

N. 04228/2014REG.PROV.COLL.
N. 05086/2012 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 5086 del 2012, proposto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12

contro

Associazione Culturale Compagnia Michele Murino Cilento Arte, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Rizzo, con domicilio eletto presso A. Placidi in Roma, via Cosseria, 2

per la riforma della sentenza del t.a.r. del lazio, sezione i, n 2899/2012

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Associazione Culturale Compagnia Michele Murino Cilento Arte;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 maggio 2014 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato dello stato Pizzi e l'avvocato Rizzo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

A partire dal 1994, il Sig. Michele Murino avviava un'attività imprenditoriale sotto forma di impresa commerciale, poi trasformata a partire dal 2004 nella Associazione Culturale "Compagnia Michele Murino – Cilento Arte" di organizzazione di spettacoli teatrali, culturali, ricreativi e musicali con sede nel Comune di Vallo della Lucania (SA).

Negli anni compresi fra il 1997 e il 1998, la Diocesi vescovile di Vallo della Lucania portava a compimento i lavori di costruzione di una struttura teatrale chiamata "La Provvidenza", destinata ad ospitare spettacoli sia teatrali che cinematografici. Appena terminata la costruzione del teatro, il Vescovo della Diocesi avviava un'attività teatrale piuttosto cospicua, caratterizzata da un fitto cartellone teatrale di prosa.

Secondo quanto sostenuto dall'Associazione appellata, in più occasioni la stessa avrebbe avanzato istanze rivolte al Vescovo al fine di ottenere l'accesso alla struttura teatrale senza, però, ricevere alcun riscontro.

Quindi, con segnalazione in data 17 settembre 2009, il presidente e legale rappresentante della suddetta Associazione Culturale denunciava all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora innanzi: l'AGCM o: l'Autorità appellante) un presunto abuso di posizione dominante nell'esercizio dell'impresa teatrale da parte dell'Ente Diocesi di Vallo della Lucania il quale, a detta del signor Murino, trovandosi nella detenzione, in regime di monopolio di fatto, dell'unica struttura teatrale presente nel territorio del Comune di Vallo della Lucania, gli avrebbe ingiustificatamente negato l'accesso alla struttura stessa, integrando a suo dire una condotta abusiva e di boicottaggio primario, in violazione dell'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Con nota in data 28 ottobre 2009, l'AGCM comunicava tuttavia all'Associazione appellata di aver provveduto, nel corso dell'adunanza del 22

ottobre 2009, all'archiviazione del procedimento rappresentando che, a seguito di una valutazione dei fatti denunciati, non emergevano “*elementi di fatto e di diritto sufficienti a giustificare ulteriori accertamenti ai sensi della legge 10 ottobre 1990, n. 287 o degli artt. 81 e 82 del Trattato C.E.*”

L'Autorità, in particolare, evidenziava come il mercato rilevante dell'attività di organizzazione teatrale si sviluppi ad un livello geografico più ampio rispetto a quello prospettato dall'Associazione ricorrente in primo grado (coincidente con l'intera Provincia salernitana) e che, essendo attive diverse strutture nella suddetta Provincia, il soggetto gestore del Teatro la Provvidenza non risultava in posizione dominante.

L'AGCM, nel provvedimento di archiviazione, affermava altresì che la struttura teatrale “La Provvidenza” non presentasse i requisiti di una *essential facility*, data la presenza nel territorio geografico provinciale di diverse strutture teatrali, con conseguente carenza del requisito della essenzialità.

L'Autorità, infine, rappresentava come, data la natura privata del soggetto gestore della struttura teatrale, quest'ultimo potesse scegliere di concedere o meno i propri spazi in base ad una propria scelta di natura discrezionale.

Il Sig. Murino presentava quindi ricorso innanzi al T.A.R. del Lazio avverso il suddetto provvedimento di archiviazione e la nota con cui questo gli è stato comunicato, chiedendone l'annullamento per i motivi di seguito riassunti:

1) *Violazione dell'art. 3 L. 287/1990, in relazione alla definizione di mercato geografico rilevante da parte dell'Autorità:* in particolare, il ricorrente sosteneva che quest'ultima avrebbe errato nell'individuare il mercato rilevante dell'organizzazione di eventi teatrali nella più ampia zona della Provincia di Salerno poiché, data la conformazione territoriale della zona, il mercato rilevante andava circoscritto alla più ristretta zona del Cilento, all'interno della quale era presente la sola struttura teatrale gestita dal Vescovo Favale.

