

Pubblicato il 26/01/2022

N. 00552/2022REG.PROV.COLL.
N. 10234/2020 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 10234 del 2020, proposto da
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del Presidente
pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i
cui uffici è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Ford Motor Company, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Lucio D'Amario, Paolo Bertolini, Matteo
Farneti e Alessandro Villani, con domicilio digitale come da PEC da Registri
di Giustizia;

nei confronti

Altroconsumo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato
e difeso dall'avvocato Giorgio Afferni, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

Mercedes-Benz Financial Services Italia S.p.A., in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Cicala

e Francesco Goisis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 12530/2020, resa tra le parti, concernente il provvedimento dell'AGCM n. 27497 del 20 dicembre 2018 in tema di intese restrittive della concorrenza

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ford Motor Company, Altroconsumo e di Mercedes-Benz Financial Services Italia S.p.A.;

Visto l'appello incidentale proposto, in via subordinata, da Ford Motor Company;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2022 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli Avvocati dello Stato Giacomo Aiello, Luca Reali e Alessandro Jacoangeli e gli Avvocati Lucio D'Amario, Paolo Bertolini, Matteo Farneti, Alessandro Villani e Francesco Goisis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante avviò, con atto adottato il 28.4.2017, un'istruttoria per accertare la possibile esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza relativamente all'offerta di servizi finanziari destinati alla vendita di automobili prodotte da diverse case automobilistiche. L'istruttoria, avviata inizialmente nei confronti delle c.d. banche captive, ossia delle società finanziarie dei gruppi automobilistici, nonché delle banche non captive e di due associazioni di categorie, è stata in seguito, a settembre del 2017, estesa nei confronti anche delle case automobilistiche.

Comunicate le risultanze istruttorie alle parti a settembre del 2018, il 20.12.2018 l'Autorità ha adottato provvedimento conclusivo n. 27497 con cui,

accertata l'esistenza di un'intesa restrittiva ai sensi dell'art. 101 TFUE, protrattasi per almeno 13 anni e posta in essere nell'ambito della vendita di automobili attraverso i finanziamenti erogati dalle finanziarie appartenenti ai gruppi automobilistici medesimi, ne ha ordinato la cessazione e, per quanto più rileva in questa sede, ha sanzionato le società Ford Motor Company (in seguito FMC) e FCE Bank plc (in seguito FCE), rispettivamente casa madre e *captive bank*, in solido al pagamento di una sanzione di euro 41.525.921.

2. Avverso il provvedimento dell'AGCM sono stati proposti due ricorsi distinti da FMC e FCE, deducendo numerosi ed articolati motivi di annullamento.

2.1. Il primo di essi, da cui trae origine il presente giudizio di appello, volto a censurare una serie di vizi procedimentali che avrebbero caratterizzato l'agire dell'Autorità, comprimendo il diritto di difesa di FMC, e tra essi la durata "ingiustificatamente abnorme" della fase preistruttoria, che sarebbe stata irragionevole e lesiva dei canoni di buona amministrazione derivanti dagli artt. 6 Cedu e 41 Carta UE, tenuto conto che la prima segnalazione, consistita nella domanda di clemenza presentata da Damler, risalirebbe al 3.4.2014 e sull'assunto che da essa fosse già possibile ricavare notizie ed elementi sufficienti per avviare l'istruttoria, iniziata solamente con atto del 28.4.2017 notificato il 4.5.2017; sempre sul piano procedimentale sono stati contestati il tempo impiegato per l'adozione del provvedimento e la composizione del Collegio.

I restanti motivi hanno riguardato la contestata imputabilità delle condotte a FMC in quanto controllante della finanziaria FCE, lamentando che l'Autorità avrebbe operato una presunzione assoluta e non avrebbe tenuto conto delle evidenze fornite da FMC in relazione all'assenza di un'influenza determinante da essa esercitata; la dedotta assenza del requisito della concorrenza tra le parti, in particolare tra le finanziarie dipendenti dei rispettivi gruppi automobilistici, e l'erronea individuazione del mercato rilevante, assumendo che quello della vendita delle automobili e quello del credito al consumo per il

loro acquisito sarebbero distinti; ha poi contestato inoltre la stessa qualificazione giuridica della fattispecie, ossia l'aver equiparato lo scambio di informazioni ad un cartello e l'aver interpretato estensivamente la nozione di restrizione per oggetto senza procedere all'esame dei suoi effetti; ha sottoposto a critica, infine, l'accertamento in ordine alla gravità dell'illecito e la misura della sanzione, sotto vari profili.

