

## IL TERMINE DI CONCLUSIONE DELLA FASE PRE-ISTRUTTORIA DEL PROCEDIMENTO SANZIONATORIO DELL'AGCM AL VAGLIO DI COMPATIBILITÀ EUROUNITARIA

Elide De Vita\*

**SOMMARIO:** 1.- Introduzione; 2.- Struttura e funzioni delle Autorità amministrative indipendenti; 3.- La natura “anfibologica” delle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti: sanzioni “formalmente amministrative ma sostanzialmente penali”; 4.- Il termine di conclusione della fase pre-istruttoria del procedimento sanzionatorio dell’AGCM nel diritto vivente; 5.- La rimessione alla CGUE: i fatti oggetto dei procedimenti principali; 5.1.- L’autonomia procedurale degli Stati membri (ed i relativi limiti) nel definire i limiti temporali dei poteri sanzionatori delle Authorities; 5.2.- I criteri valutativi impiegati dalla Corte di Giustizia per vagliare la ragionevolezza dell’applicazione dell’art. 14 della L. 689/81 alla fase pre-istruttoria del procedimento sanzionatorio dell’AGCM; 6.- Conclusioni di sistema e riflessioni critiche: la necessità di un intervento legislativo.

### **1.- Introduzione.**

L’oggetto della presente indagine è rappresentato dall’analisi del termine di conclusione della fase pre-istruttoria nei procedimenti sanzionatori condotti dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) alla luce della recente giurisprudenza unionale, con particolare attenzione alla disciplina normativa e alle modalità di applicazione concreta della stessa, nonché alle conseguenze derivanti dall’eventuale superamento del termine.

La fase preistruttoria rappresenta un momento cruciale nel procedimento di accertamento di pratiche anticoncorrenziali realizzate in violazione della normativa a tutela del mercato, in quanto consente all’Autorità di raccogliere elementi utili per valutare l’opportunità di avviare un’istruttoria formale. La disciplina del termine entro cui tale fase deve concludersi nonché la natura e gli effetti del suo mancato rispetto sollevano questioni interpretative di rilievo che incidono sulla certezza del diritto e sulla tutela delle parti coinvolte.

L’obiettivo di questo studio è duplice: da un lato, chiarire il quadro normativo di riferimento individuando (se ci sono) le fonti giuridiche che disciplinano la durata della fase preistruttoria e il relativo termine di conclusione; dall’altro, esaminare le problematiche applicative attraverso un’analisi della prassi adottata dall’Agcm e delle pronunce giurisprudenziali che hanno affrontato la questione.

Particolare attenzione sarà dedicata alla natura (perentoria ovvero ordinatoria) del termine di conclusione della fase preistruttoria e alle conseguenze giuridiche che possono derivare dal suo superamento, sia in termini di legittimità dell’azione amministrativa, sia con riferimento ai diritti dei soggetti coinvolti.

### **2.- Struttura e funzioni delle Autorità amministrative indipendenti.**

Prima di focalizzare l’attenzione sul tema specifico oggetto della presente disamina, si ritiene opportuno preliminarmente, ed in maniera sintetica, procedere ad una breve analisi della struttura e

\* Dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche del *curriculum* giuspubblistico (XLI ciclo), presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell’Università degli Studi di Salerno.

delle funzioni delle Autorità amministrative indipendenti, sempre più pregnanti nella odierna economia sociale di mercato.

Le Autorità indipendenti<sup>1</sup> rappresentano un fenomeno giuridico, sociale ed economico proteiforme, difficilmente imbrigliabile nelle tradizionali categorie dommatiche e giuridiche<sup>2</sup>. La giurisprudenza ha radicalmente escluso si tratti di entità paragiurisdizionali, non essendo possibile enucleare un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione. Esse sono da considerarsi una particolare tipologia di struttura amministrativa in cui trova piena realizzazione il principio del pluralismo amministrativo<sup>3</sup>. Nonostante non siano riconducibili ad un archetipo, o ad un modello qualificatorio di carattere generale, presentano la caratteristica comune di essere titolari di potestà tutorie di interessi istituzionali costituzionalmente protetti. Si tratta di organismi indipendenti dal circuito dei rapporti

<sup>1</sup> La letteratura, sul tema, è vastissima. Si vedano G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle amministrazioni indipendenti*, in A. Predieri (cur.), *Le amministrazioni indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze 1997; S. Nicodemo, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Padova 2002; S. Marzucchi, *Regolamenti delle autorità indipendenti*, in S. Cassese (cur.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006; P. Lazzara, *La potestà regolamentare della Condizione Nazionale per le società e la Borsa in materia di intermediazione finanziaria*, in *Foro amm.* (2000); F. Cintioli, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, Torino 2007, 107ss.; C. Franchini, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* (1988) 549ss.; G. Vesperini, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banc.* 1 (1990) 415ss.; R. Lombardi, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.* (1995) 629ss.; M. D'Alberti, *Autorità indipendenti (dir. Amm.)*, in *Enc. giur.*, Roma 1995, 1ss.; Cassese, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in Cassese, Franchini (curr.), *I garanti delle regole*, Bologna 1996, 217ss.; M. Clarich, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, *ivi*, 149ss.; F. Patroni Griffi, *Tipi di autorità indipendenti*, *ivi*, 55ss.; L. Torchia, *Gli interessi affidati alle autorità indipendenti*, *ivi*, 60ss.; F. Merloni, *Fortuna e limiti delle c.d. autorità amministrative indipendenti*, in *Pol. dir.* (1997) 639ss.; M. Manetti, *Autorità indipendenti (dir. Cost.)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma 1997, 1ss.; G. Verde, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.* (1998) 739ss.; F. Merusi, *Eguaglianza e legalità nelle autorità amministrative indipendenti*, in Atti del Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su *Eguaglianza e legalità nei sistemi giuridici contemporanei*, Trieste 17-19 dicembre 1998, 11ss. del testo dattiloscritto; Id., *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna 2000, 42ss.; V. Cerulli Irelli, *Autorità indipendenti: c'è bisogno di una riforma?*, in "ISEA", Roma, 2001; L. Ieva, *Autorità indipendenti, tecnica e neutralità del potere*, in *Foro amm.* (2001) 30 71ss.; G.P. Cirillo, *Appunti per una ricerca sulla natura giuridica delle autorità amministrative indipendenti*, in *Cons. Stato* (2002) II 71ss.; M. Cuniberti, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv. dir. cost.* (2002) 3ss.; Id., *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007; M. De Benedetto, *Autorità indipendenti*, in Cassese (dir.), *Dizionario di Diritto pubblico*, I, Milano 2006, 588ss.; F. Donati, *op. cit.*, 1ss.; G. Napolitano, *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in *Il diritto*, vol. II, Il Sole 24 Ore, Milano 2007, 255ss.; Id., *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.* (2012) 229ss.; M. Poto, *Autorità amministrative indipendenti*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. I, Torino 2008, 54ss.; Romagnoli, *Il reclamo dinanzi alle Autorità amministrative indipendenti e l'azione giudiziale*, in *Assicurazioni* 1 (2009) 23ss.; S. Battini, Vesperini, *L'indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale*, in D'Alberti, A. Pajno (curr.), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna 2009, 61ss.

<sup>2</sup> Sulla "collocazione" costituzionale delle Autorità indipendenti, v., a titolo esemplificativo, E. Cardi, *La Consob come istituzione comunitaria*, in F. Bassi, Merusi (curr.), *Mercati e amministrazioni indipendenti. Il mercato dei valori mobiliari*, Milano 1993, 99ss.; Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano 1994, 10ss.; Predieri, *L'erompare delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze 1997; M. Passaro, *Autorità o amministrazioni indipendenti? L'ambito semantico e l'identità concettuale*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali. Atti del Convegno di Sorrento 30 maggio 1997*, Padova 1999, 187ss.; U. De Siervo, *Le diversità fra le varie autorità*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali* (Atti del Convegno di Sorrento 30 maggio 1997); M. Savino, *L'indagine conoscitiva del Parlamento*, in F.A. Grassini (cur.), *L'indipendenza delle Autorità*, Bologna 2001, 122ss.; M. Cuniberti, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv. dir. cost.* (2002) 15; Merusi, *Le Autorità indipendenti tra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in Grassini (cur.), *L'indipendenza cit.* 21; E. Cheli, *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 11, Torino 2000, 130; Id., *Le autorità amministrative indipendenti e le prospettive di una loro riforma*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 13, Torino 2003, 78ss.; A. Riviezzo, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, in *Quad. cost.* (2005) 321ss.

<sup>3</sup> M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Edizione 2024-2025, Molfetta 2024, 215.

politici, la cui istituzione è da rinvenire nell'esigenza di affidare ad un soggetto altamente specializzato, oltre che indipendente dal potere politico, la regolazione di settori economici in continuo divenire ed in rapida evoluzione, una rapida evoluzione che impedisce al Parlamento di "tenere il passo".

Con il termine "Autorità indipendenti" si è soliti indicare una serie di poteri pubblici, caratterizzati dall'esercizio di funzioni "neutrali" in diversi settori dell'ordinamento (principalmente economici) e da un elevato livello di competenze tecniche. Nondimeno, una definizione unitaria del fenomeno delle Autorità indipendenti non è semplice<sup>4</sup>, in quanto non si è in presenza di organismi creati dal legislatore in esecuzione di un disegno prestabilito o aderendo ad una logica istituzionale complessiva, ma di Autorità istituite in base a contingenti esigenze di indipendenza e neutralità in alcuni specifici settori e in assenza di una disciplina comune, oltre che di un diretto riferimento costituzionale<sup>5</sup>.

Il controllo dei mercati è oggi, nella maggior parte dei casi, affidato alle Autorità indipendenti, che accentrano competenze regolamentari, di vigilanza e giudiziarie. Esse sono chiamate – non propriamente in linea con la classica divisione dei poteri – a stabilire regole, a vigilare, a governare e a giudicare. Anche per tale ragione, questi inediti organismi non appaiono del tutto in linea con il quadro costituzionale e sono guardati con un certo sfavore. Il che non ha impedito – nonostante il perdurante difetto di copertura costituzionale – il notevole sviluppo delle Autorità amministrative indipendenti che si è tradotto sia nel rafforzamento e nella dilatazione delle loro attribuzioni (come è, ad esempio, accaduto per l'Agcm che si è vista ampliare i propri strumenti di intervento in materia di tutela dei consumatori, in origine assai ridotti), sia nell'istituzione di nuovi e ulteriori centri di potere tanto a livello nazionale, quanto a livello sovranazionale. Le Autorità indipendenti, nell'esercizio dell'attività di regolazione dei mercati, determinano – non necessariamente in via autoritativa, ma sempre più spesso anche tramite forme non cogenti basate sulla moral suasion – l'integrazione e la conformazione del regolamento contrattuale, giungendo a predisporre discipline caratterizzate da un elevato grado di dettaglio, come paradigmaticamente si può constatare sia in campo assicurativo sia in campo energetico sia nel campo dei contratti pubblici. Come riscontrato da autorevole dottrina, la questione è delicata e investe anche il problema dell'unità della giurisdizione: si ritiene la tutela del cittadino avverso gli atti e i provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti non efficace, essendo allo stato affidata essenzialmente al giudice amministrativo e a un processo ancora basato su una logica impugnatoria, il quale dispone di strumenti non sempre adeguati per sindacare poteri particolarmente complessi e non sempre assistiti da una puntuale investitura legislativa. In simili

<sup>4</sup> Risulta anche da questa prospettiva confermata la crisi nella quale versa il «legismo». In tal senso, P. Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quad. fiorentini* 32 (2003) 41, scrive: «Il vecchio paesaggio impeniato solo sulle due colonne dello Stato e della legge era parecchio suadente perché semplice, chiaro, certo, mentre il nuovo paesaggio ordinamentale, per l'appunto perché complesso, per l'appunto perché consente un tumultuoso prorompere della pluralità dei fatti, impone una difficile e faticosa attività interpretativa, ben dissimile dalla elementare esegezi di un testo».

Su posizioni analoghe, P. Perlingieri, *Il sistema delle fonti del diritto alla luce dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. Mol. Sannio* 3 (1997) 96ss., nonché Id., *Una rivoluzione nel sistema delle fonti*, in N. Lipari (cur.), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli 1998, p. 33ss.

<sup>5</sup> C. Benetazzo, *I nuovi poteri "regolatori" e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in *Federalismi* 5 (2018).

contesti, tale accorta dottrina ha rimarcato come il controllo non possa prescindere dai criteri della ragionevolezza, della proporzionalità e della sussidiarietà<sup>6</sup>.

Le Autorità indipendenti sono dotate di molteplici poteri: di regolazione<sup>7</sup> (potere di definire *ex ante* le regole applicabili agli operatori del settore)<sup>8</sup>, di vigilanza, ispettivi, informativi (le Autorità amministrative indipendenti vigilano sull'osservanza delle regole di settore), di legittimazione ad agire in giudizio<sup>9</sup>, di risoluzione dei conflitti. La funzione di vigilanza, in particolare, può sfociare

<sup>6</sup> Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, vol. IV, *Attività e responsabilità*, Napoli 2020, 267ss.

<sup>7</sup> Sul potere regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, vol. II, *Fonti e interpretazione*, Napoli 2020, 75: «I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti, spesso emanati sulla base di una blanda normativa di principio fissata con le leggi istitutive [...]. Difficile è il loro inquadramento. Ci si interroga sulla loro equiparabilità agli atti aventi forza di legge o alla normativa secondaria che sfugge al controllo di legittimità costituzionale. Optare per questa seconda soluzione, significa ammettere l'esistenza di una zona franca di esercizio del potere normativo, totalmente sottratta al sindacato del Giudice delle leggi con conseguente violazione di legalità del principio di legalità, inteso nella sua accezione sostanziale di non contrarietà all'ordinamento e non, semplicemente, alla legge ordinaria. I regolamenti delle Autorità indipendenti sono fonti del diritto e, al pari della legge, presentano i caratteri della generalità, astrattezza e innovatività; hanno valenza erga omnes - nonostante il diverso avviso della giurisprudenza - e non sono gerarchicamente inferiori ai regolamenti governativi dai quali si differenziano per competenza. Le Autorità indipendenti dispongono di poteri normativi piuttosto ampi, giacché, talvolta, i loro regolamenti non costituiscono un mero completamento della normativa di rango ordinario. Questa, spesso, priva di una esaustiva definizione della disciplina di principio, assicura semplicemente una generica copertura legislativa all'attività regolamentare».

<sup>8</sup> La disciplina legislativa attributiva di poteri alle Autorità amministrative indipendenti si caratterizza per la presenza di clausole generali ed indeterminate: viene individuato il fine, lo scopo, ma non i mezzi da impiegare per raggiungerlo. La ragione di questa impostazione legislativa dipende sia dalla circostanza che le Autorità amministrative indipendenti operano in settori caratterizzati da una rapida evoluzione, che impedisce al legislatore di predeterminare i contenuti degli atti regolatori (in quanto sarebbero soggetti a rapida obsolescenza), sia dalla oggettiva complessità tecnica delle materie coinvolte, che richiedono un'alta specializzazione e competenza. Ecco che il principio di legalità in senso forte (legalità intesa come deducibilità, come predeterminazione del contenuto dell'atto amministrativo) viene messo in discussione. Una sua applicazione rigida, infatti, si porrebbe in contrasto con la stessa ratio ispiratrice dell'istituzione delle Autorità amministrative indipendenti. L'attività di regolazione delle Autorità indipendenti costituisce il contesto in cui oggi la teoria dei poteri impliciti trova il proprio palcoscenico privilegiato. Si è parlato dei poteri impliciti come un "fiume carsico che pervade molti settori dell'ordinamento" (si veda V. Mameli, *Il potere regolatorio di ARERA e i confini del criterio dei poteri impliciti di fronte a discipline legislative multilivello*, in *giustizia-amministrativa.it*). I poteri impliciti sono poteri non esplicitati dalla legge che si desumono, all'esito di una interpretazione sistematica, dal complesso della disciplina della materia, e sono strumentali al perseguimento dei fini individuati dalla legge. Dal fine indicato dalla legge si desume il potere, quale mezzo per perseguire il fine. Evidente come la teoria dei poteri impliciti ponga delle criticità al cospetto del principio di legalità dell'azione amministrativa, principio che – come chiarito dalla Consulta – richiede non solo che il potere amministrativo sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene, di un valore, ma anche che il potere sia determinato nel contenuto dalla legge, unica fonte abilitata ad attribuire e a determinare il potere amministrativo, perché unica fonte a diretta legittimazione democratica, presidio di garanzia per i consociati. In questa dimensione del principio di legalità, la teoria dei poteri impliciti mostra un deficit di legalità sostanziale. Tale deficit di legalità sostanziale viene compensato dalla legalità procedimentale, che si sostanzia nella previsione di varie forme di coinvolgimento degli operatori del settore nell'ambito del procedimento di formazione delle decisioni secondo il c.d. modello di *notice and comment*. L'atto di regolazione del settore adottato dall'Autorità ha dei destinatari. I destinatari delle regole partecipano al procedimento di formazione delle regole. La partecipazione da parte dei destinatari delle regole alla fissazione delle regole stesse consente di formulare osservazioni rispetto ad una bozza di atto (modello partecipativo di condivisione della regola) con obbligo di valutazione e motivazione da parte dell'Authority, che deve dar conto delle ragioni della non condivisione delle osservazioni formulate dai destinatari delle regole. Il che consente il sindacato del giudice amministrativo attraverso il grimaldello della motivazione, sempre nell'ottica di colmare quel deficit di legalità sostanziale di cui si è detto. Si configura una "legittimazione dal basso". Sul punto si veda M. Ramajoli, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in *Rivista della Regolazione dei mercati* 1 (2022) 25ss.

<sup>9</sup> Sulla legittimazione ad agire dell'AGCM, Cons. Stato, Sez. VI, 01/03/2023, n. 2192: «La disposizione, lungi dall'introdurre un'ipotesi eccezionale di giurisdizione amministrativa di diritto oggettivo, in cui l'azione giurisdizionale mira alla tutela di un interesse generale, che potrebbe porre problemi di compatibilità con l'art 103 Cost., delinea piuttosto

nell'accertamento della violazione delle regole di settore. A rendere effettiva la funzione di vigilanza intervengono i poteri sanzionatori, che possono sfociare nell'irrogazione di sanzioni particolarmente afflittive. Infatti, è proprio nell'ambito del procedimento sanzionatorio che viene maggiormente avvertita l'esigenza di valorizzare le garanzie partecipative<sup>10</sup>.

### **3.- La natura “anfibologica” delle sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti: sanzioni “formalmente amministrative ma sostanzialmente penali”.**

Il procedimento volto all'irrogazione di sanzioni amministrative da parte delle Autorità indipendenti assume una natura quasi-giurisdizionale alla luce dell'art. 6 CEDU<sup>11</sup>. La contestazione di una violazione delle regole di settore da parte di un'Autorità indipendente può essere considerata, a certe condizioni, una “accusa in materia penale”. E ciò comporta l'applicazione al procedimento sanzionatorio delle garanzie del giusto processo sancite dalla CEDU. La Corte EDU, nel solco di una giurisprudenza ormai consolidata, utilizza i c.d. Engel criteria, ossia tre criteri, di natura alternativa e non cumulativa, per stabilire se si è in presenza di una “accusa in materia penale”. Il primo discende dalla qualificazione giuridica adoperata dalla legislazione nazionale: è penale il procedimento qualificato come tale dal legislatore. Il secondo criterio dipende dalla natura sostanziale della sanzione. Per definire la sanzione come penale, si deve guardare anzitutto agli interessi tutelati: la sanzione è quasi-penale (cioè assimilabile a quella penale) anche quando è irrogata da un organo amministrativo, qualora gli interessi tutelati dalla sanzione abbiano carattere generale e siano perciò assimilabili a quelli normalmente tutelati in sede penale. Gioca a favore della natura penale anche la circostanza che la sanzione, anziché avere uno scopo unicamente riparatorio e ripristinatorio, mostri

---

un ordinario potere di azione, riconducibile alla giurisdizione di tipo soggettivo, benché riferito ad un'Autorità pubblica. La norma, invero, non introduce un generalizzato controllo di legittimità, bensì un potere di iniziativa che, integrando quelli conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della L. n. 287 del 1990, risulta finalizzato a contribuire a una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (Corte Cost. 14/02/2013, n. 20). La particolare legittimazione ad agire di cui si discute non può dirsi generalizzata, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. L'interesse sostanziale, a tutela del quale l'AGCM può ricorrere, ex art. 21-bis della citata L. n. 287/1990, assume i connotati dell'interesse a un bene della vita, nella specie quello al corretto funzionamento del mercato, che trova tutela a livello comunitario e costituzionale, e del quale l'AGCM, secondo la L. n. 287/1990, è, istituzionalmente, portatrice. L'Autorità, quindi, in base alla menzionata normativa, g preposta alla salvaguardia di un interesse che si soggettivizza in capo ad essa come posizione qualificata e differenziata rispetto a quella degli altri attori del libero mercato, circostanza questa idonea a fondare la legittimazione processuale di cui all'art. 21-bis citato. La scelta del legislatore di attribuire all'Autorità un potere di agire a tutela di tale interesse, costituisce un'opzione di stretto diritto positivo, che lungi dall'essere contraria al vigente quadro costituzionale, si inserisce, anzi, nell'ambito degli strumenti di garanzia di effettività del corrispondente valore costituzionale, garantendone una tutela completa. Il quadro legislativo e giurisprudenziale offre, del resto, sempre più frequenti esempi di legittimazione ad agire, in qualche modo sganciata dai canonici criteri di individuazione della situazione di interesse legittimo. [...]. In definitiva, l'art. 21-bis della L. n. 287/1990 assegna all'Autorità una legittimazione straordinaria, che si inserisce in un sistema nel quale rileva il principio di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico (Cons. Stato, Sez. VI, 30/4/2018, n. 2583; 15/5/2017, n. 2294) del tutto coerente con i parametri costituzionali di cui agli artt. 103 e 113 Cost.». Si vedano, sul tema, *ex multis*, Clarich, *I poteri di impugnativa dell'AGCM ai sensi del nuovo art. 21-bis della l. n. 287/1990*, in Conc. e merc. (2013); Lazzara, *Legittimazione straordinaria ed enforcement pubblico dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Dai compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, in Conc. e merc. (2018); Ramajoli, *La legittimazione a ricorrere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come strumento di formazione della disciplina antitrust*, in Conc. e merc. (2018).

<sup>10</sup> Sul tema della qualificazione delle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali, si veda N. Durante, *Il concorso tra norme amministrative e penali: il problema del ne bis in idem alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 2022, su giustizia-amministrativa.it*.

<sup>11</sup> Si veda, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 04/10/2022, n. 8503.

al contempo uno scopo preventivo, di dissuasione dal commettere nuovamente l'illecito, e uno scopo repressivo. Il terzo criterio attiene alla severità della sanzione. Essa attinge il livello penale anche quando è applicata da un organo amministrativo e sia solo di carattere pecuniario, purché sia di importo rilevante. Sulla base dei menzionati criteri, la Corte EDU è giunta a qualificare come quasi-penali i procedimenti svolti e le sanzioni applicate dall'Autorità per la concorrenza e il mercato. Pur trattandosi di sanzioni amministrative, per la loro natura sostanziale e per la rilevanza degli importi che possono essere irrogati, le sanzioni dell'Autorità di vigilanza vengono qualificate dalla Corte EDU come penali. Ciò consente alla stessa Corte di esercitare lo scrutinio previsto dall'art. 6, par. 1, della CEDU per verificare la compatibilità del procedimento sanzionatorio alle garanzie sancite dalla Convenzione<sup>12</sup>.

L'inquadramento delle Autorità nel novero delle Amministrazioni pubbliche risolve il problema, in passato dibattuto, dell'applicazione nei loro confronti delle regole scolpite dalla L. 241/1990 in tema di procedimento. Costituisce ormai dato acquisito, infatti, l'applicabilità della legge in questione, quantomeno nei suoi principi generali, alle A.i., ferme restando le discipline specifiche dettate da normative di carattere primario e secondario. Nello specifico, per quel che riguarda le garanzie di partecipazione al procedimento e di contraddittorio, occorre rilevare che le medesime assumono particolare rilievo nell'ipotesi in cui le A.i. abbiano il potere di irrogare sanzioni. Al riguardo, è necessario osservare che, spesso, il procedimento di irrogazione della sanzione appare connotato da un elevato grado di afflittività, con la conseguenza che le sanzioni stesse assumono una valenza penalistica, soprattutto alla luce dei cosiddetti criteri Engels, elaborati dalla giurisprudenza. In virtù di tale qualificazione, dunque, risulta necessario assicurare una forte tutela della legalità procedurale e, quindi, garantire ai soggetti destinatari dei provvedimenti afflittivi il diritto di partecipare e difendersi, nella generale ottica del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU<sup>13</sup>. In ogni caso, l'assimilazione funzionale all'Autorità giudiziaria non giustifica la qualificazione delle a.i., in sede di esercizio del potere sanzionatorio, alla stregua di Autorità giudiziarie. Si tratta di Autorità amministrative che, pur se in posizione peculiare di neutralità, esercitano una funzione amministrativa di vigilanza, come confermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (Sentenza 31/05/2005, C-53/03, Syfait), che ha escluso la sua legittimazione a sollevare questione pregiudiziale, riservata agli organi giurisdizionali *ex art.* 267 TFUE. In linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, anche la Corte costituzionale (ord. 31/01/2019, n. 13) ha escluso la legittimazione dell'Anti-trust a sollevare questione di legittimità costituzionale, non ritenendo sussistente in capo all'Autorità la qualificazione di "giudice" e, quindi, di soggetto abilitato dalla legge a sollevare l'incidente di costituzionalità.

Sotto un diverso profilo, la natura afflittiva e sostanzialmente "punitiva" delle sanzioni irrogate dalle Autorità amministrative indipendenti ha fatto emergere, recentemente, una serie di questioni relative all'applicabilità nel procedimento sanzionatorio delle garanzie fondamentali riconosciute in ambito penale in relazione al diritto di difesa, all'irretroattività delle leggi sfavorevoli, all'applicazione retroattiva delle modifiche sanzionatorie *in mitius*, al divieto di *bis in idem* e ai principi di proporzionalità della pena e di presunzione di innocenza<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Fratini, *Manuale* cit. 232ss.

<sup>13</sup> T.A.R. Lazio, Roma, Sez. 1, 13/02/2023, n. 2453.

<sup>14</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 9/05/2022, n. 3570.

Viene in rilievo, in particolare, l'ord. 10/05/2019, n. 117 con cui la Corte costituzionale ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione circa la rilevanza, nel procedimento sanzionatorio, del principio *nemo tenetur se detegere*. Richiamando la propria costante giurisprudenza, la Corte costituzionale ha ritenuto che il “diritto al silenzio” dell’imputato – pur non godendo di espresso riconoscimento costituzionale – costituisca un «corollario essenziale dell’inviolabilità del diritto di difesa», riconosciuto dall’art. 24 Cost. Tale diritto garantisce all’imputato la possibilità di rifiutare di sottoporsi all’esame testimoniale e, più in generale, di avvalersi della facoltà di non rispondere alle domande del giudice o dell’Autorità competente. La Corte di Giustizia, con sent. 2/02/2021 (in C-489/19), ha confermato la ricostruzione della Consulta (poi ripresa dalla sent. della Corte Cost. n. 84/2021), affermando che una persona fisica, nell’ambito di un’indagine concernente un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale, ha il diritto di mantenere il silenzio se le sue risposte possono far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale.<sup>15</sup>

#### **4.- Il termine di conclusione della fase pre-istruttoria del procedimento sanzionatorio dell’AGCM nel diritto vivente.**

Un esercizio di potestà sanzionatoria che non sia puramente arbitrario presuppone anzitutto logicamente un momento di acquisizione dei fatti storici, attraverso il compimento di attività materiali più o meno complesse o di altre più propriamente intellettuali come le valutazioni tecniche, con funzione ricognitiva della ricorrenza di determinati presupposti nel mondo reale, e un momento di apprezzamento di quelle risultanze, il quale, distinto solo dal punto di vista concettuale nei casi in cui alla sussunzione del fatto nella fattispecie astratta è sufficiente la constatazione del fatto medesimo, presenta una rilevanza non meno determinante allorché l’irrogazione della sanzione e la sua graduazione non possano prescindere da un giudizio critico su quei fatti. Dal punto di vista valoriale, gli ordinamenti democratici non ammettono che quelle attività, se prodromiche alla decisione d’irrogare (o meno) sanzioni significativamente afflittive, possano essere interamente svolte e concluse senza consentire all’interessato di contraddirsi e difendersi prima ancora di essere sanzionato. Il tema del “tempo” dell’accertamento e della sanzione è indissolubilmente legato all’esigenza di garantire il diritto di difesa dell’inculpato, che finisce per essere leso quando gli addebiti sono formulati a tale distanza di tempo che egli non possa più ricostruire con esattezza i fatti o raccogliere le prove a sua discolpa<sup>16</sup>.

La disciplina generale sulle sanzioni amministrative pecuniarie, contenuta nel Capo I della L. 24 novembre 1981, n. 689<sup>17</sup>, pur non prevedendo alcun termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio, stabilisce due termini. Da un lato, all’art. 14 prevede che, ove sia possibile, la

<sup>15</sup> F. Caringella, *Compendio maior di diritto amministrativo*, Napoli 2024, 683ss.

<sup>16</sup> Studio redatto dal Cons. di Stato Francesco Guaracino, *Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa*, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>17</sup> Per l’art. 12 (“Ambito di applicazione”) della L. 689 del 24/11/1981 le disposizioni contenute nel Capo I in materia di sanzioni amministrative «si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale. Non si applicano alle violazioni disciplinari». Si tratta, perciò, di disposizioni di tendenziale applicazione generale, a meno che la loro applicabilità non vada esclusa per ragioni sistematiche che le rendano incompatibili con la disciplina di settore (difettando allora la condizione «in quanto applicabili») oppure perché in quest’ultima «sia diversamente stabilito», in generale o con riferimento a specifiche prescrizioni.

violazione dev'essere contestata al trasgressore e all'obbligato in solido immediatamente e, solo ove tale immediata contestazione non sia possibile, entro un termine, decorrente "dall'accertamento" della violazione, di 90 gg, per i residenti in Italia, e 360 gg, per i residenti all'estero (commi 1 e 2). L'omessa notifica nel termine prescritto determina l'estinzione dell'obbligazione pecuniaria (comma 6), non potendosi dubitare, allora, della perentorietà del termine. La contestazione della violazione cristallizza l'addebito e consente all'incolpato l'attivazione del contraddittorio. Dall'altro lato, stabilisce, all'art. 28, che «il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate dalla presente legge si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione» (comma 1) e che tale termine è soggetto alle stesse regole sulla interruzione previste dal codice civile (comma 2).

In questo contesto normativo, si inserisce il dibattito circa l'applicabilità della disposizione generale sul termine di contestazione degli addebiti anche alle infrazioni in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante nell'ambito dei procedimenti sanzionatori regolati dalla L. 10 ottobre 1990, n. 287<sup>18</sup>.

Nella disciplina italiana antitrust, l'avvio del procedimento istruttorio volto all'accertamento di eventuali violazioni del diritto della concorrenza è preceduto da una fase pre-istruttoria nella quale l'AGCM, sulla base di segnalazioni, denunce, esposti, notizie o informazioni autonomamente acquisite, procede in via officiosa a una indagine di tipo preliminare per verificare la sussistenza dei presupposti per procedere all'avvio dell'istruttoria (primo comma dell'art. 12, L. n. 287/1990).

Qualora l'Autorità ravvisi una "presunta infrazione" (art. 14, comma 1, L. n. 287/1990), delibera di procedere all'istruttoria finalizzata a verificarne l'esistenza, notificandone l'apertura alle imprese e agli enti interessati (art. 14, L. n. 287/1990; art. 6, D.P.R. n. 217/1998).

Il legislatore nazionale non ha espressamente disciplinato entro quale termine debba concludersi la fase pre-istruttoria. Ciò ha posto l'interprete dinanzi all'imbarazzo di individuarlo in via esegetica<sup>19</sup>. Al riguardo, secondo la giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato<sup>20</sup>, l'AGCM sarebbe tenuta, a pena di decadenza dal suo potere sanzionatorio, ad avviare la procedura istruttoria procedendo con

<sup>18</sup> Ferma l'applicabilità dell'art. 28 della L. 689 del 24/11/1981.

<sup>19</sup> In dottrina si è sostenuto che l'art. 14 della L. 689 del 24/11/1981 sul termine per la contestazione degli illeciti non sarebbe applicabile *in subiecta materia* a causa della specialità della disciplina antitrust poiché l'ampio spazio previsto per la partecipazione degli interessati inciderebbe sui tempi della procedura (V. Freni, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Fratini (cur.), *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, Padova 2011, 831).

<sup>20</sup> Nella sentenza del 4 ottobre 2022, n. 8503, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha esaminato la problematica afferente all'applicabilità (o meno) alle procedure sanzionatorie sviluppate dall'AGCM, con riferimento a (illeciti) intese restrittive del mercato, dell'art. 14 L. 689 del 24/11/1981 nonché in ordine al tardivo avvio della procedura rispetto all'epoca di conoscenza dei fatti da contestarsi: «[...] va premesso che le norme di principio contenute nel Capo I della l. 689/1981, tendenzialmente, sono di applicazione generale, dal momento che, in base all'art. 12, devono essere osservate con riguardo a tutte le violazioni aventi natura amministrativa per le quali è comminata la sanzione del pagamento di una somma di danaro; l'intento del legislatore è stato quello di assoggettare ad uno statuto unico ed esaustivo (e con un medesimo livello di prerogative e garanzie procedurali per il soggetto inciso) tutte le ipotesi di sanzioni amministrative, sia che siano attinenti a reati depenalizzati, sia che conseguano ad illeciti qualificati ab origine come amministrativi, con la sola eccezione delle violazioni disciplinari e di quelle comportanti sanzioni non pecuniarie; la preventiva comunicazione e descrizione sommaria del fatto contestato con l'indicazione delle circostanze di tempo e di luogo - idonee ad assicurare, già nella fase del procedimento amministrativo anteriore all'emissione dell'ordinanza- ingiunzione, la difesa dell'interessato - attengono ai principi del contraddittorio che è garantito dalla l. 689/1981 attraverso la prescrizione di una tempestiva contestazione (ai sensi dell'art. 14, ove non si proceda alla contestazione immediata dell'addebito, "gli estremi della violazione debbono essere notificati agli interessati residenti nel territorio della Repubblica entro il termine di novanta giorni e a quelli residenti all'estero entro il termine di trecentosessanta giorni

la contestazione della violazione entro il termine di 90 giorni ovvero 360 giorni per le imprese residenti all'estero, decorrente dal momento in cui l'Autorità ha conoscenza della violazione ai sensi dell'art. art. 14, L. 24 novembre 1981, n. 689.

A conforto di tale opzione ermeneutica, si richiama l'art. 31 della L. n. 287/1990, ove si prevede l'applicazione delle norme generali di cui alla L. n. 689/1981 "in quanto applicabili". Esigenze di complessiva coerenza dell'ordinamento – si argomenta – impongono all'interprete di ritenere che il legislatore, non avendo nel presente caso previsto un diverso termine, abbia ritenuto applicabile quello stabilito dall'art. 14 della L. n. 689/1981, ferma la possibilità di intervenire in futuro sulla materia e prevedere specifici termini di svolgimento della fase pre-istruttoria dei procedimenti antitrust.

Secondo il Consiglio di Stato, tale termine (art. 14 della L. n. 689/1981) per l'invio della contestazione degli addebiti: i) non appare irragionevole, non rendendo eccessivamente difficile l'enforcement del diritto europeo e realizzando un giusto contemperamento tra tale ultimo interesse e le esigenze di tutela del diritto di difesa dei soggetti incolpati, cui è connaturato il principio di tempestività della contestazione quale corollario della natura sostanzialmente penale delle sanzioni antitrust e della conseguente applicabilità alla presente fattispecie dei principi fondamentali del diritto punitivo, tra cui il diritto ad un "fair trial" *ex art. 6 CEDU*; ii) ha la funzione di consentire alle imprese di difendersi adeguatamente nel corso del procedimento, venendo messe tempestivamente a conoscenza degli addebiti loro rivolti e potendo così esercitare adeguatamente i propri diritti di difesa a fronte delle possibili sanzioni pecuniarie, che hanno natura sostanzialmente penale ai sensi dell'art. 6 CEDU, che l'Autorità potrà loro comminare; iii) non preclude, successivamente all'invio della contestazione degli addebiti, laddove emergano nuovi elementi prima non conosciuti dall'Autorità, che la medesima possa estendere la contestazione soggettivamente ovvero oggettivamente.

Il Consiglio di Stato ritiene tale lettura pienamente conforme alla disciplina, stante la circostanza che il decorso del termine di cui dall'art. 14, L. n. 689/1981 è ricollegato non già alla data di commissione della violazione, bensì al tempo di accertamento dell'infrazione. Si fa, cioè, riferimento non alla mera notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma all'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita, implicante il riscontro (allo scopo di una corretta formulazione della contestazione) della sussistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti. Ne discende la non computabilità del periodo ragionevolmente occorso, in relazione alla complessità delle singole

dall'accertamento"); il su richiamato termine per la contestazione delle violazioni amministrative ha natura perentoria, avendo la precisa funzione di garantire un tempestivo esercizio del diritto di difesa; l'ampia portata precettiva è esclusa soltanto alla presenza di una diversa regolamentazione da parte di una fonte normativa, pari ordinata, che per il suo carattere di specialità si configuri idonea ad introdurre una deroga alla norma generale e di principio; ed infatti, al riguardo, l'art. 31 l. 287/1990 prevede l'applicazione delle norme generali di cui alla l. 689/1981 "in quanto applicabili"; a propria volta il regolamento in materia di procedure istruttorie dell'Autorità (d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217) non reca l'indicazione di alcun termine per la contestazione degli addebiti, e quindi non può far ritenere "diversamente stabilita" la scansione procedimentale e, quindi, inapplicabile il termine di cui all'art. 14 l. 689/1981 (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 luglio 2018 n. 4211) [...] l'esposta interpretazione, fatta propria dal Consiglio di Stato e, nella specie, da questa Sezione, deve ritenersi preferibile rispetto a quella sposata dal TAR, in quanto anche orientata dalla sicura ascendenza costituzionale del principio di tempestività della contestazione, posto a tutela del diritto di difesa, atteso che la soluzione proposta (oltre che rispondente al canone ermeneutico di tipo sistematico) si impone anche alla luce dell'obbligo di interpretazione conforme, quale corollario della natura sostanzialmente penale delle sanzioni antitrust e della conseguente applicabilità alla presente fattispecie dei principi fondamentali del diritto punitivo».

fattispecie, ai fini dell'acquisizione e della delibazione degli elementi necessari per una matura e legittima formulazione della contestazione.

Per determinare il *dies a quo* di detto termine<sup>21</sup>, al fine di verificarne il rispetto, il giudice amministrativo deve procedere a un giudizio di prognosi postuma, ponendosi nella posizione in cui si trovava l'AGCM e verificando se gli elementi disponibili in un certo momento fossero o meno sufficienti a formulare la contestazione. Il superamento del termine comporterebbe l'annullamento della decisione dell'AGCM nella sua interezza, oltre ad impedire alla stessa, in forza del principio del *ne bis in idem*, di avviare una nuova procedura istruttoria per la medesima pratica, nemmeno nei casi in cui l'impresa interessata non l'abbia mai interrotta<sup>22</sup>.