2) *Violazione dell'art. 3 L. 287/1990 in relazione all'accertamento e valutazione dell'abuso di posizione dominante nonché violazione e falsa applicazione dei principi comunitari e della dottrina della essential facility.*

Il T.A.R. del Lazio, con la sentenza n. 2899/2012, oggi gravata, accoglieva il ricorso proposto dal Sig. Murino e, per l'effetto, annullava i provvedimenti emessi dalla AGCM.

In particolare, Il TAR Lazio ha affermato che l'Autorità odierna appellante avrebbe utilizzato *“una formula di carattere generale e indeterminato”* senza spiegare le ragioni né l'iter logico seguito nella individuazione del mercato rilevante, fatto coincidere con l'intera Provincia di Salerno e non con la più ridotta area territoriale del Cilento, come individuato dalla Compagnia teatrale ricorrente nella segnalazione rivolta all'Autorità, finendo con il sostenere *“la erroneità dell'individuazione del mercato geografico rilevante da parte dell'Autorità”*.

In secondo luogo, il T.A.R. Lazio si è pronunciato positivamente circa la *“sussistenza di tutti i requisiti di applicabilità della teoria della dottrina della essential facility”*.

Avverso la suddetta sentenza ha proposto ricorso in appello l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato chiedendone l'annullamento previa sospensione dell'efficacia ed articolando plurimi motivi, che saranno più analiticamente descritti nella parte motiva del presente provvedimento.

Si è costituita in giudizio l'Associazione Culturale “Compagnia Michele Murino –Cilento Arte” la quale ha chiesto il rigetto dell'appello con conseguente conferma della sentenza gravata.

Con ordinanza 1° agosto 2012, n. 3174 questo Consiglio ha accolto l'istanza di sospensione degli effetti della sentenza in epigrafe *“con particolare riguardo ai profili di censura relativi all'individuazione del mercato geografico rilevante e della stessa riferibilità al cinema/teatro di Vallo della Lucania della teorica delle ‘essential facilities’”*.

Alla pubblica udienza del 6 maggio 2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto dalla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (d'ora in poi: “l'A.G.C.M. o “l'Autorità appellante”) avverso la sentenza del T.A.R. del Lazio n.

2899/2012, con la quale è stato accolto il ricorso proposto dalla Associazione Culturale “Compagnia Michele Murino – Cilento Arte” e, conseguentemente, è stato annullato il provvedimento in data 28 ottobre 2009 con cui l’Autorità ha disposto l’archiviazione della segnalazione presentata dall’Associazione Culturale appellata in relazione a un’asserita ipotesi di abuso di posizione dominante nel settore dell’organizzazione di spettacoli teatrali nell’ambito del mercato rilevante.

2. Con il primo motivo, l’AGCM contesta la sentenza impugnata in quanto il T.A.R. avrebbe *“sindacato il merito del provvedimento impugnato, sostituendo l’apprezzamento del giudice amministrativo a quello dell’Autorità, in primo luogo nella valutazione della sussistenza dei presupposti per l’avvio di un approfondimento istruttorio circa la segnalazione in esame, nonché, in secondo luogo, nella definizione del mercato rilevante, della posizione dominante dell’Ente ecclesiastico e della sussistenza dell’abuso”*.

Con il secondo motivo di ricorso, l’Autorità appellante censura la superficialità e contraddittorietà della sentenza gravata *“in ordine alla definizione del mercato geografico di riferimento ed alla constatata (...) sussistenza di tutti i requisiti di applicabilità della teoria della dottrina dell’essential facility”*.

In particolare, l’odierna appellante contesta la qualificazione di mercato rilevante operata dal T.A.R. Lazio il quale, aderendo alla tesi prospettata dall’Associazione ricorrente in Primo Grado, *“in maniera sbrigativa ed approssimativa”*, ha fatto coincidere il mercato rilevante dell’attività di organizzazione degli eventi teatrali con il circoscritto territorio del Cilento, di cui Vallo della Lucania costituisce il centro abitato più densamente popolato.