2.2. Con successivi motivi aggiunti il provvedimento è stato contestato anche per la mancanza dello "schema di decisione", di cui sarebbe stata appurata l'inesistenza come atto scritto.

3. Il Tar, con la sentenza n. 12530/2020, ha accolto il ricorso introduttivo di FMC, giudicandolo fondato sotto due aspetti, valutati come assorbenti ogni altro profilo dedotto, ed ha dichiarato improcedibili i motivi aggiunti.

3.1. In primo luogo ha ritenuto fondata la censura procedurale incentrata sulla durata della fase preistruttoria. Ciò sul rilievo che la domanda di clemenza presentata da Damler il 3.4.2014 contenesse già gli elementi essenziali dell'intesa e come tale mettesse l'AGCM nelle condizioni di procedere, come anche a maggior ragione le integrazioni a tale domanda presentate sempre da Damler il 3.8.2016 e il 21.10.2016. Nell'accogliere la censura il Giudice di primo grado ha disatteso le difese dell'Agcm (per come articolate nella memoria del 10.2.2020) secondo cui quella presentata dalla Damler nel 2014 sarebbe stata una domanda di clemenza in forma semplificata, con effetto per così "prenotativo" nell'ipotesi in cui la Commissione europea non avesse proceduto essa ad esercitare le proprie competenze. Il Tar ha ritenuto che non fossero provati né la natura semplificata della domanda di clemenza, né il coordinamento realizzatosi tra il 2014 e il 2016 tra la Commissione e l'AGCM, né il fatto che (e il momento esatto in cui) la Commissione avesse in seguito "sbloccato" la vicenda, consentendo all'AGCM di avviare essa l'istruttoria.

3.2. In secondo luogo il Tar ha accolto il motivo più sostanziale incentrato sulla individuazione del mercato rilevante e sulla idoneità delle condotte

imputate alle parti dell'intesa, sottolineando come inizialmente l'indagine dell'AGCM si fosse concentrata sul settore del credito finalizzato all'acquisto di autoveicoli per poi dirigersi su quello delle vendite degli autoveicoli mediante finanziamenti erogati dalle *captive banks*, così passando dal mercato del solo prodotto finanziario a quello principalmente del bene automobile; senza tuttavia, a giudizio del Tar, verificare le dinamiche del nuovo e diverso mercato, come anche la capacità delle condotte delle *captive banks* di determinare una restrizione della concorrenza in tale ambito.

4. Avverso la sentenza AGCM ha proposto il presente appello, articolando due motivi di impugnazione.

4.1. Con il primo lamenta il travisamento dei fatti nel quale sarebbe incorso il Tar, nel non rilevare che nella vicenda in esame quella pervenuta all'Autorità il 3.4.2014 sarebbe stata una domanda di clemenza in forma semplificata, secondo quanto previsto ai punti 16-18 della Comunicazione dell'Autorità ai sensi dell'art. 15 della l. 287/1990, nonché secondo il par. 14 dell'ECN e da ultimo l'art. 22 della Direttiva UE 1/2019, mentre parallelamente Damler avrebbe presentato alla Commissione europea una domanda di clemenza completa. Ciò posto, secondo il riparto di competenze tra la Commissione e le autorità nazionali, ne sarebbe derivato che in quel momento la sola autorità titolata ad avviare l'indagine sarebbe stata la Commissione, mentre l'AGCM avrebbe potuto farlo solamente se e quando avesse ottenuto il via libera dalla Commissione, il che sarebbe avvenuto solamente all'inizio del 2017. Di qui la tempestività dell'avvio dell'istruttoria, tanto più che non si reputa applicabile il termine di 90 giorni prescritto dall'art. 14 della l. 689/1981.

