



AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Bollettino

Settimanale

Anno XXXIV - n. 22

**Publicato sul sito www.agcm.it
3 giugno 2024**

SOMMARIO

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA	5
AS1973 - COMUNE DI PIETRASANTA (LU) - PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO RICREATIVE	5
AS1974 - COMUNE DI VIAREGGIO (LU) - PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO RICREATIVE	12
AS1975 - COMUNE DI CAMAIORE (LU) - PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO RICREATIVE	19
AS1976 - COMUNE DI FORTE DEI MARMI (LU) - PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO RICREATIVE	26
AS1977 - COMUNE DI MINORI (SA) - PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO RICREATIVE	33
PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE	40
PS12604 - MOONEY - CARTA CON IBAN <i>Provvedimento n. 31215</i>	40

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1973 - COMUNE DI PIETRASANTA (LU) - PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO RICREATIVE

Roma, 29 febbraio 2024

Comune di Pietrasanta

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 27 febbraio 2024, ha deliberato di esprimere il proprio parere, ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con riferimento alla Deliberazione della Giunta del Comune di Pietrasanta del 28 dicembre 2023, n. 486, avente a oggetto "*Differimento dei termini di scadenza delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative al 31/12/2023 ai sensi della versione originaria dell'art. 3, comma 3, l. 5 agosto 2022, n. 118 ("Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021"). Atto di indirizzo.*", trasmessa con una segnalazione pervenuta il 3 gennaio 2024.

Con la suddetta Delibera il Comune delibera di differire al 31 dicembre 2024 l'efficacia delle concessioni demaniali marittime, ai sensi e per gli effetti della versione originaria dell'articolo 3, comma 3, legge n. 118/2022. Ciò, preso atto di essere "*oggettivamente, soggettivamente e giuridicamente impossibilitato ad espletare le procedure ad evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali marittime entro il 31 dicembre 2023 per l'assenza di una disciplina normativa nazionale che fissi criteri uniformi per l'espletamento delle stesse procedure*" e, in attesa che venga approvata una disciplina normativa nazionale, "*che, nel caso in cui la risorsa naturale risulti non scarsa, stabilisca che, nel pieno rispetto del diritto eurounitario, non sussiste l'obbligo di assegnazione delle concessioni mediante procedure ad evidenza pubblica oppure, nel caso in cui la risorsa naturale risulti scarsa, fissi criteri e direttive uniformi che i comuni dovranno seguire nelle conseguenti procedure selettive ad evidenza pubblica*".

Nella delibera il Comune, pertanto, riporta le ragioni oggettive che consentirebbero di differire il termine di scadenza delle concessioni, ossia: *i) l'assenza di criteri uniformi a livello nazionale per l'espletamento delle gare e la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente da parte del concessionario subentrante, considerata la vigenza dell'articolo 49 del Regio Decreto n. 327/1942 (codice della navigazione); ii) l'inapplicabilità del Codice dei contratti pubblici; iii) la pendenza di molteplici contenziosi amministrativi; iv) la decadenza ad agosto 2024 del Piano Utilizzazione degli Arenili (c.d. PUA).*

Al riguardo, l'Autorità intende svolgere le seguenti considerazioni in merito a diversi profili di criticità concorrenziale derivanti dalla proroga disposta dalla Deliberazione n. 486/2023.

Preliminarmente, l'Autorità ritiene necessario ricordare i numerosi interventi svolti in tema di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative volti a censurare sia le proroghe ingiustificate delle concessioni in essere sia le disposizioni contenute nelle procedure selettive avviate per l'assegnazione delle nuove concessioni suscettibili di pregiudicare il corretto confronto concorrenziale¹.

Con precipuo riferimento alle proroghe, l'Autorità ha più volte sottolineato come il continuo ricorso a tale strumento violi i principi della concorrenza nella misura in cui impedisce il confronto competitivo per il mercato, che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento di servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, e favorisce gli effetti distorsivi connessi a ingiustificate rendite di posizione attribuite ai concessionari². Nel corso del biennio 2020-2021³, in particolare, l'Autorità ha invitato molteplici amministrazioni comunali a disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento delle determinazioni di proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative per contrasto delle stesse con gli articoli 49 e 56 TFUE⁴ e con l'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi)⁵. Come noto, infatti, gli Stati membri sono tenuti a conformarsi ai principi e alle disposizioni eurounitari e, ove la normativa interna confligga con il diritto dell'Unione europea, se ne impone la relativa disapplicazione⁶.

¹ Sin dal 2018, inoltre, l'Autorità segnala l'opportunità di adottare in tempi celeri una normativa relativa alle concessioni balneari che preveda l'immediata selezione dei concessionari in base a principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza e pubblicità che garantisca all'amministrazione competente un utilizzo efficiente delle risorse demaniali e un'adeguata remunerazione del bene, tale da consentire il trasferimento di una parte maggiore della rendita alla collettività. Cfr. AS1550 – *Concessioni e criticità concorrenziali*, in Bollettino n. 48/2018.

² Cfr. AS1730 – *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, in Boll. n. 13/2021.

³ Cfr., *ex multis*, i casi AS1701 – *Comune di Piombino (LI) – Concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative*, in Boll. n. 41/2020; AS1729 – *Comune di Ginosa (TA) – Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative*, in Boll. n. 13/2021. Cfr. anche le segnalazioni adottate con riferimento, *ex multis*, ai casi AS1725 – *Comune di Reggio Calabria – Proroga concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Boll. n. 12/2021; AS1799 – *Regione Autonoma della Sardegna – Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Boll. n. 43/2021.

⁴ Gli articoli 49 e 56 TFUE impongono agli Stati membri l'abolizione delle restrizioni ingiustificate alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, ossia di tutte le misure che vietano, ostacolano o comunque sono idonee a comprimere l'esercizio di tali libertà.

⁵ L'articolo 12 della c.d. Direttiva Servizi prevede che *“qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento”* (par. 1) e che, in tali casi, *“l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami”* (par. 2).

⁶ Da ultimo, proprio in tema di proroghe delle concessioni demaniali marittime, la Corte di giustizia Ue, con sentenza del 20 aprile 2023, *AGCM (Comune di Ginosa)*, C-348/2022, ECLI:EU:C:2023:301, ha affermato: (i) la natura immediatamente esecutiva dell'articolo 12 della c.d. Direttiva Servizi, in quanto sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso sia l'obbligo per gli Stati membri di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali (punti 66-67) sia il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività (punti 68-69); (ii) l'obbligo non solo per il giudice ma anche per le amministrazioni dello Stato, comprese quelle comunali, di disapplicare la normativa nazionale contrastante con quella dell'Unione (punti 73).

Premesso quanto sopra, nel caso di specie, l’Autorità ritiene che la proroga in favore dei precedenti concessionari disposta dal Comune di Pietrasanta con la Deliberazione n. 486/2023 violi le norme sopra richiamate.

In linea generale si rileva che, con riferimento alla proroga delle concessioni demaniali in essere oltre il 31 dicembre 2023, già nel 2021 l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁷ aveva affermato che, oltre il 31 dicembre 2023, le concessioni demaniali “*anche in assenza di una disciplina legislativa, ... cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell’ordinamento U.E.*” e, pertanto, disapplicabile dal giudice amministrativo e da qualsiasi organo amministrativo.

Più di recente, il Consiglio di Stato ha affermato il “*frontale contrasto*” della nuova norma contenuta nell’articolo 10-*quater*, comma 3, del decreto legge 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con legge 24 febbraio 2023, n. 14, con l’articolo 12 della Direttiva Servizi⁸ e ha chiarito che i principi sanciti dalla sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 17/2021 sono pienamente applicabili e vincolanti, con la conseguenza che le norme nazionali che hanno disposto o che dovessero disporre in futuro la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime sono in contrasto con l’articolo 49 TFUE e con l’articolo 12 della Direttiva Servizi e non devono essere applicate dai giudici né dalla pubblica amministrazione⁹.

Tanto il giudice nazionale quanto quello europeo¹⁰ hanno dunque affermato l’obbligo di procedere con procedure ad evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali marittime con finalità

⁷ Si ricorda che l’incompatibilità con l’ordinamento euro-unitario della proroga senza confronto competitivo delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative è stata affrontata dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le note sentenze n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021. Con sentenza del 23 novembre 2023, n. 32559, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha cassato con rinvio al Consiglio di Stato la sentenza dell’Adunanza plenaria n. 18/2021 per diniego o rifiuto di giurisdizione, censurabile dalle SS.UU. ai sensi dell’art. 111, comma 8, Costituzione. Segnatamente, pronunciandosi esclusivamente su uno dei motivi di ricorso proposto dai ricorrenti, le SS.UU. hanno affermato che la sentenza impugnata, nella parte in cui ha rigettato le istanze di intervento dei ricorrenti per cassazione, ha negato in astratto ai ricorrenti la legittimazione a intervenire nel giudizio, senza una valutazione specifica e concreta dell’esistenza di posizioni soggettive differenziate qualificabili come interessi legittimi. Le SS.UU. hanno dichiarato assorbiti tutti gli altri motivi di ricorso (compresi quelli con cui si lamentava la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, per avere l’Adunanza plenaria esercitato direttamente poteri legislativi e amministrativi) e rigettato la richiesta di enunciare “*i principi di diritto nell’interesse della legge sulle questioni trattate nei restanti motivi assorbiti, sulle quali spetterà al Consiglio di Stato pronunciarsi nuovamente, anche alla luce delle sopravvenienze legislative, avendo il parlamento e il Governo esercitato, successivamente alla sentenza impugnata, i poteri legislativi loro spettanti*”.

⁸ Cfr. Consiglio di Stato, 1° marzo 2023, n. 2192, secondo cui “*sulla base di quanto affermato dall’Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell’art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell’art. 10-*quater*, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all’art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato*”.

⁹ Cfr. Consiglio di Stato, 27 dicembre 2023, n. 11200. In base a quanto si legge nella sentenza “*ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari; non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l’effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata; la non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esset, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell’effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l’esistenza di un giudicato*”.

¹⁰ Corte di giustizia Ue, 20 aprile 2023, cit..

turistico-ricreative, in applicazione dei principi generali a tutela della concorrenza espressi dall'articolo 49 TFUE e dall'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della Direttiva Servizi.

Alla luce di quanto sin qui rappresentato, pertanto, il Comune di Pietrasanta, piuttosto che ricorrere alla proroga delle concessioni, avrebbe dovuto procedere, in attuazione dei citati principi concorrenziali, alla disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con il diritto unionale e all'indizione di procedure di gara finalizzate a nuovi affidamenti delle concessioni venute a scadenza.

A ciò si deve aggiungere l'infondatezza degli argomenti indicati nella Deliberazione n. 486/2023 a sostegno del differimento/proroga delle concessioni.

Il Comune afferma di fare applicazione della formulazione originaria dell'articolo 3, comma 3, della legge n. 118/2022. Il riferimento a una norma non più esistente nell'ordinamento, e che già per tale motivo non può essere posta a base di una decisione amministrativa, appare un espediente per eludere la scadenza del periodo transitorio indicata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e dunque impedire l'applicazione della normativa eurounitaria e l'apertura alla concorrenza del mercato delle concessioni demaniali marittime, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dall'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica.

Ciò detto in ordine all'impossibilità di applicare una norma non più vigente nell'ordinamento, in ogni caso va rilevata l'erronea interpretazione da parte del Comune di quanto disposto dall'articolo 3, comma 3, della legge n. 118/2022. La norma in questione, infatti, circoscrive la possibilità di differire ulteriormente la durata delle concessioni a ipotesi del tutto eccezionali connesse a specifiche circostanze che impediscono la conclusione della procedura selettiva. Trattandosi di una norma derogatoria, il comma 3 dell'articolo 3 non può che essere interpretato restrittivamente. Affinché la norma possa trovare applicazione, dunque, sembra necessario che la procedura selettiva sia stata avviata e che sussistano ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura e che siano legate all'espletamento della procedura stessa. Solo in presenza di tali circostanze è legittimo ritenere che il termine di scadenza delle concessioni possa essere differito per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura.

Ne deriva che tale disposizione non può essere posta a fondamento di una proroga generalizzata di tutte le concessioni in essere in uno specifico Comune, vieppiù considerato che nessun tipo di procedura selettiva è stata avviata dal Comune e tenuto conto dell'infondatezza delle ragioni esposte nella delibera a sostegno della proroga/differimento.

Innanzitutto, non può ritenersi condivisibile l'interpretazione secondo cui l'applicazione dell'articolo 12 della Direttiva Servizi deve ritenersi condizionata all'adempimento affidato agli Stati membri di accertare la scarsità della risorsa naturale. Tale interpretazione si traduce di fatto in un'arbitraria sottrazione – per un tempo indeterminato (potenzialmente *ad libitum*) – agli obblighi imposti dal diritto eurounitario ed è in palese contrasto con la natura *self-executing* del predetto articolo 12.

Come ricordato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, l'Autorità ritiene che il concetto di scarsità vada interpretato in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della "quantità" del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti. Ciò, considerando che, ancora oggi, i dati del SID – richiamati anche dall'Adunanza Plenaria – attestano l'esistenza di una percentuale di occupazione delle coste molto elevata, considerate le zone di spiaggia libera che non risultano

fruibili e i limiti quantitativi massimi di costa che può essere oggetto di concessione previsti in molte Regioni.

In tale contesto, si ritiene di poter condividere le conclusioni cui sono pervenuti il giudice amministrativo nazionale e la Commissione europea¹¹, secondo cui è evidente l'attuale situazione di notevole scarsità (in alcuni casi inesistenza) che caratterizza le aree demaniali a disposizione dei nuovi operatori; situazione che è ancor più pronunciata se si considerano gli ambiti territoriali comunali o comunque si prendono come riferimento porzioni di costa ridotte.

In ogni caso, supponendo per ipotesi l'assenza del requisito della scarsità delle risorse, si deve ritenere, come precisato dalla Commissione europea, che anche in presenza di un sottoinsieme di casi in cui l'articolo 12 della Direttiva Servizi non si potesse ritenere applicabile, sarebbe necessario prendere in considerazione l'articolo 49 TFUE, in linea con la sentenza della Corte di Giustizia *Promoimpresa*¹². Come infatti ricordato anche dal Consiglio di Stato, il patrimonio costiero nazionale è certamente oggetto di interesse transfrontaliero (per conformazione, ubicazione geografica, condizioni climatiche e vocazione turistica), esercitando dunque un'indiscutibile capacità attrattiva verso le imprese di altri Stati membri.

In secondo luogo, l'Autorità ritiene che, pur in assenza di una normativa interna di riordino della materia e tenuto conto dell'inapplicabilità del Codice dei contratti pubblici, i principi che devono ispirare lo svolgimento delle gare e i criteri da utilizzare nella predisposizione dei bandi di gara siano stati puntualmente indicati dal Consiglio di Stato nel 2021, desumendoli dall'articolo 12 della Direttiva Servizi. L'assenza di una organica disciplina legislativa nazionale non può, pertanto, tradursi in un legittimo motivo a sostegno della proroga della durata delle concessioni, tenuto anche conto della circostanza che la delega legislativa prevista all'articolo 4 della legge n. 118/2022 è scaduta senza essere stata esercitata.

In terzo luogo, non può ritenersi dirimente l'esistenza di un contenzioso tra il Comune e alcuni operatori privati. Al riguardo, fermo restando quanto sopra rappresentato in ordine all'impossibilità di richiamare il predetto comma 3 per giustificare una proroga generalizzata di tutte le concessioni in essere in uno specifico Comune – considerato, peraltro, che il Comune non ha neppure avviato le procedure selettive – è lo stesso Comune di Pietrasanta a rappresentare nella propria delibera che il contenzioso pendente non riguarda tutte le concessioni esistenti nel Comune. Pertanto, pur volendo considerare la legittimità dell'interpretazione dell'articolo 3, comma 3, legge n. 118/2022, fornita dal Comune, ben avrebbe potuto quest'ultimo indire le procedure selettive per l'assegnazione delle concessioni per le quali non è pendente un contenzioso.

Parimenti, non può integrare una ragione oggettiva ed eccezionale correlata alla specificità della singola procedura di gara, la prossima scadenza del Piano Utilizzazione dell'Arenile (vigente fino ad agosto 2024, peraltro in assenza di indicazioni puntuali in merito a un eventuale aggiornamento del Piano in questione). Tale argomento, infatti, non può giustificare il differimento temporale delle concessioni in essere nel Comune, posto che il PUA è attualmente vigente e non vi è alcuna evidenza in merito a modifiche sostanziali dello stesso. Peraltro, il Comune ben avrebbe potuto comunque

¹¹ Cfr. Commissione europea, parere motivato del 16 novembre 2023, nell'ambito della procedura di infrazione 2020/4118.

¹² Corte di Giustizia, 14 luglio 2016, *Promoimpresa*, cause riunite C-458/14 e C67/15, ECLI:EU:C:2016:558.

indire le gare nelle more di eventuali revisioni del predetto Piano, tenuto conto anche della tempistica di approvazione dello stesso.

Infine, anche la necessità di attendere il compimento della procedura avviata in applicazione dell'articolo 49 del codice della navigazione non può ritenersi un argomento valido a sostegno della proroga. La norma disciplina infatti le situazioni in cui, essendo venuta meno la concessione, lo Stato si attiva per acquisire le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale. La previsione dunque non impatta sulle procedure ad evidenza pubblica che il Comune è tenuto a svolgere e che potrebbero, peraltro, prevedere il riconoscimento di un indennizzo a favore del concessionario uscente.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, l'Autorità ritiene che il Comune di Pietrasanta avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento della Deliberazione della Giunta Comunale del 28 dicembre 2023, n. 486 per contrasto della stessa con i principi e con la disciplina euro-unitaria sopra richiamati e procedere all'espletamento delle procedure di gara rispettose dei principi di equità, trasparenza e non discriminazione. Le disposizioni relative al differimento del termine delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute in tale delibera integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

In conclusione, la delibera comunale *de qua* si pone in contrasto con l'articolo 49 TFUE, in quanto limita ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché con le disposizioni normative euro-unitarie in materia di affidamenti pubblici, con particolare riferimento all'articolo 12 della Direttiva Servizi.

Ai sensi dell'articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/1990 il Comune di Pietrasanta dovrà comunicare all'Autorità entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

Comunicato in merito al mancato adeguamento del Comune di Pietrasanta al parere motivato espresso dall'Autorità ex articolo 21-bis della legge n. 287/1990, relativo alla Deliberazione della Giunta Comunale del 28 dicembre 2023, n. 486, avente a oggetto "Differimento dei termini di scadenza delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative al 31/12/2023 ai sensi della versione originaria dell'art. 3, comma 3, l. 5 agosto 2022, n. 118 ("Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021"). Atto di indirizzo."

L'Autorità, il 27 febbraio 2024, ha deliberato di rendere un parere motivato al Comune di Pietrasanta, ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge n. 287/1990, in merito alla Deliberazione della Giunta del Comune del 28 dicembre 2023, n. 486, avente a oggetto "*Differimento dei termini di scadenza delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative al 31/12/2023 ai sensi della versione originaria dell'art. 3, comma 3, l. 5 agosto 2022, n. 118 ("Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021"). Atto di indirizzo.*", trasmessa con una segnalazione all'Autorità in data 3 gennaio 2024.

Nel proprio parere, l'Autorità ha ritenuto che il Comune di Pietrasanta avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento della Deliberazione della Giunta Comunale del 28 dicembre 2023, n. 486, per contrasto della stessa con i principi e con la disciplina euro-unitaria di cui all'art. 49 TFUE e all'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi) e procedere all'espletamento delle procedure di gara rispettose dei principi di equità, trasparenza e non discriminazione. Le disposizioni relative al differimento del termine delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute in tale Deliberazione integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

A seguito della ricezione del predetto parere motivato, il Comune di Pietrasanta non ha fornito alcun riscontro all'Autorità.

Pertanto, preso atto del mancato adeguamento dell'Amministrazione comunale al suddetto parere motivato, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 7 maggio 2024, ha disposto di impugnare dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana la Deliberazione della Giunta Comunale del 28 dicembre 2023, n. 486, adottata dal Comune di Pietrasanta e concernente la proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative.

AS1974 - COMUNE DI VIAREGGIO (LU) - PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO RICREATIVE

Roma, 29 febbraio 2024

Comune di Viareggio

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 27 febbraio 2024, ha deliberato di esprimere il proprio parere, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con riferimento alla Delibera della Giunta del Comune di Viareggio del 23 dicembre 2023, n. 484, avente a oggetto *“Concessioni demaniali marittime per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive e ai rapporti aventi ad oggetto la gestione delle strutture turistico-ricreative e sportive in aree ricadenti nel demanio marittimo determinazioni”*, trasmessa con una segnalazione pervenuta il 3 gennaio 2024.

Con la suddetta Delibera il Comune differisce al 31 dicembre 2024 il termine di efficacia delle concessioni e dei rapporti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a) e b), della legge n. 118/2022, in attesa dell'adozione dei decreti legislativi previsti dall'articolo 4 della medesima legge n. 118/2022. Inoltre, tale delibera, prende atto che, da un lato, l'articolo 2, comma 4-bis, della legge n. 118/2022 vieta agli enti concedenti di procedere con l'emanazione di bandi nelle more dell'adozione dei predetti decreti legislativi di riordino e, dall'altro, che l'articolo 10-quater, comma 3, del decreto legge n. 198/2022, convertito con legge n. 14/2023, stabilisce che le concessioni continuano ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori.

In particolare, nella parte motiva della Delibera n. 484/2023, il Comune di Viareggio afferma di ritenere quale *“unica ipotesi percorribile”* quella di *“avvalersi dell'art. 3, comma 3, legge 118/2022, nella sua versione originaria, che ammette il differimento al 31.12.2024 della durata delle concessioni di cui all'art. 3, comma 1, lett. a) e b) della stessa legge 118/2022, fattispecie che al momento non è stata oggetto di contestazione o comunque risulta avere una maggiore aderenza ai principi espressi dalla giurisprudenza formatasi in materia”*.

Nella delibera vengono, pertanto, riportate le ragioni oggettive che giustificerebbero tale differimento, ossia: *i)* l'assenza di una normativa di riferimento che indichi linee guida e principi a beneficio delle amministrazioni comunali, sia con riferimento al contenuto delle evidenze pubbliche che ai diritti di chi oggi è titolare di concessione demaniale e di strutture turistiche ricettizie; *ii)* la pendenza di un contenzioso amministrativo che interessa 60 concessioni sulle complessive 151 del Comune; *iii)* la mancata conclusione delle procedure di cui all'articolo 49 del Regio Decreto n. 327/1942 (codice della navigazione) avviate nel marzo 2023 da parte dell'Agenzia del Demanio, finalizzate alla valutazione ed incameramento delle opere non amovibili che insistono sul demanio.

Al riguardo, l'Autorità intende svolgere le seguenti considerazioni in merito a diversi profili di criticità concorrenziale derivanti dalla proroga disposta dalla Delibera n. 484/2023.

Preliminarmente, l'Autorità ritiene necessario ricordare i propri numerosi interventi svolti in tema di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative volti a censurare sia le proroghe ingiustificate delle concessioni in essere sia le disposizioni contenute nelle procedure selettive avviate per l'assegnazione delle nuove concessioni suscettibili di pregiudicare il corretto confronto concorrenziale¹.

Con precipuo riferimento alle proroghe, l'Autorità ha più volte sottolineato come il continuo ricorso a tale strumento violi i principi della concorrenza nella misura in cui impedisce il confronto competitivo per il mercato, che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento di servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, e favorisce gli effetti distorsivi connessi a ingiustificate rendite di posizione attribuite ai concessionari². Nel corso del biennio 2020-2021³, in particolare, l'Autorità ha invitato molteplici amministrazioni comunali a disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento delle determinazioni di proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative per contrasto delle stesse con gli articoli 49 e 56 TFUE⁴ e con l'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. "Direttiva Servizi")⁵. Come noto, infatti, gli Stati membri sono tenuti a conformarsi ai principi e alle disposizioni eurounitari e, ove la normativa interna confligga con il diritto dell'Unione europea, se ne impone la relativa disapplicazione⁶.

¹ Sin dal 2018, inoltre, l'Autorità segnala l'opportunità di adottare in tempi celeri una normativa relativa alle concessioni balneari che preveda l'immediata selezione dei concessionari in base a principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza e pubblicità che garantisca all'amministrazione competente un utilizzo efficiente delle risorse demaniali e un'adeguata remunerazione del bene, tale da consentire il trasferimento di una parte maggiore della rendita alla collettività. Cfr. AS1550 – *Concessioni e criticità concorrenziali*, in Bollettino n. 48/2018.

² Cfr. AS1730 – *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, in Boll. n. 13/2021.

³ Cfr., *ex multis*, i casi AS1701 – *Comune di Piombino (LI) – Concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative*, in Boll. n. 41/2020; AS1729 – *Comune di Ginosa (TA) – Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative*, in Boll. n. 13/2021. Cfr. anche le segnalazioni adottate con riferimento, *ex multis*, ai casi AS1725 – *Comune di Reggio Calabria – Proroga concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Boll. n. 12/2021; AS1799 – *Regione Autonoma della Sardegna – Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Boll. n. 43/2021.

⁴ Gli articoli 49 e 56 TFUE impongono agli Stati membri l'abolizione delle restrizioni ingiustificate alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, ossia di tutte le misure che vietano, ostacolano o comunque sono idonee a comprimere l'esercizio di tali libertà.

⁵ L'articolo 12 della Direttiva Servizi prevede che "qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento" (par. 1) e che, in tali casi, "l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami" (par. 2).

⁶ Da ultimo, proprio in tema di proroghe delle concessioni demaniali marittime, la Corte di giustizia Ue, con sentenza del 20 aprile 2023, *AGCM (Comune di Ginosa)*, C-348/2022, ECLI:EU:C:2023:301, ha affermato: (i) la natura immediatamente esecutiva dell'articolo 12 della Direttiva Servizi, in quanto sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso sia l'obbligo per gli Stati membri di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali (punti 66-67) sia il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività (punti 68-69); (ii) l'obbligo non solo per il giudice ma anche per le amministrazioni dello Stato, comprese quelle comunali, di disapplicare la normativa nazionale contrastante con quella dell'Unione (punti 73).

Premesso quanto sopra, nel caso di specie, l’Autorità ritiene che la proroga in favore dei precedenti concessionari disposta dal Comune di Viareggio con la Delibera n. 484/2023 violi le norme sopra richiamate.

In linea generale si rileva che, con riferimento alla proroga delle concessioni demaniali in essere oltre il 31 dicembre 2023, già nel 2021 l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁷ aveva affermato che, oltre il 31 dicembre 2023, le concessioni demaniali “*anche in assenza di una disciplina legislativa, ... cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell’ordinamento U.E.*” e, pertanto, disapplicabile dal giudice amministrativo e da qualsiasi organo amministrativo.

Più di recente, il Consiglio di Stato ha affermato il “*frontale contrasto*” della nuova norma contenuta nell’articolo 10-*quater*, comma 3, del decreto legge 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con legge 24 febbraio 2023, n. 14, con l’articolo 12 della Direttiva Servizi⁸ e ha chiarito che i principi sanciti dalla sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 17/2021 sono pienamente applicabili e vincolanti, con la conseguenza che le norme nazionali che hanno disposto o che dovessero disporre in futuro la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime sono in contrasto con l’articolo 49 TFUE e con l’articolo 12 della Direttiva Servizi e non devono essere applicate dai giudici né dalla pubblica amministrazione⁹.

Tanto il giudice nazionale quanto quello europeo¹⁰ hanno dunque affermato l’obbligo di procedere con procedure ad evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali marittime con finalità

⁷ Si ricorda che l’incompatibilità con l’ordinamento euro-unitario della proroga senza confronto competitivo delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative è stata affrontata dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le note sentenze n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021. Con sentenza del 23 novembre 2023, n. 32559, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha cassato con rinvio al Consiglio di Stato la sentenza dell’Adunanza plenaria n. 18/2021 per diniego o rifiuto di giurisdizione, censurabile dalle SS.UU. ai sensi dell’art. 111, comma 8, Costituzione. Segnatamente, pronunciandosi esclusivamente su uno dei motivi di ricorso proposto dai ricorrenti, le SS.UU. hanno affermato che la sentenza impugnata, nella parte in cui ha rigettato le istanze di intervento dei ricorrenti per cassazione, ha negato in astratto ai ricorrenti la legittimazione a intervenire nel giudizio, senza una valutazione specifica e concreta dell’esistenza di posizioni soggettive differenziate qualificabili come interessi legittimi.

Le SS.UU. hanno dichiarato assorbiti tutti gli altri motivi di ricorso (compresi quelli con cui si lamentava la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, per avere l’Adunanza plenaria esercitato direttamente poteri legislativi e amministrativi) e rigettato la richiesta di enunciare “*i principi di diritto nell’interesse della legge sulle questioni trattate nei restanti motivi assorbiti, sulle quali spetterà al Consiglio di Stato pronunciarsi nuovamente, anche alla luce delle sopravvenienze legislative, avendo il parlamento e il Governo esercitato, successivamente alla sentenza impugnata, i poteri legislativi loro spettanti*”.

⁸ Cfr. Consiglio di Stato, 1° marzo 2023, n. 2192, secondo cui “*sulla base di quanto affermato dall’Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell’art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell’art. 10-*quater*, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all’art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato*”.

⁹ Cfr. Consiglio di Stato, 27 dicembre 2023, n. 11200. In base a quanto si legge nella sentenza “*ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo agli attuali concessionari; non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l’effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legittimato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata; la non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esset, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell’effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l’esistenza di un giudicato*”.

¹⁰ Corte di giustizia Ue, 20 aprile 2023, cit..

turistico-ricreative, in applicazione dei principi generali a tutela della concorrenza espressi dall'articolo 49 TFUE e dall'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della Direttiva Servizi.

Alla luce di quanto sin qui rappresentato, pertanto, il Comune di Viareggio, piuttosto che ricorrere alla proroga delle concessioni, avrebbe dovuto procedere, in attuazione dei citati principi concorrenziali, alla disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con il diritto unionale e all'indizione di procedure di gara finalizzate a nuovi affidamenti delle concessioni venute a scadenza.

A ciò si deve aggiungere l'illegittimità della base giuridica utilizzata nella Delibera n. 484/2023 e l'infondatezza degli argomenti indicati a sostegno del differimento/proroga delle concessioni.

Il Comune afferma di fare applicazione della formulazione originaria dell'articolo 3, comma 3, della legge n. 118/2022. Il riferimento a una norma non più esistente nell'ordinamento, e che già per tale motivo non può essere posta a base di una decisione amministrativa, appare un espediente per eludere la scadenza del periodo transitorio indicata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e dunque impedire l'applicazione della normativa eurounitaria e l'apertura alla concorrenza del mercato delle concessioni demaniali marittime, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dall'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica.

Ciò detto in ordine all'impossibilità di applicare una norma non più vigente nell'ordinamento, in ogni caso va rilevata l'erronea interpretazione da parte del Comune di quanto disposto dall'articolo 3, comma 3, della legge n. 118/2022. La norma in questione, infatti, circoscrive la possibilità di differire ulteriormente la durata delle concessioni a ipotesi del tutto eccezionali connesse a specifiche circostanze che impediscono la conclusione della procedura selettiva. Trattandosi di una norma derogatoria, il comma 3 dell'articolo 3 non può che essere interpretato restrittivamente. Affinché la norma possa trovare applicazione, dunque, sembra necessario che la procedura selettiva sia stata avviata e che sussistano ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura e che siano legate all'espletamento della procedura stessa. Solo in presenza di tali circostanze è legittimo ritenere che il termine di scadenza delle concessioni possa essere differito per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura.

Ne deriva che tale disposizione non può essere posta a fondamento di una proroga generalizzata di tutte le concessioni in essere in uno specifico Comune, vieppiù considerato che nessun tipo di procedura selettiva è stata avviata dal Comune e tenuto conto dell'infondatezza delle ragioni esposte nella delibera a sostegno della proroga/differimento.

Innanzitutto, non può ritenersi condivisibile l'interpretazione secondo cui l'applicazione dell'articolo 12 della Direttiva Servizi deve ritenersi condizionata all'adempimento affidato agli Stati membri di accertare la scarsità della risorsa naturale. Tale interpretazione si traduce di fatto in un'arbitraria sottrazione – per un tempo indeterminato (potenzialmente *ad libitum*) – agli obblighi imposti dal diritto eurounitario ed è in palese contrasto con la natura *self-executing* del predetto articolo 12.

Come ricordato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, l'Autorità ritiene che il concetto di scarsità vada interpretato in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della "quantità" del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti. Ciò, considerando che, ancora oggi, i dati del SID – richiamati anche dall'Adunanza Plenaria – attestano l'esistenza di una percentuale di occupazione delle coste molto elevata, considerate le zone di spiaggia libera che non risultano

fruibili e i limiti quantitativi massimi di costa che può essere oggetto di concessione previsti in molte Regioni.

In tale contesto, si ritiene di poter condividere le conclusioni cui sono pervenuti il giudice amministrativo nazionale e la Commissione europea¹¹, secondo cui è evidente l'attuale situazione di notevole scarsità (in alcuni casi inesistenza) che caratterizza le aree demaniali a disposizione dei nuovi operatori; situazione che è ancor più pronunciata se si considerano gli ambiti territoriali comunali o comunque si prendono come riferimento porzioni di costa ridotte.

In ogni caso, supponendo per ipotesi l'assenza del requisito della scarsità delle risorse, si deve ritenere, come precisato dalla Commissione europea, che anche in presenza di un sottoinsieme di casi in cui l'articolo 12 della Direttiva Servizi non si potesse ritenere applicabile, sarebbe necessario prendere in considerazione l'articolo 49 TFUE, in linea con la sentenza della Corte di Giustizia *Promoimpresa*¹². Come infatti ricordato anche dal Consiglio di Stato, il patrimonio costiero nazionale è certamente oggetto di interesse transfrontaliero (per conformazione, ubicazione geografica, condizioni climatiche e vocazione turistica), esercitando dunque un'indiscutibile capacità attrattiva verso le imprese di altri Stati membri.

In secondo luogo, l'Autorità ritiene che, pur in assenza di una normativa interna di riordino della materia, i principi che devono ispirare lo svolgimento delle gare e i criteri da utilizzare nella predisposizione dei bandi di gara siano stati puntualmente indicati dal Consiglio di Stato nel 2021, desumendoli dall'articolo 12 della Direttiva Servizi. L'assenza di una organica disciplina legislativa nazionale non può, pertanto, tradursi in un legittimo motivo a sostegno della proroga della durata delle concessioni, tenuto anche conto della circostanza che la delega legislativa prevista all'articolo 4 della legge n. 118/2022 è scaduta senza essere stata esercitata.

In terzo luogo, non può ritenersi dirimente l'esistenza di un contenzioso tra il Comune e alcuni operatori privati. Al riguardo, fermo restando quanto sopra rappresentato in ordine all'impossibilità di richiamare il predetto comma 3 per giustificare una proroga generalizzata di tutte le concessioni in essere in uno specifico Comune - considerato peraltro, che il Comune non ha neppure avviato le procedure selettive - è lo stesso Comune di Viareggio a rappresentare nella propria delibera che il contenzioso pendente riguarda solo una parte delle concessioni esistenti nel Comune. Pertanto, pur volendo considerare la legittimità dell'interpretazione dell'articolo 3, comma 3, legge n. 118/2022, fornita dal Comune, ben avrebbe potuto quest'ultimo indire le procedure selettive per l'assegnazione delle concessioni per le quali non è pendente un contenzioso, che peraltro sono la maggior parte delle concessioni in essere nel Comune di Viareggio.

Anche la necessità di attendere il compimento della procedura avviata in applicazione dell'articolo 49 del codice della navigazione non può ritenersi un argomento valido a sostegno della proroga. La norma disciplina infatti le situazioni in cui, essendo venuta meno la concessione, lo Stato si attiva per acquisire le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale. La mancata conclusione di detta procedura dunque non impatta sulle procedure a evidenza pubblica che il Comune è tenuto a svolgere e che potrebbero, peraltro, prevedere il riconoscimento di un indennizzo a favore del concessionario uscente.

¹¹ Cfr. Commissione europea, parere motivato del 16 novembre 2023, nell'ambito della procedura di infrazione 2020/4118.

¹² Corte di Giustizia, 14 luglio 2016, *Promoimpresa*, cause riunite C-458/14 e C67/15, ECLI:EU:C:2016:558.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, l’Autorità ritiene che il Comune di Viareggio avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento della Delibera della Giunta Comunale di Viareggio del 23 dicembre 2023, n. 484 per contrasto della stessa con i principi e con la disciplina euro-unitaria sopra richiamati e procedere all’espletamento delle procedure di gara rispettose dei principi di equità, trasparenza e non discriminazione. Le disposizioni relative al differimento del termine delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute in tale delibera integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

In conclusione, la delibera comunale *de qua* si pone in contrasto con l’articolo 49 TFUE, in quanto limita ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché con le disposizioni normative euro-unitarie in materia di affidamenti pubblici, con particolare riferimento all’articolo 12 della c.d. Direttiva Servizi.

Ai sensi dell’articolo 21-bis, comma 2, della legge n. 287/1990 il Comune di Viareggio dovrà comunicare all’Autorità entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l’Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

Comunicato in merito al mancato adeguamento del Comune di Viareggio al parere motivato espresso dall’Autorità ex articolo 21-bis della legge n. 287/1990, relativo alla Deliberazione della Giunta Comunale del 23 dicembre 2023, n. 484, avente a oggetto “Concessioni demaniali marittime per l’esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive e ai rapporti aventi ad oggetto la gestione delle strutture turistico-ricreative e sportive in aree ricadenti nel demanio marittimo determinazioni”

L’Autorità, il 27 febbraio 2024, ha deliberato di rendere un parere motivato al Comune di Viareggio, ai sensi dell’articolo 21-bis della legge n. 287/1990, in merito alla Deliberazione della Giunta del Comune del 23 dicembre 2023, n. 484, avente a oggetto “*Concessioni demaniali marittime per l’esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive e ai rapporti aventi ad oggetto la gestione delle strutture turistico-ricreative e sportive in aree ricadenti nel demanio marittimo determinazioni*”, trasmessa con una segnalazione all’Autorità in data 3 gennaio 2024.

Nel proprio parere, l’Autorità ha ritenuto che il Comune di Viareggio avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento della Deliberazione della Giunta Comunale del 23 dicembre 2023, n. 484, per contrasto della stessa con i principi e con la disciplina euro-unitaria di

cui all'art. 49 TFUE e all'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi) e procedere all'espletamento delle procedure di gara rispettose dei principi di equità, trasparenza e non discriminazione. Le disposizioni relative al differimento del termine delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute in tale delibera integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

Il Comune di Viareggio, con comunicazione del 29 aprile 2024, non condividendo e contestando quanto affermato nel predetto parere motivato, ha ribadito la legittimità del provvedimento contestato.

Preso atto del mancato adeguamento dell'Amministrazione comunale al suddetto parere motivato, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 7 maggio 2024, ha disposto di impugnare dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana la Deliberazione della Giunta Comunale del 23 dicembre 2023, n. 484, adottata dal Comune di Viareggio e concernente la proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative.

**AS1975 - COMUNE DI CAMAIORE (LU) - PROROGA DELLE CONCESSIONI
DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO RICREATIVE**

Roma, 29 febbraio 2024

Comune di Camaioire

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 27 febbraio 2024, ha deliberato di esprimere il proprio parere, ai sensi dell’articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con riferimento alla Delibera della Giunta del Comune di Camaioire del 27 dicembre 2023, n. 391, avente a oggetto “*concessioni demaniali marittime per finalità turistico – ricreative e sportive. applicazione art. 3, comma 3, l. n. 118/2022 - atto di indirizzo.*”, trasmessa con una segnalazione pervenuta il 3 gennaio 2024.

Con la suddetta Delibera il Comune, nel prendere atto di essere oggettivamente e giuridicamente impossibilitato ad avviare le procedure a evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali marittime entro il 31 dicembre 2023, estende al 31 dicembre 2024 l’efficacia delle concessioni demaniali marittime, ai sensi e per gli effetti della versione originaria dell’articolo 3, comma 3, legge n. 118/2022, in attesa “*che venga approvata una disciplina normativa nazionale che, nel caso in cui la risorsa naturale risulti non scarsa, stabilisca che, nel pieno rispetto del diritto eurounitario, non sussiste l’obbligo di assegnazione delle concessioni mediante procedure ad evidenza pubblica oppure, nel caso in cui la risorsa naturale risulti scarsa, fissi criteri e direttive uniformi che i comuni dovranno seguire nelle conseguenti procedure selettive ad evidenza pubblica*”.

Nella delibera vengono, pertanto, riportate le ragioni oggettive che giustificerebbero tale differimento, ossia: *i)* l’esistenza di un quadro normativo e giurisprudenziale contrastante che incide sulla concreta possibilità di indire procedure selettive per l’affidamento delle concessioni demaniali marittime e dei rapporti di gestione nei termini del 31 dicembre 2023; *ii)* l’assenza di criteri uniformi a livello nazionale che devono informare le procedure competitive a evidenza pubblica e per la quantificazione dell’indennizzo; *iii)* la mancata conclusione delle procedure di valutazione per l’eventuale incameramento delle opere non amovibili che insistono sul demanio ai sensi dell’art. 49 del Regio Decreto n. 327/1942 (codice della navigazione); *iv)* l’assenza di personale qualificato nei competenti uffici comunali e le difficoltà di espletare i procedimenti per la valutazione delle offerte tecniche; *v)* l’inapplicabilità delle disposizioni contenute nel codice dei contratti pubblici.

Al riguardo, l’Autorità intende svolgere le seguenti considerazioni in merito a diversi profili di criticità concorrenziale derivanti dalla proroga disposta dalla Delibera n. 391/2023.

Preliminarmente, l’Autorità ritiene necessario ricordare i numerosi interventi svolti in tema di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative volti a censurare sia le proroghe

ingiustificate delle concessioni in essere sia le disposizioni contenute nelle procedure selettive avviate per l'assegnazione delle nuove concessioni suscettibili di pregiudicare il corretto confronto concorrenziale¹.

Con precipuo riferimento alle proroghe, l'Autorità ha più volte sottolineato come il continuo ricorso a tale strumento violi i principi della concorrenza nella misura in cui impedisce il confronto competitivo per il mercato, che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento di servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, e favorisce gli effetti distorsivi connessi a ingiustificate rendite di posizione attribuite ai concessionari². Nel corso del biennio 2020-2021, in particolare, l'Autorità ha invitato molteplici amministrazioni comunali a disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento delle determinazioni di proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative per contrasto delle stesse con gli articoli 49 e 56 TFUE⁴ e con l'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi)⁵. Come noto, infatti, gli Stati membri sono tenuti a conformarsi ai principi e alle disposizioni eurounitarie e, ove la normativa interna confligga con il diritto dell'Unione europea, se ne impone la relativa disapplicazione⁶.

Premesso quanto sopra, nel caso di specie, l'Autorità ritiene che la proroga in favore dei precedenti concessionari disposta dal Comune di Camaiore con la delibera n. 391/2023 violi le norme sopra richiamate.

In linea generale si rileva che, con riferimento alla proroga delle concessioni demaniali in essere oltre il 31 dicembre 2023, già nel 2021 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁷ aveva affermato

¹ Sin dal 2018, inoltre, l'Autorità segnala l'opportunità di adottare in tempi celeri una normativa relativa alle concessioni balneari che preveda l'immediata selezione dei concessionari in base a principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza e pubblicità che garantisca all'amministrazione competente un utilizzo efficiente delle risorse demaniali e un'adeguata remunerazione del bene, tale da consentire il trasferimento di una parte maggiore della rendita alla collettività. Cfr. ASI550 – *Concessioni e criticità concorrenziali*, in Bollettino n. 48/2018.

² Cfr. ASI730 – *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, in Boll. n. 13/2021.

³ Cfr., *ex multis*, i casi ASI701 – *Comune di Piombino (LI) – Concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative*, in Boll. n. 41/2020; ASI729 – *Comune di Ginosa (TA) – Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative*, in Boll. n. 13/2021. Cfr. anche le segnalazioni adottate con riferimento, *ex multis*, ai casi ASI725 – *Comune di Reggio Calabria – Proroga concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Boll. n. 12/2021; ASI799 – *Regione Autonoma della Sardegna – Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Boll. n. 43/2021.

⁴ Gli articoli 49 e 56 TFUE impongono agli Stati membri l'abolizione delle restrizioni ingiustificate alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, ossia di tutte le misure che vietano, ostacolano o comunque sono idonee a comprimere l'esercizio di tali libertà.

⁵ L'articolo 12 della c.d. Direttiva Servizi prevede che "qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento" (par. 1) e che, in tali casi, "l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami" (par. 2).

⁶ Da ultimo, proprio in tema di proroghe delle concessioni demaniali marittime, la Corte di giustizia Ue, con sentenza del 20 aprile 2023, AGCM (Comune di Ginosa), C-348/2022, ECLI:EU:C:2023:301, ha affermato: (i) la natura immediatamente esecutiva dell'articolo 12 della Direttiva Servizi, in quanto sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso sia l'obbligo per gli Stati membri di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali (punti 66-67) sia il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività (punti 68-69); (ii) l'obbligo non solo per il giudice ma anche per le amministrazioni dello Stato, comprese quelle comunali, di disapplicare la normativa nazionale contrastante con quella dell'Unione (punti 73).

⁷ Si ricorda che l'incompatibilità con l'ordinamento euro-unitario della proroga senza confronto competitivo delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative è stata affrontata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di

che, oltre il 31 dicembre 2023, le concessioni demaniali “*anche in assenza di una disciplina legislativa, ... cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell’ordinamento U.E.*” e, pertanto, disapplicabile dal giudice amministrativo e da qualsiasi organo amministrativo.

Più di recente, il Consiglio di Stato ha affermato il “*frontale contrasto*” della nuova norma contenuta nell’articolo 10-*quater*, comma 3, del decreto legge 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con legge 24 febbraio 2023, n. 14, con l’articolo 12 della Direttiva Servizi⁸ e ha chiarito che i principi sanciti dalla sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 17/2021 sono pienamente applicabili e vincolanti, con la conseguenza che le norme nazionali che hanno disposto o che dovessero disporre in futuro la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime sono in contrasto con l’articolo 49 TFUE e con l’articolo 12 della Direttiva Servizi e non devono essere applicate dai giudici né dalla pubblica amministrazione⁹.

Tanto il giudice nazionale quanto quello europeo¹⁰ hanno dunque affermato l’obbligo di procedere con procedure ad evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, in applicazione dei principi generali a tutela della concorrenza espressi dall’articolo 49 TFUE e dall’articolo 12, paragrafi 1 e 2, della Direttiva Servizi.

Alla luce di quanto sin qui rappresentato, pertanto, il Comune di Camaione, piuttosto che ricorrere alla proroga delle concessioni, avrebbe dovuto procedere, in attuazione dei citati principi concorrenziali, alla disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con il diritto unionale e all’indizione di procedure di gara finalizzate a nuovi affidamenti delle concessioni venute a scadenza.

Stato con le note sentenze n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021. Con sentenza del 23 novembre 2023, n. 32559, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha cassato con rinvio al Consiglio di Stato la sentenza dell’Adunanza plenaria n. 18/2021 per diniego o rifiuto di giurisdizione, censurabile dalle SS.UU. ai sensi dell’art. 111, comma 8, Costituzione. Segnatamente, pronunciandosi esclusivamente su uno dei motivi di ricorso proposto dai ricorrenti, le SS.UU. hanno affermato che la sentenza impugnata, nella parte in cui ha rigettato le istanze di intervento dei ricorrenti per cassazione, ha negato in astratto ai ricorrenti la legittimazione a intervenire nel giudizio, senza una valutazione specifica e concreta dell’esistenza di posizioni soggettive differenziate qualificabili come interessi legittimi.

Le SS.UU. hanno dichiarato assorbiti tutti gli altri motivi di ricorso (compresi quelli con cui si lamentava la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, per avere l’Adunanza plenaria esercitato direttamente poteri legislativi e amministrativi) e rigettato la richiesta di enunciare “*i principi di diritto nell’interesse della legge sulle questioni trattate nei restanti motivi assorbiti, sulle quali spetterà al Consiglio di Stato pronunciarsi nuovamente, anche alla luce delle sopravvenienze legislative, avendo il parlamento e il Governo esercitato, successivamente alla sentenza impugnata, i poteri legislativi loro spettanti*”.

⁸ Cfr. Consiglio di Stato, 1° marzo 2023, n. 2192, secondo cui “*sulla base di quanto affermato dall’Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell’art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell’art. 10-*quater*, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all’art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato*”.

⁹ Cfr. Consiglio di Stato, 27 dicembre 2023, n. 11200. In base a quanto si legge nella sentenza “*ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari; non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l’effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legiferato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata; la non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esset, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell’effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l’esistenza di un giudicato*”.

¹⁰ Corte di giustizia Ue, 20 aprile 2023, cit..

A ciò si deve aggiungere l'illegittimità della base giuridica utilizzata nella Deliberazione n. 391/2023 e l'infondatezza degli argomenti indicati a sostegno del differimento/proroga delle concessioni.

Il Comune afferma di fare applicazione della formulazione originaria dell'articolo 3, comma 3, della legge n. 118/2022. Il riferimento a una norma non più esistente nell'ordinamento, e che già per tale motivo non può essere posta a base di una decisione amministrativa, appare un espediente per eludere la scadenza del periodo transitorio indicata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e dunque impedire l'applicazione della normativa eurounitaria e l'apertura alla concorrenza del mercato delle concessioni demaniali marittime, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dall'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica.

Ciò detto in ordine all'impossibilità di applicare una norma non più vigente nell'ordinamento, in ogni caso va rilevata l'erronea interpretazione da parte del Comune di quanto disposto dall'articolo 3, comma 3, della legge n. 118/2022. La norma in questione, infatti, circoscrive la possibilità di differire ulteriormente la durata delle concessioni a ipotesi del tutto eccezionali connesse a specifiche circostanze che impediscono la conclusione della procedura selettiva. Trattandosi di una norma derogatoria, il comma 3 dell'articolo 3 non può che essere interpretato restrittivamente. Affinché la norma possa trovare applicazione, dunque, sembra necessario che la procedura selettiva sia stata avviata e che sussistano ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura e che siano legate all'espletamento della procedura stessa. Solo in presenza di tali circostanze è legittimo ritenere che il termine di scadenza delle concessioni possa essere differito per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura.

Ne deriva che tale disposizione non può essere posta a fondamento di una proroga generalizzata di tutte le concessioni in essere in uno specifico Comune, vieppiù considerato che nessun tipo di procedura selettiva è stata avviata dal Comune e tenuto conto dell'infondatezza delle ragioni esposte nella delibera a sostegno della proroga/differimento.

Innanzitutto, non può ritenersi condivisibile l'interpretazione secondo cui l'applicazione dell'articolo 12 della Direttiva Servizi deve ritenersi condizionata all'adempimento affidato agli Stati membri di accertare la scarsità della risorsa naturale. Tale interpretazione si traduce di fatto in un'arbitraria sottrazione – per un tempo indeterminato (potenzialmente *ad libitum*) – agli obblighi imposti dal diritto eurounitario ed è in palese contrasto con la natura *self-executing* del predetto articolo 12.

Come ricordato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, l'Autorità ritiene che il concetto di scarsità vada interpretato in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della "quantità" del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti. Ciò, considerando che, ancora oggi, i dati del SID – richiamati anche dall'Adunanza Plenaria – attestano l'esistenza di una percentuale di occupazione delle coste molto elevata, considerate le zone di spiaggia libera che non risultano fruibili e i limiti quantitativi massimi di costa che può essere oggetto di concessione previsti in molte Regioni.

In tale contesto, si ritiene di poter condividere le conclusioni cui sono pervenuti il giudice amministrativo nazionale e la Commissione europea¹¹, secondo cui è evidente l'attuale situazione

¹¹ Cfr. Commissione europea, parere motivato del 16 novembre 2023, nell'ambito della procedura di infrazione 2020/4118.

di notevole scarsità (in alcuni casi inesistenza) che caratterizza le aree demaniali a disposizione dei nuovi operatori; situazione che è ancor più pronunciata se si considerano gli ambiti territoriali comunali o comunque si prendono come riferimento porzioni di costa ridotte.

