

Publicato il 29/04/2019

N. 05359/2019 REG.PROV.COLL.
N. 11155/2018 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11155 del 2018, proposto da Yellow Tax Multiservice S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Freni, Gianpiero Zingari e Roberto Sparano, elettivamente domiciliata in Roma, via degli Scipioni, 281, presso lo studio dell'avv. Federico Freni;

contro

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Taxiblu Consorzio Radiotaxi Satellitare Società Cooperativa, Autoradiotassi Società Cooperativa, non costituiti in giudizio;

Mytaxi Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Vito Auricchio, Elisabetta Grassi e Filippo Pacciani, elettivamente domiciliata in Roma, via di San Nicola da Tolentino, 67, presso lo studio dell'avv. Vito Maria Auricchio;

per l'annullamento

i) del provvedimento dell'AGCM prot. n. 0052475 del 9 luglio 2018, avente ad oggetto l'accertamento “dell'esistenza di violazioni dell'articolo 101 del TFUE o dell'articolo 2 della legge n. 287/90”, pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. 26 del 9 luglio 2018; ii) del provvedimento dell'AGCM n. 26345 del 18 gennaio 2017, con il quale è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'art. 14 della legge n. 287/1990, nei confronti di Yellow Tax Multiservice S.r.l. per accertare l'esistenza di violazioni dell'articolo 101 del TFUE o dell'articolo 2 della legge n. 287/1990; iii) della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie e del termine di chiusura della fase di acquisizione degli elementi probatori, inviata alle parti il 9 marzo 2018.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e di Mytaxi Italia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2019 la dott.ssa Roberta Cicchese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Yellow Tax Multiservice S.r.l., odierna ricorrente, è una società attiva nel campo della gestione automatizzata di una centrale radio satellitare per la ricerca e lo smistamento delle corse taxi nella città di Milano.

Con il ricorso in epigrafe contesta la legittimità della determinazione con la quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito, anche “Agcm” o l’“Autorità”), a conclusione del procedimento istruttorio avviato il 18 gennaio 2017, ha ritenuto che la ricorrente e le cooperative Taxiblu consorzio radio taxi e Autoradiotassi, anche esse operanti nel comune di Milano, fossero responsabili di una rete di intese restrittive della concorrenza in violazione dell'art. 101 TFUE

In particolare, a giudizio dell’Autorità, le clausole di esclusiva contenute negli statuti delle società cooperative e nei contratti di somministrazione stipulati dalla ricorrente avrebbero un effetto restrittivo della concorrenza, tale da *“ostacolare o precludere l’accesso al mercato rilevante di imprese concorrenti ed in particolare di Mytaxi?”*, società dalla cui denuncia ha tratto origine il provvedimento impugnato.

I comportamenti anticoncorrenziali esaminati sono stati giudicati tali da dare luogo a intese “non gravi” alla luce della natura delle condotte, del contesto nel quale le stesse sono state poste in essere e hanno spiegato i loro effetti, nonché alla luce delle argomentazioni difensive di ciascuna parte.

Il provvedimento, di conseguenza, non ha irrogato una sanzione pecuniaria, ma ha ingiunto alle società coinvolte di adottare, entro centoventi giorni dalla notifica del provvedimento, *“misure idonee ad eliminare l’infrazione”*, astenendosi *“in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell’infrazione accertata”*.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 101 TFUE.
VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 2 DELLA LEGGE N. 287/1990. ECCESSO DI POTERE PER ERRORE NEI PRESUPPOSTI. ILLOGICITÀ. CONTRADDITTORIETÀ E INGIUSTIZIA MANIFESTA. DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE

L’Autorità avrebbe erroneamente ritenuto l’esistenza di un’intesa verticale tra le singole società e i tassisti aderenti al radiotaxi, atteso che il provvedimento stesso considera i tassisti come i soggetti maggiormente pregiudicati dalle clausole di esclusiva nelle quali si è concretizzata l’intesa.

Del pari contraddittoriamente l’AGCM ha ritenuto che l’intesa abbia recato pregiudizio al commercio tra Stati e ritenuto, di conseguenza, la violazione dell’art. 101 TFUE, riconoscendo, in altra parte del provvedimento, che

l'intesa ha spiegato i propri effetti in un contesto locale (il solo territorio del comune di Milano).