4.2. Con il secondo motivo di appello l'AGCM, muovendo dalla premessa che la definizione del mercato rilevante segue e non precede l'individuazione dell'intesa, confuta il rilievo del Tar per cui la definizione del mercato rilevante non sarebbe supportata da un'adeguata analisi istruttoria; a tal fine sottolinea come nel periodo 2003-2016 le auto vendute tramite finanziamenti sono state circa il 50% del totale e che in tale ambito il finanziamento delle

captive banks ha coperto più del 70% del totale dei finanziamenti. Il che dimostrerebbe, in uno con le evidenze probatorie acquisite nel corso dell'istruttoria, il ruolo cruciale che gioca il finanziamento ai fini della vendita delle auto e la strumentalità delle *captive banks* rispetto alle case produttrici di auto.

4.3. Si è costituita l'originaria ricorrente in primo grado, FMC, proponendo anche appello incidentale, subordinato all'accoglimento di quello principale, mediante cui critica la declaratoria del Tar di improcedibilità dei motivi aggiunti proposti in primo grado e volti all'annullamento del provvedimento AGCM anche in ragione del fatto che sarebbe mancato, a suo fondamento, qualunque "schema di decisione", il che avrebbe impedito una elaborazione in forma compiutamente collegiale e non avrebbe assicurato la corrispondenza tra quanto deciso e quanto successivamente trasfuso nella motivazione del provvedimento.

FMC eccepisce preliminarmente l'inammissibilità dell'appello dell'Autorità, sul duplice assunto che AGCM non avrebbe appellato anche il capo di sentenza concernente la mancata dimostrazione della idoneità delle condotte delle parti coinvolte nell'intesa e che il giudicato interno derivatone sarebbe sufficiente a sorreggere l'annullamento del provvedimento del 20.12.2018.

Per il resto ripropone, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., i motivi assorbiti dal Tar.

4.4. Si è costituita anche Mercedes Benz, al solo fine di opporsi a qualunque ipotetica domanda di annullamento del provvedimento di sua ammissione al programma di clemenza. Si è costituita anche l'associazione Altroconsumo, chiedendo l'accoglimento dell'appello principale proposto da AGCM.

Le parti hanno depositato in vista della discussione, documentazioni e memorie, in particolare AGCM una nota della Commissione europea del 4.5.2021, depositata in questo giudizio il 22.12.2021, produzione documentale di cui la difesa di FMC contesta, nelle memorie finali, l'ammissibilità ai sensi dell'art. 104, comma 2, c.p.a.

5. All'udienza pubblica del 13.1.2022 la causa è stata discussa ed è passata in decisione.

6. Si può prescindere dall'esame dell'eccezione in rito sollevata da FMC, quanto alla completezza e quindi all'ammissibilità dell'appello dell'AGCM, poiché quest'ultimo è comunque infondato nel merito, in particolare quanto al primo motivo relativo al capo di sentenza con cui il Tar ha accertato la tardività dell'avvio del procedimento istruttorio da parte di AGCM, e ciò per le seguenti ragioni.

7. Non sono in discussione tra le parti i dati di fatto per cui la prima segnalazione, ricavabile dalla domanda di clemenza, fosse del 3.3.2014, e che l'istruttoria sia stata avviata formalmente dall'Autorità solamente ad aprile del 2017, per quanto la relativa comunicazione sia stata poi notificata ai destinatari ai primi di maggio, sempre del 2017.

Come anche non è stato contestato da AGCM, neppure nel giudizio di appello (in particolare alle pagine da 7 a 12 del ricorso), il dato di fatto per cui la segnalazione originaria, del marzo 2014, – a prescindere dalla questione sulla possibilità giuridica di procedere, su cui si tornerà a breve - contenesse elementi potenzialmente sufficienti per permettere l'avvio di un'istruttoria al riguardo.

La difesa di AGCM, per come ribadita in questa sede in particolare nelle pp. 8-12 dell'appello, giustifica il tempo trascorso tra il marzo del 2014 e l'aprile/maggio del 2017 – senza avviare alcuna istruttoria formale - in ragione del fatto che fosse, per così dire, “pendente”, dinanzi alla Commissione europea, un'altra domanda di clemenza, presentata per gli stessi fatti sempre dalla Damler nel corso del 2014, e che questa domanda fosse “completa”, a differenza di quella proposta dinanzi all'AGCM, in forma invece “semplificata”.

Su questa duplice “pendenza” e su questa differenziazione nella “forma” della domanda, oltre che sul richiamo al principio di leale collaborazione, AGCM costruisce, in termini giuridici, la tesi di fondo per cui la Commissione

avrebbe avuto la priorità nel decidere se procedere e che l'autorità nazionale avrebbe potuto farlo, a sua volta, solo se e quando la Commissione avesse deciso di non procedere, quindi in via del tutto residuale.