In ogni caso, supponendo per ipotesi l'assenza del requisito della scarsità delle risorse, si deve ritenere, come precisato dalla Commissione europea, che anche in presenza di un sottoinsieme di casi in cui l'articolo 12 della Direttiva Servizi non si potesse ritenere applicabile, sarebbe necessario prendere in considerazione l'articolo 49 TFUE, in linea con la sentenza della Corte di Giustizia *Promoimpresa*¹². Come infatti ricordato anche dal Consiglio di Stato, il patrimonio costiero nazionale è certamente oggetto di interesse transfrontaliero (per conformazione, ubicazione geografica, condizioni climatiche e vocazione turistica), esercitando dunque un'indiscutibile capacità attrattiva verso le imprese di altri Stati membri.

In secondo luogo, l'Autorità ritiene che, pur in assenza di una normativa interna di riordino della materia e tenuto conto dell'inapplicabilità del Codice dei contratti pubblici, i principi che devono ispirare lo svolgimento delle gare e i criteri da utilizzare nella predisposizione dei bandi di gara siano stati puntualmente indicati dal Consiglio di Stato nel 2021, desumendoli dall'articolo 12 della Direttiva Servizi. L'assenza di una organica disciplina legislativa nazionale non può, pertanto, tradursi in un legittimo motivo a sostegno della proroga della durata delle concessioni, tenuto anche conto della circostanza che la delega legislativa prevista all'articolo 4 della legge n. 118/2022 è scaduta senza essere stata esercitata.

In terzo luogo, fermo restando quanto sopra rappresentato in ordine all'impossibilità di richiamare il predetto comma 3 per giustificare una proroga generalizzata di tutte le concessioni in essere in uno specifico Comune – considerato, peraltro, che il Comune non ha neppure avviato le procedure selettive – non possono in ogni caso integrare ragioni oggettive ed eccezionali l'assenza di personale qualificato nel Comune e le difficoltà connesse alla valutazione delle offerte da un punto di vista tecnico. Tali argomenti, infatti, non possono giustificare il differimento temporale delle concessioni, trattandosi di questioni di carattere generale organizzativo e gestionale interne al Comune che avrebbero potuto essere gestite per tempo sulla base dei principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Infine, anche la necessità di attendere il compimento della procedura avviata in applicazione dell'articolo 49 del codice della navigazione non può ritenersi un argomento valido a sostegno della proroga. La norma disciplina infatti le situazioni in cui essendo venuta meno la concessione, lo Stato si attiva per acquisire le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale. La mancata conclusione di detta procedura dunque non impatta sulle procedure ad evidenza pubblica che il Comune è tenuto a svolgere e che potrebbero, peraltro, prevedere il riconoscimento di un indennizzo a favore del concessionario uscente.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, l'Autorità ritiene che il Comune di Camaiore avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento della delibera della Giunta Comunale del 27 dicembre 2023, n. 391 per contrasto della stessa con i principi e con la disciplina euro-unitaria sopra richiamati e procedere all'espletamento delle procedure di gara rispettose dei principi di equità, trasparenza e non discriminazione. Le disposizioni relative al differimento del termine delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute in tale

¹² Corte di Giustizia, 14 luglio 2016, *Promoimpresa*, cause riunite C-458/14 e C67/15, ECLI:EU:C:2016:558.

delibera integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

In conclusione, la delibera comunale *de qua* si pone in contrasto con l'articolo 49 TFUE, in quanto limita ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché con le disposizioni normative euro-unitarie in materia di affidamenti pubblici, con particolare riferimento all'articolo 12 della c.d. Direttiva Servizi.

Ai sensi dell'articolo 21-bis, comma 2, della legge n. 287/1990 il Comune di Camaiore dovrà comunicare all'Autorità entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

Comunicato in merito al mancato adeguamento del Comune di Camaiore al parere motivato espresso dall'Autorità ex articolo 21-bis della legge n. 287/1990, relativo alla Deliberazione della Giunta Comunale del 27 dicembre 2023, n. 391, avente a oggetto "Concessioni demaniali marittime per finalità turistico – ricreative e sportive. Applicazione art. 3, comma 3, l. n. 118/2022 - atto di indirizzo."

L'Autorità, il 27 febbraio 2024, ha deliberato di rendere un parere motivato al Comune di Camaiore, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge n. 287/1990, in merito alla Deliberazione della Giunta del Comune del 27 dicembre 2023, n. 391, avente a oggetto "Concessioni demaniali marittime per finalità turistico – ricreative e sportive. Applicazione art. 3, comma 3, l. n. 118/2022 - atto di indirizzo.", trasmessa con una segnalazione all'Autorità in data 3 gennaio 2024.

Nel proprio parere, l'Autorità ha ritenuto che il Comune di Camaiore avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento della Deliberazione della Giunta Comunale del 27 dicembre 2023, n. 391, per contrasto della stessa con i principi e con la disciplina euro-unitaria di cui all'art. 49 TFUE e all'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi) e procedere all'espletamento delle procedure di gara rispettose dei principi di equità, trasparenza e non discriminazione. Le disposizioni relative al differimento del termine delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute in tale delibera integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

Il Comune di Camaiore, con comunicazione del 29 aprile 2024, integrata il 30 aprile 2024, non condividendo e contestando quanto affermato nel predetto parere motivato, ha ribadito la legittimità del provvedimento contestato.

Preso atto del mancato adeguamento dell'Amministrazione comunale al suddetto parere motivato, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 7 maggio 2024, ha disposto di impugnare dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana la Deliberazione della Giunta Comunale del 27 dicembre 2023, n. 391, adottata dal Comune di Camaiore e concernente la proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative.

AS1976 - COMUNE DI FORTE DEI MARMI (LU) - PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO RICREATIVE

Roma, 29 febbraio 2024

Comune di Forte dei Marmi

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 27 febbraio 2024, ha deliberato di esprimere il proprio parere, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con riferimento alla Deliberazione della Giunta del Comune di Forte dei Marmi del 28 dicembre 2023, n. 461, avente a oggetto "*Concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative. approvazione, ai sensi degli artt. 48 e 107, T.U.E.L., delle linee di indirizzo con riferimento all'art. 3, comma 3, l. 5 agosto 2022, n. 118 ("legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021")*", trasmessa con una segnalazione pervenuta il 3 gennaio 2024.

Con la suddetta Delibera il Comune, nel prendere atto di essere impossibilitato ad avviare le procedure a evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali marittime entro il 31 dicembre 2023, estende al 31 dicembre 2024 l'efficacia delle concessioni demaniali marittime, ai sensi e per gli effetti della versione originaria dell'articolo 3, comma 3, della legge n. 118/2022, in attesa "*che venga approvata una disciplina normativa nazionale che, nel caso in cui la risorsa naturale risulti non scarsa, stabilisca che, nel pieno rispetto del diritto eurounitario, non sussiste l'obbligo di assegnazione delle concessioni mediante procedure ad evidenza pubblica oppure, nel caso in cui la risorsa naturale risulti scarsa, fissi criteri e direttive uniformi che i comuni dovranno seguire nelle conseguenti procedure selettive ad evidenza pubblica*".

Nella delibera vengono, pertanto, riportate le ragioni oggettive che giustificerebbero tale differimento, ossia: *i)* la pendenza di un contenzioso amministrativo; *ii)* la scadenza del Piano Attuativo dell'Arenile; *iii)* l'assenza di criteri uniformi a livello nazionale per la quantificazione dell'indennizzo da riconoscere al concessionario uscente da parte del concessionario subentrante e la contemporanea vigenza dell'articolo 49 del Regio Decreto n. 327/1942 (codice della navigazione); *iv)* la necessità di attendere l'adozione a livello nazionale di criteri unitari e uniformi che, in sede di procedure di affidamento, consentano alle amministrazioni concedenti di tenere in adeguata ed equa considerazione gli investimenti, il valore aziendale dell'impresa ed i beni materiali e immateriali; *v)* l'assenza di personale qualificato nei competenti uffici comunali; *vi)* le difficoltà di espletare i procedimenti per la valutazione delle offerte tecniche, tenuto conto dell'inapplicabilità delle disposizioni contenute nel codice dei contratti pubblici; *vii)* la circostanza che sarebbe controproducente che i beni demaniali in concessione rimanessero inutilizzati e che è quindi necessario preservare la continuità nell'utilizzo delle concessioni; *viii)* le problematiche inerenti alla convivenza di alcuni istituti del codice della navigazione (art. 45-bis e art. 46) con le regole e i

principi delle procedure ad evidenza pubblica; ix) l'assenza di criteri uniformi per garantire che le autorità concedenti considerino e valorizzino adeguatamente la durata delle concessioni.

Al riguardo, l'Autorità intende svolgere le seguenti considerazioni in merito a diversi profili di criticità concorrenziale derivanti dalla proroga disposta dalla Deliberazione n. 461/2023.

Preliminarmente, l'Autorità ritiene necessario ricordare i numerosi interventi svolti in tema di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative volti a censurare sia le proroghe ingiustificate delle concessioni in essere sia le disposizioni contenute nelle procedure selettive avviate per l'assegnazione delle nuove concessioni suscettibili di pregiudicare il corretto confronto concorrenziale¹.

Con precipuo riferimento alle proroghe, l'Autorità ha più volte sottolineato come il continuo ricorso a tale strumento violi i principi della concorrenza nella misura in cui impedisce il confronto competitivo per il mercato, che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento di servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, e favorisce gli effetti distorsivi connessi a ingiustificate rendite di posizione attribuite ai concessionari². Nel corso del biennio 2020-2021³, in particolare, l'Autorità ha invitato molteplici amministrazioni comunali a disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento delle determinazioni di proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative per contrasto delle stesse con gli articoli 49 e 56 TFUE⁴ e con l'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. "Direttiva Servizi")⁵. Come noto, infatti, gli Stati membri sono tenuti a conformarsi ai principi e alle disposizioni eurounitari e, ove la normativa interna confligga con il diritto dell'Unione europea, se ne impone la relativa disapplicazione⁶.

¹ Sin dal 2018, inoltre, l'Autorità segnala l'opportunità di adottare in tempi celeri una normativa relativa alle concessioni balneari che preveda l'immediata selezione dei concessionari in base a principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza e pubblicità che garantisca all'amministrazione competente un utilizzo efficiente delle risorse demaniali e un'adeguata remunerazione del bene, tale da consentire il trasferimento di una parte maggiore della rendita alla collettività. Cfr. AS1550 – *Concessioni e criticità concorrenziali*, in Bollettino n. 48/2018.

² Cfr. AS1730 – *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, in Boll. n. 13/2021.

³ Cfr., *ex multis*, i casi AS1701 – *Comune di Piombino (LI) – Concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative*, in Boll. n. 41/2020; AS1729 – *Comune di Ginosa (TA) – Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative*, in Boll. n. 13/2021. Cfr. anche le segnalazioni adottate con riferimento, *ex multis*, ai casi AS1725 – *Comune di Reggio Calabria – Proroga concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Boll. n. 12/2021; AS1799 – *Regione Autonoma della Sardegna – Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Boll. n. 43/2021.

⁴ Gli articoli 49 e 56 TFUE impongono agli Stati membri l'abolizione delle restrizioni ingiustificate alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, ossia di tutte le misure che vietano, ostacolano o comunque sono idonee a comprimere l'esercizio di tali libertà.

⁵ L'articolo 12 della c.d. Direttiva Servizi prevede che "qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento" (par. 1) e che, in tali casi, "l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami" (par. 2).

⁶ Da ultimo, proprio in tema di proroghe delle concessioni demaniali marittime, la Corte di giustizia Ue, con sentenza del 20 aprile 2023, *AGCM (Comune di Ginosa)*, C-348/2022, ECLI:EU:C:2023:301, ha affermato: (i) la natura immediatamente esecutiva dell'articolo 12 della Direttiva Servizi, in quanto sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso sia l'obbligo per gli Stati membri di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali (punti 66-67) sia il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività (punti 68-69); (ii) l'obbligo non solo per il giudice ma anche per le amministrazioni dello Stato, comprese quelle comunali, di disapplicare la normativa nazionale contrastante con quella dell'Unione (punti 73).

Premesso quanto sopra, nel caso di specie, l’Autorità ritiene che la proroga in favore dei precedenti concessionari disposta dal Comune di Forte dei Marmi con la Deliberazione n. 461/2023 violi le norme sopra richiamate.

In linea generale si rileva che, con riferimento alla proroga delle concessioni demaniali in essere oltre il 31 dicembre 2023, già nel 2021 l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁷ aveva affermato che, oltre il 31 dicembre 2023, le concessioni demaniali “*anche in assenza di una disciplina legislativa, ... cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell’ordinamento U.E.*” e, pertanto, disapplicabile dal giudice amministrativo e da qualsiasi organo amministrativo.

Più di recente, il Consiglio di Stato ha affermato il “*frontale contrasto*” della nuova norma contenuta nell’articolo 10-*quater*, comma 3, del decreto legge 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con legge 24 febbraio 2023, n. 14, con l’articolo 12 della Direttiva Servizi⁸ e ha chiarito che i principi sanciti dalla sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 17/2021 sono pienamente applicabili e vincolanti, con la conseguenza che le norme nazionali che hanno disposto o che dovessero disporre in futuro la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime sono in contrasto con l’articolo 49 TFUE e con l’articolo 12 della Direttiva Servizi e non devono essere applicate dai giudici né dalla pubblica amministrazione⁹.

Tanto il giudice nazionale quanto quello europeo¹⁰ hanno dunque affermato l’obbligo di procedere con procedure ad evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali marittime con finalità

⁷ Si ricorda che l’incompatibilità con l’ordinamento euro-unitario della proroga senza confronto competitivo delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative è stata affrontata dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le note sentenze n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021. Con sentenza del 23 novembre 2023, n. 32559, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha cassato con rinvio al Consiglio di Stato la sentenza dell’Adunanza plenaria n. 18/2021 per diniego o rifiuto di giurisdizione, censurabile dalle SS.UU. ai sensi dell’art. 111, comma 8, Costituzione. Segnatamente, pronunciandosi esclusivamente su uno dei motivi di ricorso proposto dai ricorrenti, le SS.UU. hanno affermato che la sentenza impugnata, nella parte in cui ha rigettato le istanze di intervento dei ricorrenti per cassazione, ha negato in astratto ai ricorrenti la legittimazione a intervenire nel giudizio, senza una valutazione specifica e concreta dell’esistenza di posizioni soggettive differenziate qualificabili come interessi legittimi.

Le SS.UU. hanno dichiarato assorbiti tutti gli altri motivi di ricorso (compresi quelli con cui si lamentava la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, per avere l’Adunanza plenaria esercitato direttamente poteri legislativi e amministrativi) e rigettato la richiesta di enunciare “*i principi di diritto nell’interesse della legge sulle questioni trattate nei restanti motivi assorbiti, sulle quali spetterà al Consiglio di Stato pronunciarsi nuovamente, anche alla luce delle sopravvenienze legislative, avendo il parlamento e il Governo esercitato, successivamente alla sentenza impugnata, i poteri legislativi loro spettanti*”.

⁸ Cfr. Consiglio di Stato, 1° marzo 2023, n. 2192, secondo cui “*sulla base di quanto affermato dall’Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell’art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell’art. 10-*quater*, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all’art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato*”.

⁹ Cfr. Consiglio di Stato, 27 dicembre 2023, n. 11200. In base a quanto si legge nella sentenza “*ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo agli attuali concessionari; non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l’effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legittimato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata; la non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esset, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell’effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l’esistenza di un giudicato*”.

¹⁰ Corte di giustizia Ue, 20 aprile 2023, cit..

turistico-ricreative, in applicazione dei principi generali a tutela della concorrenza espressi dall'articolo 49 TFUE e dall'articolo 12, par. 1 e 2, della Direttiva Servizi.

Alla luce di quanto sin qui rappresentato, pertanto, il Comune di Forte dei Marmi, piuttosto che ricorrere alla proroga delle concessioni, avrebbe dovuto procedere, in attuazione dei citati principi concorrenziali, alla disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con il diritto unionale e all'indizione di procedure di gara finalizzate a nuovi affidamenti delle concessioni venute a scadenza.

A ciò si deve aggiungere l'illegittimità della base giuridica utilizzata nella Deliberazione n. 461/2023 e l'infondatezza degli argomenti indicati a sostegno del differimento/proroga delle concessioni.

Il Comune afferma di fare applicazione della formulazione originaria dell'articolo 3, comma 3, della legge n. 118/2022. Il riferimento a una norma non più esistente nell'ordinamento, e che già per tale motivo non può essere posta a base di una decisione amministrativa, appare un espediente per eludere la scadenza del periodo transitorio indicata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e dunque impedire l'applicazione della normativa eurounitaria e l'apertura alla concorrenza del mercato delle concessioni demaniali marittime, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dall'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica.

Ciò detto in ordine all'impossibilità di applicare una norma non più vigente nell'ordinamento, in ogni caso va rilevata l'erronea interpretazione da parte del Comune di quanto disposto dall'articolo 3, comma 3, della legge n. 118/2022. La norma in questione, infatti, circoscrive la possibilità di differire ulteriormente la durata delle concessioni a ipotesi del tutto eccezionali connesse a specifiche circostanze che impediscono la conclusione della procedura selettiva. Trattandosi di una norma derogatoria, il comma 3 dell'articolo 3 non può che essere interpretato restrittivamente. Affinché la norma possa trovare applicazione, dunque, sembra necessario che la procedura selettiva sia stata avviata e che sussistano ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura e che siano legate all'espletamento della procedura stessa. Solo in presenza di tali circostanze è legittimo ritenere che il termine di scadenza delle concessioni possa essere differito per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura.

Ne deriva che tale disposizione non può essere posta a fondamento di una proroga generalizzata di tutte le concessioni in essere in uno specifico Comune, vieppiù considerato che nessun tipo di procedura selettiva è stata avviata dal Comune e tenuto conto dell'infondatezza delle ragioni esposte nella delibera a sostegno della proroga/differimento.

Innanzitutto, non può ritenersi condivisibile l'interpretazione secondo cui l'applicazione dell'articolo 12 della Direttiva Servizi deve ritenersi condizionata all'adempimento affidato agli Stati membri di accertare la scarsità della risorsa naturale. Tale interpretazione si traduce di fatto in un'arbitraria sottrazione – per un tempo indeterminato (potenzialmente *ad libitum*) – agli obblighi imposti dal diritto eurounitario ed è in palese contrasto con la natura *self-executing* del predetto articolo 12.

Come ricordato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, l'Autorità ritiene che il concetto di scarsità vada interpretato in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della "quantità" del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti. Ciò considerando che, ancora oggi, i dati del SID – richiamati anche dall'Adunanza Plenaria – attestano l'esistenza di una percentuale di occupazione delle coste molto elevata, considerate le zone di spiaggia libera che non risultano

fruibili e i limiti quantitativi massimi di costa che può essere oggetto di concessione previsti in molte Regioni.

In tale contesto, si ritiene di poter condividere le conclusioni cui sono pervenuti il giudice amministrativo nazionale e la Commissione europea¹¹, secondo cui è evidente l'attuale situazione di notevole scarsità (in alcuni casi inesistenza) che caratterizza le aree demaniali a disposizione dei nuovi operatori; situazione che è ancor più pronunciata se si considerano gli ambiti territoriali comunali o comunque si prendono come riferimento porzioni di costa ridotte.

In ogni caso, supponendo per ipotesi l'assenza del requisito della scarsità delle risorse, si deve ritenere, come precisato dalla Commissione europea, che anche in presenza di un sottoinsieme di casi in cui l'articolo 12 della Direttiva Servizi non si potesse ritenere applicabile, sarebbe necessario prendere in considerazione l'articolo 49 TFUE, in linea con la sentenza della Corte di Giustizia *Promoimpresa*¹². Come infatti ricordato anche dal Consiglio di Stato, il patrimonio costiero nazionale è certamente oggetto di interesse transfrontaliero (per conformazione, ubicazione geografica, condizioni climatiche e vocazione turistica), esercitando dunque un'indiscutibile capacità attrattiva verso le imprese di altri Stati membri.

In secondo luogo, l'Autorità ritiene che, pur in assenza di una normativa interna di riordino della materia, i principi che devono ispirare lo svolgimento delle gare e i criteri da utilizzare nella predisposizione dei bandi di gara siano stati puntualmente indicati dal Consiglio di Stato nel 2021, desumendoli dall'articolo 12 della Direttiva Servizi. L'assenza di una organica disciplina legislativa nazionale non può, pertanto, tradursi in un legittimo motivo a sostegno della proroga della durata delle concessioni, tenuto anche conto della circostanza che la delega legislativa prevista all'articolo 4 della legge n. 118/2022 è scaduta senza essere stata esercitata.

In terzo luogo, non può ritenersi dirimente l'esistenza di un contenzioso tra il Comune e alcuni operatori privati. Al riguardo, fermo restando quanto sopra rappresentato in ordine all'impossibilità di richiamare il predetto comma 3 per giustificare una proroga generalizzata di tutte le concessioni in essere in uno specifico Comune – considerato, peraltro, che il Comune non ha neppure avviato le procedure selettive – è lo stesso Comune di Forte dei Marmi a rappresentare nella propria delibera che il contenzioso pendente riguarda solo una parte delle concessioni esistenti nel Comune. Pertanto, pur volendo considerare la legittimità dell'interpretazione dell'articolo 3, comma 3, legge n. 118/2022, ben avrebbe potuto quest'ultimo indire le procedure selettive per l'assegnazione delle concessioni per le quali non è pendente un contenzioso, che peraltro sono la maggior parte delle concessioni in essere nel Comune di Forte dei Marmi.

Parimenti, non integrano ragioni oggettive ed eccezionali correlate alla specificità delle singole procedure di gara, il mancato avvio dell'iter volto alla formazione di un nuovo Piano Attuativo dell'Arenile (essendo il precedente decaduto al 31 dicembre 2023), l'assenza di personale qualificato nel Comune e le difficoltà connesse alla valutazione delle offerte da un punto di vista tecnico. Tali argomenti, infatti, non possono giustificare il differimento temporale delle concessioni, considerato che, da un lato, pur in assenza di un nuovo Piano Attuativo dell'Arenile, il Comune ben avrebbe potuto indire le gare nelle more della revisione del Piano, tenuto conto anche della tempistica di

¹¹ Cfr. Commissione europea, parere motivato del 16 novembre 2023, nell'ambito della procedura di infrazione 2020/4118.

¹² Corte di Giustizia, 14 luglio 2016, *Promoimpresa*, cause riunite C-458/14 e C67/15, ECLI:EU:C:2016:558.

approvazione dello stesso; dall'altro, l'assenza di personale qualificato e la complessità delle valutazioni delle offerte di gara sono questioni di carattere generale organizzativo e gestionale interne al Comune che avrebbero potuto essere risolte sulla base dei principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Anche la necessità di attendere il compimento della procedura avviata in applicazione dell'articolo 49 del codice della navigazione non può ritenersi un argomento valido a sostegno della proroga. La norma disciplina infatti le situazioni in cui essendo venuta meno la concessione, lo Stato si attiva per acquisire le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale. La mancata conclusione di detta procedura dunque non impatta sulle procedure ad evidenza pubblica che il Comune è tenuto a svolgere e che potrebbero, peraltro, prevedere il riconoscimento di un indennizzo a favore del concessionario uscente.

Infine, non possono ritenersi ostative dell'avvio di procedure ad evidenza pubblica le previsioni di subingresso e affidamento ad altri di cui agli articoli 45-*bis* e 46 del codice della navigazione, trattandosi di condizioni che possono venire in rilievo a seguito dell'affidamento in concessione e che sono subordinate all'autorizzazione che l'Autorità concedente discrezionalmente può decidere o meno di rilasciare a seguito dell'analisi della situazione specifica.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, l'Autorità ritiene che il Comune di Forte dei Marmi avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento della deliberazione della Giunta Comunale del 28 dicembre 2023, n. 461, per contrasto della stessa con i principi e con la disciplina euro-unitaria sopra richiamati e procedere all'espletamento delle procedure di gara rispettose dei principi di equità, trasparenza e non discriminazione. Le disposizioni relative al differimento del termine delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute in tale delibera integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

In conclusione, la delibera comunale *de qua* si pone in contrasto con l'articolo 49 TFUE, in quanto limita ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché con le disposizioni normative euro-unitarie in materia di affidamenti pubblici, con particolare riferimento all'articolo 12 della c.d. Direttiva Servizi.

Ai sensi dell'articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/1990 il Comune di Forte dei Marmi dovrà comunicare all'Autorità entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

Comunicato in merito al mancato adeguamento del Comune di Forte dei Marmi al parere motivato espresso dall’Autorità ex articolo 21-bis della legge n. 287/1990, relativo alla Deliberazione della Giunta Comunale del 28 dicembre 2023, n. 461, avente a oggetto “Concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative. approvazione, ai sensi degli artt. 48 e 107, T.U.E.L., delle linee di indirizzo con riferimento all’art. 3, comma 3, l. 5 agosto 2022, n. 118 (“legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021)”

L’Autorità, il 27 febbraio 2024, ha deliberato di rendere un parere motivato al Comune di Forte dei Marmi, ai sensi dell’articolo 21-bis della legge n. 287/1990, in merito alla Deliberazione della Giunta del Comune del 28 dicembre 2023, n. 461, avente a oggetto “Concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative. approvazione, ai sensi degli artt. 48 e 107, T.U.E.L., delle linee di indirizzo con riferimento all’art. 3, comma 3, l. 5 agosto 2022, n. 118 (“legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021)””, trasmessa con una segnalazione all’Autorità in data 3 gennaio 2024.

Nel proprio parere, l’Autorità ha ritenuto che il Comune di Forte dei Marmi avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento della Deliberazione della Giunta Comunale del 28 dicembre 2023, n. 461, per contrasto della stessa con i principi e con la disciplina euro-unitaria di cui all’art. 49 TFUE e all’art. 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi) e procedere all’espletamento delle procedure di gara rispettose dei principi di equità, trasparenza e non discriminazione. Le disposizioni relative al differimento del termine delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute in tale Deliberazione integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

Il Comune di Forte dei Marmi, con comunicazione del 29 aprile 2024, non condividendo e contestando quanto affermato nel predetto parere motivato, ha ribadito la legittimità del provvedimento contestato.