II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 2 DELLA LEGGE N. 287/90. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 101 TFUE. ECCESSO DI POTERE PER ERRORE NEI PRESUPPOSTI. ILLOGICITÀ. CONTRADDITTORIETÀ E INGIUSTIZIA MANIFESTA. DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE.

Il provvedimento avrebbe errato nell'individuare il mercato rilevante, sia sotto il profilo merceologico sia sotto il profilo geografico.

La ricorrente rappresenta come le valutazioni espresse dall'Autorità avrebbero dovuto trovare la loro sede naturale in un'attività di segnalazione o nella proposta di legge annuale di concorrenza.

III. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 2 DELLA LEGGE N. 287/90. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 101 TFUE. ECCESSO DI POTERE PER ERRORE NEI PRESUPPOSTI. ILLOGICITÀ. CONTRADDITTORIETÀ E INGIUSTIZIA MANIFESTA. DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE.

L'Autorità avrebbe mal apprezzato le giustificazioni giuridiche ed economiche prodotte dalla ricorrente nel corso del procedimento, sia con riferimento al servizio offerto dalla società ai singoli tassisti, sia sulla conformità dei singoli contratti di somministrazione stipulati alla normativa di settore, sul rispetto della regolamentazione tariffaria, sul rispetto degli obblighi di turnazione e sul divieto di prenotazione

IV. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 2 DELLA LEGGE N. 287/90. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 101 TFUE. ECCESSO DI POTERE PER ERRORE NEI PRESUPPOSTI. ILLOGICITÀ. CONTRADDITTORIETÀ E

INGIUSTIZIA MANIFESTA. DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE

L'Autorità avrebbe mal applicato il test “*Delimitis*” errando in ordine agli effetti delle clausole di non concorrenza e agli effetti anticompetitivi delle supposte intese.

L'AGCM, inoltre, non avrebbe sufficientemente motivato in ordine all'esistenza di un nesso causale tra la realizzazione di rapporti di esclusiva tra i radiotaxi e i propri tassisti e l'indisponibilità di tassisti liberi potenzialmente affiliabili a Mytaxi.

L'Autorità avrebbe del pari errato nel definire il danno anticoncorrenziale, appiattendosi in maniera acritica sulle posizioni della denunciante e basandosi sull'indimostrata asserzione della superiorità delle piattaforme aperte su quelle chiuse.

Sempre in tema di analisi economica l'Autorità non avrebbe considerato le ragioni intrinseche dell'insuccesso di Mytaxi.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e Mytaxi Italia S.r.l., costituite in giudizio, hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 5 dicembre 2018 l'istanza di sospensione del provvedimento è stata accolta.

All'udienza del 3 aprile 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Prima di passare all'esame delle singole censure occorre considerare che l'intesa sanzionata è stata ritenuta contraria all'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

La disposizione, al comma 1, stabilisce che “*Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno*”.

Nell'ambito degli accordi vietati, gli accordi, o intese, “*verticali*”, quali quelle ritenute sussistenti nel caso in esame, si caratterizzano per il fatto di intervenire fra livelli diversi di una determinata catena produttiva o distributiva.

In considerazione del fatto che gli accordi verticali si prestano a conciliare interessi differenti, riconducibili ai diversi livelli della filiera produttiva, e sono quindi connotati da una meno univoca natura anticompetitiva rispetto alle intese orizzontali, essi impongono all'interprete una valutazione particolarmente penetrante in ordine agli effetti che dispiegano in materia di concorrenza.

Gli accordi verticali, pertanto, vanno valutati alla luce del comma 3 del citato art. 101, che prevede delle ipotesi di esenzione dal divieto.

In materia è pure intervenuto il regolamento UE n. 330/2010 del 20 aprile 2010, “*relativo all'applicazione dell'art. 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate*” il quale, pur contenendo una serie di astratte valutazioni, di liceità o illiceità di accordi verticali, impone sempre una puntuale analisi del contesto economico di riferimento ed una verifica, altrettanto puntuale, degli effetti della pretesa intesa (sulla necessità di una analisi economica estremamente dettagliata in presenza di accordi verticali, cfr, ex multis, Corte di Giustizia, sezione quarta, 26 novembre 2015, nella causa C – 345/14).

Nel caso in esame, come si legge ai paragrafi 186 e 187 del provvedimento, l'Autorità ha ravvisto la ricorrenza di una rete parallela di intese verticali coinvolgenti ciascun professionista e i singoli tassisti associati o affiliati (integrata dalla vigenza, a carico di questi ultimi, di una clausola di non concorrenza), la simultanea operatività delle quali secondo meccanismi simili, come specificato ai paragrafi 258, 259 e 260, avrebbe dato vita a un effetto cumulativo escludente riconducibile, pro quota, alle tre società parti del provvedimento.

In sintesi, il provvedimento, rilevata la portata restrittiva delle previsioni statutarie o contrattuali riproduttive del contenuto degli art. 2527 o 1567 del codice civile, la cui valenza escludente viene collegata, tra l'altro, alla durata indeterminata degli obblighi di non concorrenza, individuato il danno concorrenziale nel fatto che i diversi fasci di intese, nel loro complesso, privano gli operatori nuovi entranti, che utilizzano piattaforme aperte, della possibilità di esercitare un'effettiva pressione concorrenziale sugli operatori preesistenti, oltre a riverberarsi sui tassisti e sugli utenti finali del servizio taxi, affermata la non contendibilità del mercato e l'impossibilità di Mytaxi di soddisfare integralmente le richieste di servizi ad essa pervenute, ravvisa l'esistenza di un "*inequivoco*" nesso causale tra le clausole di non concorrenza e l'effetto di preclusione all'attività di penetrazione di Mytaxi.

La fattispecie sanzionata è stata ascritta dall'Autorità alle intese "*per effetto*" e non a quelle per "*oggetto*" (cfr. paragrafi 188 e 256).

Venendo all'esame delle censure articolate dalla ricorrente conviene procedere dall'esame delle doglianze di difetto di istruttoria e di motivazione che sebbene diversamente declinate nei singoli motivi di doglianza sono alla base dell'intera prospettazione ricorsuale, con la quale Yellow Tax ha sostenuto la non ricorrenza, nel caso di specie, di una fattispecie riconducibile ad un fascio di intese verticali rilevante ai sensi dell'art. 101 del Trattato, la sussistenza del quale sarebbe stata ritenuta dall'Autorità senza adempiere agli oneri probatori e logico - ricostruttivi su di essa gravanti in base ai precetti normativi applicabili in materia e all'interpretazione che di quei principi hanno dato la giurisprudenza comunitaria e quella nazionale.

Le censure sono fondate.

Come, infatti, sostenuto nel primo motivo di ricorso, la struttura argomentativa del provvedimento si presenta carente, in primo luogo, nella parte in cui dovrebbe individuare le caratteristiche strutturali dell'intesa, atteso che il meccanismo descritto (singoli fasci di intese riconducibili ai rapporti tra ciascun operatore e singoli tassisti, e valutazione, con riferimento ai tre

operatori nel loro insieme, dell'effetto cumulativo di blocco) appare più accennato che indagato (a tale aspetto sono infatti dedicati pochi e non troppo chiari passaggi dell'intero provvedimento).

In particolare, il rapporto tra singoli tassisti e operatore di riferimento è ricondotto dall'Autorità ad una pluralità di intese verticali sulla mera base dell'esistenza delle clausole di non concorrenza, senza che sia stato svolto alcun approfondimento in ordine alla oggettiva ricorrenza di una rete parallela di accordi (sulla necessaria dimostrazione, da parte dell'Autorità, della sussistenza di una effettiva “*comunanza di interessi*” in capo ai soggetti che si trovano nei diversi livelli della catena produttiva o distributiva presa in esame, la ricorrenza della quale configura un elemento del tutto centrale al fine di ritenere la sussistenza della condotta anticoncorrenziale, pur nella peculiare forma del “*fascio di intese verticali*”, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 743).

La circostanza è confermata dal fatto che il provvedimento, benché qualifichi i tassisti come parte dell'intesa, in alcuni passaggi argomentativi (cfr., tra gli altri, paragrafi 84, 177, 244, 247, 252) individua poi l'esistenza di un pregiudizio concorrenziale in danno degli stessi, ciò che sarebbe stato coerente con una ricostruzione della fattispecie in termini di abuso di posizione dominante, ma che è antitetico al concetto stesso di intesa (sul dato per cui l'Autorità, nell'effettuare la scelta di impostare nel modo ritenuto più corretto l'impianto di fondo del proprio ordito accusatorio, assume un autovincolo, in forza del quale essa è tenuta a declinare in maniera coerente la premessa logico-concettuale che intende dimostrare, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 743).

Il provvedimento, di conseguenza, è affetto sul punto, da una radicale contraddittorietà, sintomatica di una istruttoria carente, atteso che esso, da un lato, afferma che i tassisti sono parti dell'intesa e dall'altra li considera (ancorché unitamente alle “*piattaforme aperte*” e ai consumatori finali) pregiudicati da quelle stesse clausole che integrano l'intesa, affermando che

proprio le clausole di non concorrenza priverebbero i tassisti della possibilità di sfruttare la loro intera capacità produttiva.

Come poi argomentato nel secondo motivo di ricorso, la delibera impugnata risulta viziata da carenza istruttoria e motivazionale laddove definisce il mercato rilevante dal punto di vista merceologico.

In via generale, e tenuto conto del fatto che la censura di difetto di istruttoria permea l'intero ricorso, occorre rilevare come, dal punto 3 della parte II del provvedimento, emerge come l'attività istruttoria dell'Autorità si sia articolata in accertamenti ispettivi presso le sedi delle società, esame di informazioni, deduzioni e memorie prodotte dalle parti nel corso del procedimento, audizione dei rappresentanti del Comune di Milano e acquisizione di un parere dell'Autorità di regolazione dei trasporti.

In dipendenza del tipo di corredo probatorio raccolto, la parte di provvedimento dedicata alla definizione del mercato del prodotto risulta affidata, in maniera particolarmente evidente, ad affermazioni e asserzioni e non correlata ad alcuna analisi empirica.

Deve in proposito osservarsi come, in mancanza di un accertamento istruttorio puntuale e documentato in ordine alle ragioni di propensione per le chiamate via app e per le chiamate tramite radiotaxi da parte dei passeggeri e in assenza di accertamenti sul concreto articolarsi (cumulativo o alternativo) della domanda stessa, l'affermata sostituibilità del servizio fornito dai radiotaxi con quello fornito dalle app appare sostanzialmente assertiva (sulla necessità di una puntuale analisi in punto di intercambiabilità dei prodotti, al fine di definire il mercato rilevante sulla base dell'effettiva concorrenza tra prodotti, cfr. da ultimo Corte di Giustizia, sentenza del 23/01/2018, n. 179).

Il provvedimento, inoltre, pur avendovi fatto cenno, non ha tenuto nel debito conto il fatto che quello preso in esame è un mercato caratterizzato da una doppia fonte di domanda del servizio di smistamento chiamate, costituita da un lato dai passeggeri e da un lato dai tassisti e tale per cui la domanda

riconducibile ai primi produce effetti e orienta la domanda riconducibile ai secondi.

La detta omissione ha compromesso, quantomeno da un punto di vista procedurale, la valutazione operata dall'Autorità in punto di sostituibilità dei prodotti e dei servizi dal lato della domanda.

Con il terzo motivo di ricorso, poi, la ricorrente lamenta l'insufficienza dell'analisi condotta dall'Autorità in punto di esclusione della ricorrenza di giustificazioni economiche dei comportamenti tenuti dalle imprese.

In proposito osserva come, pur avendo l'Autorità riconosciuto di non essere in presenza di un'intesa "*per oggetto*", la stessa abbia poi affermato la portata anticoncorrenziale dell'intesa in maniera apodittica e senza svolgere puntuali accertamenti in ordine agli effetti anticompetitivi della stessa, identificati, in sostanza, nella prospettazione della parte denunciante.

La insufficienza istruttoria e motivazionale lamentata sarebbe tanto più rilevante in considerazione della pretesa struttura verticale degli accordi, per i quali, ove sia esclusa la natura di accordi "*per oggetto*", opera una presunzione di legalità, che intensifica la necessità di una puntuale analisi effettuale ove voglia ritenersene una portata anticoncorrenziale.

La prospettazione deve essere condivisa.

Dalla lettura del provvedimento impugnato, emerge infatti come l'Autorità non solo non ha compiuto alcuna verifica empirica sul punto, limitandosi a ricostruire il quadro normativo, elaborare tabelle sulla base di dati forniti dalle parti e riprodurre dati forniti dalla denunciante, ma non ha neppure replicato in maniera completa e puntuale alle argomentazioni spese dalla ricorrente in relazione a profili di criticità della ricostruzione prospettata nella fase procedimentale (si tratta in particolare di quanto rappresentato dalla ricorrente in relazione all'assenza di quota di ingresso e di vincolo minimo di permanenza in Yellow Tax, di canone mensile pagato dal tassista e servizi allo stesso corrispondente, delle differenze che il servizio fornito dal radiotaxi e

da Mytaxi presenta in materia di necessaria garanzia del rispetto delle norme stabilite dal comune in materia di tariffe, di orario di lavoro e turni di servizi). In proposito occorre considerare come la generale necessità di dare atto, nel testo dell'adozione del provvedimento definitivo, delle ragioni di non condivisione delle osservazioni formulate in corso di procedimento, risulta rafforzata, nei procedimenti sanzionatori in materia Antitrust, per i quali opera un rafforzamento delle garanzie di legalità e delle prerogative partecipative e procedurali dei destinatari dell'atto (Consiglio di Stato, sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 743).

Del pari problematica, sotto diversi profili, appare poi l'analisi condotta dall'Autorità in punto di danno concorrenziale, censurata con il quarto motivo di ricorso.

In proposito risulta condivisibile l'argomentazione della ricorrente secondo cui l'intero provvedimento si basa su un giudizio di merito positivo in favore delle piattaforme "aperte", da contrapporre a quelle "chiusse", rappresentate dagli operatori radiotaxi denunciati, che risulta apoditticamente affermato e non correlato a puntuali emergenze istruttorie.

Proprio nell'ambito del punto 3.4, dedicato alla teoria del danno, appaiono emblematici il paragrafo 206, nel quale l'Autorità si sofferma a valutare gli ipotetici vantaggi derivanti al consumatore finale da forme alternative di politiche promozionali, e il paragrafo 207, che considera la riduzione dei casi di utenza insoddisfatta, dati entrambi non correlati ad alcun riscontro probatorio.

Del pari acriticamente mutuata dalla prospettazione della denunciate e tuttavia sicuramente rilevante al fine di individuare le percentuali di mercato interessate è poi la distinzione tra tassisti affiliati e tassisti attivi.

Significativo ancora è il fatto che l'Autorità, benché sollecitata dalle parti, non ha indagato compiutamente le possibili ragioni di mancata adesione dei singoli tassisti alla piattaforma Mytaxi.

Errori procedurali, tali da compromettere gli esiti dell'istruttoria, emergono anche in punto di esecuzione del test Delimitis.

Sebbene allo stesso siano infatti apparentemente dedicati 16 paragrafi, l'analisi oggettivamente compiuta si riduce ad un sintetico esame di alcune questioni in tema di recesso, con completa assenza di richiami ad elementi istruttori obiettivamente acquisiti che dimostrino lo svolgimento delle necessarie analisi economiche nelle quali il test si compendia, con particolare riferimento all'analisi del livello di interdipendenza tra l'intermediario e il tassista.

La generale carenza istruttoria che ha connotato il procedimento, consistita in mera elaborazione di dati forniti dalle parti e, in parte significativa, dalla denunciante, la mancanza di un'analisi strutturale chiara dello stesso accordo anticompetitivo e la presenza, in punti nevralgici della motivazione, di affermazioni apodittiche depone, conclusivamente, nel senso che l'Autorità non sia riuscita a ricostruire l'intera fattispecie nei termini della necessaria congruenza narrativa, né sia stata in grado di superare le spiegazioni alternative al riguardo avanzate dalle imprese, tra cui la ricorrente (cfr. TAR Lazio, Roma, 24 aprile 2018, n. 4478).

Il ricorso va pertanto accolto, nei limiti di interesse della ricorrente, con assorbimento di ogni altra censura.

Le spese di lite possono essere compensate in ragione della complessità della vicenda.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato nei limiti di interesse della ricorrente.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Roberta Cicchese, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Roberta Cicchese

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO