludente.

47. Parimenti, il riferimento del Consiglio di Stato alla presenza sul mercato di un operatore forte non può essere validamente addotto come elemento che esclude la portata anticoncorrenziale dell'abuso attribuito a Moby/CIN anche dopo la Sentenza, in quanto il Giudice menziona tale impresa solo ed esclusivamente come operatore in grado di porre in essere *"una altrettanto aggressiva politica scontistica"*, con ciò individuando un elemento ostativo del giudizio di anticoncorrenzialità circoscritto al solo "boicottaggio indiretto"³⁶.

48. Pertanto, le valutazioni del Consiglio di Stato circa la sussistenza del "boicottaggio indiretto" non possono essere estese al "boicottaggio diretto" per derivarne un giudizio di non gravità. Ciò significherebbe, infatti, confondere il piano della sussistenza dell'illecito, che, come già detto, per ciò che riguarda il "boicottaggio diretto", è stata inequivocabilmente confermata dal Giudice, con il piano della sua gravità.

49. Anche il richiamo al passaggio della Sentenza nel quale il Consiglio di Stato fa riferimento alla *"reale ed effettiva incidenza in termini di sofferenza commerciale a carico degli altri operatori presenti nel mercato di riferimento"*, non può essere utilizzato per affermare che, laddove l'Autorità non sia stata in grado di dimostrare siffatti effetti negativi, l'abuso non può essere considerato grave. Tali statuizioni, invero, si riferiscono a elementi che sarebbe stato necessario dimostrare per giustificare l'aggravamento della sanzione per il tramite dell'*entry fee*, ovvero per considerare l'abuso particolarmente grave. L'assenza di tale prova, tuttavia, non può certamente condurre ad escludere *in toto* la gravità dell'abuso nella sua interezza.

50. In disparte tali considerazioni, si osserva altresì, e in via più generale, che la gravità di un abuso escludente non si misura esclusivamente sugli effetti che questo ha prodotto sul mercato e sulla concorrenza, ma *in primis* sulla sua idoneità a produrli, essendo sufficiente per l'integrazione della violazione un effetto anticoncorrenziale potenziale. D'altronde, come ha affermato lo stesso Consiglio di Stato, *"[a]i fini dell'articolo 102 TFUE, la prova dell'oggetto e 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 [...]. 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"*³⁷.

51. Inoltre, il Giudice ha chiaramente affermato anche che l'istruttoria condotta dall'Autorità ha correttamente consentito alla stessa di attribuire all'abuso escludente commesso da Moby/CIN un'idoneità lesiva anche nei confronti dei consumatori. Tale potenzialità lesiva parimenti contribuisce alla valutazione dell'abuso escludente come illecito grave, senza che sia necessario a tal fine verificare che siffatta idoneità si sia tradotta in effetti pregiudizievoli concreti per tali soggetti.

52. Per tutte le ragioni suesposte si ritiene che dalla Sentenza emerga che l'impresa dominante abbia posto in essere un abuso escludente più circoscritto nei propri contorni fattuali rispetto a quelli accertati nel Provvedimento, ma comunque idoneo a produrre effetti negativi sulla concorrenza e sul mercato. La conferma da parte del Giudice della sussistenza del "boicottaggio diretto" posto in essere nei confronti delle imprese di logistica che si sono servite dei concorrenti di Moby/CIN, infatti, consente di individuare in ogni caso, e nonostante la caducazione del "boicottaggio indiretto", la sussistenza di un comportamento caratterizzato da un grado significativo di offensività concorrenziale, ancorché meno grave di quello originariamente accertato nel Provvedimento.

53. Quanto alla durata dell'illecito, si osserva che il Consiglio di Stato ha rigettato gli appelli proposti sia dall'Autorità sia dalle società del gruppo Onorato in relazione alla durata dell'abuso, confermando che l'infrazione ha avuto inizio il 28 settembre 2015 ed è terminata il 31 dicembre 2016. Pertanto, la stessa risulta essere stata perpetrata da Moby/CIN per 15 mesi, ovvero per un periodo di tempo, certamente inferiore (poco più della metà) rispetto a quello accertato nel Provvedimento, ma comunque sufficientemente lungo.

VII. LA RIDETERMINAZIONE DELLA SANZIONE

54. Tutto ciò premesso, al fine di quantificare la nuova sanzione si ricorda che, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, al fine della determinazione della sanzione devono essere considerati la gravità della violazione, le condizioni economiche delle imprese coinvolte, nonché il loro comportamento e, in particolare, le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni. A tale scopo si richiama altresì la Comunicazione della Commissione relativa agli orientamenti per il calcolo delle ammende del 1998 e le Linee Guida dell'Autorità sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 (Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152).

³⁶ [V. il punto 24 della Sentenza.]

³⁷ [Cosi' Tribunale UE, 17 dicembre 2003, in causa T-219/99; v. anche Tribunale UE, 29 marzo 2012, in causa T-336/07; Tribunale UE, 30 settembre 2003, in causa T-203/01 Michelin.]