Preso atto del mancato adeguamento dell’Amministrazione comunale al suddetto parere motivato, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 7 maggio 2024, ha disposto di impugnare dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana la Deliberazione della Giunta Comunale del 28 dicembre 2023, n. 461, adottata dal Comune di Forte dei Marmi e concernente la proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative.

AS1977 - COMUNE DI MINORI (SA) - PROROGA DELLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME CON FINALITÀ TURISTICO RICREATIVE

Roma, 29 febbraio 2024

Comune di Minori

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 27 febbraio 2024, ha deliberato di esprimere il proprio parere, ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con riferimento alla Deliberazione della Giunta del Comune di Minori del 15 dicembre 2023, n. 136, avente a oggetto *“Approvazione delle linee di indirizzo per l'applicazione della legge 05 agosto 2022, n. 118, recante disposizioni sull'efficacia delle concessioni demaniali e dei rapporti di gestione per finalità turistico-ricreative e sportive”*, trasmessa con una segnalazione pervenuta il 5 gennaio 2024.

Con la suddetta Deliberazione il Comune approva il mantenimento e il differimento del *“termine di scadenza delle concessioni in essere al 31 dicembre 2024”*. Con il medesimo atto demanda al Responsabile del Servizio l'adozione degli eventuali atti gestionali consequenziali.

Il Comune, nella parte motiva della propria decisione, afferma di ritenere applicabile il *“3° comma dell'art. 3, L. n. 118/2022, nella sua formulazione originaria, che stabilisce la possibilità di differire, sussistendo le sopra specificate ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31/12/2023, il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31/12/2024”*.

Nella delibera vengono, pertanto, riportate le ragioni oggettive che giustificerebbero tale differimento, ossia: *i)* la situazione di incertezza normativa; *ii)* il divieto di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni di cui al comma 4-*bis* dell'articolo 4 della legge n. 118/2022 e, più in generale, l'assenza dei decreti legislativi di riordino; *iii)* la mancata adozione di linee guida necessarie per la predisposizione dei bandi di assegnazione delle concessioni demaniali, nonché la mancata approvazione da parte della Regione Campania del PUAD, propedeutico all'adozione dei PAD comunali finalizzati tra l'altro, all'individuazione dei lotti da porre a base di gara.

Al riguardo, l'Autorità intende svolgere le seguenti considerazioni in merito a diversi profili di criticità concorrenziale derivanti dalla proroga disposta dalla Deliberazione n. 136/2023.

Preliminarmente, l'Autorità ritiene necessario ricordare i propri numerosi interventi svolti in tema di concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative volti a censurare sia le proroghe ingiustificate delle concessioni in essere sia le disposizioni contenute nelle procedure selettive

avviate per l'assegnazione delle nuove concessioni suscettibili di pregiudicare il corretto confronto concorrenziale¹.

Con precipuo riferimento alle proroghe, l'Autorità ha più volte sottolineato come il continuo ricorso a tale strumento violi i principi della concorrenza nella misura in cui impedisce il confronto competitivo per il mercato, che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento di servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, e favorisce gli effetti distorsivi connessi a ingiustificate rendite di posizione attribuite ai concessionari². Nel corso del biennio 2020-2021³, in particolare, l'Autorità ha invitato molteplici amministrazioni comunali a disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento delle determinazioni di proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative per contrasto delle stesse con gli articoli 49 e 56 TFUE⁴ e con l'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE⁵ (c.d. Direttiva Servizi). Come noto, infatti, gli Stati membri sono tenuti a conformarsi ai principi e alle disposizioni eurounitari e, ove la normativa interna confligga con il diritto dell'Unione europea, se ne impone la relativa disapplicazione⁶.

Premesso quanto sopra, nel caso di specie, l'Autorità ritiene che la proroga in favore dei precedenti concessionari disposta dal Comune di Minori con la Deliberazione n. 136/2023 violi le norme sopra richiamate.

In linea generale si rileva che, con riferimento alla proroga delle concessioni demaniali in essere oltre il 31 dicembre 2023, già nel 2021 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁷ aveva affermato

¹ Sin dal 2018, inoltre, l'Autorità segnala l'opportunità di adottare in tempi celeri una normativa relativa alle concessioni balneari che preveda l'immediata selezione dei concessionari in base a principi di concorrenza, imparzialità, trasparenza e pubblicità che garantisca all'amministrazione competente un utilizzo efficiente delle risorse demaniali e un'adeguata remunerazione del bene, tale da consentire il trasferimento di una parte maggiore della rendita alla collettività. Cfr. AS1550 – *Concessioni e criticità concorrenziali*, in Boll. n. 48/2018.

² Cfr. AS1730 – *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, in Boll. n. 13/2021.

³ Cfr., *ex multis*, i casi AS1701 – *Comune di Piombino (LI) – Concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative*, in Boll. n. 41/2020; AS1729 – *Comune di Ginosa (TA) – Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative*, in Boll. n. 13/2021. Cfr. anche le segnalazioni adottate con riferimento, *ex multis*, ai casi AS1725 – *Comune di Reggio Calabria – Proroga concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Boll. n. 12/2021; AS1799 – *Regione Autonoma della Sardegna – Proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Boll. n. 43/2021.

⁴ Gli articoli 49 e 56 TFUE impongono agli Stati membri l'abolizione delle restrizioni ingiustificate alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, ossia di tutte le misure che vietano, ostacolano o comunque sono idonee a comprimere l'esercizio di tali libertà.

⁵ L'articolo 12 della c.d. Direttiva Servizi prevede che "qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento" (par. 1) e che, in tali casi, "l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami" (par. 2).

⁶ Da ultimo, proprio in tema di proroghe delle concessioni demaniali marittime, la Corte di giustizia Ue, con sentenza del 20 aprile 2023, *AGCM (Comune di Ginosa)*, C-348/2022, ECLI:EU:C:2023:301, ha affermato: (i) la natura immediatamente esecutiva dell'art. 12 della Direttiva Servizi, in quanto sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso sia l'obbligo per gli Stati membri di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali (punti 66-67) sia il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività (punti 68-69); (ii) l'obbligo non solo per il giudice ma anche per le amministrazioni dello Stato, comprese quelle comunali, di disapplicare la normativa nazionale contrastante con quella dell'Unione (punti 73).

⁷ Si ricorda che l'incompatibilità con l'ordinamento euro-unitario della proroga senza confronto competitivo delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative è stata affrontata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di

che, oltre il 31 dicembre 2023, le concessioni demaniali “*anche in assenza di una disciplina legislativa, ... cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell’ordinamento U.E.*” e, pertanto, disapplicabile dal giudice amministrativo e da qualsiasi organo amministrativo.

Più di recente, il Consiglio di Stato ha affermato il “*frontale contrasto*” della nuova norma contenuta nell’articolo 10-*quater*, comma 3, del decreto legge 29 dicembre 2022, n. 198 convertito con legge 24 febbraio 2023, n. 14, con l’articolo 12 della Direttiva Servizi⁸ e ha chiarito che i principi sanciti dalla sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 17/2021 sono pienamente applicabili e vincolanti, con la conseguenza che le norme nazionali che hanno disposto o che dovessero disporre in futuro la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime sono in contrasto con l’articolo 49 TFUE e con l’articolo 12 della Direttiva Servizi e non devono essere applicate dai giudici né dalla pubblica amministrazione⁹.

Tanto il giudice nazionale quanto quello europeo¹⁰ hanno dunque affermato l’obbligo di procedere con procedure ad evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, in applicazione dei principi generali a tutela della concorrenza espressi dall’articolo 49 TFUE e dall’articolo 12, paragrafi 1 e 2, della Direttiva Servizi.

Alla luce di quanto sin qui rappresentato, pertanto, il Comune di Minori, piuttosto che ricorrere alla proroga delle concessioni, avrebbe dovuto procedere, in attuazione dei principi concorrenziali, alla disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con il diritto unionale e all’indizione di procedure di gara finalizzate a nuovi affidamenti delle concessioni venute a scadenza.

A ciò si deve aggiungere l’illegittimità della base giuridica utilizzata nella Deliberazione n. 136/2023 e l’infondatezza degli argomenti indicati a sostegno del differimento/proroga delle concessioni.

Stato con le note sentenze n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021. Con sentenza del 23 novembre 2023, n. 32559, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha cassato con rinvio al Consiglio di Stato la sentenza dell’Adunanza plenaria n. 18/2021 per diniego o rifiuto di giurisdizione, censurabile dalle SS.UU. ai sensi dell’art. 111, comma 8, Costituzione. Segnatamente, pronunciandosi esclusivamente su uno dei motivi di ricorso proposto dai ricorrenti, le SS.UU. hanno affermato che la sentenza impugnata, nella parte in cui ha rigettato le istanze di intervento dei ricorrenti per cassazione, ha negato in astratto ai ricorrenti la legittimazione a intervenire nel giudizio, senza una valutazione specifica e concreta dell’esistenza di posizioni soggettive differenziate qualificabili come interessi legittimi.

Le SS.UU. hanno dichiarato assorbiti tutti gli altri motivi di ricorso (compresi quelli con cui si lamentava la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, per avere l’Adunanza plenaria esercitato direttamente poteri legislativi e amministrativi) e rigettato la richiesta di enunciare “*i principi di diritto nell’interesse della legge sulle questioni trattate nei restanti motivi assorbiti, sulle quali spetterà al Consiglio di Stato pronunciarsi nuovamente, anche alla luce delle sopravvenienze legislative, avendo il parlamento e il Governo esercitato, successivamente alla sentenza impugnata, i poteri legislativi loro spettanti*”.

⁸ Cfr. Consiglio di Stato, 1° marzo 2023, n. 2192, secondo cui “*sulla base di quanto affermato dall’Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell’art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell’art. 10-*quater*, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/2/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all’art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato*”.

⁹ Cfr. Consiglio di Stato, 27 dicembre 2023, n. 11200. In base a quanto si legge nella sentenza “*ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari; non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l’effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata; la non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esset, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell’effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l’esistenza di un giudicato*”.

¹⁰ Corte di giustizia Ue, 20 aprile 2023, cit..

Il Comune afferma di fare applicazione della formulazione originaria dell'articolo 3, comma 3, della legge n. 118/2022. Il riferimento a una norma non più esistente nell'ordinamento, e che già per tale motivo non può essere posta a base di una decisione amministrativa, appare un espediente per eludere la scadenza del periodo transitorio indicata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e dunque impedire l'applicazione della normativa eurolunitaria e l'apertura alla concorrenza del mercato delle concessioni demaniali marittime, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dall'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica.

Ciò detto in ordine all'impossibilità di applicare una norma non più vigente nell'ordinamento, in ogni caso va rilevata l'erronea interpretazione da parte del Comune di quanto disposto dall'articolo 3, comma 3, della legge n. 118/2022. La norma in questione, infatti, circoscrive la possibilità di differire ulteriormente la durata delle concessioni a ipotesi del tutto eccezionali connesse a specifiche circostanze che impediscono la conclusione della procedura selettiva. Trattandosi di una norma derogatoria, il comma 3 dell'articolo 3 non può che essere interpretato restrittivamente. Affinché la norma possa trovare applicazione, dunque, sembra necessario che la procedura selettiva sia stata avviata e che sussistano ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura e che siano legate all'espletamento della procedura stessa. Solo in presenza di tali circostanze è legittimo ritenere che il termine di scadenza delle concessioni possa essere differito per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura.

Ne deriva che tale disposizione non può essere posta a fondamento di una proroga generalizzata di tutte le concessioni in essere in uno specifico Comune, vieppiù considerato che nessun tipo di procedura selettiva è stata avviata dal Comune e tenuto conto dell'infondatezza delle ragioni esposte nella delibera a sostegno della proroga/differimento.

Innanzitutto, non può ritenersi condivisibile l'interpretazione secondo cui l'applicazione dell'articolo 12 della Direttiva Servizi deve ritenersi condizionata all'adempimento affidato agli Stati membri di accertare la scarsità della risorsa naturale. Tale interpretazione si traduce di fatto in un'arbitraria sottrazione – per un tempo indeterminato (potenzialmente *ad libitum*) – agli obblighi imposti dal diritto eurolunitario ed è in palese contrasto con la natura *self-executing* del predetto articolo 12.

Come ricordato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, l'Autorità ritiene che il concetto di scarsità vada interpretato in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della "quantità" del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti. Ciò considerando che, ancora oggi, i dati del SID – richiamati anche dall'Adunanza Plenaria – attestano l'esistenza di una percentuale di occupazione delle coste molto elevata, considerate le zone di spiaggia libera che non risultano fruibili e i limiti quantitativi massimi di costa che può essere oggetto di concessione previsti in molte Regioni.

In tale contesto, si ritiene di poter condividere le conclusioni cui sono pervenuti il giudice amministrativo nazionale e la Commissione europea¹¹, secondo cui è evidente l'attuale situazione di notevole scarsità (in alcuni casi inesistenza) che caratterizza le aree demaniali a disposizione dei

¹¹ Cfr. Commissione europea, parere motivato del 16 novembre 2023, nell'ambito della procedura di infrazione 2020/4118.

nuovi operatori; situazione che è ancor più pronunciata se si considerano gli ambiti territoriali comunali o comunque si prendono come riferimento porzioni di costa ridotte.

In ogni caso, supponendo per ipotesi l'assenza del requisito della scarsità delle risorse, si deve ritenere, come precisato dalla Commissione europea, che anche in presenza di un sottoinsieme di casi in cui l'articolo 12 della Direttiva Servizi non si potesse ritenere applicabile, sarebbe necessario prendere in considerazione l'articolo 49 TFUE, in linea con la sentenza della Corte di Giustizia *Promoimpresa*¹². Come infatti ricordato anche dal Consiglio di Stato, il patrimonio costiero nazionale è certamente oggetto di interesse transfrontaliero (per conformazione, ubicazione geografica, condizioni climatiche e vocazione turistica), esercitando dunque un'indiscutibile capacità attrattiva verso le imprese di altri Stati membri.

In secondo luogo, l'Autorità ritiene che, pur in assenza di una normativa interna di riordino della materia, i principi che devono ispirare lo svolgimento delle gare e i criteri da utilizzare nella predisposizione dei bandi di gara siano stati puntualmente indicati dal Consiglio di Stato nel 2021, desumendoli dall'articolo 12 della Direttiva Servizi. L'assenza di una organica disciplina legislativa nazionale non può, pertanto, tradursi in un legittimo motivo a sostegno della proroga della durata delle concessioni, tenuto anche conto della circostanza che la delega legislativa prevista all'articolo 4 della legge n. 118/2022 è scaduta senza essere stata esercitata. Parimenti, non può integrare una ragione oggettiva ed eccezionale correlata alla specificità della singola procedura di gara, la necessità di attendere l'approvazione da parte della Regione Campania del PUAD e l'adozione del PAD comunale. Tale argomento, infatti, non può giustificare il differimento temporale delle concessioni in essere nel Comune, posto che risulta l'esistenza di un Piano per l'Utilizzazione delle Aree del Demanio Marittimo adottato con delibera di giunta n. 712 del 20 dicembre 2022. Anche la mancata adozione del PAD ad opera del Comune non può giustificare la proroga, trattandosi di una questione di carattere generale organizzativo e gestionale che avrebbe potuto essere gestita tempestivamente sulla base dei principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, l'Autorità ritiene che il Comune di Minori avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento della Deliberazione della Giunta Comunale del 15 dicembre 2023, n. 136 per contrasto della stessa con i principi e con la disciplina euro-unitaria sopra richiamati e procedere all'espletamento delle procedure di gara rispettose dei principi di equità, trasparenza e non discriminazione. Le disposizioni relative al differimento del termine delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute in tale delibera integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

In conclusione, la delibera comunale *de qua* si pone in contrasto con l'articolo 49 TFUE, in quanto limita ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché con le disposizioni normative euro-unitarie in materia di affidamenti pubblici, con particolare riferimento all'articolo 12 della c.d. Direttiva Servizi.

¹² Corte di Giustizia, 14 luglio 2016, *Promoimpresa*, cause riunite C-458/14 e C67/15, ECLI:EU:C:2016:558.

Ai sensi dell'articolo 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/1990 il Comune di Minori dovrà comunicare all'Autorità entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione del presente parere, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte. Laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni.

IL PRESIDENTE

Roberto Rustichelli

Comunicato in merito al mancato adeguamento del Comune di Minori al parere motivato espresso dall'Autorità ex articolo 21-bis della legge n. 287/1990, relativo alla Deliberazione della Giunta del Comune di Minori del 15 dicembre 2023, n. 136, avente a oggetto "Approvazione delle linee di indirizzo per l'applicazione della legge 05 agosto 2022, n. 118, recante disposizioni sull'efficacia delle concessioni demaniali e dei rapporti di gestione per finalità turistico-ricreative e sportive".

L'Autorità, il 27 febbraio 2024, ha deliberato di rendere un parere motivato al Comune di Minori, ai sensi dell'articolo 21-*bis* della legge n. 287/1990, in merito alla Deliberazione della Giunta del Comune del 15 dicembre 2023, n. 136, avente a oggetto "Approvazione delle linee di indirizzo per l'applicazione della legge 05 agosto 2022, n. 118, recante disposizioni sull'efficacia delle concessioni demaniali e dei rapporti di gestione per finalità turistico-ricreative e sportive", trasmessa con una segnalazione all'Autorità in data 5 gennaio 2024.

Nel proprio parere, l'Autorità ha ritenuto che il Comune di Minori avrebbe dovuto disapplicare la normativa nazionale posta a fondamento della Deliberazione della Giunta Comunale del 15 dicembre 2023, n. 136, per contrasto della stessa con i principi e con la disciplina euro-unitaria di cui all'art. 49 TFUE e all'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva Servizi) e procedere all'espletamento delle procedure di gara rispettose dei principi di equità, trasparenza e non discriminazione. Le disposizioni relative al differimento del termine delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute in tale delibera integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

A seguito del ricevimento del parere motivato dell'Autorità, il Comune di Minori, con comunicazione del 23 aprile 2024, ha trasmesso la Deliberazione della Giunta del Comune del 4 aprile 2024, n. 34 avente ad oggetto "Linee di indirizzo inerenti le procedure di aggiudicazione delle concessioni delle aree del demanio marittimo con finalità turistico-ricreativo", con la quale ha confermato il differimento dell'efficacia delle concessioni demaniali marittime in essere nel Comune

al 31 dicembre 2024, pur individuando le linee di indirizzo per la predisposizione dei futuri bandi per lo svolgimento delle gare.

Preso atto che le informazioni e la documentazione trasmesse non hanno fornito elementi idonei a superare i rilievi concorrenziali evidenziati nel suddetto parere motivato, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella propria riunione del 30 aprile 2024, ha disposto di impugnare dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania la Deliberazione della Giunta Comunale del 15 dicembre 2023, n. 136, adottata dal Comune di Minori e concernente la proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative.

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

PS12604 - MOONEY - CARTA CON IBAN

Provvedimento n. 31215

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 21 maggio 2024;

SENTITO il Relatore, Saverio Valentino;

VISTA la Parte II, Titolo III del Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 e successive modificazioni (di seguito, "Codice del consumo");

VISTO il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni e clausole vessatorie*" (di seguito, "Regolamento"), adottato dall'Autorità con delibera del 1° aprile 2015, n. 25411;

VISTO il proprio provvedimento del 18 luglio 2023, con il quale è stato disposto l'accertamento ispettivo, ai sensi dell'articolo 27, commi 2 e 3, del Codice del consumo, presso le sedi legali della società Mooney Group S.p.A. e delle società da essa controllate Mooney S.p.A. e Mooney Servizi S.p.A. nonché presso la sede operativa di Roma di Mooney S.p.A.;

VISTE le proprie delibere del 22 novembre 2023, del 6 febbraio 2024 e del 10 aprile 2024, con le quali, ai sensi dell'articolo 7, comma 3, del Regolamento, è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento, per particolari esigenze istruttorie;

VISTI gli atti del procedimento;

I. LE PARTI

1. La società Mooney Group S.p.A. [P.I. 10387140964] (di seguito anche "Mooney Group"), in qualità di professionista, ai sensi dell'articolo 18, comma 1, lettera *b*), del Codice del consumo, svolge, quale attività prevalente, la "*gestione diretta e indiretta di partecipazioni societarie con esclusione di attività nei confronti del pubblico*" ed esercita l'attività di direzione e coordinamento nei confronti delle società Mooney S.p.A. e Mooney Servizi S.p.A. Il bilancio di Mooney Group S.p.A., relativo all'esercizio chiuso al 31 dicembre 2022, presenta ricavi pari a 2.038.960 euro¹.

2. La società Mooney S.p.A. [P.I. 06529501006] (di seguito anche "Mooney"), in qualità di professionista, ai sensi dell'articolo 18, comma 1, lettera *b*), del Codice del consumo, svolge, quale attività prevalente, quella di "*istituto di moneta elettronica, autorizzata dalla banca d'Italia*" ed è soggetta all'attività di direzione e coordinamento da parte di Mooney Group S.p.A. Il bilancio di Mooney S.p.A., relativo all'esercizio chiuso al 31 dicembre 2022, presenta un fatturato, calcolato in linea con quanto previsto dal Regolamento 139/2004/CE sulle concentrazioni, pari a 333.358.100 euro².

¹ Doc. 159, allegato 3.

² Doc. 159 cit., allegato 2.

3. La società Mooney Servizi S.p.A. [P.I. 10387150963] (di seguito anche “Mooney Servizi”), in qualità di professionista, ai sensi dell’articolo 18, comma 1, lettera *b*), del Codice del consumo, svolge, quale attività prevalente, la “prestazione di servizi e/o commercializzazione di beni nel settore della commercializzazione di carte prepagate e/o telefoniche e altri beni e servizi avvalendosi della propria struttura organizzativa e telematica, per conto proprio e/o/ di terzi, direttamente o indirettamente, a soggetti privati o pubbliche amministrazioni, prestando tutti quei servizi e/o commercializzando tutti quei beni di cui possono essere fruitori coloro che possono essere raggiunti attraverso la rete commerciale della società o di cui la stessa può fruire”. La società è soggetta all’attività di direzione e coordinamento da parte di Mooney Group S.p.A.

4. Quanto all’imputabilità delle condotte, sulla base della documentazione agli atti, queste risultano riferibili alla Società Mooney S.p.A., in qualità di emittente e gestrice della Carta Mooney e alla Società Mooney Group S.p.A. in qualità di capogruppo che detiene il controllo totalitario di Mooney S.p.A., sulla quale esercita attività di direzione e coordinamento. Le risultanze istruttorie non depongono, per contro, nel senso di un coinvolgimento nelle pratiche in questione di Mooney Servizi S.p.A.

5. Mooney Group e Mooney saranno, di seguito, indicati congiuntamente con i termini “Professionisti” o le “Società”.

6. Mooney svolge, in particolare, l’attività di commercializzazione e gestione della carta prepagata “Carta Mooney” (di seguito anche “la Carta”) attraverso una rete di 45.000 punti vendita³. La carta prepagata Mooney è una carta ricaricabile nominativa appartenente al circuito Visa e dotata di IBAN, che permette di inviare e ricevere bonifici, di far accreditare stipendi o pensioni, ma anche di effettuare pagamenti *online* e di prelevare contante presso gli sportelli bancomat ATM convenzionati.

II. LE PRATICHE COMMERCIALI

7. Il procedimento concerne i comportamenti posti in essere dai Professionisti, consistenti:

A) nella mancanza di un’efficace e tempestiva attuazione dei controlli sul rilascio delle Carte Mooney e sul corretto utilizzo delle stesse da parte dei titolari, idonea ad agevolare il perpetuarsi di ingannevoli richieste di pagamento attraverso le predette Carte, effettuate da soggetti terzi, in danno di microimprese destinatarie di tali richieste, nonostante Mooney fosse a conoscenza di tale pratica;

B) nell’aver omesso o nell’aver fornito con modalità non chiare informazioni rilevanti sulle procedure di blocco e di sblocco della Carta Mooney, senza far capire ai consumatori che avrebbero potuto trovarsi successivamente all’attivazione della Carta nell’impossibilità di utilizzare, anche per un prolungato periodo di tempo, il denaro versato sulla Carta in ragione di blocchi della stessa disposti unilateralmente da Mooney; nell’aver attivato procedure di blocco delle Carte attive, senza alcun preavviso per i clienti, nonché senza garantire loro adeguato contraddittorio e idonea assistenza nella fase di blocco, privandoli della possibilità di disporre delle somme presenti sulla Carta e degli altri servizi a essa connessi.

³ Cfr. <https://www.mooney.it/carta-prepagata>.

III. LE RISULTANZE DEL PROCEDIMENTO

1) *L'iter del procedimento*

8. In relazione alle condotte sopra descritte, in data 18 luglio 2023⁴ è stato avviato il procedimento istruttorio PS12604 nei confronti di Mooney Group, Mooney e Mooney Servizi per possibile violazione degli articoli 20, 21, 22, 24 e 25 del Codice del consumo⁵. In tale sede, veniva in particolare ipotizzata la negligenza della condotta consistente nella mancanza, da parte dei predetti professionisti, di una tempestiva attivazione degli stessi - a fronte dell'intervenuta conoscenza di una pratica commerciale scorretta attuata attraverso l'utilizzo di Carte Mooney - con specifico riferimento al sistema di controlli sul rilascio e sul corretto utilizzo delle predette Carte da parte dei rispettivi titolari e che tale condotta omissiva ha consentito il perpetuarsi della predetta pratica, nonché profili di ingannevolezza e aggressività in relazione alle attività di blocco e sblocco delle Carte effettuate unilateralmente da Mooney.

9. In data 20 luglio 2023 sono stati condotti accertamenti ispettivi presso le sedi legali delle tre società e presso una delle sedi operative di Roma di Mooney⁶.

10. In data 15 settembre 2023⁷, le Parti hanno trasmesso la risposta alla richiesta di informazioni formulata nella comunicazione di avvio del procedimento.

11. In data 29 settembre 2023⁸ Mooney, in qualità di società che opera come emittente della Carta Mooney, ha presentato impegni ai sensi dell'articolo 27, comma 7, del Codice del consumo, volti a rimuovere i profili di scorrettezza delle pratiche commerciali oggetto di contestazione.

