

Pubblicato il 03/02/2022

N. 00748/2022REG.PROV.COLL.

N. 10211/2020 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10211 del 2020, proposto da  
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in  
Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Rci Banque Sa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli  
avvocati Alessandro Boso Caretta, Francesco Saverio Marini, con domicilio digitale come da PEC  
da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via dei Due Macelli  
n. 66;

Renault S.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato  
Alessandro Boso Caretta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio  
eletto presso il suo studio in Roma, via dei Due Macelli, n. 66;

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;  
Daimler Ag, Mercedes-Benz Financial Services Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante  
*pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Andrea Cicala, 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. 12543/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rci Banque Sa e di Altroconsumo e di Daimler Ag e di Renault S.A. e di Mercedes-Benz Financial Services Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2022 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati dello Stato Giacomo Aiello, Luca Reali e Alessandro Jacoangeli e gli avvocati Alessandro Boso Caretta, Francesco Saverio Marini e Francesco Goisis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto davanti al TAR per il Lazio le originarie ricorrenti invocavano l'annullamento del provvedimento dell'AGCM n. 27497 del 20 dicembre 2018, con cui veniva accertata un'unica e complessa intesa continuata nel tempo volta a distorcere fortemente le dinamiche concorrenziali nell'ambito della vendita di automobili in ragione della quale l'Autorità appellante irrogava sanzioni pecuniarie, e inibiva per il futuro la reiterazione delle condotte in questione, riconoscendo alle società Daimler AG e Mercedes Benz Financial Services Italia S.p.A. il beneficio della non imposizione della sanzione, di cui al paragrafo 2 della Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

2. Il primo giudice accoglieva il ricorso, ritenendo fondata: a) la censura di carattere procedurale, con cui si lamentava la violazione dell'art. 14 della L. 689/1981, rilevando come la fase preistruttoria avesse avuto una durata eccessivamente lunga, a fronte di una domanda di clemenza, risalente al marzo 2014; b) le censure di tipo sostanziale, incentrate sulla errata individuazione del mercato rilevante e sull'incongruenza dell'istruttoria svolta anche in termini di estensione soggettiva del procedimento e, a cascata, sulla insussistenza di elementi oggettivi sufficienti per dimostrare l'esistenza di una intesa unica e complessa, nonché sulla illogicità, lacunosità e incompletezza dell'istruttoria compiuta dall'Autorità sia in relazione all'analisi del mercato rilevante che della idoneità delle condotte imputate alle parti a produrre effetti distorsivi su quel mercato.

3. Avverso la pronuncia indicata in epigrafe propone appello l'Autorità, che ne chiede la riforma per le seguenti ragioni:

a) il TAR sarebbe incorso in un evidente travisamento dei fatti dedotti in giudizio ed in un'insufficiente analisi dell'organizzazione che presiede alla presentazione delle domande di clemenza a livello comunitario. Gli operatori economici, presenti sui mercati di più i paesi dell'UE, come nel caso di specie, sarebbero abilitati a presentare la domanda di clemenza in forma completa alla Commissione Europea, limitandosi a presentarne un'altra in forma semplificata presso le