55. In primo luogo, in ottemperanza alla decisione del Giudice amministrativo, la sanzione va rideterminata escludendo la "entry fee". In secondo luogo, l'abuso posto in essere da Moby/CIN permane grave, in considerazione della conferma da parte del medesimo giudice della fattispecie di "boicottaggio diretto". È, inoltre, necessario tener conto dell'avvenuta caducazione del "boicottaggio indiretto". Pertanto, si ritiene di procedere ad una riduzione sostanziale, superiore al 50%, della percentuale del fatturato specifico da porre alla base del calcolo della nuova sanzione e di rideterminare tale percentuale dal 9% al 4% del fatturato specifico realizzato dal gruppo Onorato nel 2016.

56. Quanto alla durata dell'illecito, si osserva che l'infrazione ha avuto inizio il 28 settembre 2015 e ha avuto fine il 31 dicembre 2016. Essa ha avuto, dunque, una durata di 15 mesi³⁸.

57. Sulla base delle considerazioni che precedono circa i parametri di gravità e durata dell'illecito commesso da Moby/CIN, si ritiene di applicare alla Parte una sanzione pari a 4.000.664,11 euro.

58. Ai fini della rideterminazione della sanzione, si ritiene altresì necessario considerare le condizioni economiche e finanziarie attuali delle imprese interessate dall'originario procedimento istruttorio. Al riguardo, si rileva che le imprese del gruppo Onorato hanno ampiamente documentato e messo in evidenza le problematiche condizioni economico-finanziarie in cui le stesse versano [omissis]*, tanto che in data 5 luglio 2021 sono state entrambe ammesse alla procedura di concordato preventivo in continuità aziendale³⁹.

59. Due dei tre precedenti adottati dalla Parte per invocare una ulteriore riduzione dell'80-90% della nuova sanzione, ai sensi dell'articolo 34 delle Linee Guida, in considerazione di tali circostanze e in particolare della necessità di evitare la lesione dei diritti del ceto creditorio convocato nella procedura concordataria, non risultano tuttavia conferenti. Questi, infatti, riguardano casi di riduzione dell'ammenda in sede di originaria comminazione della sanzione, e non di rideterminazione della stessa⁴⁰. Anche il terzo precedente citato dalla Parte quale esempio di riduzione della sanzione in considerazione di eventi occorsi nell'arco temporale intercorso tra l'irrogazione della stessa e la sua riscossione, riguarda una diversa ipotesi di rideterminazione dell'ammenda inflitta, che originava dall'istanza dell'impresa sanzionata di revisione in autotutela del provvedimento sanzionatorio, e non, come nel caso di specie, dall'ordine del Giudice che con sentenza ha annullato (parzialmente) il provvedimento dell'Autorità⁴¹. Infine, tutti e tre i precedenti citati dalla Parte riguardano società poste in liquidazione o che avevano cessato la propria attività.

60. Cionondimeno si ritiene che, in applicazione dell'articolo 11 della legge n. 698/81, richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, che richiede di tenere conto delle attuali condizioni economiche dell'impresa, le critiche condizioni economico-finanziarie nelle quali versano attualmente le società del gruppo Onorato, come evidenziate dalle imprese, debbano essere tenute in debita considerazione. Ciò conduce a ritenere ragionevole un'ulteriore riduzione dell'ammenda da comminare a Moby/CIN. Al contrario, ciò non vale a ritenere che nel caso di specie ricorrano i presupposti per poter applicare una sanzione di importo simbolico, come invocato dalla Parte, trattandosi, per le ragioni suesposte, di un illecito qualificabile come grave.

61. Alla luce di tali considerazioni si ritiene opportuno ulteriormente ridurre la sanzione così come rideterminata a 1 milione di euro (con una riduzione di circa il 75%).

Tutto ciò premesso e considerato,

RITENUTO, pertanto, di dover procedere, in ottemperanza alla citata sentenza del Consiglio di Stato, a rideterminare la sanzione da irrogare alle società Moby S.p.A. e Compagnia Italia di Navigazione S.p.A. per la violazione accertata nella misura di 1.000.000 euro (un milione di euro);

DELIBERA

che la sanzione amministrativa pecuniaria da applicare a Moby S.p.A. e Compagnia Italia di Navigazione S.p.A. per le violazioni alle stesse ascritti nel provvedimento dell'Autorità n. 27053 del 28 febbraio 2018, è quantificata nella misura di 1.000.000 € (unmilione di euro).

La sanzione amministrativa pecuniaria *supra* deve essere pagata entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

³⁸ [Per un totale di 460 giorni, corrispondenti a un coefficiente moltiplicativo di durata dell'infrazione pari a circa 1,26.]

* [Nella presente versione alcuni dati sono omissi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.]

³⁹ [V. doc. 20, con relativi allegati, e doc. 21.]

⁴⁰ [V. provv. 26705 del 25 luglio 2017, par. 361; provv. 26686 del 19 luglio 2017, par. 353.]

⁴¹ [V. provv. 28009 del 27 novembre 2019.]

Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet* www.agenziaentrate.gov.it.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e successivamente pubblicato ai sensi di legge.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli