

Civile Ord. Sez. U Num. 28350 Anno 2024

Presidente: D'ASCOLA PASQUALE

Relatore: FEDERICI FRANCESCO

Data pubblicazione: 05/11/2024

Ricorso contro
decisioni di giudici
speciali

ORDINANZA

Sul ricorso n. 16769-2023, proposto da:

[REDACTED], c.f. [REDACTED], in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Aldo Travi e Cesare Mainardis, con domicilio digitale agli indirizzi aldo.travi@busto.pecavvocati.it e cesare.mainardis@avvocatiudine.it -

Ricorrente

CONTRO

AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, c.f. 80224030587, in persona del Presidente p.t., elettivamente domiciliata in Roma, via dei Portoghesi n. 12, presso l'Avvocatura dello Stato, che la rappresenta e difende -

[REDACTED], c.f. [REDACTED], in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, via Vittoria Colonna n. 40, presso lo studio degli avv. Damiano Lipani, Luigi Mazzoncini e Silvia Cossu, dai quali è rappresentata e difesa -

4 - Il complesso procedimento, interessante l'arco temporale 2004/2017 e ampliatosi soggettivamente in base ai riscontri d'indagine acquisiti dall'AGCM, anche per l'ausilio delle istanze di clemenza presentate da talune società sotto inchiesta (cd. leniency applicant), esitò nel riconoscimento di responsabilità di gran parte delle società coinvolte, tra le quali, per entrambi gli accordi restrittivi della concorrenza, la OIF s.p.a.

5 - La società impugnò i provvedimenti sanzionatori, ed ogni altro atto a questo connesso e coordinato, dinanzi al TAR per il Lazio, che con sentenza n. [REDACTED] 5/2021 ne respinse le ragioni.

6 - L'appello dinanzi al Consiglio di Stato, con il quale la società instava nelle sue difese avverso le sanzioni, è stato rigettato dal Consiglio di Stato con la sentenza n. [REDACTED] /2023, ora impugnata, salvo che per le censure indirizzate alle modalità di quantificazione delle sanzioni.

6.1 - Il Consiglio di Stato, dopo aver sintetizzato il contenuto della sentenza di primo grado, aver riportato le ragioni d'appello della [REDACTED] s.p.a. (estraneità dell'appellante alla "intesa fogli", estraneità dell'appellante alla "intesa scatole", errata determinazione della durata della partecipazione della società agli accordi restrittivi, errata definizione e identificazione del cd. mercati rilevanti, errato accertamento dell'esistenza di due distinte intese, errata modalità di determinazione della sanzione, il tutto sotto l'aspetto del difetto di motivazione, del travisamento dei fatti, dell'eccesso di potere, dell'illogicità manifesta), dopo aver richiamato i principi enunciati in materia dalla Sezione (Sesta del Consiglio di Stato), ha ritenuto infondati i primi cinque motivi, accogliendo il sesto e il settimo sulle sanzioni.

6.2 - Nel dettaglio, in merito ai primi tre motivi di ricorso, riportati i principi enunciati dalla Sezione in materia di prova dell'esistenza e partecipazione ad una intesa restrittiva della concorrenza, li ha respinti, rilevando la solidità del quadro probatorio allegato dalla AGCM per ogni singolo partecipante -sinteticamente ma minuziosamente riportato in sentenza-, sia con riguardo alla documentazione, sia con riferimento agli esiti delle informazioni e dichiarazioni acquisite anche dai leniency applicant, a fronte della insufficienza e inattendibilità delle spiegazioni ed interpretazioni dei fatti resa dalla società. Ha quindi respinto il quarto motivo, apprezzando la correttezza logica della individuazione del concetto di mercato rilevante, da distinguere dal cd. mercato geografico, su cui si

erano fissate alcune considerazioni difensive della società nel tentativo di mettere in discussione l'intera costruzione delle contestazioni. Quanto poi alla questione concernente la duplicità o l'unicità dell'intesa, ha asserito che all'esito dell'esame della documentazione fosse corretta l'identificazione e contestazione di due distinte intese anticoncorrenziali, quella "fogli" -avente ad oggetto l'aumento dei prezzi del foglio, anche tramite il controllo dei volumi di fogli immessi sul mercato- quella "imballaggi" -avente ad oggetto l'aumento dei prezzi degli imballaggi e la ripartizione della clientela-. Ha a tal fine evidenziato gli elementi logici ed i riscontri dei diversi interessi soggettivi perseguiti, dai quali desumere la duplicità delle intese e i differenti obiettivi, citando a tal fine anche precedenti e principi della giurisprudenza unionale.

6.3 - Quanto alle due censure relative alla determinazione delle sanzioni, ha ritenuto di accogliere i motivi, rimettendo quindi all'AGCM la loro rideterminazione.

7 - La [REDACTED] ha proposto ricorso ex art. 111 comma 8, Costituzione, affidandosi a due motivi, ulteriormente illustrati da memoria. L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato e la Associazione [REDACTED] hanno resistito con controricorsi, la seconda ulteriormente illustrando con memoria le proprie difese. Le s [REDACTED] e [REDACTED] sono rimaste intime.

Nella camera di consiglio dell'11 giugno 2024 la causa è stata trattata e decisa.

Ragioni della decisione

8 - Con il primo motivo la società ha denunciato l'« Errata interpretazione della legge, ai sensi degli artt. 360, primo comma, n. 1, C.p.c. e 111, comma 8 Cost., e in particolare dell'art. 133, comma 1, lett. l) C.p.a., e dell'art. 134 comma 1, lett. c) C.p.a. Convincimento erroneo del Consiglio di Stato che la situazione giuridica complessivamente dedotta da [REDACTED] non appartenga all'ambito della propria giurisdizione. Sostanziale arretramento della funzione giurisdizionale».

8.1 - La ricorrente assume che la sanzione comminata dall'AGCM ha natura sostanzialmente penale e ciò imponeva l'applicazione di garanzie, non solo di diritto interno, ma anche di quelle CEDU tra cui il diritto al riesame da parte di un tribunale avente giurisdizione piena ai sensi dell'art. 6 § 1

della Convenzione CEDU. Il Consiglio di Stato avrebbe dovuto esaminare puntualmente tutti i motivi di merito della società, motivando in modo chiaro il loro rigetto. Ha riconosciuto che in materia di sanzioni irrogate dall'Autorità garante il giudice può censurare le valutazioni tecniche solo attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza qualora appaiano inattendibili. Sennonché l'esercizio del potere di modifica dell'atto amministrativo da parte del giudice presuppone pur sempre l'accertamento dei fatti, ed invece nel caso di specie, pur apparentemente motivando, egli avrebbe «operato un vero e proprio rifiuto di esercitare la propria giurisdizione su profili decisivi della materia di causa», con ciò optando per «un vero e proprio arretramento della cognizione giurisdizionale che invece la legge gli assegna».

9 - Con il secondo motivo la società ha denunciato la «Violazione e falsa applicazione di legge. Art. 360 C.p.c., art. 111, comma 2 e comma 8, Cost, artt. 64 e 39 C.p.a. Creazione di una norma processuale *ad hoc* con sconfinamento dai poteri assegnati al Giudice». Il giudice d'appello, pur nel rispetto dei principi sull'onere probatorio spettante all'autorità garante e al soggetto verificato, a fronte delle sanzioni irrogabili in relazione ad intese anticoncorrenziali anche sulla base di elementi presuntivi, non ha esaminato analiticamente le difese e la documentazione allegata dall'OIF, con cui si era offerta una interpretazione alternativa dei fatti e della propria condotta, estranea alle contestazioni. Con ciò il Consiglio di Stato avrebbe costruito ed applicato una regola processuale inesistente nell'ordinamento, secondo la quale vanno esaminati gli elementi di fatto che possono provare l'esistenza di una intesa, ma non anche quelli che possono metterla in dubbio. In tal modo avrebbe applicato una norma inesistente, così sconfinando dai propri poteri.

10 - I due motivi possono essere vagliati congiuntamente perché, pur apparentemente distinti, e pur denunciando il primo un arretramento dal potere giurisdizionale che compete al G.A, il secondo uno sconfinamento nei poteri del legislatore, sono connessi dal comune intento di criticare le modalità di giudizio utilizzate dal Consiglio di Stato. Essi sono interamente inammissibili.

11 - Va premesso che l'eccesso di potere giurisdizionale, denunciabile con il ricorso dinanzi al giudice di legittimità, deve riferirsi alle sole ipotesi di

difetto assoluto di giurisdizione, che vanno individuate, secondo consolidato orientamento delle sezioni unite, e nel *limes* segnato dalla Corte Costituzionale con sentenza 18 gennaio 2018, n. 6, nell'ipotesi in cui un giudice speciale affermi la propria giurisdizione nella sfera invece riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero quando la neghi, sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto in assoluto di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento), ed, ancora, nelle ipotesi in cui sia riscontrabile il difetto relativo di giurisdizione, ossia quando il giudice abbia violato i c.d. limiti esterni della propria giurisdizione, pronunciandosi su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, ovvero negando la cognizione sull'erroneo presupposto dell'appartenenza della giurisdizione ad altro giudice.

L'alveo del controllo sul rispetto della giurisdizione non si estende ad asserite violazioni di legge, sostanziale o processuale, concernenti il modo di esercizio della giurisdizione speciale (*ex multis*, cfr. Sez. U, n. 25 marzo 2019, n. 8311; Sez. U, 4 dicembre 2020, n. 27770; Sez. U, 21 settembre 2020, n. 19675; Sez. U, 4 giugno 2021, n. 15573; Sez. U, 5 maggio 2022, n. 14301; Sez. U, 10 gennaio 2023, n. 5862).

12 - Sull'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato, per l'ipotesi di invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore, che la società ha inteso denunciare con il secondo motivo di ricorso, si è affermato che esso sia configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete. Tale ipotesi, tuttavia non ricorre neppure quando il Consiglio di Stato, nello svolgimento della sua attività di interpretazione della disciplina, abbia dato luogo ad un provvedimento abnorme o anomalo ovvero abbia determinato uno stravolgimento delle norme di riferimento, atteso che in questi casi può profilarsi, tutt'al più, un *error in iudicando*, ma non uno sconfinamento nel potere riservato al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure a violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale (Sez. U, 26 novembre 2021, n. 36899; 25 novembre 2021, n. 36593; 7 luglio 2021, n. 19244; 27770 del 2020 cit.).

12.1 - D'altronde, anche per l'ipotesi di denuncia del rifiuto della giurisdizione da parte del giudice amministrativo si è affermato che essa può rientrare fra i motivi attinenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 362 c.p.c., soltanto se tale rifiuto sia stato determinato dall'affermata estraneità alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice della domanda, che non possa essere da lui conosciuta (cfr. Sez. U, 6 giugno 2017, n. 13976; si veda inoltre Sez. U, 8 febbraio 2013, n. 3037; Sez. U, 14 gennaio 2015, n. 475; 4 ottobre 2019, n. 24858; Sez. U, 26 ottobre 2021, n. 30112). Non può invece sindacarsi l'errore che non si risolva nel rifiuto di esercitare la giurisdizione, ma nella denuncia del suo cattivo esercizio.

12.2 - Il cattivo esercizio della propria giurisdizione da parte del giudice, che decide la controversia nell'alveo di essa, ma applica malamente le regole di giudizio ed erroneamente nega la tutela richiesta, rientra nel perimetro di un errore interno. Quand'anche tale errore porti a negare tutela alla situazione giuridica fatta valere, statuendo *in facto* ed *in iure* o anche solo con pronuncia di rito, la fattispecie esula dal controllo sul corretto esercizio della giurisdizione, affidato al giudice di legittimità. Ciò perché il limite di controllo da parte delle sezioni unite trova spazio nel perimetro in precedenza illustrato, atteso che nel negare tutela in concreto, ma comunque nell'ambito della propria giurisdizione, manca qualunque violazione delle regole ad essa relative.

12.3 - Né può assumere rilievo la circostanza che la declaratoria d'inammissibilità del ricorso sia stata determinata da una non condivisa qualificazione giuridica del provvedimento amministrativo impugnato o da una ricostruzione asseritamente inesatta della vicenda sottoposta all'esame del giudice amministrativo, se non si traduca nell'esclusione dell'astratta tutelabilità della situazione soggettiva fatta valere con la domanda, bensì nell'accertamento del difetto di un presupposto processuale, la cui insussistenza fa venir meno il dovere del giudice adito di pronunciarsi sul merito della controversia sottoposta al suo esame (Sez. U, 30 agosto 2022, n. 25505; 16 febbraio 2022, n. 5121).

Si è infatti affermato che «l'esclusione del predetto presupposto comporta la negazione della tutela non già in astratto, ma in concreto, e non può quindi integrare un motivo inerente alla giurisdizione, neppure nel caso

in cui [...] si affermi che la stessa costituisce il risultato di una censurabile interpretazione della legge sostanziale o processuale: tale prospettazione implica infatti la deduzione, rispettivamente, di un *error in iudicando* o *in procedendo*, i quali esulano dall'ambito del sindacato spettante alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, avendo quest'ultimo ad oggetto esclusivamente la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, e non anche le scelte ermeneutiche del giudice adito, la cui eventuale erroneità resta confinata nei limiti interni, indipendentemente dalla sua gravità, dal momento che l'interpretazione delle norme costituisce il *proprium* dell'attività giurisdizionale» (così Sez. U, n. 25505 del 2022 cit., e giurisprudenza ivi riportata).

12.4 - Questa Corte ha peraltro ripetutamente affermato che la negazione, in concreto, della tutela richiesta al giudice speciale, determinata dall'erronea interpretazione di norme o principi del diritto europeo da parte del giudice amministrativo o contabile, non concreta eccesso di potere giurisdizionale per omissione o rifiuto di giurisdizione, così da giustificare il ricorso previsto dall'art. 111, comma 8, Cost., atteso che proprio nell'interpretazione delle norme di diritto si concretizza l'esercizio della funzione giurisdizionale attribuita, nel riparto della giurisdizione, ai giudici speciali.

Conseguenza logica è anche l'insindacabilità, da parte della Corte di cassazione, ex art. 111, comma 8, Cost., delle violazioni del diritto dell'Unione europea ascrivibili alle sentenze pronunciate dagli organi di vertice delle magistrature speciali. Ciò, ancorché possa conseguire la negazione della tutela richiesta, è compatibile con il diritto dell'Unione, come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale ed europea, in quanto correttamente ispirato ad esigenze di limitazione delle impugnazioni, oltre che conforme ai principi del giusto processo ed idoneo a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, tenuto conto che è rimessa ai singoli Stati l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione.

12.5 - Si tratta di limiti chiaramente riconosciuti ed avvallati dalla giurisprudenza unionale, che, investita da questo stesso consesso (rimessione pregiudiziale, Sez. U, n. 19598 del 2020), ha affermato che il diritto europeo non osta a che «i singoli (...) non possono contestare la

*conformità al diritto dell'Unione di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa di tale Stato membro nell'ambito di un ricorso dinanzi all'organo giurisdizionale supremo di detto Stato membro» (CGUE, sent. 21 dicembre 2021, in C-497, *Randstad Italia s.p.a.*).*