12. In data 30 ottobre 2023, Mooney è stata sentita in audizione⁹. Nel corso dell'audizione sono state formulate alla società ulteriori richieste di informazioni che la stessa ha riscontrato il successivo 14 novembre 2023¹⁰.

13. Nell'adunanza del 21 novembre 2023, l'Autorità ha deliberato il rigetto degli impegni presentati da Mooney per inammissibilità, a causa della manifesta gravità delle condotte contestate, nonché per interesse dell'Autorità all'accertamento dell'infrazione¹¹, disponendo altresì la proroga del termine di conclusione del procedimento¹².

14. In data 6 febbraio 2024¹³, è stata disposta un'ulteriore proroga di conclusione del procedimento per particolari esigenze istruttorie, in considerazione della necessità di esaminare le risultanze in atti ai fini della valutazione delle fattispecie oggetto del procedimento in questione.

⁴ Doc. 112.

⁵ Doc. 113.).

⁶ Docc. 118 e 121.

⁷ Doc. 132.

⁸ Doc. 135.

⁹ Doc. 142.

¹⁰ Doc. 143.

¹¹ Doc. 144.

¹² Doc. 145.

¹³ Doc. 153.

15. In data 9 febbraio 2024 è stata comunicata alle Parti la data di conclusione della fase istruttoria ai sensi dell'articolo 16, comma 1, del Regolamento¹⁴.

16. In data 26 febbraio 2024¹⁵ è stata comunicata alle Parti la concessione della proroga, richiesta dalle medesime Parti in data 23 febbraio 2024¹⁶, del termine di chiusura della fase istruttoria.

17. In data 4 marzo 2024¹⁷ le Parti hanno depositato la memoria conclusiva.

18. In data 5 marzo 2024 è stata inoltrata all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (di seguito "AGCOM") richiesta di parere ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 27, comma 6, del Codice del consumo¹⁸ e, in pari data, è stata inoltrata a Banca d'Italia richiesta di parere ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 27, comma 1-bis, del Codice del consumo¹⁹.

19. L'AGCOM ha trasmesso il proprio parere in data 2 aprile 2024²⁰.

20. In data 2 aprile 2024²¹, Banca d'Italia ha trasmesso il proprio parere, a cui è seguita la trasmissione di documentazione in data 10 maggio 2024²².

2) *Le evidenze acquisite*

i) Pratica A)

21. Dalla documentazione in atti è emerso che, in un flusso significativo di segnalazioni pervenute all'Autorità, caratterizzato da singolare continuità, e provenienti da microimprese che lamentavano di aver ricevuto ingannevoli richieste di pagamento apparentemente trasmesse dalle competenti Camere di Commercio, è stata riscontrata una significativa ricorrenza dell'indicazione di Iban, sui quali effettuare il pagamento ingannevolmente richiesto, riconducibili - attraverso il relativo codice ABI - a carte prepagate Mooney²³.

22. La richiesta di pagamento è contenuta in un modulo precompilato che riporta gli estremi dell'iscrizione alla Camera di Commercio della microimpresa destinataria. La complessiva presentazione di tale richiesta può indurre i destinatari a ritenere che essa provenga da una Camera di Commercio e che sia correlata a versamenti dovuti. Solo in caratteri ridottissimi è indicato che trattasi di un servizio commerciale a pagamento, offerto da un non meglio precisato "Mittente", consistente nel ricevere informazioni su prodotti e servizi "dedicati al mondo del commercio, artigianato, agricoltura e industria, settorializzati in base al proprio codice "ATECO" e "ove possibile" la pubblicazione di alcuni dati aziendali in una piattaforma, peraltro ancora "in fase di sviluppo".

¹⁴ Doc. 155.

¹⁵ Doc. 158.

¹⁶ Doc. 157.

¹⁷ Doc. 159.

¹⁸ Doc. 160.

¹⁹ Doc. 162.

²⁰ Doc. 169.

²¹ Doc. 170.

²² Doc. 175.

²³ Docc. 1- 30, 32-34, 36, 38- 62, 63-105 .

di informazioni trasmesse dall’Autorità in data 22 settembre 2022²⁶ e 11 novembre 2022²⁷, per un totale di quarantacinque Carte coinvolte, alle quali Mooney ha fornito riscontro solo in data 15 giugno 2023²⁸.

24. Rispetto all’utilizzo fraudolento delle Carte Mooney segnalato dall’Autorità attraverso le suddette comunicazioni, Mooney ha dichiarato di essere venuta a conoscenza, attraverso un “*passaparola interno*”, di una ricorrente pratica consistente in ingannevoli richieste di pagamento da parte di apparenti Camere di Commercio, ancor prima della richiesta di informazioni trasmessa dall’Autorità nel luglio del 2022, tanto che a seguito di tali notizie la società avrebbe provveduto ad effettuare il blocco di sei Carte²⁹.

25. Dalla documentazione in atti è emerso, inoltre, che in tutti i casi oggetto delle richieste di informazioni inviate dall’Autorità a Mooney, gli IBAN riportati nelle ingannevoli richieste di pagamento erano correlati a Carte Mooney rilasciate da punti vendita fisici convenzionati con la società e che tali punti vendita erano tutti concentrati in una specifica area geografica³⁰. Alcuni di essi risultano, inoltre, più volte responsabili del rilascio di Carte utilizzate per la suddetta pratica ingannevole.

26. In ordine alle attività poste in essere da Mooney dopo che la stessa è venuta a conoscenza delle ingannevoli richieste di pagamento di somme indebite su Iban riconducibili alle proprie Carte, è emerso che le Carte segnalate dall’Autorità sono state oggetto di blocchi e di valutazioni per eventuali “Segnalazioni di Operazioni Sospette”³¹.

27. Con riferimento a specifiche azioni implementate da Mooney per fronteggiare l’utilizzo delle proprie Carte nelle pratiche ingannevoli descritte in precedenza, dalla documentazione in atti è emerso che, in generale, la società effettua il monitoraggio dell’operatività della propria clientela su diversi livelli. Tra questi è compreso l’analisi degli *alert* che evidenziano potenziali fenomeni di frode o riciclaggio, nonché che la Carta sia utilizzata per finalità “*business*” (dal momento che la Carta Mooney è destinata esclusivamente alla clientela *retail* privata per utilizzi diversi rispetto ad attività *business*). Tra gli specifici *Key Risk Indicator* utilizzati dalla società sono dunque ricompresi, per quel che qui rileva, anche quelli relativi a clienti che hanno utilizzato la Carta per finalità di *business* e quelli relativi a segnalazioni di frodi o presunte tali da parte di soggetti interni o esterni a Mooney³². In particolare, con riferimento specifico al monitoraggio delle operazioni di bonifico in entrata sulle Carte Mooney, la struttura competente provvede ad effettuare un monitoraggio *ex post* sulle causali di bonifico al fine di rilevare specifiche parole chiave indicative di un possibile utilizzo *business* della Carta.

28. A tale riguardo, in sede ispettiva, è stato acquisito un documento interno³³ che contiene l’elenco di tali parole chiave, nel quale sono specificati - per ciascuna parola - il relativo ambito professionale

²⁶ Doc. 37.

²⁷ Doc. 62.1.

²⁸ Doc. 106.

²⁹ Doc. 142 (, pag. 8 e allegato 1.

³⁰ Doc. 132 cit., allegato 8.

³¹ Doc. 121 cit., pagg. 5 e 6.

³² Doc. 132 cit., pagg. 15-16.

³³ Doc. 122.34.

e la data di attivazione del relativo controllo. In tale elenco risulta compreso anche l'“*ambito camera di commercio*” e le parole chiave indicate in tale ambito coincidono con quelle contenute nella causale del modulo di richieste di pagamento apparentemente provenienti da Camere di Commercio inviato alle microimprese segnalanti. Nel medesimo documento è riportato che i controlli su tale ambito professionale, attraverso le predette parole chiave, sono partiti “*da marzo 2023*”.

29. A tale proposito, nel corso dell'ispezione, è stata acquisita l'estrazione dei movimenti di conto relativi a quattro delle Carte oggetto delle denunce ricevute dall'Autorità e sottoposte all'attenzione di Mooney³⁴. Dall'esame di tale campione è emerso che una carta, nel periodo 08/2022-12/2022 ha registrato venti bonifici in entrata riportanti nella causale la parola chiave oggetto dell'“*ambito camera di commercio*” e un'altra carta, nel periodo 09/2022-12/2022, ha registrato otto bonifici della medesima tipologia.

30. Dalla documentazione acquisita è emerso, inoltre, che Mooney - a seguito di *alert* generati da fattori come il valore dei bonifici in entrata su carte da poco attive, la ricorrenza di segnalazioni su uno stesso punto vendita e segnalazioni di clienti truffati - a partire dai mesi di febbraio e marzo 2023, ha attivato dei controlli a campione dai quali è emersa la concentrazione di anomalie in una specifica area geografica, che coincide con l'area geografica ricorrente nelle Carte Mooney coinvolte nella pratica scorretta delle richieste di pagamento apparentemente provenienti da Camere di Commercio (v. *supra* par. 25). In considerazione di ciò, Mooney ha avviato una specifica verifica sull'area geografica in questione che ha portato, a partire da giugno 2023, ad una verifica a tappeto dei documenti di identità per i casi di rilascio della Carta Mooney in tale area geografica³⁵ e a blocchi massivi di carte a partire da giugno/luglio 2023; a ottobre 2023 le carte bloccate a seguito di controlli su documenti di riconoscimento erano [1.000–5.000]^{*36}.

31. Sul punto, è stato acquisito in sede ispettiva un *report* relativo ai “*blocchi per frode 2023*” da cui si evince che da gennaio a luglio 2023 la società ha bloccato [5.000–10.000] Carte, di cui [1.000–5.000] per “*documento contraffatto*”. In circa il 60% di tali blocchi ([1.000–5.000]) il titolare della Carta è risultato residente nella medesima area geografica ricorrente nelle Carte Mooney coinvolte nella pratica ingannevole in esame³⁷.

32. Con specifico riferimento alla fase di rilascio delle Carte Mooney, dalle informazioni acquisite in sede ispettiva, è emerso inoltre che, in ordine alle verifiche dei documenti di identità del richiedente, Mooney inizialmente si avvaleva dei servizi forniti dal Sistema Scipafi (Sistema pubblico di prevenzione delle frodi nel settore del credito al consumo con specifico riferimento al Furto d'identità)³⁸, che consente di verificare se il documento di riconoscimento rientra tra quelli denunciati come contraffatti. Più precisamente, tale Sistema è finalizzato a: (i) mettere a disposizione dei soggetti aderenti servizi informatizzati e centralizzati di verifica della veridicità delle

³⁴ Doc. 122.6.

³⁵ Doc. 142 cit., pag. 2.

* Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

³⁶ Doc. 143 cit., pag. 2.

³⁷ Doc. 122.27.

³⁸ Il decreto legislativo n. 141 del 13 agosto 2010 ha istituito il “*Sistema pubblico di prevenzione delle frodi nel settore del credito al consumo con specifico riferimento al Furto d'identità*” la cui titolarità è attribuita al Ministero dell'Economia e delle Finanze, mentre la realizzazione e la gestione sono affidate a Consap.

informazioni presentate dai soggetti richiedenti i servizi, riguardanti i relativi dati personali e documenti di riconoscimento e di reddito. La verifica avviene riscontrando le informazioni fornite dai soggetti aderenti con le informazioni presenti in banche dati pubbliche e private, collegate telematicamente con il Sistema, relative a documenti di identità e di riconoscimento, partite IVA, codici fiscali e documenti che attestano il reddito, posizioni contributive previdenziali ed assistenziali; (ii) diffondere fra i soggetti aderenti notizie sui furti d'identità avvenuti e segnalati dagli aderenti stessi; (iii) permettere la costituzione di una banca dati centrale delle segnalazioni di furti d'identità. L'utilizzo del Sistema Scipafi è stato poi sostituito da Mooney con un diverso servizio che, secondo quanto riferito da Mooney in sede ispettiva, elabora (solo) un “*indice di probabilità*” della bontà del documento.

33. In proposito, da una corrispondenza interna di Mooney acquisita in sede ispettiva, risulta che la società ha in programma un'integrazione del sistema di controlli in vigore relativi alla fase di rilascio della Carta, affinché venga compresa anche l'interrogazione del Sistema Scipafi e in tale contesto si richiede che tutte le carte attivate dalla data di dismissione del servizio Scipafi alla data del rilascio vengano passate al vaglio per la verifica di eventuali incongruenze³⁹. Tale integrazione risulta avvenuta da gennaio 2024⁴⁰.

34. Più in generale, è emerso, altresì, che nell'ambito di una corrispondenza interna risalente al 17 luglio 2023 acquisita in sede ispettiva viene riferito che Mooney risulterebbe la società più esposta in Italia per *account muling*⁴¹ e, commentando tale dato, i dipendenti di Mooney osservano che “[...] *Tale segnalazione si ricollega a quanto ci siamo sempre detti in merito al rischio reputation di Mooney ed alla necessità di “ripulire” il portafoglio di clienti [...]*”, “*Corretto, dobbiamo fare un salto di qualità nel sistema frodi e alla qualità dei ns clienti*”, “*la funzione frodi ha perso il 50% [...] delle risorse [...]*”, “*Purtroppo il report citato [i.e. sulla esposizione di Mooney per account muling] di fatto trova riscontro sugli on-boarding retail delle carte*”.

35. Sempre con riferimento al fenomeno dell'*account muling*, in una ulteriore corrispondenza interna alla società acquisita in sede ispettiva⁴², relativa all'introduzione di misure di intercettazione *ex ante* dei tentativi di frode ai danni dei clienti possessori di carte, dell'utilizzo fraudolento delle carte e della disposizione fraudolenta di bonifici, vengono condivisi i dati numerici relativi ad alcuni fenomeni, tra i quali quello - che qui rileva - consistente nella promessa di un lavoro o di un prestito in cambio dell'apertura della Carta Mooney, per il quale risulterebbero rilevati [1.000-5.000] casi, da ottobre 2022 a maggio 2023, indicativi della significativa rilevanza del fenomeno citato.

36. Nel corso dell'attività ispettiva è emerso, inoltre, che la completezza, l'adeguatezza e l'affidabilità dell'assetto organizzativo aziendale e del sistema dei controlli adottato a presidio della disciplina antiriciclaggio sono stati oggetto dell'esame di un intervento della Funzione *Internal Audit*

³⁹ Doc. 122.121.

⁴⁰ Doc. 159 cit., p. 19.

⁴¹ V. Doc.122.109 . L'*account muling* o *money muling* è una pratica finalizzata al riciclaggio di denaro proveniente da attività illecite (in particolar modo frodi informatiche e campagne di phishing): per riciclare il denaro sporco la criminalità organizzata si serve di persone che sono reclutate con vari espedienti, spesso ignare dell'illegalità delle pratiche, e che vengono chiamate *money mules* o *account mules*. I truffatori reclutano queste persone, spesso in cerca di lavoro o in difficoltà economiche, che offrono la propria identità per l'apertura di nuovi conti correnti, sui quali viene versato il denaro ricavato dalle frodi. Queste somme vengono quindi trasferite sui conti bancari dei criminali dai mule, che vengono retribuiti per l'attività svolta con delle provvigioni.

⁴² Doc. 122.131.

di Mooney condotto nel periodo temporale agosto-novembre 2022⁴³. Nella relazione di tale *audit* la valutazione del profilo di rischio associato al processo di adeguata verifica e profilatura della clientela è “Medio-Alto” (*i.e.* rischio residuo di medio/alto impatto per l’unità di riferimento e/o con medio/alta probabilità di accadimento, con necessità di impegno piuttosto rilevante del *Management* per le azioni di mitigazione).

37. Infine, è emerso che, nel febbraio 2023, Banca d’Italia ha inoltrato a Mooney una richiesta di informazioni avente a oggetto i controlli svolti dalla società in fase di rilascio della propria carta e nel corso del rapporto contrattuale, a causa di numerose segnalazioni pervenute all’Autorità di regolazione su criticità relative alla identificazione dei clienti e al monitoraggio del rapporto. Con provvedimento del 15 aprile 2024, Banca d’Italia ha disposto nei confronti di Mooney il divieto di intraprendere nuove operazioni, inibendo l’apertura di nuovi conti di moneta elettronica e di nuovi conti di pagamento, nonché l’emissione di nuove carte di pagamento. Inoltre, le disfunzioni rilevate da Banca d’Italia sono state oggetto di una contestazione formale nei confronti di Mooney nell’ambito di un procedimento amministrativo sanzionatorio avviato per carenze in materia di antiriciclaggio.

ii) *Pratica B*)

38. Dalla documentazione agli atti emerge che le recensioni negative presenti sul *web*, acquisite nel corso dell’attività pre-istruttoria⁴⁴, sono confermate dalla presenza di numerosi reclami inviati a Mooney aventi ad oggetto l’intervenuto blocco della propria Carta: più del 10% del totale dei reclami pervenuti nel periodo gennaio-dicembre 2022 riguardano, infatti, problematiche relative al blocco della Carta⁴⁵. In particolare, i consumatori lamentano di aver subito il blocco della Carta Mooney in assenza di comunicazione in ordine al motivo dal quale era scaturito⁴⁶ e senza ottenere l’indispensabile assistenza da parte del *call center* dei Professionisti⁴⁷. Nello specifico, Mooney ha

⁴³ Doc. 122.5.

⁴⁴ Doc. 111.

⁴⁵ Docc.119.7, 119.8 e 119.9.

⁴⁶ Doc. 119.7 - rigo 89 in cui il cliente lamenta di avere la carta bloccata senza esserne stato preventivamente avvisato; doc. 119.8, rigo 443, in cui il cliente segnala di aver la carta sospesa senza aver ricevuto alcuna comunicazione al riguardo e che, contattato il Servizio Clienti, non è riuscito ad avere spiegazioni in merito allo stato della carta.

⁴⁷ Doc. 100, in cui il segnalante lamenta che dopo aver tentato di perfezionare un acquisto *online* ha ricevuto da Mooney il messaggio che la carta era stata bloccata per motivi di sicurezza e che per maggiori informazioni occorreva contattare il numero verde; al riguardo il segnalante rappresenta testualmente che “*si tralascia in questa sede la descrizione delle enormi difficoltà riscontrate per parlare con un operatore al numero indicato, come si tralascia di sottolineare che un paio di volte, riuscita nel tentativo di parlare con un operatore, la sottoscritta si sia sentita raccontare di essere stata varie volte contattata senza aver risposto alle chiamate; circostanza assolutamente non veritiera. In ogni caso, dopo una email di reclamo inviata in data 6 marzo 2023 e una pec di reclamo inviata in data 8 marzo 2023, finalmente in data 13 marzo 2023 alle ore 12:18 la sottoscritta veniva contattata da un’operatrice che, dopo aver chiesto delucidazioni sul tentativo di acquisto online non andato a buon fine, comunicava che entro le 24 ore la sottoscritta avrebbe ricevuto comunicazioni. Trascorse invano anche le ulteriori 24 ore, la sottoscritta in data 14 marzo 2023 alle ore 17:37 riprovava a contattare la Mooney al numero verde dedicato; questa volta le veniva formalmente comunicato che non sarebbe stato possibile sbloccare la carte perché il pagamento non era stato classificato come “genuino” e che avrebbe dovuto compilare una richiesta di recesso (!) per poter recuperare la somma residua presente sulla carta ormai irrimediabilmente bloccata [...]*”; pertanto, il segnalante lamenta che Mooney “*invece di limitarsi a bloccare “pagamenti insicuri”, blocca la carta del cliente e, come se non bastasse, invece di sbloccare la carta una volta appurate le circostanze o semplicemente rimettere una nuova, lo invita incomprensibilmente a recedere (!!!)*”; doc.119.7, rigo 281, in cui il cliente lamenta di avere la carta bloccata da una settimana e di non riuscire ad avere informazioni in merito da parte del servizio clienti; rigo 342, in cui il cliente segnala di non aver ricevuto risposte esaustive da parte del servizio clienti sul blocco della carta; rigo 598, in cui il

proceduto al blocco delle Carte in assenza di preavviso e di contraddittorio con gli utenti, senza comunicare, se non in modo generico⁴⁸, la causa determinante la decisione di sospensione/interruzione del servizio, né i tempi previsti per la riattivazione, e senza chiarire le ragioni di urgenza che hanno giustificato l'improvvisa adozione di tale significativo provvedimento. Di conseguenza, i consumatori sono rimasti privati della possibilità di utilizzare la propria Carta Mooney e, in taluni casi, anche della possibilità di disporre delle somme di denaro depositate sulla Carta. Gli utenti che hanno subito il blocco lamentano inoltre di non aver ricevuto tempestiva ed adeguata assistenza dal servizio post-vendita di Mooney⁴⁹.

39. Con riferimento a tale profilo e alla disciplina fissata in proposito dai Professionisti, l'esame della documentazione precontrattuale e contrattuale presente sul sito *web* di Mooney alla data del 22 giugno 2023, oltre che delle indicazioni reperibili sullo stesso sito, ha consentito di appurare che, a fronte di una serie di vantaggi attribuiti alla Carta Mooney (celerità di attivazione, costi ridotti, ecc.), le informazioni complessivamente fornite non sono risultate idonee a rendere edotto il consumatore dei rischi in cui sarebbe potuto incorrere (in termini di mancata disponibilità del proprio denaro per un tempo non definito) in ragione delle modalità di gestione di un eventuale blocco della propria Carta, le quali non risultano chiaramente esplicitate nella citata documentazione⁵⁰.

40. In particolare, rileva la previsione contenuta al punto 2.2 dei “*Termini e Condizioni della Carta Mooney*”, nella parte in cui prevede che “*A seguito del rilascio della Carta, l'Emittente potrebbe contattare il cliente al fine di richiedere ulteriori informazioni o approfondimenti ai sensi della normativa di cui al precedente 2.1. In attesa della ricezione delle informazioni, la Carta del Cliente potrebbe essere temporaneamente bloccata e, qualora il Cliente non fornisca quanto eventualmente richiesto entro le tempistiche indicate dall'Emittente all'interno della comunicazione, il presente Accordo si intenderà automaticamente risolto*” [enfasi aggiunta].

cliente lamenta il blocco carta e l'impossibilità a contattare il servizio clienti; rigo 1299, in cui il cliente lamenta di contattato il Servizio Clienti ma senza successo in merito all'impossibilità di utilizzare la sua carta Mooney; doc. 119.8, rigo 314, in cui il cliente lamenta il blocco carta con saldo e l'impossibilità di comunicare con il servizio clienti.

⁴⁸ Doc.119.9, rigo 327, in cui si rinvia il cliente a quanto previsto dai “*TERMINI E CONDIZIONI DELLA CARTA MOONEY*”

⁴⁹ Doc. 111 cit.. A titolo meramente esemplificativo, si riporta il testo di alcune lamentele pubblicate su siti *web* di recensioni: “*Allucinante, carta bloccata non si sa per quale motivo dal 27 di febbraio, all'assistenza non sanno nulla dicono di aspettare la chiamata di un loro collega poi mi contattano dopo una settimana mentre sto lavorando, chiedo cortesemente di essere ricontattata nel pomeriggio da allora spariti completamente... 4 email senza risposta, al numero verde non rispondono nemmeno più. Stipendio bloccato. Pagamenti bloccati...assurdo...Sono costretta a rivolgermi a un legale a questo punto per riavere il MIO denaro. Mai successa una cosa del genere, incompetenti è dir poco [...]*”; “*Mooney è un servizio di M assistenza prepotente e persone di M ! Questa gente se ti fai fare un bonifico sul conto della carta, te lo fanno fare e poi si impossessano dei tuoi soldi per settimane e senza darti nessuna spiegazione, semplicemente dicendo che dobbiamo fare delle verifiche e le risponderemo via e-mail intanto hanno i tuoi soldi e una cosa da truffatori ladri perché anche se non perderò i miei soldi perché mi basta denunciare ma loro comunque si appropriano dei tuoi soldi con prepotenza!! Mai più un centesimo a questa carta o conto da truffatori bisogna stare alla larga se non volete trovarvi nella stessa situazione sono da evitare assolutamente*”, “*è da circa 15 giorni che mi prendono in giro, carta bloccata per tentativo di furto prontamente sventato...dagli eroi della money...che però intanto non mi sbloccano la carta con i miei ripeto miei soldi dentro...chiamate infinite, verrà richiamato dallo 02...per lo sbocco...ancora presi per [in giro, n.d.r.] mai chiamati...ladri autorizzati dallo stato dato che c'è la sisal di mezzo...io più che una stella sarei propenso per una bella carica di dinamite ladri ladri*”; “*Buonasera lascio una stella perché zero non si può!!!! e dal 14 che ho 329 euro bloccati nella mia carta mooney per verifiche!!!! non hanno avvisato ho mandato un reclamo tramite altroconsumo dalla loro bacheca lo può fare chiunque così i legali dell'associazione chiederanno i danni sono senza parole!!! decidono di sequestrare i soldi delle persone senza preavviso e dicono pure che possono!!!! prossimo passo esposto alla Banca d'Italia*”.

⁵⁰ Doc. 151.

41. La formulazione di tale regola lascia intendere che, ove la Società ravvisi la necessità di informazioni e/o documenti integrativi, questa dovrebbe provvedere a “contattare” il cliente per acquisire quanto ritenuto necessario assicurando così la tempestiva comunicazione della presenza di eventuali criticità. Nella realtà, l’unica ipotesi rilevata in concreto di comunicazione preventiva di blocco della Carta è riferita al caso del documento di identità scaduto (in cui è previsto un sistema automatico di *alerting*). Nelle restanti fattispecie di blocco cautelativo della Carta, non c’è un automatismo informativo, né una tempistica definita per tale comunicazione⁵¹.

42. Sul punto, si rileva, a titolo esemplificativo, che in una corrispondenza interna a Mooney acquisita in sede ispettiva, relativa ad alcuni casi di blocco cautelativo per frode, si legge che “*ai clienti che chiamano il CC [call center] viene chiesto di inviare il documento in formato jpg al fine di poter procedere allo sblocco della carta*”. Pertanto, si evince chiaramente che il documento necessario allo sblocco della carta viene richiesto al cliente solo quando quest’ultimo, accortosi del blocco, chiama il Servizio Clienti, diversamente da quanto enunciato nella previsione sopra richiamata.

43. Altrettanto confusorie appaiono le disposizioni contenute al punto 13 del documento sopra indicato. Infatti, da un lato, al punto 13.6 la Società si riserva il potere di disporre in qualsiasi momento, con effetto immediato, e senza alcun preavviso, il blocco della Carta al ricorrere di determinate fattispecie⁵²: si tratta di un elenco di fattispecie di blocco formulate in modo ampio (v. “*motivo di sospettare l’uso non autorizzato o fraudolento della Carta Mooney o si è preoccupati per la sicurezza della Carta Mooney*”, “*vi è motivo di ritenere che il Cliente, in qualità di titolare della carta, abbia utilizzato o intenda utilizzare la Carta Mooney in modo gravemente negligente*”) che lasciano ampio margine di discrezionalità a Mooney nel procedere ad un blocco della Carta senza preavviso; dall’altro lato, invece, al punto 13.7 la Società prevede, in modo contraddittorio e confusorio, che prima di procedere al blocco, il cliente verrà informato telefonicamente o via email, anche in casi ricompresi nelle fattispecie di blocco senza preavviso, come le sospette frodi (“*Nel caso in cui l’Emittente venisse a conoscenza di sospette o effettive frodi o minacce alla sicurezza relative alla Carta Mooney, provvederà, ai fini di tutelare il Cliente, ad apporre un blocco momentaneo e contatterà il Cliente telefonicamente o via email*”)⁵³.

⁵¹ Doc. 142 cit. pag. 3.

⁵² Il punto 13.6 prevede testualmente che: “13.6 L’Emittente può bloccare o sospendere momentaneamente la Carta Mooney del Cliente in qualsiasi momento con effetto immediato senza alcun preavviso se: 13.6.1 si scopre che una qualsiasi delle informazioni fornite dal Cliente durante la richiesta della Carta Mooney non sia corretta; 13.6.2 vi è motivo di sospettare l’uso non autorizzato o fraudolento della Carta Mooney o si è preoccupati per la sicurezza della Carta Mooney; 13.6.3 il Cliente ha violato una qualsiasi disposizione del presente Accordo o abbia utilizzato la carta non agendo nella qualità di consumatore; 13.6.4 vi è motivo di ritenere che il Cliente, in qualità di titolare della carta, abbia utilizzato o intenda utilizzare la Carta Mooney in modo gravemente negligente o per scopi fraudolenti o illeciti; o 13.6.5 si sia verificata l’ipotesi di cui al paragrafo 4.3, l’Emittente potrà sospendere la Carta del Cliente limitatamente alle operazioni in uscita fino all’avvenuto rimborso delle somme dovute 13.6.6 L’Emittente non possa elaborare transazioni a causa di azioni di terzi.”.

⁵³ Il punto 13.7 prevede testualmente che: “13.7 Prima di procedere al blocco momentaneo o al recesso dalla Carta Mooney, l’Emittente informerà di ciò il Cliente telefonicamente o via e-mail, indicando le motivazioni e informando il Cliente circa le modalità di restituzione del Saldo Disponibile (a seguito della detrazione di eventuali transazioni e commissioni in sospeso) in conformità al paragrafo 4.11. Inoltre, l’Emittente può informare chiunque sia coinvolto nella transazione se un blocco momentaneo ha avuto luogo. Nel caso in cui l’Emittente venisse a conoscenza di sospette o effettive frodi o minacce alla sicurezza relative alla Carta Mooney, provvederà, ai fini di tutelare il Cliente, ad apporre un blocco momentaneo e contatterà il Cliente telefonicamente o via e-mail”.

44. Ulteriore elemento rilevante è rappresentato dal fatto che le richiamate disposizioni contrattuali non indicano i tempi di gestione dello sblocco.

45. Peraltro, previsioni più chiare sulle fattispecie di blocco al ricorrere delle quali il titolare della Carta deve essere preavvertito e sui casi in cui, invece, non può ricevere tale informativa per superiori ragioni di sicurezza e riservatezza, non risultano definite nemmeno nelle procedure interne di Mooney, nelle quali non si rinviene altresì l'indicazione di termini certi per la gestione degli sblocchi delle Carte, come confermato dalla stessa Società in audizione⁵⁴.

46. In particolare, nei manuali e nelle procedure interne, acquisiti in sede ispettiva, è stato possibile riscontrare che Mooney non ha definito alcuna tempistica per la gestione delle anomalie che emergono a seguito della attivazione della Carta: non risulta fissato alcun termine per lo svolgimento delle verifiche attivate a seguito di *alert* o segnalazioni di terzi, per addivenire alla decisione di blocco cautelativo della Carta e per comunicare al cliente l'intervenuto blocco⁵⁵. Nella documentazione esaminata è presente solo un termine di trenta giorni dalla comunicazione al cliente di intervenuto blocco della Carta, concesso allo stesso per produrre un nuovo documento di riconoscimento valido (in mancanza, ha luogo la risoluzione del rapporto contrattuale).

47. Al riguardo, la Società ha rappresentato che le tempistiche di sblocco si attestano sui *[fino a 10]* giorni lavorativi dalla ricezione della documentazione completa, senza fornire tuttavia alcuna evidenza di tale dato, che non trova riscontro nella documentazione in atti. Infatti, i dati trasmessi dai Professionisti⁵⁶ dimostrano che, nel periodo luglio 2022 - luglio 2023, a fronte di *[100.000-500.000]* carte emesse e attive sono stati registrati *[10.000-50.000]* blocchi totali, di cui solo *[100-1.000]* hanno riguardato casi di "confisca", "accertamento", "sequestro" e questioni analoghe; dei restanti *[10.000-50.000]*, Mooney ha indicato la data di sblocco in *[1.000-5.000]* casi, nei quali tale sblocco è intervenuto mediamente in quarantaquattro giorni, dunque un lasso di tempo ben superiore alla tempistica rappresentata dai Professionisti. Pur eliminando la casistica di blocco relativa a "documento contraffatto", per la quale Mooney potrebbe essere rimasta in attesa della trasmissione del documento da parte del titolare, il tempo medio di sblocco resta sostanzialmente invariato.

48. Sempre con riferimento al tema del rapporto tra blocco e sblocco delle Carte, rileva la vicenda che ha interessato una specifica area geografica del Paese rispetto alla quale, su *[1.000-5.000]* carte che risultavano essere state bloccate a partire dal 18 giugno 2023, alla data dell'ispezione (20 luglio 2023) ne erano state sbloccate solo *[fino a 100]*. Tali dati, insieme a quelli riportati nel paragrafo precedente, appaiono indicativi di tempi significativamente lunghi per le attività di sblocco, soprattutto se si tiene conto del fatto che nella casistica in questione rientrano anche casi in cui la misura è riconducibile al solo fatto che il documento di identità, fotografato dall'addetto al punto vendita con la pistola *scanner*, non risulta perfettamente leggibile per difetti di qualità della foto scattata. Sul punto, giova evidenziare peraltro che un blocco motivato dal difetto della foto scattata al documento di identità in fase di rilascio della Carta è una misura che origina da una condotta non riconducibile alla responsabilità dell'utente ma a un atto compiuto dall'addetto del punto vendita di Mooney, che non ha effettuato adeguate e doverose verifiche circa la qualità della fotografia prevista

⁵⁴ Doc. 142 cit., pag. 3.

⁵⁵ Docc. 122.10 e 122.18.

⁵⁶ Doc. 133, allegato 4.

per completare il processo di acquisizione della Carta e a fronte del quale il consumatore subisce la rilevante limitazione del blocco.

49. Anche il contenuto delle comunicazioni di blocco risulta carente dal momento che, come emerso dall'analisi dei blocchi delle carte intervenuti a giugno 2023 nell'area geografica in questione, le lettere di notifica del blocco facevano generico riferimento alla necessità di svolgere “*opportune verifiche*”, rinviando per ulteriori informazioni al Servizio Clienti. Solo in un secondo momento, a far data dal 20 luglio 2023, vale a dire dopo l'avvio della presente istruttoria, la comunicazione è stata integrata con la richiesta al cliente di trasmissione di un documento di identità diverso da quello consegnato in fase di emissione della Carta “*al fine di permettere alle funzioni competenti di valutare lo sblocco della carta*”⁵⁷.

50. La documentazione in atti dimostra, inoltre, che le criticità rilevate sotto il profilo dell'assenza di un preavviso sul blocco della Carta, non sono nemmeno compensate da un'adeguata assistenza del cliente nella fase successiva al blocco. In sede ispettiva, è stata acquisita corrispondenza interna della società relativa a reclami da parte di clienti che si sono visti bloccare le carte senza preavviso e che hanno lamentato di non aver ricevuto alcun chiarimento sullo sblocco⁵⁸.

51. Al fine di superare le descritte anomalie collegate alle comunicazioni di blocco, Mooney ha rappresentato che, a partire dal 16 ottobre 2023, è stato previsto l'invio massivo ai clienti di comunicazioni *email* riguardanti i blocchi effettuati nel corso della giornata, e che in tal modo l'informativa sulla sospensione delle Carte viene fornita al massimo entro qualche ora dall'intervenuto blocco delle stesse⁵⁹.

3) Le argomentazioni difensive delle Parti

i) Rilievi procedurali

52. In via preliminare, le Parti evidenziano che nel corso del presente procedimento hanno avuto luogo eventi “*anomali*” tali da determinare una significativa compressione dei diritti di difesa, pregiudicando l'esito dell'istruttoria. Precisamente, la Direzione istruttoria avrebbe strumentalizzato il contenuto degli impegni proposti da Mooney e delle informazioni sugli stessi fornite nel corso dell'audizione del 30 ottobre 2023 nonché nella risposta alla richiesta di informazioni formulata in occasione di tale audizione, per farne conseguire una sostanziale “*ammissione di responsabilità*” da parte di Mooney.

53. In particolare, le Parti richiamano il contenuto della comunicazione del termine di chiusura della fase istruttoria (di seguito, “*comunicazione di chiusura istruttoria*”) nella parte in cui riporta l'intenzione manifestata dalla società di integrare l'attuale sistema di controllo sui documenti di identità acquisiti con il Sistema Scipafi e rilevano che tale circostanza non può essere utilizzata per affermare la consapevolezza di Mooney della presunta inidoneità del sistema di controllo in vigore, in quanto in tal modo l'impianto accusatorio verrebbe fondato sul contenuto degli impegni, in violazione del principio per cui la presentazione degli impegni non implica alcuna ammissione di responsabilità del professionista rispetto alle pratiche oggetto di istruttoria e, più in generale, comporterebbe una lesione dei diritti di difesa di Mooney.

⁵⁷ Doc. 122.37.

⁵⁸ V. *supra* nota n. 46.

⁵⁹ Doc. 143 cit.

54. Il secondo rilievo avanzato dalle Parti consisterebbe nel fatto che la comunicazione contenente la valutazione sulle istanze di riservatezza formulate nel corso del procedimento è stata trasmessa alle stesse in data 9 febbraio 2024, solo pochi minuti prima della comunicazione di chiusura istruttoria. In particolare, le Società evidenziano di aver depositato in data 14 febbraio 2024 le proprie osservazioni alla comunicazione sulle valutazioni relative alle istanze di riservatezza, senza ottenere riscontro e che, pertanto, l'esito delle istanze di riservatezza è stato definito solo a seguito dell'invio della comunicazione di chiusura istruttoria, in violazione di quanto disposto dall'articolo 11, comma 9, del Regolamento.

ii) Sulla pratica sub A)

55. I Professionisti rappresentano che lo schema della pratica consistente nelle ingannevoli richieste di pagamento attraverso bollettini apparentemente provenienti da Camere di Commercio è un fenomeno diffuso da tempo, tant'è che l'Autorità ha pubblicato nel 2017 un *Vademecum* al riguardo e ha sanzionato, nel corso degli anni, diverse società. In tali precedenti, l'Autorità ha imputato l'illecito unicamente all'autore della pratica, unico soggetto che trarrebbe un vantaggio economico dalla condotta in questione, e non ha in alcun modo ipotizzato che gli istituti bancari presso cui le società sanzionate erano titolari di un conto corrente su cui venivano accreditati gli introiti della condotta fraudolenta, potessero essere corresponsabili del comportamento illecito. Pertanto, le Parti ritengono che nel procedimento in esame Mooney sia stata utilizzata come "capro espiatorio" di condotte illecite commesse da persone fisiche (e non da imprese), su cui l'Autorità non ha giurisdizione.

56. Nello specifico, le Parti ritengono che la condotta *sub A)* non possa integrare gli estremi di una pratica commerciale scorretta, non ricorrendo il presupposto di una necessaria connessione diretta tra la pratica e la promozione o commercializzazione dei prodotti e servizi Mooney, posto che le microimprese coinvolte nella pratica scorretta non risultano essere clienti Mooney, né tale pratica rientra nella strategia commerciale di Mooney atteso che non contribuisce a incrementare le vendite o generare profitti in capo alla società; inoltre, Mooney non potrebbe essere considerata responsabile dell'utilizzo "distorto" del prodotto da parte del consumatore (*i.e.* utilizzo delle Carte per commettere condotte fraudolente).

57. In ogni caso, a parere dei Professionisti difetterebbero anche i requisiti della idoneità della condotta di Mooney a falsare il comportamento economico del consumatore medio cui è diretta e della violazione degli obblighi di diligenza professionale.

58. In relazione al primo profilo, le Parti rilevano che nella comunicazione del termine di chiusura della fase istruttoria non sarebbe contenuta alcuna valutazione rispetto a tale presupposto, con conseguente difficoltà per le Società ad articolare la propria difesa, dal momento che non verrebbe indicato il consumatore destinatario della pratica, né sarebbe ravvisabile alcuna decisione commerciale suscettibile di essere influenzata dal comportamento di Mooney. Inoltre, non sarebbe stata indicata la percentuale di clienti che hanno utilizzato la Carta Mooney per le attività fraudolente in esame rispetto ad altri circuiti di carte prepagate e, comunque, a prescindere da tale percentuale, anche gli altri istituti di credito coinvolti sarebbero parimenti imputabili. In ogni caso, Mooney non avrebbe in alcun modo la possibilità di alterare la capacità di scelta delle microimprese di effettuare i bonifici ai truffatori perché non è indicato nei bollettini ingannevoli che gli Iban su cui effettuare i bonifici appartengono a titolari di Carte Mooney.

59. In relazione al secondo requisito, le Parti ritengono che verrebbe richiesta a Mooney l'osservanza di uno *standard* di diligenza del tutto sproporzionato rispetto a quanto è ragionevole attendersi da un professionista, in quanto sono difficilmente prevedibili e contrastabili pratiche ingannevoli come quella posta in essere a danno delle microimprese, con le quali Mooney non ha peraltro alcun rapporto contrattuale e in quanto non sussisterebbe alcun guadagno o beneficio che Mooney trarrebbe dalla pratica contestata.

60. Inoltre, le Parti rilevano che sarebbero state interpretate in modo inesatto le dichiarazioni rese da Mooney nel corso dell'audizione del 30 ottobre 2023 riguardanti la circostanza che la società ha effettuato blocchi delle Carte connessi alla pratica ingannevole in danno delle microimprese anche prima della richiesta di informazioni del luglio 2022 da parte dell'Autorità e che tale circostanza non troverebbe riscontro nelle risultanze istruttorie.

61. In considerazione della ritenuta insussistenza di una pratica commerciale, le Parti eccepiscono anche l'incompetenza dell'Autorità a procedere all'accertamento della condotta, essendo i profili di criticità rilevati - fondati su una negligenza dovuta ad asserite carenze organizzative o di controllo - di competenza di Banca d'Italia, in qualità di Autorità di regolazione, alla quale la normativa di settore attribuisce poteri sanzionatori, di indagine e di controllo.

62. Al riguardo, le Parti evidenziano altresì che solo laddove l'Autorità di regolazione dovesse accertare il mancato rispetto della disciplina settoriale, tale circostanza potrebbe diventare parametro di riferimento ai fini della definizione del livello di diligenza che deve essere osservato dall'operatore.

63. Infine, con riferimento all'entità dell'eventuale sanzione, le Parti evidenziano gli elementi da cui sarebbe possibile desumere il modesto grado di gravità della condotta contestata: assenza di dolo, assenza di vantaggi economici, natura non aggressiva della pratica contestata, riconducibilità del danno alle microimprese a soggetti terzi titolari delle Carte, l'adozione da parte di Mooney di misure volte ad attenuare o eliminare le conseguenze della presunta violazione.

64. Con riferimento specifico alla durata della pratica in questione, le Parti ritengono che la stessa debba considerarsi cessata alla data dell'ultima acquisizione al fascicolo istruttorio di una segnalazione relativa alla pratica ingannevole posta in essere a danno delle microimprese, ossia al 14 marzo 2023, con conseguente applicazione del regime sanzionatorio precedente all'entrata in vigore del D.Lgs., n. 26/2023. In considerazione della novità dell'addebito in esame e della ridotta entità delle sanzioni comminate agli autori della medesima pratica ingannevole nei procedimenti precedenti, le Parti chiedono l'applicazione di una sanzione di natura simbolica.

iii) Sulla pratica sub B)

65. Le Parti eccepiscono l'infondatezza dell'addebito in esame, ritenendo che siano state indicate in modo chiaro, nelle condizioni contrattuali della Carta, le fattispecie e le modalità con cui è attivata la procedura di blocco. In ogni caso, non sarebbe stato dimostrato che la conoscenza di tali elementi costituisca un elemento rilevante ai fini della decisione del consumatore medio di contrarre con Mooney. Al riguardo, le Parti evidenziano che tale decisione dipende da fattori come il prezzo e la qualità dei servizi offerti e non da elementi inerenti al blocco delle carte al verificarsi di eventi "patologici" e che comunque presentano un carattere *standard*. A riprova di ciò, i Professionisti affermano che nei casi riportati nelle recensioni acquisite al fascicolo istruttorio, in relazione ai quali

Mooney è riuscita a risalire al cliente, la Carta è stata sbloccata o riemessa e il cliente ha continuato il suo rapporto con Mooney.

66. Con specifico riferimento alle modalità di blocco, i Professionisti rilevano che non sarebbe stato tenuto in considerazione che vi sono delle ipotesi (come i casi di sospette o effettive frodi o minacce alla sicurezza) in cui Mooney provvede legittimamente ad apporre un blocco cautelativo della Carta, informando il cliente solo successivamente e che le tempistiche di sblocco dipendono anche da elementi non imputabili a Mooney (come nei casi di richieste di blocco da parte dell'Autorità Giudiziaria o qualora per le verifiche sia necessario un *input* da parte del cliente) e/o dalla gravità delle cause del blocco (sospetta frode o rischio di sicurezza per la Carta).

67. In particolare, le Parti evidenziano che Mooney procederebbe allo sblocco delle Carte entro *[fino a 10]* giorni lavorativi dalla ricezione della necessaria e completa documentazione da parte del cliente. Al riguardo, le Parti ritengono che per valutare la tempistica di sblocco delle Carte non si possa far riferimento al blocco massivo di Carte effettuato nel giugno 2023 nell'area geografica interessata da una elevata incidenza di anomalie e ai dati dei relativi sblocchi, dal momento che non sarebbe dimostrato che i tempi di tali sblocchi dipendono da Mooney anziché dai titolari delle Carte, tenuti a trasmettere un nuovo documento; al contrario, tale vicenda dimostrerebbe l'efficacia dei controlli sulle procedure di *onboarding* nell'area geografica in questione, e dunque l'infondatezza dell'addebito *sub* pratica A), dal momento che da ulteriori verifiche interne sarebbe emerso che Mooney è riuscita a contattare solo *[1.000-5.000]* clienti, di cui *[100-1.000]* risultano ad oggi attivi, mentre per i restanti si è confermato il blocco.

68. Peraltro, tali considerazioni attesterebbero la complessiva incoerenza dell'impianto accusatorio che, con la pratica A) postula una omessa diligenza rispetto ai controlli necessari per prevenire condotte fraudolente dei titolari delle Carte e con la pratica B), invece, contesterebbe un'eccessiva solerzia di Mooney nelle attività di blocco.

69. Le Parti ritengono, altresì, non provata la contestata assenza di un adeguato contraddittorio con il consumatore in caso di blocco cautelativo della Carta, dal momento che nei casi di segnalazioni in cui Mooney è riuscita a risalire al titolare della Carta la maggior parte sarebbero riconducibili a un blocco cautelativo per sospetta frode, che non prevede la previa comunicazione al cliente. Nei restanti casi che richiedevano la previa informativa, la stessa sarebbe stata fornita via SMS nella metà e i restanti costituirebbero disservizi sporadici e fisiologici.

70. Più in generale, le Parti rilevano il numero non significativo delle segnalazioni e recensioni negative relative alle modalità di blocco/sblocco delle Carte acquisite al fascicolo istruttorio, al quale non potrebbe essere conferito un significativo valore probatorio, soprattutto a fronte del numero di Carte in portafoglio alla data del 18 luglio 2023, pari a *[1-2]* milioni e del numero di blocchi effettuati tra il 1° luglio 2022 e la data di protocollo della comunicazione di avvio del presente procedimento, pari a *[10.000-50.000]*. Anche i reclami trasmessi all'Autorità e relativi al predetto periodo temporale (pari a *[100-1.000]* e dunque *[fino a 1%]* del totale dei clienti Mooney), risulterebbero gestiti in un tempo medio di *[10- 50]* giorni. In particolare, con riferimento alle recensioni negative *online* acquisite al fascicolo istruttorio, le Parti evidenziano che è lecito dubitare dell'affidabilità delle stesse per l'elevato rischio di non corrispondenza ad una reale esperienza commerciale dell'utente e che, in ogni caso, per quelle acquisite al fascicolo istruttorio alcune si limiterebbero ad esprimere genericamente un giudizio negativo sull'operato di Mooney e che in più

della metà di tali recensioni non sarebbe stato possibile risalire all'identità di coloro che le hanno pubblicate per verificarne la provenienza e lo *status* della Carta.

71. Infine, con riferimento all'entità dell'eventuale sanzione, le Parti evidenziano gli elementi che deporrebbero per la tenuità dell'infrazione: numero esiguo di segnalazioni e recensioni negative, azioni già implementate e da implementare per migliorare gli aspetti procedurali interni e informativi, assenza di benefici finanziari conseguiti da Mooney e mancanza di intenzionalità o malafede della società. Più in generale, le Parti evidenziano le condizioni economiche non positive di Mooney e della controllante Mooney Group, attestate da perdite di bilancio.

IV. PARERE DELL'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

72. Poiché la pratica commerciale *sub B*) oggetto del presente provvedimento è stata diffusa anche attraverso mezzi di telecomunicazione, in data 5 marzo 2024 è stato richiesto il parere all'AGCOM, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, del Codice del consumo.

73. Con nota pervenuta in data 2 aprile 2024⁶⁰, la suddetta Autorità ha espresso il proprio parere rilevando che la pratica in esame, sulla base della documentazione istruttoria, si riferisce alle comunicazioni e attività attuate dalle Società anche tramite *Internet*, che costituisce una rete di comunicazione globale, in grado di offrire velocemente all'utente una vasta sequenza di informazioni atte a influenzarne il comportamento. Pertanto, *“con riferimento al caso di specie, il mezzo di comunicazione e acquisto utilizzato, in relazione al servizio offerto dalle Società, risulta idoneo a sviluppare un significativo impatto sui consumatori che, sulla base delle informazioni lette nei siti/app utilizzati dalle Società, potrebbero essere indotti ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbero preso, così sviluppando in concreto la piena potenzialità delle modalità di promozione e vendita utilizzate”*. L'AGCOM ha ritenuto quindi che, nel caso di specie, *“Internet sia uno strumento di comunicazione idoneo a influenzare significativamente la realizzazione della pratica commerciale rispetto alla quale è richiesto parere”*.

V. PARERE DELLA BANCA D'ITALIA

74. Poiché la pratica commerciale oggetto del presente provvedimento riguarda il settore dei servizi di pagamento, in data 5 marzo 2024 è stato richiesto il parere a Banca d'Italia, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 27, comma 1-*bis*, del Codice del consumo⁶¹.

75. Con nota pervenuta in data 2 aprile 2024⁶², la suddetta Autorità ha espresso il proprio parere rilevando quanto segue.

76. Con riguardo alla pratica *sub A*), Banca d'Italia ha rilevato che essa investe profili attinenti agli assetti organizzativi e di controllo di Mooney, che rappresentano ambiti di specifica competenza della Banca d'Italia, sulla base di poteri di vigilanza a fini di contrasto del riciclaggio e del

⁶⁰ Doc. 169 cit..

⁶¹ Nel corso dell'istruttoria, al fine di favorire il coordinamento con l'Autorità di regolazione di settore anche prima e al di là della richiesta di parere *ex* articolo 27, comma 1-*bis* del Codice del consumo, si sono svolti tre incontri con i rappresentanti di Banca d'Italia titolari delle Divisioni maggiormente interessate dai profili di criticità oggetto del presente procedimento. Durante tali incontri è stato dato conto dello stadio del procedimento e delle evidenze raccolte e non è emersa la presenza di norme di settore non compatibili con le norme del Codice del consumo (v. doc. 166).

⁶² Doc. 170 cit..

finanziamento del terrorismo, oltre che prudenziali e di tutela, espressamente attribuiti alla stessa dal d.lgs. 231/2007 e dal D.lgs n. 385/1993 (c.d Testo unico bancario – TUB).

77. Quanto alla pratica *sub B*), la suddetta Autorità ha rilevato preliminarmente che, in base all'articolo 6 del D.Lgs. 11/2010 e alle Disposizioni di trasparenza (provvedimento del 29 luglio 2009 e successive modifiche e integrazioni, “*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*”, sezione VI, § 4.1.1, lettera e), “*è possibile bloccare l'utilizzo di uno strumento di pagamento per giustificati motivi, ove previsto nel contratto; in caso di blocco va fornita al cliente un'informativa motivata, preferibilmente in via anticipata o immediatamente dopo; l'informativa può essere omessa per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza ovvero ove ricorrano altri giustificati motivi in base alle disposizioni in materia di contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, di legge o di regolamento. Al venir meno delle ragioni che hanno portato al blocco dello strumento di pagamento, va riattivato lo strumento o emesso uno nuovo in sostituzione di quello bloccato*”. Nel caso di specie, Banca d'Italia ha rilevato che: “*la documentazione di trasparenza di Mooney rinvenuta nel fascicolo del procedimento qui trasmesso, elenca, ancorché sinteticamente, alcuni casi in cui Mooney può bloccare o sospendere la carta con effetto immediato e senza preavviso. Tali casi, ancorché non esaustivi, riguardano ipotesi coerenti con quanto previsto dalla normativa di riferimento (informazioni non corrette fornite dal cliente in sede di apertura; sospetto di usi non autorizzati o fraudolenti; violazioni contrattuali). Al contempo, viene fatto riferimento a talune modalità di contatto della clientela, sia ex ante sia ex post, che Mooney adotterebbe a fronte di tali eventi*”.

VI. VALUTAZIONI CONCLUSIVE

78. Il procedimento concerne due distinte e autonome pratiche, poste in essere dai Professionisti, pur risultando vicendevolmente condizionate:

pratica A), consistente nella mancanza di un'efficace e tempestiva attuazione dei controlli sul rilascio delle Carte Mooney e sul corretto utilizzo delle stesse da parte dei titolari, idonea ad agevolare il perpetuarsi di una pratica commerciale scorretta, di cui il Professionista aveva piena consapevolezza, consistente in richieste di pagamento attraverso le predette Carte, effettuate da soggetti terzi, con modalità ingannevoli, in danno di microimprese destinatarie di tali richieste;

pratica B), consistente nell'aver omesso o aver fornito con modalità non chiare informazioni rilevanti sulle procedure di blocco e di sblocco della Carta Mooney, senza far capire ai consumatori che avrebbero potuto trovarsi successivamente all'attivazione della Carta nell'impossibilità di utilizzare, anche per un prolungato periodo di tempo, il denaro versato sulla Carta in ragione di blocchi della stessa disposti unilateralmente da Mooney; aver attivato procedure di blocco delle Carte attive, senza alcun preavviso per i clienti, nonché senza garantire loro adeguato contraddittorio ed idonea assistenza nella fase di blocco, privandoli della possibilità di disporre delle somme presenti sulla Carta e degli altri servizi a essa connessi.

79. Preliminarmente, quanto all'imputabilità delle condotte, sulla base della documentazione agli atti, queste risultano riferibili alla Società Mooney S.p.A., in qualità di emittente della Carta Mooney e alla Società Mooney Group S.p.A. in qualità di capogruppo che detiene il controllo totalitario di Mooney S.p.A., sulla quale esercita attività di direzione e coordinamento e che, avendo omesso di vigilare sull'operato della società figlia, contribuendo con il proprio contegno alla realizzazione

delle pratiche commerciali scorrette, risponde pertanto dell'illecito consumeristico posto in essere dalla società controllata.

Sulle eccezioni procedurali sollevate dalle Parti

80. In via preliminare, occorre esaminare l'eccezione sollevata dalle Parti relativa ad asseriti "eventi anomali" che avrebbero determinato una significativa compressione dei diritti di difesa e pregiudicato l'esito dell'istruttoria.

81. In relazione all'asserita strumentalizzazione degli impegni proposti da Mooney, con specifico riferimento alla intenzione manifestata dalla società di integrare i sistemi di controllo vigenti con il Sistema Scipafi, si rileva quanto segue.

82. Come si evince dalla esposizione delle risultanze istruttorie contenuta nella comunicazione di chiusura istruttoria e nel presente provvedimento, nessun elemento di prova e di valutazione richiama il contenuto delle misure proposte da Mooney con gli impegni. In particolare, l'intenzione della società di integrare i propri controlli con il Sistema Scipafi è contenuta in un documento acquisito in sede ispettiva, nel quale è riportata anche l'intenzione della società di ripetere le verifiche sui documenti acquisiti nel periodo intercorrente tra la sospensione dell'utilizzo di Scipafi fino alla data della sua riattivazione⁶³. Tali elementi, e non le misure proposte dalla società con gli impegni, sono valutati come un'evidenza significativa del fatto che Mooney fosse consapevole del valore aggiunto del Sistema Scipafi e, dunque, delle carenze che la protratta dismissione di tale sistema ha comportato.

83. Pertanto, l'eccezione sollevata dalle Parti su tale profilo è del tutto priva di pregio e destituita di ogni fondamento.

84. In relazione alla circostanza che la trasmissione della comunicazione sull'esito delle istanze di riservatezza è avvenuta poco prima della trasmissione della comunicazione di chiusura istruttoria, in violazione dell'articolo 11, comma 9, del Regolamento, si evidenzia che tale disposizione prevede che ***"Il responsabile del procedimento può disporre motivatamente il differimento dell'accesso ai documenti sino a quando non sia accertata la loro rilevanza ai fini della prova delle infrazioni e comunque non oltre la comunicazione della data di conclusione della fase istruttoria di cui all'articolo 16"*** [enfasi aggiunta]. Pertanto, ai sensi di tale disposizione è il differimento dell'accesso - e non la valutazione sulle istanze di riservatezza - che non può superare la data di comunicazione di chiusura istruttoria. Del resto, appare chiara la *ratio* della disposizione in esame, che è quella di garantire a tutte le Parti di un procedimento di poter avere "accesso agli atti" per i quali è stato disposto il differimento non oltre la data di comunicazione del termine di chiusura istruttoria, in modo da consentire a tutte le Parti del procedimento la conoscenza, nel rispetto delle diverse esigenze di riservatezza, dei documenti ritenuti rilevanti ai fini della prova delle infrazioni contestate. Appare evidente dunque che, nel caso di specie, non ricorre alcuna violazione della disposizione sopra richiamata, dal momento che nessuna istanza di accesso formulata dalle Parti è stata mai inevasa per differimento della valutazione di istanze di riservatezza nel corso del presente procedimento, avendo i differimenti disposti avuto effetto sugli eventuali accessi di terzi ai documenti oggetto delle istanze di riservatezza presentate dalle Parti. Ciò peraltro evidenzia la strumentalità del rilievo in esame, considerato che le uniche parti del procedimento sono le Società

⁶³ Doc. 122.121cit.

– appartenenti al medesimo gruppo - cui sono rivolte le contestazioni, essendo lo stesso privo di segnalanti e intervenienti, e che gli atti istruttori constano, quasi esclusivamente, in documentazione di provenienza dalle medesime Società.

Sulla Pratica A)

1) Valutazioni preliminari

85. In via preliminare, si ritiene opportuno svolgere alcune considerazioni sulle eccezioni sollevate dalle Parti in merito alla insussistenza nella fattispecie in esame dei requisiti necessari per configurare gli estremi di una pratica commerciale e sulla conseguente ritenuta incompetenza dell’Autorità.

86. Rispetto all’argomento delle Parti secondo cui le condotte contestate a Mooney non potrebbero assumere rilievo ai fini dell’applicabilità del Codice del consumo, si osserva che, secondo costante giurisprudenza, per effetto del combinato disposto di cui agli articoli 27, comma 13, D.Lgs. n. 206/2005 e 5 legge n. 689/1981, le pratiche commerciali scorrette possono dare vita anche a fattispecie plurisoggettive, poste in essere da una pluralità di professionisti, i quali pertanto concorrono alla commissione di un illecito.

87. Secondo la giurisprudenza più recente, sono passibili di censura anche le condotte che, seppure singolarmente considerate non integrino gli estremi della pratica commerciale scorretta, in quanto non ne riproducono tutti gli elementi costitutivi, forniscono un “contributo” alla commissione dell’illecito consumeristico.

88. La stessa giurisprudenza ha, altresì, precisato che affinché tale contributo integri una violazione del Codice del consumo è sufficiente che esso assuma la forma di “agevolazione”, nel senso che può sussistere anche nel caso in cui difetti un rapporto di stretta causalità tra la pratica e l’agevolazione, in quanto in assenza della condotta di agevolazione l’illecito sarebbe stato egualmente commesso, ancorché con maggiori incertezze di riuscita o difficoltà⁶⁴.

89. Nel caso di specie, l’assenza di un rapporto diretto tra Mooney e le microimprese che hanno subito il raggio ad opera dei titolari delle Carte Mooney non può rilevare quale esimente della responsabilità della Società.

90. È infatti evidente che la pratica in esame si configura come una fattispecie plurisoggettiva. In tale fattispecie i destinatari della pratica sono le microimprese indebitamente indotte a effettuare i pagamenti e i professionisti che hanno concorso alla realizzazione della stessa sono, da un lato, i soggetti che hanno inviato le richieste ingannevoli di pagamento e li hanno riscossi e, dall’altro, il soggetto che - nella piena consapevolezza dell’esistenza del fenomeno - ha fornito lo strumento che, in ragione delle azioni e omissioni emerse dalle risultanze istruttorie, ha agevolato l’adozione di tali condotte.

91. La rilevanza delle azioni e omissioni di Mooney ai fini della realizzazione della pratica è resa particolarmente evidente dalla circostanza che, non appena la Società ha adottato iniziative per fronteggiare il fenomeno, la pratica è immediatamente cessata, a ulteriore conferma che le azioni e le omissioni di Mooney ne avevano significativamente agevolato l’attuazione.

⁶⁴ Cfr. Consiglio di Stato, VI, sentenza 8 agosto 2022, n. 6996 e Consiglio di Stato, VI, 27 febbraio 2023, n. 1953, che richiamano Cass. civ. Sez. I, sentenza, 8 febbraio 2016, n. 2406.

92. Peraltro, laddove si negasse rilevanza giuridica al contributo fornito da un'impresa alla realizzazione di una pratica commerciale scorretta per il solo fatto che le sue condotte non sono in rapporto di stretta causalità con quelle direttamente rivolte al soggetto che subisce le conseguenze della pratica, l'effetto utile delle norme poste a tutela dei consumatori risulterebbe ingiustificatamente frustrato. Ciò è tanto più vero nel caso di specie, che ha visto in passato l'Autorità intervenire nei confronti dei singoli professionisti beneficiari dei pagamenti indebitamente richiesti alle microimprese senza tuttavia riuscire ad arginare il fenomeno, laddove, invece, come detto, l'intervento nei confronti di Mooney ha condotto alla interruzione della pratica.

93. Tanto chiarito, si osserva come del tutto privi di pregio risultino pure i rilievi secondo cui Mooney non trarrebbe alcun vantaggio economico dalla pratica in esame. È, infatti, evidente che le azioni e omissioni di Mooney che, in questa sede, rilevano sotto il profilo della diligenza richiesta ad un operatore attivo in un settore particolarmente delicato come quello dei pagamenti, si prestano altresì a garantire attrattività alle Carte Mooney - e, dunque, maggiore clientela alla Società - in ragione della maggiore facilità di attivazione ed utilizzo dello strumento da essa offerto.

94. Con riferimento, inoltre, alla eccepita incompetenza dell'Autorità, si rileva quanto segue.

95. In linea generale, giova osservare che la sottoposizione di una attività e delle relative condotte a una normativa di settore non esclude l'applicabilità del Codice del consumo laddove siano configurabili violazioni di tale Codice, quando non vi siano contrasti tra i due plessi normativi. Ciò è chiaramente espresso nella sentenza della Corte di Giustizia europea del 13 settembre 2018 n. 54 relativa alle cause riunite C-54/17 e C-55/17, richiamata in più occasioni dal Consiglio di Stato, secondo il quale: *“Nella definizione del rapporto di competenza tra l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che opera nel mercato generale con funzioni di vigilanza, e l'Autorità di regolazione, che opera nel settore particolare, la norma fondamentale di riferimento è l'art. 19 comma 3, del Codice del consumo”*⁶⁵. Tale articolo stabilisce che, in caso di contrasto tra norme che disciplinano la condotta contestata, prevalgono quelle contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle norme nazionali di recepimento che disciplinano “aspetti specifici” delle pratiche commerciali scorrette e non le disposizioni del Codice del Consumo⁶⁶. Sul punto, il Consiglio di Stato ha affermato che: *“Tale disposizione è stata, nel tempo, variamente intesa dalla giurisprudenza, tuttavia a seguito della [...] pronuncia della Corte di Giustizia UE [sentenza del 18 settembre 2018], dev'essere oggi interpretata nel senso che la nozione di “contrasto” denota “un rapporto tra le disposizioni cui si riferisce che va oltre la mera difformità o la semplice differenza, mostrando una divergenza che non può essere superata mediante una formula inclusiva che permetta la coesistenza di entrambe le realtà, senza che sia necessario snaturarle. È ipotizzabile un “contrasto” soltanto in presenza di “disposizioni estranee” alla direttiva 2005/29/CE, disciplinanti “aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali”, che impongono “ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili” con quelli previsti dalla direttiva citata. La Corte ha, pertanto, affermato che il criterio cui fare riferimento per la soluzione dei casi in cui la condotta contestata sia soggetta a discipline concorrenti debba essere quello “di incompatibilità” e non*

⁶⁵ Consiglio di Stato, VI, 5 giugno 2020, n. 3575. Conforme: Consiglio di Stato, VI, 27 febbraio 2023, n. 1953.

⁶⁶ La norma richiamata prevede che *“in caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni di disciplina delle pratiche commerciali scorrette e si applicano a tali aspetti specifici”*.

quello “di specialità. [...] Il citato “criterio di incompatibilità” implica che tra le due discipline sussista una complessiva divergenza di contenuti che non ne consenta l’astratta coesistenza”.

96. Questa interpretazione è aderente al significato letterale dell’articolo 19, comma 3, del Codice del consumo e coerente con quanto lo stesso legislatore nazionale ha disposto con l’articolo 27, comma 1-bis, introdotto dal decreto legislativo n. 21/2014, secondo il quale: *“anche nei settori regolati, ai sensi dell’articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all’Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell’Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta [...]”.*

97. In definitiva, alla luce di quanto affermato dalla Corte di Giustizia e per effetto del nuovo quadro normativo, la regola generale è che, in presenza di una pratica commerciale scorretta, la competenza è dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato. La competenza delle altre Autorità di settore è residuale e ricorre soltanto quando la disciplina di settore regoli “aspetti specifici” delle pratiche che rendono le due discipline incompatibili, nel senso che l’applicazione delle previsioni consumeristiche al caso concreto darebbe luogo ad un contrasto insanabile con gli obblighi posti al professionista dalla normativa di settore.

98. Ciò posto, l’intervento dell’Autorità nello specifico caso inerisce al proprio ambito di competenza, in quanto relativo ad una condotta delle Parti posta in essere in violazione dei doveri di diligenza professionale di cui all’articolo 20, comma 2, del Codice del consumo, che ha consentito la diffusione di una pratica ingannevole e per la quale non sussiste contrasto, nel senso chiarito dalla Corte di Giustizia e richiamato dal Consiglio di Stato, tra le relative disposizioni del Codice del consumo e le norme di settore; peraltro, la stessa natura delle contestazioni mosse a Mooney S.p.A. dall’Autorità di regolazione nel citato provvedimento del 15 aprile 2024 conferma l’assenza di norme di contrasto.

99. Nel caso di specie, neppure si pone una questione di sovrapposibilità tra norme consumeristiche generali e norme settoriali, atteso che, come si vedrà meglio nel prosieguo, ciò che l’Autorità ha inteso censurare è la mancata adozione di iniziative tese a contrastare un fenomeno di cui le Società erano pienamente consapevoli anche per effetto di reiterate allerte che la stessa Autorità aveva loro rivolto. In questo contesto, pertanto, l’Autorità, lungi dal contestare alle Società eventuali violazioni di norme di settore, il cui accertamento del resto non le compete, ha piuttosto verificato l’esistenza di elementi di fatto, chiaramente emersi dalla documentazione agli atti, che denotano incontrovertibilmente condotte omissive delle Società rispetto al fenomeno che le era noto.

2) Valutazioni nel merito

100. Le risultanze istruttorie confermano che Mooney ha omissso l’adozione di tempestive iniziative volte a verificare l’attuazione e la consistenza della pratica scorretta attuata utilizzando le Carte Mooney come strumento per ottenere il pagamento di indebite somme di denaro richieste, con modalità ingannevoli, alle microimprese destinatarie di tale pratica; nonostante la società fosse venuta a conoscenza del coinvolgimento delle proprie Carte in tale fenomeno. Tale condotta ha precluso la rilevazione di incongruenze e/o anomalie rilevanti e l’adozione di tempestive misure

idonee a contrastare la pratica in questione, consentendo in tal modo di agevolare il perpetuarsi della stessa.

101. La rilevanza di tale condotta omissiva nella attuazione della pratica ingannevole in questione è dimostrata dalla circostanza che il flusso delle segnalazioni inerenti tale pratica è cessato in coincidenza con l'introduzione da parte di Mooney di un'azione di contrasto di tale fenomeno (adottata con significativo ed ingiustificato ritardo rispetto alla segnalazione dello stesso, sul punto v. *infra*).

102. Come sopra descritto, infatti, Mooney - nell'ambito del monitoraggio *ex post* sulle causali delle operazioni di bonifico in entrata sulle Carte - ha aggiunto, solo a partire da marzo 2023, alle specifiche parole chiave già utilizzate per tale tipologia di controlli, anche quelle relative all'"*ambito camera di commercio*" (che fa dunque espresso riferimento alla pratica ingannevole sopra descritta). Tali parole coincidono con quelle contenute nella causale del modulo ingannevole inviato alle microimprese segnalanti.

103. Al riguardo, si evidenzia che le estrazioni dei movimenti di alcune delle Carte utilizzate nella pratica ingannevole in esame dimostrano la ricorrenza della medesima causale che è contenuta nei moduli ingannevoli (v. *supra* par. 29) e, dunque, la rilevabilità del fenomeno attraverso tale misura. Ma v'è di più.

104. L'ultima segnalazione acquisita al fascicolo istruttorio con la quale è stata denunciata l'ingannevole richiesta di pagamento di somme da versare su un Iban riconducibile a una Carta Mooney è datata 20 aprile 2023⁶⁷. Tale circostanza è dunque incontrovertibilmente indicativa del fatto che la misura introdotta a marzo 2023 ha consentito a Mooney di intervenire per impedire l'utilizzo della propria Carta per l'attuazione della pratica ingannevole.

105. L'interruzione della pratica ingannevole in questione è stata confermata anche da Mooney nel corso dell'audizione che si è svolta il 30 ottobre 2023, laddove la società ha affermato di "*non avere attualmente contezza di altre segnalazioni sulle truffe relative alle apparenti richieste di pagamento da parte di Camere di Commercio*"⁶⁸.

106. Ne deriva che è possibile sostenere che se Mooney avesse adottato una simile azione di controllo non appena venuta a conoscenza della pratica, avrebbe potuto evitare il perpetuarsi della stessa.

107. Con riferimento al momento in cui la società è venuta a conoscenza di tale pratica, come sopra rilevato, nel corso dell'audizione di Mooney tenutasi il 30 ottobre 2023 è emerso che "*alcuni blocchi di carte utilizzate per tale tipologia di truffa sono stati effettuati dalla Società anche prima della richiesta di informazioni dell'Autorità risalente a luglio 2022, in virtù di una segnalazione proveniente da un passaparola interno alla Società*"⁶⁹. Sul punto, la società ha anche trasmesso l'elenco della Carte bloccate a cui ha fatto riferimento nel corso della predetta audizione⁷⁰ (tale circostanza, dunque, trova pieno riscontro nelle risultanze in atti, contrariamente a quanto sostenuto dalle Parti nella memoria conclusiva). In ogni caso, successivamente alle notizie acquisite dal riferito "*passaparola interno*", Mooney ha ricevuto una compiuta informativa della diffusione di una pratica

⁶⁷ Doc. 105.

⁶⁸ Doc. 142 cit., pag. 4.

⁶⁹ Doc. 142 cit., pag. 4.

⁷⁰ Doc. 143, Allegato 1.

ingannevole realizzata attraverso le proprie Carte, dalle richieste di informazioni trasmesse dall’Autorità, che in più occasioni, a partire dal luglio 2022, ha comunicato alla società il perpetuarsi della pratica. Ciononostante, Mooney si è limitata esclusivamente ad apporre dei blocchi alle singole Carte attenzionate dall’Autorità, consentendo in tal modo il protratto utilizzo delle proprie Carte nella pratica in questione.

108. La mancata adozione di azioni volte a verificare sistematicamente la consistenza della pratica ingannevole e i tardivi controlli effettuati da Mooney per contrastare l’utilizzo delle proprie Carte quale strumento di pagamento di somme indebitamente richieste, risultano in contrasto con gli *standard* di diligenza professionale ai quali deve attenersi un operatore come Mooney, tenuto conto del settore in cui opera. Ciò, in particolar modo se si tiene conto della gravità del fenomeno in esame e, con riferimento alla portata della pratica, è la stessa Mooney ad aver rappresentato nel corso dell’audizione del 30 ottobre 2023 che *“si è trattato di un fenomeno consistente. In generale, si è trattato di importi del valore medio di 300/400 euro e in circa il 70% delle segnalazioni ricevute dall’Autorità gli Iban utilizzati erano sempre diversi”*⁷¹.

109. In linea generale, giova ricordare che, come chiarito dal Consiglio di Stato, la diligenza professionale richiamata dal Codice del Consumo è *“una locuzione da intendere come richiamo (non alla colpa ma) alla buona fede quale regola di condotta oggettiva alla quale la parte professionale deve conformare la propria attività concreta”*⁷². Il grado della specifica competenza e attenzione che i consumatori possono ragionevolmente attendersi dal professionista, viene infatti concretizzato dal legislatore attraverso il richiamo ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività dell’operatore. Pertanto, il professionista, al di là dell’osservanza delle regole specifiche di settore, è tenuto a porre in essere quei comportamenti ulteriori che il consumatore può ragionevolmente attendersi a propria tutela. Ciò, infatti, *“consente alla normativa a tutela del consumatore di spiegare al meglio il proprio c.d. “effetto utile”, non limitando i comportamenti omissivi sanzionabili ai soli espressamente previsti da norme di settore bensì permettendo al sistema di plasmarsi nel modo più conforme alle necessità del caso concreto, particolarmente variegato nell’ambito delle pratiche commerciali”*⁷³.

110. Ciò posto, nel caso di specie, è possibile ritenere che le cautele, i comportamenti ed il livello di cura e attenzione che è possibile considerare come dovuti da parte di un professionista come Mooney, che opera in un settore delicato come quello dei servizi di pagamento, avrebbero imposto alla società di implementare, fin da subito, azioni di monitoraggio e misure volte ad impedire l’utilizzo delle proprie Carte per l’attuazione di una pratica ingannevole. Ciò, tanto più che le segnalazioni di criticità da parte di autorità pubbliche, quali Autorità stessa, rientrano tra gli eventi che la stessa Mooney ha previsto come *input* per l’attivazione delle funzioni aggiuntive di controllo presenti all’interno della società.

111. Al contrario, solo dopo molti mesi dall’intervenuta conoscenza della pratica, Mooney ha introdotto una specifica misura di controllo (controllo sulle causali dei bonifici in entrata) e ha avviato una specifica analisi sulle anomalie registrate nell’area geografica in cui si concentrava il

⁷¹ Doc. 149 cit., pag. 4.

⁷² Consiglio di Stato, 7 ottobre 2022, n. 8614, PS9877 - *Firefly-Addebiti arbitrari*. Conformi: Consiglio di Stato, VI, 27 febbraio 2023, n. 1953, PS11095 - *Domina vacanze-Comproprietà*.

⁷³ Tar Lazio, 9 dicembre 2019, sentenze n. 14066 e n. 14077.

rilascio delle Carte utilizzate nella pratica, giungendo solo nel mese di giugno 2023 a un blocco massivo di Carte per effetto di tale analisi.

112. Il *deficit* di diligenza nel comportamento tenuto dalla società deriva anche dalla consapevolezza di caratteristiche e limiti intrinseci della propria organizzazione e dei propri sistemi di controllo, che avrebbero a maggior ragione dovuto indurre la stessa a non trascurare il fenomeno che le era stato segnalato e ad attivarsi immediatamente per contrastarlo.

113. Si fa riferimento, in particolare, alla consapevolezza di Mooney della peculiarità del canale distributivo fisico a cui la stessa affida le attività di *onboarding* della propria carta prepagata e che risulta essere di gran lunga il principale canale di emissione delle Carte⁷⁴. In particolare, si tratta di una rete di esercenti convenzionati che non hanno specifiche competenze professionali nel settore dei servizi di pagamento e agiscono quali semplici ausiliari, privi di ogni autonomia nel perfezionamento delle singole transazioni, compiendo attività meramente materiali prive di poteri dispositivi per le quali non è necessaria l'iscrizione all'albo degli agenti in attività finanziaria in virtù del 2° comma dell'articolo 12 del D.Lgs. n. 141/2010⁷⁵.

114. In considerazione di tale caratteristica della rete fisica distributiva delle Carte Mooney, che impone elevati livelli di controlli sul corretto rilascio delle Carte collocate dai punti vendita convenzionati, la diligenza ragionevolmente esigibile nei confronti di un operatore come Mooney avrebbe richiesto che la società si preoccupasse fin da subito di monitorare la pratica ingannevole che le era stata segnalata, la quale era indicativa di possibili criticità proprio in fase di rilascio delle Carte.

115. Allo stesso modo, la mancata attivazione di tempestive attività di monitoraggio a fronte delle citate evidenze appare ancor più rilevante se considerata insieme al fatto che Mooney era consapevole che, in fase di *onboarding* delle Carte, per lo svolgimento dei controlli sui documenti prodotti dai soggetti richiedenti le Carte, non veniva utilizzato il Sistema Scipafi (il sistema pubblico di prevenzione per i furti di identità, sopra descritto), che la stessa società riconosce garantire un maggior livello di controllo. Infatti, l'intenzione manifestata da Mooney di integrare il sistema in uso con il sistema Scipafi, nonché di ripetere le verifiche sui documenti acquisiti nel periodo intercorrente tra la sospensione dell'utilizzo di Scipafi fino alla data della sua riattivazione, costituisce un'evidenza significativa del fatto che Mooney era consapevole del valore aggiunto del Sistema Scipafi che, grazie all'apporto fornito da numerosi soggetti qualificati, costituisce uno strumento di controllo "unico" nel suo genere.