single Autorità Antitrust nazionali. Una simile possibilità verrebbe incontro alle esigenze degli operatori sui quali, altrimenti, graverebbe l'onere di presentare presso le Autorità nazionali tante domande di clemenza in forma completa, con allegati documentali di regola estremamente ponderosi, in tutti i paesi comunitari nei quali svolgono la loro attività. Nel caso di specie la domanda di leniency pervenuta all'Autorità in data 3 marzo 2014 sarebbe ascrivibile al novero delle domande di clemenza in forma semplificata (c.d. summary applications), le quali sono contemplate dai punti 16-18 della Comunicazione dell'Autorità sulla non imposizione e sulla riduzione delle sanzioni ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, dal par. 24 dell'ECN Model Leniency Programme, nonché dai considerando 61, 62 e 63 e dall'art. 22 della Direttiva (UE) 2019/1. Secondo il sistema vigente mancherebbe un sistema centralizzato di cd. "one stop shop" in forza del quale la domanda presentata presso la Commissione o una delle Autorità antitrust nazionali, determini il grado di priorità della domanda di clemenza all'interno dell'intera UE. Pertanto, la presentazione di una domanda di clemenza in forma semplificata consentirebbe all'operatore economico di ottenere l'effetto di prenotazione senza essere costretto a presentare una domanda "piena" e completa ossia fornita di tutti gli elementi informativi e dell'intera documentazione rilevante, nelle diverse lingue nazionali, per l'ipotesi che, in un tempo successivo, la Commissione europea ritenga di non potere procedere dell'indagine e riallochi il suo svolgimento a una autorità nazionale. Pertanto, la presentazione di una domanda in forma semplificata impedirebbe alla singola Autorità nazionale di procedere, scongiurando in tal modo il rischio di procedimenti sovrapposti e di ne bis in idem. Nella fattispecie in esame una domanda completa di ammissione al programma di clemenza sarebbe stata presentata solo davanti alla Commissione europea, mentre, in sede nazionale, aveva presentato unicamente una domanda semplificata. Inoltre, in data 3 agosto 2016 e 21 ottobre 2016 il medesimo leniency applicant avrebbe integrato la domanda semplificata, segnalando all'Autorità, sempre in forma sommaria e senza la presentazione di prove scritte, ulteriori fatti connessi a quelli oggetto della domanda iniziale. In ogni caso in assenza del via libera della Commissione l'Autorità nazionale non avrebbe potuto procedere. Questa situazione sarebbe perdurata sino al 31 gennaio 2017, quando, ottenuto il via libera della Commissione, il leniency applicant, avrebbe integrato la sua domanda. Termine ravvicinato a quello del 28 aprile dello stesso anno in cui l'Autorità avrebbe avviato il procedimento. Né potrebbe predicarsi l'assenza di interlocuzioni tra la Commissione e l'Autorità dal momento che le stesse sarebbero intercorse per lo più in forma orale;

b) avrebbe errato il TAR nel ritenere che l'Autorità non avrebbe analizzato il mercato così come definito in sede di Comunicazione delle Risultanze Istruttorie e di Provvedimento finale, avendolo individuato nella "vendita di auto attraverso finanziamenti erogati dalle captive banks" anziché nel mercato dei servizi di finanziamento finalizzati all'acquisto di autoveicoli, come definito nel provvedimento di avvio dell'istruttoria. Il primo giudice sarebbe incorso in un errore prospettico, ritenendo che l'intesa contestata sarebbe sulla fissazione del prezzo del finanziamento o dell'auto, presentandosi, invece, la stessa come molto più sofisticata, perché volta a neutralizzare ogni incertezza circa gli elementi che portano alla fissazione delle condizioni dei finanziamenti che sono parte significativa delle condizioni di vendita delle auto. Il metodo utilizzato dall'Autorità sarebbe pienamente conforme alla giurisprudenza amministrativa, secondo cui, nell'ipotesi di intese anticompetitive, la definizione del mercato rilevante sarebbe successiva all'individuazione dell'intesa. Ciò specie se si sia in presenza di un'intesa restrittiva c.d. per oggetto, ossia di un'intesa che tipicamente, per sua stessa natura, delinea direttamente il proprio mercato di riferimento. L'Autorità nel provvedimento finale, infatti, avrebbe confermato quanto già affermato in sede di Comunicazione delle Risultanze Istruttorie. In definitiva, non solo sarebbe chiaro che il mercato di riferimento sarebbe quello della vendita delle auto tramite prodotti finanziari, ma ciò troverebbe conferma in una più che sufficiente e approfondita analisi, che avrebbe fatto emergere il ruolo delle cd. captive banks in relazione alla clientela "price sensitive", del tutto strumentale rispetto alle cause automobilistiche.

4. Rci Banque S.a., costituitasi in giudizio, ripropone i motivi assorbiti dal TAR:

a) parte del quarto motivo del ricorso introduttivo con cui si lamenta l'assenza di un rapporto di concorrenza tra Captives e l'arbitrarietà della definizione del mercato rilevante.

b) parte del quinto motivo del ricorso introduttivo con cui si lamenta il travisamento delle risultanze istruttorie e delle condotte delle parti, l'irragionevole rifiuto dell'AGCM di analizzare gli effetti della presunta intesa, il mancato apprezzamento delle plausibili spiegazioni alternative e la contraddittoria interpretazione delle dichiarazioni del leniency applicant.

c) il primo motivo del ricorso introduttivo con cui si lamenta che il provvedimento sarebbe illegittimo perché contrario al principio della collegialità, la composizione dell'organo che ha deliberato la sanzione. Il provvedimento sarebbe stato assunto da due soli componenti, uno dei quali facente funzioni del Presidente, organo in quel momento vacante.

d) il terzo motivo del ricorso introduttivo con cui si lamenta che il provvedimento sarebbe illegittimo per lesione delle prerogative defensionali garantite dall'art. 6 co. 3 lett. d) CEDU.

e) il sesto motivo del ricorso introduttivo con cui si lamenta che il provvedimento sarebbe illegittimo anche nella parte relativa alla durata della presunta intesa e della partecipazione ad essa attribuita a RCI.

f) il settimo motivo del ricorso introduttivo con cui si lamenta che il provvedimento sarebbe illegittimo anche in punto di qualificazione della presunta intesa come "cartello segreto" (§§409 e ss.) e nella sua valutazione come infrazione "molto grave" (§§445 e ss.).

g) l'ottavo motivo del ricorso introduttivo con cui si lamenta che il provvedimento sarebbe illegittimo in relazione alla quantificazione della sanzione irrogata.

h) il nono motivo del ricorso introduttivo con cui si lamenta che il provvedimento sarebbe illegittimo anche nella parte in cui individua il valore delle vendite rilevante ai fini del calcolo della sanzione nel "fatturato specifico realizzato dalle Parti e dai relativi Gruppi di appartenenza nel mercato della vendita delle automobili attraverso finanziamenti erogati dalle relative captive banks".

i) i motivi proposti in sede di ricorso per motivi aggiunti con cui si denunciava il grave deficit istruttorio e deliberativo relativo al provvedimento impugnato.

5. Anche Renault S.a., ripropone i motivi del ricorso assorbiti dal TAR quasi identici a quelli proposti da Rci Banque Sa., fatta eccezione per il motivo con cui si denuncia l'illegittimità del provvedimento per aver imputato la responsabilità della presunta infrazione in via solidale anche ad essa, la violazione degli artt. 24, 25 e 27 Cost., dell'art. 101 TFUE, dell'art. 6 CEDU, dell'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, degli artt. 1, 2, 3 e 6 della l. 689/81, la violazione dei principi di personalità della sanzione amministrativa e l'eccesso di potere.

6. Costituitasi in giudizio Mercedes-Benz Financial Services Italia S.p.A. evidenzia che RCI Banque non ha interesse a mettere in discussione l'ammissione di MBFSI e di Daimler al programma di clemenza. Il mancato accertamento dell'infrazione nei confronti di MBFSI e Daimler sarebbe frutto di una scelta consapevole e del tutto legittima dell'Autorità, derivante da una corretta e condivisibile interpretazione della disciplina sul private enforcement ai sensi dell'art. 7 del d.lgs.

3/2017. Costituitasi in giudizio Daimler evidenzia la mancata impugnazione dell'applicazione della *lienency* a suo favore.

7. Costituitasi in giudizio, Altroconsumo invoca l'accoglimento dell'appello principale.

8. In vista dell'odierna udienza l'Autorità deposita una lettera della Commissione Europea datata 4 maggio 2021, con la quale si conferma che "la domanda di trattamento favorevole inizialmente trasmessa da Daimler alla DG Concorrenza nel 2014, e integrata in vari momenti successivi, è una domanda in versione integrale. Durante la prima presa di contatto tra la DG Concorrenza e l'AGCM in data 10 marzo 2014, la DG Concorrenza è stata portata a conoscenza del fatto che l'AGCM avesse ricevuto una domanda in forma semplificata avente ad oggetto la medesima condotta.

Durante le discussioni tra la DG Concorrenza e l'AGCM sull'attribuzione del caso, la DG Concorrenza ha confermato la sua intenzione di voler indagare la condotta segnalata dal richiedente trattamento favorevole, ed entrambe le autorità hanno concordato l'assegnazione del caso alla DG Concorrenza, precludendo in tal modo all'AGCM la possibilità di indagare sullo stesso caso. La DG Concorrenza e l'AGCM 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 vari integrazioni della domanda di trattamento favorevole da parte del richiedente. Il 13 dicembre 2016, la DG Concorrenza ha informato l'AGCM che non avrebbe portato avanti la parte del caso relativa alle *captive banks* (come confermato durante ulteriori contatti tra la DG Concorrenza e l'AGCM il 13 marzo e il 14 aprile 2017). 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".

9. Nelle successive difese l'Autorità insiste nelle proprie conclusioni, replica ai motivi e alle eccezioni di controparte e avanza richiesta di rinvio pregiudiziale, nella denegata ipotesi in cui il Collegio dovesse condividere l'interpretazione del quadro normativo proposta dal TAR che imponendo all'Autorità maggiori vincoli nell'apertura del procedimento istruttorio, porrebbe la stessa nella condizione di non poter applicare efficacemente gli artt. 101 e 102 TFUE, compromettendo in misura irrimediabile il principio di effettività dell'azione antitrust. Il rinvio pregiudiziale dovrebbe chiarire:

- se l'articolo 101 TFUE in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE nonché i principi di autonomia procedurale, di buona amministrazione ed effettività dell'applicazione delle regole di concorrenza debbano essere interpretati nel senso che ostano a una prassi e/o giurisprudenza nazionale che, inferendo la regola della tempestività dell'avvio dai principi generali di cui agli articoli 6 CEDU e 41 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione nonché da quelli positivizzati nella l. n. 241/1990, impedisca in ogni caso all'Autorità nazionale di concorrenza di avviare una procedura istruttoria ai fini dell'accertamento di un'intesa, a distanza di vari mesi o anni dalla segnalazione della possibile violazione dell'articolo 101 TFUE, impedendo all'Autorità nazionale di concorrenza di compiere gli atti di indagine ritenuti opportuni ed effettuati anche in funzione delle risorse di cui essa dispone, ai fini di una corretta formulazione della contestazione, dell'esistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti.

10. Nelle difese in vista dell'odierna udienza parte appellata, oltre ad insistere nelle proprie conclusioni, solleva un'eccezione di inammissibilità dell'appello dell'AGCM in ragione della mancata impugnazione di un capo della sentenza idoneo di per sé a fondare la decisione di annullamento, da cui deriva la formazione di un giudicato interno in forza del quale il Provvedimento deve ormai ritenersi definitivamente annullato.

Nel proprio appello l'AGCM infatti non avrebbe considerato che la sentenza ha ritenuto viziato il Provvedimento anche in relazione all'insussistenza di elementi oggettivi sufficienti ad accertare un'intesa restrittiva per oggetto, giudicando fondate le censure mosse dall'appellata riguardanti il mancato superamento dello standard probatorio richiesto dall'ordinamento per poter ravvisare nello scambio informativo una restrizione per oggetto, non presentando lo scambio di informazioni intercorso tra le Captives quel gradiente di evidente "dannosità" per la concorrenza, che costituisce in base alla consolidata giurisprudenza eurounitaria e nazionale presupposto essenziale per escludere la necessità dell'analisi degli effetti dell'ipotizzata intesa. Inoltre, contesta la produzione documentale dell'Autorità, ritenendola violativa del divieto dei nova in appello ex art. 104 c.p.a. e dei canoni di correttezza e lealtà processuale, rappresentando un'indebita integrazione postuma della motivazione.

11. Si può prescindere dall'esame dell'eccezione in rito sollevata dall'appellata, 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.

12. 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, 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 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, 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.

13. 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 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 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 attenderne 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 depositate agli atti del presente giudizio - 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, in via di conferma, della presenza 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...”.

14. 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 è stata eccepita 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 private) 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).

15. 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.

16. 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.

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).

17. 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 parrebbe ininfluenza ai fini del corretto e valido esercizio del potere istruttorio.

18. 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 (ai punti 17.6.2 e 17.7., ai quali 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; l'applicazione sicura delle regole di concorrenza andrebbe assicurata, piuttosto, attraverso un migliore coordinamento tra l'Autorità e la Commissione, attraverso il quale si definisca per tempo quale delle due autorità debba intervenire e, così facendo, si pongano in tempi ragionevoli le basi per l'immediata cessazione dell'illecito antitrust.

Si deve qui aggiungere, a fronte di quanto osserva la difesa erariale, 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.

19. 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, in via dichiaratamente subordinata o condizionata, concernenti i temi e le questioni sopra esposti.

La natura del 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.

20. In conclusione, il primo motivo dell'appello 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 ogni altro diverso motivo in questa sede riproposto, sono improcedibili.

21. 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 i motivi riproposti dalle

parti appellate ai sensi dell'art. 101 c.p.a.;

-per l'effetto finale conferma l'annullamento del provvedimento (n. provv. 27497/2018) 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

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

L'ESTENSORE

Luigi Massimiliano Tarantino

IL PRESIDENTE

Sergio De Felice

IL SEGRETARIO