8. Questa tesi, che in astratto potrebbe anche avere una sua razionalità e che comunque presupporrebbe pur sempre un (minimo di) coordinamento tra i diversi livelli competenti e dunque (a differenza di quanto avvenuto nella vicenda in esame) un (più) sollecito scambio di informazioni per giungere tempestivamente allo scioglimento della "riserva" su quale Autorità debba intervenire per accertare l'eventuale infrazione, non trova – non almeno per il periodo in discussione – un fondamento giuridico, ovvero una base legale, chiaramente delineati ed è, prima ancora, indebolita, nei suoi presupposti, dalla carenza degli elementi probatori offerti dall'Autorità.

Iniziando da questi secondi elementi, le allegazioni di AGCM in ordine al fatto storico della pendenza nel 2014 di due domande di clemenza aventi differente forma e (in tesi) rilevanza non trovano conferma o comunque evidenza nel provvedimento impugnato, dove (sin dai visti di p. 1 e poi a p. 9) nulla si dice mai della natura semplificata della domanda di clemenza ricevuta da AGCM il 3.3.2014, della contemporanea pendenza di una domanda dinanzi alla Commissione, del coordinamento che si sarebbe svolto tra le due Istituzioni, in attesa di capire quale delle due Autorità potesse o dovesse procedere. Nulla è infatti argomentato o precisato nel provvedimento, in cui vi è solo e unicamente il riferimento alla segnalazione ricevuta nel 2014, nonostante che il tema della tardività fosse già stato sollevato nel corso dell'istruttoria, e dove nella motivazione del provvedimento (in specie nei punti da 252 a 258) la contestazione sulla tardività è disattesa essenzialmente sul duplice rilievo che non si applicherebbe l'art. 14 della l. 689/1981 e che in ogni caso la domanda di clemenza si sarebbe perfezionata solo il 31.1.2017. Ma senza mai fare menzione, nella motivazione, della concomitante domanda presentata dinanzi alla Commissione e della ritenuta necessità, in tesi, di

attendere il preventivo esito quale giustificazione del tempo trascorso tra il marzo 2014 e il gennaio 2017.

Una possibile conferma, sul piano documentale, di quanto allegato (solo in giudizio) da AGCM a sostegno della tesi per cui l'istruttoria non sarebbe potuta essere avviata prima del 2017 – dovendo escludersi la rilevanza in tal senso del rapido, e non chiaramente intellegibile, scambio di mail avvenuto il 1.12.2016 tra funzionari della Commissione e di AGCM (all. 7 all'appello) - lo si ricava dal documento prodotto nel giudizio di appello dalla difesa erariale il 22.12.2021, in prossimità dell'udienza fissata per la discussione.

In tale documento la DG concorrenza dà conto, e quindi conferma, di una domanda di clemenza, in versione integrale, trasmessa da Damler nel 2014 alla Commissione, come anche del fatto che, avendo nello stesso periodo anche AGCM ricevuto una domanda in forma semplificata sempre da parte di Damler, le due autorità “sono rimaste in contatto regolare (principalmente per telefono come da prassi per collaborazioni di questo tipo) tra il 2014 e il 2017 a causa di varie integrazioni della domanda di trattamento favorevole da parte del richiedente”; sino a quando – si legge sempre nella lettera – “il 13 dicembre 2016, la DG Concorrenza ha informato l'AGCM che non avrebbe portato avanti la parte del caso relativa alle captive banks...”.

9. Prima ancora di esaminarne le implicazioni e la rilevanza (e quindi se da questa lettera riceva o meno conferma anche la tesi di fondo dell'AGCM circa un impedimento di natura legale ad avviare per tempo l'istruttoria), di questo documento la difesa di FMC ha eccepito l'inammissibilità alla luce dell'art. 104, comma 2, c.p.a. che, sull'esempio dell'art. 345, comma 3, e prima ancora dell'art. 437 c.p.c., vieta la produzione in appello di nuovi documenti, “salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile”.

Ebbene, anche a ritenere che si tratti di due eccezioni disgiunte e non di una sorta di endiadi, quanto al requisito della “indispensabilità” la giurisprudenza

è costante nel ritenere che non sia sufficiente la mera rilevanza dei fatti ma occorra che sia verificata l'impossibilità di acquisire la conoscenza di quei fatti con altri mezzi che la parte avesse l'onere di fornire nelle forme e nei tempi stabiliti dalla legge processuale (v., ad esempio, Cons. St. III, n. 6057/2018; sulla differenza tra rilevanza ed indispensabilità v. Cass. S.U. n. 8203/2005). Applicata al caso di specie, una simile regola di giudizio onerava l'Autorità a fornire, già nel giudizio di primo grado, la prova della simultanea pendenza di una domanda di clemenza dinanzi alla Commissione e del suo carattere in tesi prioritario, eventualmente anche producendo il documento specifico (ed originario) attestante la presentazione della domanda di clemenza, in forma completa, dinanzi alla Commissione. E, del resto, la stessa lettera prodotta il 22.12.2021 nel presente giudizio di appello, che peraltro reca la data del 4.5.2021, trattandosi di una risposta ad una comunicazione proveniente dalla AGCM sarebbe potuta essere stata scritta molto tempo prima, se solo la richiesta (alla Commissione) avesse preceduto e non seguito la definizione del giudizio di primo grado dinanzi al Tar.

Tale rilievo vale ad escludere anche che ricorra l'altra eccezione legale, non potendosi affermare che l'Autorità non abbia potuto produrre il documento in primo grado semplicemente perché all'epoca non era ancora esistente ovvero non ancora costituito, una volta chiarito che era nella possibilità della parte (coordinandosi con la Commissione) procurarselo con maggiore sollecitudine oppure dimostrare il fatto della "pendenza" della pratica di clemenza dinanzi alla Commissione con altre modalità, anche più dirette.

Fin qui il ragionamento è stato condotto considerando (*in primis* le difese) quello depositato il 22.12.2021 come una prova documentale "tipica", del tipo di quelle disciplinate dagli artt. 2699 e ss c.c. la cui efficacia probatoria è determinata dalla legge, ma alla medesima conclusione dovrebbe giungersi anche qualora si considerasse la lettera della Commissione come uno scritto che proviene da un terzo, dunque come una prova "atipica", categoria meno definita nel nostro sistema processuale e comunque con una efficacia

probatoria come noto differente da quella delle prove documentali tipiche (su cui v. Cass. n. 12066/1998), ma alla quale la giurisprudenza di legittimità reputa pur sempre applicabile il divieto di cui all'art. 345, comma 3, c.p.c. (Cass., ord. n. 17612/2013).

10. Tutto ciò posto, l'elemento della indispensabilità difetta nel nostro caso anche in un altro senso, più pregnante.

Si deve muovere dalla nozione di documenti "indispensabili", per tali intendendosi, sulla scorta della giurisprudenza di legittimità, quelli suscettibili di una influenza causale più incisiva rispetto a quella che generalmente le prove, definite come "rilevanti" (cfr. art. 183, comma 7; art. 420, comma 5, c.p.c.), hanno sulla decisione finale della controversia; prove che, proprio perché "indispensabili", sono capaci, in altri termini, di determinare un positivo accertamento dei fatti di causa, decisivo talvolta anche per giungere ad un completo rovesciamento della decisione cui è pervenuto il giudice di primo grado (per riprendere il senso e le parole di Cass. S.U. n. 8203/2005, al punto 7.2).

Ebbene, nel caso in esame, non può dirsi che il documento prodotto il 22.12.2021, quand'anche fosse utilizzabile, avrebbe un'influenza causale determinante sul positivo accertamento dei fatti di causa; e che, in particolare, varrebbe a dimostrare l'assunto che AGCM fosse legalmente impedita ad avviare l'istruttoria prima del 13.12.2016, momento nel quale la DG Concorrenza l'avrebbe informata della sua decisione (si intende, della Commissione) di non procedere.

Dal documento prodotto solo il 22.12.2021 non si può ricavare, infatti, la prova che, ricevuta la segnalazione di Damler, la Commissione avesse mai adottato un atto formale di indagine (che nessun atto formale di indagine sia stato mai adottato dalla Commissione parrebbe ricavarsi anche dalle difese dell'AGCM) e che ci fosse stato un effettivo coordinamento tra la Commissione e l'AGCM, non riducibile alle poche e scarse mail a dicembre 2016, e che in nome di tale coordinamento si potesse e si possa giustificare

l'inerzia dell'autorità nazionale protrattasi per circa tre anni, a fronte della segnalazione del 3.3.2014.