12.6 - Nello specifico la Corte di giustizia UE ha disatteso l'argomento del giudice del rinvio, secondo cui, quando il Consiglio di Stato effettua un'applicazione o un'interpretazione di disposizioni nazionali che risulti incompatibile con le disposizioni del diritto dell'Unione, come interpretate dalla Corte, esso eserciterebbe un potere giurisdizionale di cui è privo o un potere di produzione normativa che non rientrerebbe nemmeno nella competenza del legislatore nazionale; e che, di conseguenza, ciò costituirebbe un difetto di giurisdizione, che dovrebbe poter essere impugnabile innanzi alle Sezioni unite della Cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost. Al contrario, la Corte di giustizia ha reputato come non sia ammissibile equiparare un motivo vertente su una violazione del diritto dell'Unione ad un motivo inerente alla «giurisdizione», ai sensi del citato art. 111, comma 8, Cost., secondo la linea di pensiero esposta dalla sentenza della Corte costituzionale del 18 gennaio 2018, n. 6.

12.7 - In ordine al principio di effettività, la Corte UE ha affermato che il diritto dell'Unione non obbliga gli Stati membri a istituire mezzi di ricorso, diversi da quelli già contemplati dal diritto interno, tranne il caso che ivi non sussista nessun rimedio giurisdizionale, che assicuri il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione. Ha concluso nel senso che il diritto dell'Unione non impone allo Stato membro di prevedere la possibilità di impugnare, dinanzi all'organo giurisdizionale supremo, le decisioni di irricevibilità adottate dal supremo giudice amministrativo.

12.8 - Pertanto anche il contrasto delle decisioni giurisdizionali del Consiglio di Stato con il diritto europeo non integra, di per sé, l'eccesso di potere giurisdizionale denunziabile ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., atteso che pure la violazione delle norme dell'Unione europea o della CEDU dà luogo ad un motivo di illegittimità, sia pure particolarmente qualificata, che si sottrae al controllo di giurisdizione della Corte di cassazione, né può essere attribuita rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio, essendo tale valutazione, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli

ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriera di incertezze, in quanto affidata a valutazioni contingenti e soggettive (Sez. U, 11 novembre 2019, n. 29085; Sez. U, 6 marzo 2020, n. 6460).

Il principio dispensato dalla Corte di giustizia U.E., con la sentenza 21 dicembre 2021, C-497/20, *Randstad*, trova ormai plurime condivisioni nelle Sezioni unite (Sez. U, 4 ottobre 2022, nn. 28803 e 28800; 29 settembre 2022, n. 28431; 30 agosto 2022, n. 25503; 28 luglio 2022, n. 23657; 8 aprile 2022, n. 11549; 16 febbraio 2022, n. 5121; 31 gennaio 2022, n. 2879; 24 gennaio 2022, n. 1996; 18 gennaio 2022, n. 1454).

13 - Chiariti i limiti del sindacato del giudice di legittimità in materia di questioni di giurisdizione, nel caso di specie la ricorrente, denunciando la pronuncia del Consiglio di Stato nella parte in cui, a suo dire, sarebbero state valorizzate le sole prove e i soli indizi utilizzati dall'Autorità di garanzia per contestare alla società la partecipazione alle due intese restrittive della concorrenza, e, di contro, sarebbero stati trascurati, quando non del tutto ignorati, gli elementi addotti dalla controparte a supporto delle proprie opposte difese, anche sotto il profilo della diversa interpretazione dei fatti, ha ritenuto che con tale modalità il giudice amministrativo, per un verso avrebbe rinunciato all'esercizio di una giurisdizione piena, con un vero e proprio arretramento della cognizione giurisdizionale che invece la legge gli assegna, per altro verso avrebbe costruito una regola processuale inesistente nell'ordinamento, secondo la quale vanno esaminati gli elementi di fatto che possono provare l'esistenza di una intesa, ma non anche quelli che possono metterla in dubbio, in tal modo applicando una norma inesistente e così sconfinando dai propri poteri.