116. Non di meno appare rilevante, nella dimostrazione del *deficit* di diligenza da parte di Mooney, la circostanza che la società fosse consapevole di essere significativamente interessata dal fenomeno dell'*account muling* sopra descritto, come dimostrato dalla corrispondenza interna acquisita nel corso dell'attività ispettiva, nella quale viene riferito espressamente che tale fenomeno "[...] di fatto trova riscontro sugli on-boarding retail delle carte" (v. *supra* par. 33). Infatti, la ricorrenza di molteplici Iban riconducibili a Carte Mooney nei moduli utilizzati per la pratica ingannevole

⁷⁴ Tale canale è costituito dalla estesa rete di esercenti convenzionati con la società, pari a più di 45.000 punti vendita tra bar, tabacchi ed edicole, dotati di terminale collegato direttamente alla infrastruttura IT di Mooney per l'erogazione dei servizi di pagamento, la distribuzione e il rimborso della moneta elettronica. Dai dati forniti dalla Società, risulta che nel periodo che va dal 01/07/2022 al 18/07/2023 su un totale di [100.000-500.000] Carte emesse, [100.000-500.000] sono state rilasciate da Punti Vendita fisici e solo [10.000-50.000] attraverso il canale digitale (doc. 132 cit., allegato 3).

⁷⁵ Doc. 132 cit., pag. 2.

potrebbe essere collegata a tale fenomeno, per il quale alcuni soggetti si prestano ad offrire la propria identità per il rilascio di carte in cambio di promesse di lavoro o di prestiti. Pertanto, ancor di più appare contraria ai principi di buona fede e correttezza, la mancata tempestiva adozione di adeguati presidi di controllo su fattispecie come quelle oggetto delle segnalazioni dell’Autorità, visto che all’interno della società vi era consapevolezza dell’esigenza di “«ripulire» il portafoglio di clienti” e “fare un salto di qualità nel sistema frodi e alla qualità dei ns clienti”⁷⁶.

117. Peraltro, in relazione alla completezza, adeguatezza e affidabilità dell’assetto organizzativo aziendale e del sistema dei controlli adottato a presidio della disciplina antiriciclaggio, la valutazione del profilo di rischio associato al processo di adeguata verifica e profilatura della clientela, effettuata dalla Funzione *Internal Audit* di Mooney nel periodo temporale agosto-novembre 2022 (coincidente con le segnalazioni trasmesse dall’Autorità), è “Medio-Alto” (i.e. rischio residuo di medio/alto impatto per l’unità di riferimento e/o con medio/alta probabilità di accadimento, con necessità di impegno piuttosto rilevante del *management* per le azioni di mitigazione).

118. Infine, si ritiene che un maggior livello di cura e di attenzione di fronte alla pratica ingannevole segnalata fosse ragionevolmente esigibile nei confronti di Mooney dal momento che dalla documentazione in atti risulta che le funzioni della società deputate ai controlli avessero subito una consistente riduzione di organico e che tale circostanza appare ancor più rilevante se si pone mente al fatto che i controlli che si attivano sugli *alert* generati dalle verifiche di sistemi automatici sono svolti manualmente (soprattutto se si tiene conto che le operazioni in entrata e in uscita dei clienti Mooney sono pari a [10-50 milioni] nel 2022 e [50-100 milioni] nel 2023⁷⁷).

119. Per tutte le considerazioni sopra espresse, si ritiene priva di pregio l’eccezione sollevata dalle Parti in merito ad un asserito eccessivo e non proporzionale livello di diligenza professionale richiesto a Mooney. Al riguardo, occorre rilevare innanzitutto che - contrariamente a quanto affermato dalle Parti - la condotta contestata alla società non consiste nel non essere riuscita a “prevenire” la pratica ingannevole in esame *ex ante* bensì di non essersi attivata con adeguati presidi di controllo una volta che era venuta a conoscenza, in modo compiuto e dettagliato, dell’utilizzo delle proprie Carte in tale pratica. Del resto, il carattere ragionevole di tale livello di diligenza è dimostrato dal fatto che il solo rafforzamento del monitoraggio sulle causali dei bonifici in entrata è risultato immediatamente idoneo ad intercettare il fenomeno segnalato e a interrompere la pratica.

120. Alla luce di quanto sopra, la pratica *sub A*), tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, integra gli estremi di una violazione dell’articolo 20, comma 2, del Codice del consumo, dal momento che i Professionisti, in violazione dei doveri di diligenza professionale ragionevolmente esigibili in base ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore specifico, hanno omesso un’efficace e tempestiva attuazione dei controlli sul rilascio delle Carte Mooney e sul corretto utilizzo delle stesse da parte dei titolari, idonea ad agevolare il perpetuarsi di una pratica commerciale scorretta, a loro nota, consistente in richieste di pagamento attraverso le predette Carte, effettuate da soggetti terzi, con modalità ingannevoli, in danno di microimprese destinatarie di tali richieste. Ciò, nonostante i Professionisti fossero consapevoli dell’utilizzo delle proprie Carte per l’attuazione della predetta pratica.

⁷⁶ Doc. 122.109 cit..

⁷⁷ Doc. 159 cit., pag. 15.

Sulla Pratica B)

121. La documentazione in atti, contrariamente a quanto affermato dai Professionisti nelle difese, dimostra la carenza, nella documentazione precontrattuale e contrattuale, di informazioni sufficientemente chiare ed esaustive, con riferimento alle modalità con le quali viene attivata la procedura di blocco e ai tempi di gestione della stessa.

122. Come sopra evidenziato, infatti, in alcune disposizioni, la Società si riserva il potere di disporre unilateralmente il blocco della carta senza preavviso al ricorrere di determinate fattispecie, genericamente descritte, salvo poi prevedere, in modo contraddittorio e, quindi, confusorio, che il cliente viene informato telefonicamente prima di procedere al blocco. La Società lascia dunque intendere, contrariamente a quanto avviene, come emerso dalla documentazione in atti, che laddove ravvisi la necessità di informazioni e/o documenti, provvede a “contattare” il cliente per acquisire quanto ritenuto necessario e, quindi, che il cliente verrebbe preventivamente e tempestivamente informato e avvisato di eventuali criticità.

123. Sebbene le fattispecie di blocco della Carta senza preavviso riguardino ipotesi coerenti con quanto previsto dalla normativa di riferimento, esse tuttavia non risultano esaustive, così come rilevato da Banca d'Italia nel parere sopra richiamato. Inoltre, la descrizione molto ampia di tali fattispecie e la mancata indicazione di termini sulla possibile durata dei blocchi, o comunque dei tempi per gli adempimenti che la Società si propone di effettuare per eseguire le verifiche ritenute necessarie allo sblocco della Carta, da un lato, assicurano a Mooney ampi margini di discrezionalità nelle informative al cliente *ex ante* e *ex post* l'apposizione del blocco, dall'altro, non consentono una compiuta consapevolezza del cliente su presupposti e funzionamento delle procedure di blocco della carta, impedendogli dunque di prefigurarsi che - a parte il caso del documento di identità scaduto - potrebbe non ricevere affatto alcuna comunicazione dell'intervenuto blocco, né alcuna indicazione dei tempi necessari allo sblocco.

124. La carenza informativa su tali profili - contrariamente a quanto ritenuto dai Professionisti - è destinata a privare il consumatore di elementi rilevanti ai fini di una scelta di consumo consapevole, dal momento che il potenziale utente, correttamente informato, potrebbe ritenere non sufficientemente appetibile una carta suscettibile di essere bloccata per un periodo di tempo non definito, senza che tale blocco sia accompagnato da adeguata informativa sulle tipologie e tempistiche di controlli e verifiche improntate dalla Società.

125. Risultano, dunque, omesse e/o formulate in modo ingannevole e fuorviante informazioni rilevanti di cui il consumatore medio necessita per assumere una decisione di natura commerciale consapevole circa l'effettiva convenienza dell'adesione alla Carta Mooney, essendo egli in tal modo indotto ad effettuare una scelta di consumo che altrimenti avrebbe potuto scegliere di non compiere.

126. Ciò posto sotto il profilo della disciplina contrattuale prevista da Mooney in relazione alle modalità di gestione del blocco della Carta, la documentazione in atti ha dimostrato che la carenza informativa che caratterizza tale disciplina non trova elementi di compensazione nemmeno nella prassi seguita dalla Società rispetto al blocco degli strumenti di pagamento.

127. Sul punto, si evidenzia che l'ampia discrezionalità che Mooney si è riservata nella scelta delle concrete modalità operative del blocco delle Carte e, specificatamente, nella scelta sul se procedere o meno alla relativa informativa al titolare dello strumento di pagamento, e sui tempi e contenuti di tale informativa, non trova nemmeno nei manuali e nelle procedure interne l'individuazione di criteri e regole di condotta in grado di arginare tale ampia discrezionalità. Come sopra rilevato, non sono

meglio specificati in tali documenti i profili informativi dei blocchi, né sono indicate tempistiche di alcun genere (fatta eccezione del termine di trenta giorni a carico del cliente per produrre la documentazione richiesta). In altre parole, il consumatore resta in balia delle determinazioni che Mooney di volta in volta vorrà assumere.

128. A tale riguardo, come sopra evidenziato, la documentazione agli atti dimostra l'assenza di informazioni sufficientemente esaustive sia nelle comunicazioni (tardive) di intervenuto blocco della Carta (laddove effettuate), sia nelle interlocuzioni dei clienti con il *Call Center* di Mooney, in ordine alle ragioni che hanno determinato i controlli e, dunque, agli elementi informativi e documentali di cui Mooney necessita per l'esecuzione delle verifiche ritenute necessarie, nonché alla tempistica prevista per il completamento dei controlli e il conseguente sblocco della carta. Ciò appare rilevante, soprattutto per fattispecie, come quelle legate alla produzione di ulteriori documenti di identità da parte del cliente, in cui sarebbe possibile per la Società attivarsi immediatamente per chiedere al cliente la trasmissione del documento, senza attendere che sia il cliente a contattare il *call center* nonché prevedere tempi celeri di verifica a partire dalla acquisizione del nuovo documento.

129. Tale *modus operandi*, come detto, non consente ai consumatori, da un lato, alcuna forma di confronto preventivo con i Professionisti né, dall'altro lato, alcun potere di attivarsi tempestivamente per superare l'elemento di criticità che ha determinato il blocco e per favorire una celere definizione dei controlli con conseguente riattivazione della Carta. In tal modo, i consumatori restano letteralmente in balia delle attività di controllo della Società e, non avendo adeguati elementi informativi sulle cause dei blocchi e sui tempi di conclusione delle verifiche svolte dalla Società, non possono compiere scelte commerciali consapevoli (come, ad esempio, quella di risolvere il contratto con Mooney o di richiedere un'altra carta a un diverso operatore). Peraltro, nei casi più gravi di blocco della Carta sia in entrata che in uscita, il consumatore viene privato della possibilità di disporre, anche per un lungo periodo di tempo, delle somme presenti sulla Carta e degli altri servizi a essa connessi.

130. L'assetto sopra descritto - in virtù del quale i clienti vengono avvertiti del blocco cautelativo della Carta solo dopo l'adozione di tale misura, fatta eccezione per il caso del documento di identità scaduto - comporta una grave compressione del preventivo e doveroso contraddittorio tra utente e Professionisti con la significativa conseguenza che, in determinati casi, il consumatore si accorge del blocco della Carta solo nel momento in cui non riesce a portare a termine una delle operazioni a essa connesse (prelievo di denaro, pagamento di una bolletta, etc.), e, quindi, si trova repentinamente nell'impossibilità di utilizzare quello che potrebbe essere l'unico strumento di pagamento di cui dispone.

131. In tal modo i Professionisti, sfruttando l'endemica asimmetria che li avvantaggia, condizionano indebitamente la libertà di scelta dei consumatori in relazione alla fruizione della carta prepagata Mooney e ostacolano l'esercizio dei rispettivi diritti contrattuali. Si connota, peraltro, per particolare gravità la circostanza che i Professionisti, a fronte delle richieste di assistenza dei consumatori destinatari di blocco della Carta, risultano aver fornito riscontro con risposte interlocutorie, evasive e comunque inidonee ad indicare agli utenti informazioni capaci di favorire il superamento della criticità che ha determinato il blocco.

132. Le condotte sopra descritte, per i profili evidenziati, non appaiono conformi al normale grado della specifica diligenza, competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori possono

attendarsi rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività in cui i Professionisti operano.

133. Quanto alle giustificazioni addotte dal Professionista e, in particolare, alla impossibilità di fornire informazioni in determinate fattispecie di blocco, giova rilevare innanzitutto che i casi in cui la Società non può comunicare le ragioni del blocco per motivi di ordine pubblico o di antiriciclaggio previsti dalle normative di settore - contrariamente a quanto affermato dai professionisti - sono minoritari: come sopra evidenziato, infatti, nel periodo luglio 2022 - luglio 2023, a fronte di [100.000-500.000] carte emesse e attive sono stati registrati [10.000-50.000] blocchi totali, di cui solo [100-1.000] hanno riguardato casi di “confisca”, “accertamento”, “sequestro” e questioni analoghe. Inoltre, a fronte di un’azione invasiva come il blocco dello strumento di pagamento, Mooney non ha fornito alcuna evidenza dei tentativi di contatto telefonico del cliente, mentre sono agli atti i reclami e le recensioni dei clienti che sono stati estromessi in modo improvviso dall’utilizzo della carta, senza alcuna motivazione o con motivazioni generiche, nell’impossibilità di esercitare alcuna forma di opposizione alle misure unilateralmente imposte dai Professionisti, per un tempo non definito. Con riferimento infatti alla durata media dei blocchi delle Carte, come già evidenziato, i Professionisti non forniscono alcun elemento a sostegno della asserita durata media di [fino a 10] giorni dall’acquisizione della documentazione utile, mentre i dati agli atti, forniti peraltro dalla stessa Mooney, sono indicativi di una durata media ben superiore.

134. L’iniziativa adottata da Mooney nel corso del procedimento, consistente in un invio massivo ai clienti di comunicazioni *email* aventi ad oggetto i blocchi effettuati, che consentirebbe di fornire l’informativa sulla sospensione della Carta al massimo entro qualche ora dall’intervenuto blocco⁷⁸, appare meritoria in quanto consente di superare la procedura in vigore nel periodo precedente al 16 ottobre 2023 che - a fronte di un intervento così invasivo - prevedeva la possibilità di contattare anche solo telefonicamente il cliente (fino a un massimo di cinque tentativi). Tuttavia, tale azione non può considerarsi idonea a rimuovere del tutto gli elementi di criticità sopra evidenziati, in quanto non attesta, così come descritta, l’intervenuta informativa e l’esaustività del relativo contenuto in tutti i casi in cui il cliente può essere edotto della causa del blocco.

135. Pertanto, emerge con chiarezza che Mooney ha posto in essere una serie di blocchi e/o sospensioni delle carte con modalità aggressive che sono stati realizzati limitando utenti attivi e privandoli delle risorse economiche versate per tempi imprecisati. Si tratta di una serie di condotte unilaterali e cogenti realizzate senza adeguata e motivata giustificazione, che hanno eliminato la possibilità di usufruire delle somme versate, privando indebitamente della possibilità del loro utilizzo.

136. Alla luce di quanto sopra esposto, le condotte di Mooney si inquadrano in un contesto promozionale fortemente decettivo, connotato da modalità scorrette di prospettazione dell’offerta, in quanto strutturato in modo da non fornire informazioni rilevanti ai fini di una consapevole scelta di consumo. Sulla base infatti di quanto emerso dalle risultanze istruttorie, numerosi consumatori che avevano acquistato la carta Mooney si sono trovati nella condizione di non poter utilizzare il proprio denaro a causa di una serie di comportamenti attuati dai Professionisti, consistenti in estrema sintesi: nel blocco/sospensione della carta Mooney e nella significativa omissione della necessaria assistenza *post-vendita*.

⁷⁸ Doc. 159 cit., pag. 33.

137. L'insieme di tali condotte integra una pratica commerciale scorretta, connotata da profili di ingannevolezza e di aggressività, in quanto in grado di attrarre i consumatori ad acquistare la carta Mooney, limitandone considerevolmente e la libertà di scelta e di comportamento, dal punto di vista sia delle informazioni fornite *ex ante* che della successiva gestione del rapporto, che può arrivare ad impedire loro di utilizzare le risorse economiche versate sulla Carta e congelate a seguito dei descritti blocchi, per un periodo di tempo non definito.

138. In proposito, appaiono del tutto inconferenti le argomentazioni delle Parti secondo cui sussisterebbe una contraddizione nella valutazione dell'Autorità che, da un lato, stigmatizza il mancato intervento di Mooney avverso il fenomeno fraudolento delle richieste di pagamenti provenienti, apparentemente, da Camere di commercio e, dall'altro, censura le modalità con cui le Società hanno proceduto ai blocchi delle Carte. Innanzitutto, si rileva che la legittima pretesa di una condotta conforme ai canoni di diligenza e buona fede, consistente in una pronta attivazione da parte di Mooney per fronteggiare una pratica ingannevole che vede coinvolte le proprie Carte, con le misure che la Società valuta come più opportune ed efficaci (e che nel caso di specie si sono concretizzate in un'integrazione del controllo sulle causali dei bonifici in entrata), certamente non può significare che, laddove la Società ritenesse necessario procedere a blocchi cautelativi delle Carte, lo debba fare in spregio dei diritti e degli interessi dei titolari di tali Carte, approfittando della propria posizione di supremazia. Inoltre, a ben vedere, entrambe le pratiche denotano che le procedure e i sistemi di tutela dei propri clienti approntati dai Professionisti si sono rivelati inadeguati in quanto, per un caso, inidonei a fronteggiare i fenomeni fraudolenti che sono stati loro segnalati anche da autorità pubbliche e, per l'altro, inidonei a garantire né informative ed assistenza adeguate in merito ai possibili blocchi delle carte, né meccanismi di pronta riattivazione delle stesse.

139. In conclusione, la pratica commerciale scorretta posta in essere da Mooney risulta gravemente decettiva in quanto idonea a ingannare i consumatori in merito alla convenienza dell'acquisto della carta senza la corretta rappresentazione dell'ampia facoltà di blocco e le incerte tempistiche di riattivazione, nonché aggressiva perché in grado di intervenire forzatamente e unilateralmente sulle condizioni e modalità di fruizione della Carta in modo tale da impedirne o ridurne la sua utilizzabilità nonché condizionare ulteriormente e indebitamente il comportamento economico dei consumatori, inducendoli a assumere decisioni di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso, tra cui l'acquisto della Carta, e infine ostacolare l'esercizio dei loro diritti contrattuali, tra i quali quello di risolvere il contratto, ottenere il rimborso delle somme versate sulla Carta, o rivolgersi a un altro professionista, in violazione degli articoli 20 comma 2, 21, 22, 24 e 25 del Codice del consumo.

VII. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

140. Ai sensi dell'articolo 27, comma 9, del Codice del consumo, con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 10.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione.

141. Ai fini della quantificazione della sanzione si osserva che la misura massima applicabile prevista dall'articolo 27, comma 9, del Codice del consumo, è stata modificata dal D.Lgs. n. 26/2023, entrato in vigore il 2 aprile 2023 e che, pertanto, si applicherà il novellato limite edittale alle condotte in essere a tale data, mentre si applicherà il limite edittale previgente (5.000.000 euro) alle condotte cessate a tale data, come di seguito specificato.

142. In caso di procedimento che abbia a oggetto una pluralità di illeciti amministrativi accertati, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire come in presenza di una pluralità di condotte dotate di autonomia strutturale e funzionale, ascritte alla responsabilità dei professionisti, si applica il criterio del cumulo materiale delle sanzioni, in luogo del cumulo giuridico (cfr. tra le altre, Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 209 del 19 gennaio 2012).

143. In ordine alla quantificazione della sanzione deve tenersi conto, in quanto applicabili, dei criteri individuati dall'articolo 11 della legge n. 689/1981, in virtù del richiamo previsto all'articolo 27, comma 13, del Codice del consumo: in particolare, della gravità della violazione, dell'opera svolta dall'impresa per eliminare o attenuare l'infrazione, della personalità dell'agente, nonché delle condizioni economiche dell'impresa stessa.

Pratica A)

144. Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto nella fattispecie in esame che la pratica è stata posta in essere in un settore sensibile, come quello creditizio, caratterizzato da uno stato di asimmetria informativa nell'ambito di un contesto altamente tecnico e complesso, della dimensione economica dei Professionisti (avendo presentato al 31 dicembre 2022 Mooney Group S.p.A. un fatturato pari a 2.038.960 euro e Mooney S.p.A. un fatturato pari a 333.358.100 euro, per un totale di 335.397.060 euro), dell'appartenenza di Mooney Group S.p.A. e di Mooney S.p.A. a un gruppo societario di notevoli dimensioni, della gravità del profilo di negligenza rilevato (mancata pronta adozione di adeguate iniziative da parte della Società per fronteggiare il fenomeno, nonostante le reiterate avvertenze provenienti in tal senso dall'Autorità), delle conseguenze derivanti dalla pratica in questione (protrarsi delle ingannevoli richieste di pagamento).

Ai fini della quantificazione della sanzione, si tiene altresì conto del fatto che è in corso il procedimento sanzionatorio sopra citato nei confronti di Mooney S.p.A. avviato da Banca d'Italia il 15 aprile 2024.

145. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti si considera che la pratica commerciale è stata posta in essere dal mese di luglio 2022, data in cui Mooney ha ricevuto dall'Autorità le segnalazioni sul possibile utilizzo fraudolento delle Carte, risultando la violazione cessata a marzo 2023 (data in cui Mooney ha introdotto misure che le hanno consentito di contrastare il fenomeno).

146. Sulla base di tali elementi, si ritiene di determinare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Mooney Group S.p.A. e a Mooney S.p.A. nella misura di 1.000.000 € (unmilione di euro).

147. In considerazione del fatto che sussiste, nel caso di specie, una circostanza attenuante in considerazione della situazione economica dei Professionisti, che presentano condizioni economiche non positive con un bilancio in perdita, si ritiene congruo determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Mooney Group S.p.A. e a Mooney S.p.A. nella misura di 900.000 € (novecentomila euro).

Pratica B)

148. Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto nella fattispecie in esame che la pratica è stata posta in essere in un settore sensibile, come quello creditizio, caratterizzato da uno stato di asimmetria informativa nell'ambito di un contesto altamente tecnico e complesso, della dimensione economica dei Professionisti (avendo presentato al 31 dicembre 2022 Mooney Group S.p.A. un

fatturato pari a 2.038.960 euro e Mooney S.p.A. un fatturato pari a 333.358.100 euro, per un totale di 335.397.060 euro), dell'appartenenza di Mooney Group S.p.A. e di Mooney S.p.A. a un gruppo societario di notevoli dimensioni, della pluralità dei profili di illiceità riscontrati, nonché delle conseguenze derivanti dalla pratica in questione (indisponibilità dello strumento di pagamento).

149. Per quanto riguarda la durata della violazione, dagli elementi disponibili in atti risulta che la pratica commerciale è stata posta in essere dal mese di maggio 2022, data in cui è stata adottata la documentazione precontrattuale e contrattuale sopra esaminata, e che tale pratica sia tuttora in corso.

150. Sulla base di tali elementi, si ritiene di determinare l'importo base della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Mooney Group S.p.A. e a Mooney S.p.A. nella misura di 1.800.000 € (unmilioneottocentomila euro).

151. In considerazione del fatto che sussiste, nel caso di specie, una circostanza attenuante in considerazione della situazione economica dei Professionisti, che presentano condizioni economiche non positive con un bilancio in perdita, si ritiene congruo determinare l'importo della sanzione amministrativa pecuniaria applicabile a Mooney Group S.p.A. e a Mooney S.p.A. nella misura di 1.620.000 € (unmilionesecentoventimila euro).

RITENUTO, pertanto, sulla base delle considerazioni suesposte e visto il parere di Banca d'Italia, che la pratica commerciale *sub A*) in esame risulta scorretta ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del Codice del consumo in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea, per l'omessa adozione di efficaci e tempestivi controlli sulle Carte Mooney, ad agevolare il perpetuarsi di ingannevoli richieste di pagamento note ai Professionisti e a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico delle microimprese destinatarie delle stesse;

RITENUTO, pertanto, sulla base delle considerazioni suesposte e visti i pareri dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e di Banca d'Italia, che la pratica commerciale *sub B*) in esame risulta scorretta ai sensi degli articoli 20, comma 2, 21, 22, 24 e 25 del Codice del consumo in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea, per la formulazione ingannevole di elementi informativi essenziali connessi alle condizioni e ai tempi della procedura di blocco della Carta, nonché per aver previsto una procedura di blocco cautelativo della stessa senza adeguate misure di garanzia per il consumatore, a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico dei consumatori;

DELIBERA

a) che la pratica commerciale descritta al punto II, lettera A), del presente provvedimento, posta in essere dalle società Mooney Group S.p.A. e Mooney S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del Codice del consumo;

b) che la pratica commerciale descritta al punto II, lett. B), del presente provvedimento, posta in essere dalle società Mooney Group S.p.A. e Mooney S.p.A., costituisce, per le ragioni e nei limiti esposti in motivazione, una pratica commerciale scorretta ai sensi degli articoli 20, comma 2, 21, 22, 24 e 25 del Codice del consumo, e ne vieta la continuazione;

c) di irrogare in solido alle società Mooney Group S.p.A. e Mooney S.p.A., con riferimento alla pratica descritta al punto a), una sanzione amministrativa pecuniaria di 900.000 € (novecentomila euro);

d) di irrogare in solido alle società Mooney Group S.p.A. e Mooney S.p.A., con riferimento alla pratica descritta al punto b), una sanzione amministrativa pecuniaria di 1.620.000 € (unmilionesecentoventimila euro);

e) che le società Mooney Group S.p.A. e Mooney S.p.A. comunichino all'Autorità, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, le iniziative assunte in ottemperanza alla diffida di cui al punto b).

Le sanzioni amministrative irrogate devono essere pagate entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando i codici tributo indicati nell'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997.

Il pagamento deve essere effettuato telematicamente con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet* www.agenziaentrate.gov.it.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore a un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/1981, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Dell'avvenuto pagamento deve essere data immediata comunicazione all'Autorità attraverso l'invio della documentazione attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Ai sensi dell'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, in caso di inottemperanza al provvedimento, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 10.000.000 euro. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo,

ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Guido Stazi

IL PRESIDENTE
Roberto Rustichelli

***Autorità garante
della concorrenza e del mercato***

Bollettino Settimanale
Anno XXXIV- N. 22 - 2024

Coordinamento redazionale

Giulia Antenucci

Redazione

Angela D'Auria, Valerio Ruocco, Manuela Villani
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Direzione gestione documentale, protocollo e servizi
statistici
Piazza Giuseppe Verdi, 6/a - 00198 Roma
Tel.: 06-858211 Fax: 06-85821256

Web: <https://www.agcm.it>

Realizzazione grafica

Area Strategic Design