Con il terzo ed ultimo motivo di gravame, l’odierna appellante contesta l’inquadramento della fattispecie, operato dal Giudice di Prime Cure, nell’ambito della dottrina comunitaria della *essential facility*.

In particolare il T.A.R., secondo l’Autorità appellante, avrebbe errato nel riconoscere il carattere di indispensabilità e non duplicabilità della struttura teatrale “La Provvidenza” (*“il Tar ha... dapprima riconosciuto il carattere di indispensabilità della stessa struttura teatrale La Provvidenza per poi sancirne la non*

duplicabilità in considerazione della “situazione di impossibilità economica della ricorrente di duplicazione della facility”, desunta dalla dichiarazione dei redditi della ricorrente, attestante, secondo il Tar, la mancanza di sufficienti mezzi economici in capo alla stessa Associazione ricorrente”).

3. I motivi in questione sono meritevoli di accoglimento.

3.1. Dal punto di vista generale il Collegio osserva che, pur avendo i primi Giudici preso le mosse da premesse condivisibili in ordine ai limiti del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle Autorità amministrative indipendenti, non ne hanno poi tratto in modo altrettanto condivisibile le necessarie conseguenze sul piano applicativo.

Allo stesso modo, pur avendo i primi Giudici richiamato in modo corretto i presupposti e le condizioni per fare applicazione della teorica di matrice comunitaria delle cc.dd. ‘*essentialfacilities*’, non ne hanno poi altrettanto correttamente declinato le conseguenze applicative in relazione alle peculiarità del caso di specie, ritenendo che tale teorica risultasse qui applicabile pure in assenza di alcuni presupposti indefettibili.

4. Le ragioni appena richiamate saranno qui di seguito più analiticamente esposte in relazione ai singoli aspetti della controversia.

4.1. Per ciò che attiene alla definizione del mercato rilevante, i primi Giudici hanno condivisibilmente richiamato l’orientamento comunitario e nazionale secondo cui nelle ipotesi aventi ad oggetto presunti abusi di posizione dominante ai sensi dell’articolo 3 della l. 287 del 1990, l’individuazione del mercato rilevante costituisce un’operazione logica del tutto preliminare in quanto l’ambito del mercato rilevante costituisce *ex se* uno dei presupposti dell’illecito, valendo a delimitare l’ambito nel quale l’intesa può restringere o falsare il meccanismo concorrenziale (in tale senso –*ex plurimis* -: Cons. Stato, VI, 8 febbraio 2008, n. 424; *id.*, VI, 2 marzo 2004, n. 926).

In modo altrettanto condivisibile il T.A.R. ha richiamato l’orientamento secondo cui in sede di vaglio giudiziale sulle valutazioni connotate dalla spendita di discrezionalità tecnica, non è consentito al Giudice ingerirsi sul

merito intrinseco di tali valutazioni e, in particolare, sovrapporre e sostituire le proprie valutazioni a quelle riservate all'Autorità (in tal senso –*ex plurimis* -: Cons. Stato, VI, 1° marzo 2012, n. 1192).

Il punto è, tuttavia, che i primi Giudici, dopo aver ritenuto non congruamente motivata l'individuazione del mercato rilevante operata dall'Autorità (secondo cui tale mercato estendeva i propri confini all'interno dell'intera provincia di Salerno) hanno poi indebitamente sostituito la propria determinazione, giungendo essi stessi a delimitare in senso geografico il mercato in questione (e facendolo coincidere – secondo i desiderata della fondazione ricorrente in primo grado – “*con l'intero territorio del Cilento*” – pag. 15 della motivazione -).

In particolare, all'esito della propria disamina, i primi Giudici hanno concluso nel senso di “ *[accertare] che [il] mercato geografico di riferimento nel caso di specie coincide con l'intero territorio del Cilento, in luogo della provincia di Salerno*”.

In tal modo decidendo, i primi Giudici si sono collocati in evidente discontinuità con il consolidato orientamento secondo cui il Giudice amministrativo, in relazione ai provvedimenti dell'A.G.C.M., può esercitare soltanto un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: conseguentemente il G.A. deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'Autorità risulti immune da travisamenti e vizi logici, e accertare che le disposizioni giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate. Laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il Giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'A.G.C.M. nella definizione del mercato rilevante (in tal senso –*ex plurimis* -: Cons. Stato, VI, , 12 febbraio 2007, n. 550).

La recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione 20 gennaio 2014, n. 1013 ha a sua volta affermato che il sindacato di legittimità del Giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili

tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza o di abusi di posizione dominante – detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini.

Ebbene, nel caso di specie il T.A.R. non si è limitato a rilevare l'asserita non congruità delle valutazioni che avevano indotto l'Autorità a ritenere che il mercato qui rilevante si estendesse “*quanto meno a livello provinciale*”, ma – per poter affermare la sussistenza dei presupposti dell'abuso di posizione dominante – si è spinto sino a sostituire la propria autonoma individuazione del mercato geografico rilevante, in tal modo ponendosi in evidente antitesi con i richiamati e consolidati orientamenti giurisprudenziali.

Già sotto tale aspetto, quindi, la sentenza in questione è meritevole di riforma.

4.2. Anche il secondo motivo (relativo alla sussistenza dei presupposti per fare applicazione della teorica delle cc.dd. ‘*essential facilities*’) merita accoglimento, alla luce delle considerazioni che seguono.

In particolare, pare opportuno prendere le mosse dalla definizione del concetto di *essential facility* fornita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dalle indicazioni della Commissione.

In particolare, la *essential facility doctrine* postula l'obbligo per il proprietario di una risorsa di rilievo economico, di concederne l'utilizzo a certe condizioni a terzi, qualora sussistano taluni requisiti.

Innanzitutto, la risorsa in questione deve avere carattere di unicità ed essenzialità ossia deve essere indispensabile per lo svolgimento dell'attività da

parte del soggetto richiedente. In secondo luogo, la risorsa deve essere insostituibile e la sua duplicabilità deve risultare impossibile non solo per l'impresa che richiede l'accesso ma per qualsiasi impresa o soggetto richiedente.

Infine, non devono sussistere obiettive ragioni che giustificano il rifiuto opposto dal soggetto titolare della risorsa.

Ebbene, il Collegio osserva che in particolare il secondo aspetto, relativo alla non duplicabilità della risorsa, pare dirimente nel caso di specie.

Il T.A.R., nella sentenza gravata, ha infatti ritenuto *“sussistente la situazione di impossibilità economica della ricorrente di duplicazione della facility. In particolare, tenuto conto della dichiarazione dei redditi della ricorrente per l'anno 2008, si deve rilevare la mancanza di mezzi economici sufficienti per realizzare una nuova struttura teatrale, tale da potersi configurare, sotto il profilo tecnico, come alternativa alla facility controllata in via esclusiva dal Sig. Favale”*.

Al riguardo si osserva che i primi Giudici hanno interpretato ed applicato in modo non condivisibile il requisito della 'non duplicabilità', ritenendo - in modo limitativo - che tale requisito fosse da riferire alle sole capacità economiche e alla posizione di mercato della singola impresa concorrente e non anche - secondo la logica proconcorrenziale propria delle indagini *antitrust* - di ogni altra potenziale impresa operante sul medesimo mercato.

Ed infatti, la richiamata teorica comunitaria assume quale parametro di riferimento della mancanza di duplicabilità non già le capacità economiche della singola impresa che aspira ad accedere alla risorsa, ma quelle di un operatore medio del settore (il principio in esame è chiarito nella sentenza della Corte di Giustizia, sentenza 26 novembre 1998 in causa C-7/97, *Oscar-Bronner*).

Conseguentemente, la sentenza in epigrafe è meritevole di riforma per aver affermato la sussistenza nel caso di specie dei presupposti per fare applicazione della teorica delle cc.dd. *'essential facilities'* (e, in via mediata, la sussistenza di un abuso di posizione dominante nel mercato rilevante) in base

al solo dato relativo all'impossibilità per la fondazione denunziante di dotarsi di un'infrastruttura analoga al teatro 'La Provvidenza', senza darsi carico di interrogarsi se tale impossibilità riguardasse in via assoluta qualsiasi concorrente potenzialmente operante sul medesimo mercato.

5. Per le ragioni sin qui esposte il ricorso in epigrafe deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere disposta la reiezione del primo ricorso.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti anche in considerazione della peculiarità della vicenda di causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dispone la reiezione del primo ricorso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Vito Carella, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Roberta Vigotti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/08/2014

IL SEGRETARIO

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