Laddove nella lettera della Commissione prodotta il 22.12.2021 è scritto che il 12.12.2016 la DG Concorrenza aveva informato l'AGCM "che non avrebbe portato avanti la parte del caso relativa alle captive banks...", per poi concludere che "A partire dal 13 dicembre 2016, questa parte del caso è stata riassegnata all'AGCM, la quale ha potuto procedere con l'indagine del caso", non offre evidenza di atti formali, per così dire, (prima) di "blocco" e (poi) di "sblocco", assunti nei confronti dell'AGCM, dei quali si deve assumere piuttosto l'inesistenza.

11. In assenza di tali atti, l'effetto (prima) di "blocco" e (poi) di "sblocco" sarebbe – seguendo il ragionamento di parte appellante – dovuto discendere semmai dal quadro normativo regolante allora i rapporti tra la Commissione e le Autorità nazionali anti-trust in casi del genere.

E, tuttavia, una regola di questo tipo, nel senso che AGCM non avrebbe potuto condurre un'indagine propria sino a quando la Commissione non avesse sciolto la riserva se farlo Lei, non si ricava dal quadro normativo *ratione temporis* esistente.

Non si ricava sicuramente dal Reg. 1/2003, ma neppure dalla Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza (GU 2004, C 101 del 2004), entrambi configuranti (e ispirati ad) un sistema di competenze parallele, nel quadro della cd. modernizzazione delle procedure di applicazione delle disposizioni antitrust del Trattato e di cui il "decentramento", in favore delle autorità nazionali, costituisce uno dei pilastri.

L'art. 11, comma 6, del Reg. 1/2003, nel prevedere che "L'avvio di un procedimento da parte della Commissione per l'adozione di una decisione ai sensi del capitolo III priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 (ora 101 e 102) del trattato. Qualora un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro

stia già svolgendo un procedimento, la Commissione avvia il procedimento unicamente previa consultazione di quest'ultima”, contraddice la tesi di parte appellante, nella vicenda qui in esame nella quale non consta che la Commissione abbia mai avviato formalmente un procedimento istruttorio e dove, pertanto, si deve ritenere che l'AGCM mai fosse stata privata della sua competenza (nel senso che per avvio del procedimento debba intendersi l'adozione di un atto formale cfr. CGUE 25.2.2021, in Causa C-857/19).

Quanto alla Comunicazione del 2004, se anche è vero che offre criteri per individuare le autorità che sono nella posizione più idonea per trattare i casi e che, ad esempio, individua come tale la Commissione “quando uno o più accordi o pratiche (...) incidono sulla concorrenza in più di tre Stati membri”; è tuttavia da rilevare come: (i) in primo luogo e in via più generale, la Comunicazione non abbia natura cogente e non sia vincolante per gli Stati membri (CGUE 20.1.2016 in Causa C-428/14, Logistica internazionale, pronuncia originata da una rimessione da parte proprio di questa Sezione, con l'ord. n. 4508/2014); (ii) in secondo luogo, non sia stato dimostrato in questo giudizio che la pratica in questione incidesse sulla concorrenza “in più di tre Stati membri”; (iii) infine, la Comunicazione parla di maggiore (o minore) idoneità, ma senza esprimersi in termini di divieto o di preclusione (cfr. i punti 38 e 39), il che non potrebbe del resto fare, non potendo vincolare gli Stati membri per quanto sopra detto, piuttosto prevedendo ed incoraggiando una serie di meccanismi di consultazione reciproca, tra le diverse autorità, in funzione dell'attribuzione dei “casi” il più rapidamente possibile.

Una simile conclusione – nel senso di escludere qualunque preclusione o divieto automatico - trova conferma anche nella stessa giurisprudenza unionale: sia nella ricostruzione del quadro normativo offerta, in particolare, dalla già ricordata Corte di giustizia nella sentenza 20.1.2016 (dove anche la Comunicazione sul programma di clemenza, adottata dalla Commissione nel

2006, è definita come un atto non giuridicamente vincolante, non almeno nei confronti degli Stati membri, cfr. i punti

34-37), che nella declinazione del principio di collaborazione tra le due autorità, le quali possono, perlomeno nelle fasi preliminari quali le indagini, lavorare in parallelo (Trib. I grado, 8.3.2007, in Causa C- 340/04).

Sempre la Corte di giustizia, nel precedente appena richiamato, afferma in modo chiaro che “in mancanza di un sistema centralizzato, a livello dell'Unione, di ricezione e di valutazione delle domande di clemenza relative a infrazioni all'articolo 101 TFUE, il trattamento di domande del genere inviate a un'autorità nazionale garante della concorrenza è determinato da quest'ultima in applicazione del diritto dello Stato membro cui essa appartiene”.

Tutto questo per rilevare come neppure l'utilizzo del documento della Commissione prodotto il 22.12.2021 può revocare in dubbio il fatto che all'epoca dei fatti non fosse precluso alla AGCM di avviare un'indagine ben prima di ricevere l'informazione del 13.12.2016 (di cui peraltro non vi è evidenza ulteriore).

12. La lettera della Commissione parrebbe, semmai, ragionare (già) nell'ottica delle nuove regole poste dalla direttiva UE 1/2019, il cui articolo 22, colmando la lacuna di cui si è appena detto, disciplina a livello di fonte primaria il regime delle domande semplificate di clemenza, prevedendo ora al comma 3 che, *Qualora la Commissione riceva una domanda completa e le autorità nazionali garanti della concorrenza ricevano domande semplificate in relazione allo stesso presunto cartello, il principale interlocutore del richiedente è la Commissione, finché non sia precisato se essa perseguirà, integralmente o parzialmente, il caso, in particolare nel fornire le istruzioni al richiedente sullo svolgimento di qualsiasi ulteriore indagine interna. In tale periodo la Commissione informa le autorità nazionali garanti della concorrenza interessate, su loro istanza, in merito alla situazione.*

Questa priorità accordata alla Commissione, peraltro, non solo non è declinata in termini assoluti ma si accompagna ad un meccanismo di

informazione che parrebbe responsabilizzare tanto la Commissione quanto le autorità nazionali. Come dimostra anche la previsione successiva, racchiusa nel comma 5, secondo cui *Gli Stati membri provvedono affinché, allorché la Commissione avrà informato le autorità nazionali garanti della concorrenza interessate che non intende perseguire, integralmente o parzialmente, il caso, i richiedenti possano presentare domande complete a dette autorità. Un'autorità nazionale garante della concorrenza può esigere che il richiedente presenti la domanda completa prima che la Commissione abbia informato le autorità nazionali garanti della concorrenza interessate che non intende perseguire, integralmente o parzialmente, il caso, solo in circostanze eccezionali, qualora ciò si riveli strettamente necessario per la definizione o l'allocazione del caso. Le autorità nazionali garanti della concorrenza hanno il potere di specificare un termine ragionevole per la presentazione, da parte del richiedente, della domanda completa nonché delle informazioni e degli elementi probatori corrispondenti. Ciò lascia impregiudicato il diritto del richiedente di presentare volontariamente una domanda completa in una fase anteriore.*

Queste previsioni – si ripete, non applicabili *ratione temporis* alla vicenda qui in esame – parrebbero comunque presupporre che l'informazione da parte della Commissione che non intende perseguire, in tutto o in parte, il caso, sia fornita in un tempo ragionevole, e che la singola autorità nazionale possa farsi carico di acquisire, ovvero sollecitare, una simile informazione, così da pervenire quanto prima alla definizione dell'autorità chiamata a perseguire il caso. Come a dire che neppure nel sistema, nuovo, tracciato dalla direttiva 1/2019, una impasse di tre anni potrebbe essere ininfluenza ai fini del corretto e valido esercizio del potere istruttorio.

13. L'inesistenza, sicuramente all'epoca dei fatti, di una preclusione a livello legale, a fronte di un'iniziale segnalazione comunque rilevante (e a fronte della quale i rappresentanti dell'Autorità avevano comunicato già allora che il beneficio fosse “in linea di principio, al momento disponibile”), nel trascorrere dei mesi e poi degli anni senza che nessuna istruttoria fosse avviata, e senza neppure che si realizzasse mai un coordinamento formale con

la Commissione, rende inevitabilmente tardivo l'atto del 28.4.2017, già senza considerare il tempo ulteriore impiegato poi per la sua notifica. A tale conclusione si giunge sia ove si riconosca applicabile in via diretta nei procedimenti anti-trust il termine decadenziale di cui all'art. 14 della l. 689/1981, sia in ogni caso qualora si invochi un termine appena ragionevole e congruo secondo i principi generali di cui all'art. 6 CEDU e all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali UE, seguendo il ragionamento più che condivisibile sviluppato sul punto dal Giudice di primo grado (al punto 1.8., al quale ci si richiama per economia processuale); sul presupposto, quindi, che non sia ragionevole e congruo, neppure nelle condizioni in cui si è svolta la vicenda in esame, un termine protrattosi per circa tre anni.

La misura del tempo trascorso nel caso di specie è tale da rendere con ogni evidenza irrilevante – in punto di fatto - la questione pregiudiziale prospettata ai sensi dell'art. 267 del TFUE dalla parte appellante a pp. 9 e 10 della memoria; l'applicazione sicura delle regole di concorrenza andrebbe assicurata, piuttosto, attraverso un migliore coordinamento tra l'Autorità e la Commissione, nel quale si definisse per tempo quale delle due autorità debba intervenire e, così facendo, porre in tempi ragionevoli le basi per l'immediata cessazione dell'illecito antitrust.

Si deve qui aggiungere, a fronte di quanto osserva la difesa erariale al principio di p. 9 della memoria, come il tempo trascorso, prima dell'avvio dell'istruttoria, non può reputarsi privo di conseguenze, in più di una direzione: nei confronti delle imprese "incolpate", nella misura in cui il protrarsi della pratica contestata può avere aggravato la loro posizione, con effetti sia sulla (accresciuta) rilevanza dell'infrazione e quindi sulla conseguente sanzione, che in ordine alla loro esposizione, a valle dell'intesa, ad un numero di cause risarcitorie verosimilmente maggiore; ma anche nella direzione del "mercato", che da una pratica concordata restrittiva per oggetto può ricevere un pregiudizio ancora maggiore ove l'intervento inibente dell'*enforcement* pubblico non sia tempestivo.

14. La reiezione di questo primo motivo dell'appello di AGCM, con la conferma del relativo capo di sentenza, è già idoneo a determinare l'annullamento del provvedimento impugnato, senza che più sia utile esaminare il secondo motivo dell'appello, da dichiararsi improcedibile, come anche l'appello incidentale e le censure assorbite dal Tar e riproposte in appello da FMC nella memoria di costituzione, in via dichiaratamente subordinata o condizionata, concernenti i temi e le questioni già indicati al punto 2.

Per la sua natura il vizio accertato in questa sede, implicante la decadenza dell'Autorità dal potere tardivamente esercitato, potrebbe essere peraltro assimilato in una qualche misura al vizio di incompetenza, al cospetto del quale come noto l'Adunanza plenaria di questo Consiglio (con la sentenza n. 5 del 2015) ha ritenuto che ricorra un'ipotesi di assorbimento legale ovvero obbligatorio di ogni altro vizio dedotto.

15. In conclusione, il primo motivo dell'appello principale è infondato e va respinto, il che determina la conferma del relativo capo di sentenza di primo grado, quanto alla tardività dell'avvio dell'istruttoria, da solo sufficiente a determinare l'annullamento del provvedimento dell'AGCM impugnato. Con la conseguenza che il resto dell'appello principale, come anche quello incidentale ed ogni altro ulteriore motivo in questa sede riproposti sono improcedibili.

16. La novità e la peculiarità delle questioni trattate giustificano la compensazione delle spese anche del grado di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando così provvede:

- respinge in parte l'appello principale e in altra parte lo dichiara improcedibile;
- per l'effetto dichiara improcedibili l'appello incidentale e i motivi riproposti dalla parte appellata FMC ai sensi dell'art. 101 c.p.a.;

-per l'effetto finale conferma l'annullamento del provvedimento n. prot. 10931 (n. provv. 27497) dell'Autorità disposto dal Tar, nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

L'ESTENSORE
Hadrian Simonetti

IL PRESIDENTE
Sergio De Felice

IL SEGRETARIO