13.1 - La difesa, pur suggestiva, si infrange sulla semplice constatazione che il giudice amministrativo ha operato una analitica e ponderata valutazione del materiale probatorio, compreso quello allegato dalla società, nella consapevolezza del potere di controllo del provvedimento impugnato anche sotto il profilo tecnico (con il solo limite di non poter sconfinare nella sfera della discrezionalità amministrativa) e nella esplicita applicazione dei principi probatori, segnati dalla giurisprudenza nazionale e unionale -in tema di accertamenti su intese restrittive della concorrenza- dal dovere di apprezzamento delle prove anche indiziarie. Le lunghe pagine, con costante e preciso richiamo dei riscontri acquisiti dall'Autorità di garanzia, spiegano il

procedimento di acquisizione delle prove e l'attento vaglio istruttorio. Rispetto al processo logico-valutativo utilizzato dal giudice amministrativo, non risponde affatto al vero che questi non abbia dedicato attenzione alle prove e alle ragioni difensive allegate dalla società. Al contrario, nella ventiduesima pagina della sentenza (non numerata), a conclusione dell'unitario esame dei primi tre motivi, ha rilevato che «l'appellante non ha fornito una diversa spiegazione plausibile ovvero convincente delle proprie condotte», specificando, nei successivi righe, cosa la società non ha provato (l'essersi opposta alla pratica restrittiva che si andava delineando, l'assoluta ininfluenza dell'intesa restrittiva sul proprio comportamento sul mercato, l'assenza assoluta di un ruolo in tutta la vicenda, essendo irrilevante un maggiore o minore coinvolgimento, attivo o passivo). Il giudice amministrativo, ai fini dell'esercizio pieno della funzione di controllo giurisdizionale, non era tenuto a dare spiegazioni dettagliate delle carenze probatorie rilevate nella difesa della società, né tale modus evidenzia la creazione e applicazione di una norma inesistente. Non si rileva pertanto alcun arretramento, né alcuno sconfinamento della giurisdizione.

13.1.1 - Si è trattato di un accertamento in fatto, rispetto al quale la non condivisione delle conclusioni raggiunte è indifferente ai fini della verifica del corretto esercizio della funzione di controllo giurisdizionale demandata al giudice amministrativo.

13.1.2 - Ma, soprattutto, emerge con evidenza che, quand'anche fosse stato commesso un errore di interpretazione o di corretta applicazione alla fattispecie delle norme sostanziali, o un errore di osservanza o l'omissione di regole processuali, la sentenza avrebbe potuto essere denunciata per *errores in iudicando o in procedendo*, il che avrebbe posto le contestazioni ancora nell'alveo dei limiti interni della giurisdizione demandata al Consiglio di Stato. Questo però, non intacca affatto la giurisdizione e non può pertanto coinvolgere la Corte di legittimità, ai sensi dell'art. 362 cod. proc. civ. e 111, comma 8, Cost.

13.1.3 - Né risulta utile il richiamo, nella memoria, ad un recente precedente di questo consesso, dal quale la società ritiene possa trarsi una prospettazione interpretativa più ampia dei limiti di controllo sulla giurisdizione, perché esso non può trovare ingresso, e comunque non si

adatta al caso di specie.

14 - Per le esposte ragioni il ricorso si rivela interamente inammissibile.

15 - Non sussistono invece i presupposti per vagliare in senso positivo la richiesta di condanna della società ex art. 96, cod. proc. civ., così come avanzata dall'Associazione [REDACTED] controricorrente.

Le spese di causa seguono la soccombenza, e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte a Sezioni Unite dichiara il ricorso inammissibile. Condanna la ricorrente alla rifusione delle spese processuali, che liquida in favore di AGCM nella misura di € 12.000,00 a titolo di competenze, oltre spese prenotate a debito, ed in favore della Associazione [REDACTED] in € 10.000,00 a titolo di competenze, € 200,00 a titolo di rimborsi, oltre spese generali nella misura del 15% delle competenze e accessori come per legge. Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, nella misura pari a quello previsto per il ricorso, a norma del comma 1-bis del medesimo articolo 13, se dovuto.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio dell'11 giugno 2024