##### **5.- La rimessione alla CGUE: i fatti oggetto dei procedimenti principali.**

In questo quadro, si inseriscono tre domande di pronuncia pregiudiziale presentate ai sensi dell'art. 267 TFUE dai giudici nazionali al fine di sottoporre al vaglio di compatibilità eurounitaria della Corte di Giustizia dell'Unione europea la normativa italiana come interpretata dal diritto vivente.

La Corte di giustizia si è pronunciata in data 30 gennaio 2025 (nelle cause C-510/23 e C-511/23), sulle due domande presentate dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sez. I, ord. 01/08/2023, n. 12962, con riguardo ad un procedimento in materia di abuso di posizione dominante; Sez. I, ord. 02/08/2023, n. 13016, con riguardo ad un procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette). Mentre nella causa C-510/23 il giudice del rinvio ha chiesto di interpretare la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), nella causa C-511/23, il Tar Lazio ha sollecitato la Corte a pronunciarsi sull'interpretazione dell'articolo 102 TFUE letto alla luce dei principi di tutela della concorrenza ed effettività dell'azione amministrativa. Si segnala, peraltro, che deve essere ancora decisa la rimessione disposta dal Consiglio di Stato (ord. n. 6057/2024), anch'essa avente ad oggetto l'interpretazione del diritto unionale con riguardo alla durata della fase pre-istruttoria dei procedimenti antitrust condotti dall'Autorità nazionale, però in materia di intese restrittive della concorrenza.

Prima di analizzare i passaggi motivazionali della decisione della Corte di Giustizia, appare opportuno ripercorrere sinteticamente i fatti che hanno attivato il contenzioso dinanzi al giudice *a quo*, stimolandone la rimessione ai sensi dell'art. 267 TFUE.

<sup>21</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 4/10/2022, n. 8503, cit.: «Su queste basi, deve però precisarsi che il decorso dei novanta giorni, nella disposizione recata dall'art. 14 l. 689/1981, è ricollegato non già alla data di commissione della violazione, bensì al tempo di accertamento dell'infrazione. Si fa riferimento non alla mera notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma all'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita, implicante il riscontro (allo scopo di una corretta formulazione della contestazione) della sussistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti. Ne discende la non computabilità del periodo ragionevolmente occorso, in relazione alla complessità delle singole fattispecie, ai fini dell'acquisizione e della delibazione degli elementi necessari per una matura e legittima formulazione della contestazione (cfr. Cass. civ., Sez. II, 13 dicembre 2011 n. 26734 e 21 aprile 2009 n. 9454)».

<sup>22</sup> Si veda P. Chirulli, *Meglio tardi che mai (per l'avvio delle istruttorie antitrust)? Riflessioni a margine di Corte di Giustizia, caso C-511/23 (Caronte & Tourist)*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati* 1 (2025) 184ss.

Per quanto riguarda la questione oggetto di prima rimessione (C-510/23), tra il 2011 e il 2016, l'AGCM riceve segnalazioni e doglianze da parte di consumatori, dell'Autorità di regolazione dei trasporti e dell'associazione Federconsumatori, relative alle modalità di vendita dei biglietti ferroviari online. Il 21 ottobre 2016, acquisisce agli atti i risultati di simulazioni d'acquisto effettuate dai propri funzionari e il 15 novembre 2016 notifica a Trenitalia la decisione di avviare un procedimento volto ad accertare un illecito consumeristico. Con decisione del 3 agosto 2017, adottata il 19 luglio 2017, l'AGCM, infine, accerta l'esistenza di una pratica commerciale scorretta da parte di Trenitalia nell'ambito della vendita online di biglietti ferroviari. Infatti, per quanto riguarda le soluzioni di viaggio proposte attraverso il proprio sistema informatico di ricerca e acquisto biglietti, Trenitalia avrebbe indicato risultati che comportavano l'utilizzo di treni «a mercato», omettendo i risultati che comportavano, per i medesimi orari, l'utilizzo di treni regionali maggiormente economici. L'AGCM, pertanto, ingiunge la cessazione della pratica contestata, concede un termine per individuare le misure a tal fine necessarie e, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, irroga una sanzione pari a 5 milioni. Dinanzi al giudice del rinvio, Trenitalia contesta la decisione dell'AGCM deducendo, segnatamente, la violazione del termine perentorio di 90 giorni previsto all'articolo 14 della L n. 689/81 per l'avvio del procedimento volto all'accertamento dell'illecito consumeristico, in quanto la fase antecedente alla comunicazione degli addebiti sarebbe durata più di quattro anni.

In tale contesto, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha deciso di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se l'articolo 11 direttiva n. 29/2005, letto alla luce dei principi di tutela dei consumatori ed effettività dell'azione amministrativa, debba essere interpretato nel senso che osti a una normativa nazionale, quale quella discendente dall'applicazione dell'articolo 14 legge n. 689/81 – come interpretata nel diritto vivente – che impone all'AGCM di avviare il procedimento istruttorio per l'accertamento di una pratica commerciale scorretta (sleale) entro un termine decadenziale di novanta giorni, decorrente dal momento in cui l'Autorità ha la conoscenza degli elementi essenziali della violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito».

In merito alla seconda questione oggetto di rimessione (C-511/23), il 24 marzo 2018 l'AGCM riceve la segnalazione di un consumatore che lamenta prezzi eccessivamente esosi del servizio di traghetti fornito dalla Caronte & Tourism – società che fornisce un servizio di traghettamento nello stretto di Messina, dove detiene una posizione quasi monopolistica – e chiede l'avvio di un'indagine. Successivamente, il 23 aprile 2019, l'AGCM invia una richiesta di informazioni all'Autorità portuale di Messina, seguita, il 19 novembre 2019, da un sollecito cui veniva replicato il 26 novembre 2019. Il 4 agosto 2020, l'AGCM notifica alla C&T la decisione di avviare un procedimento volto ad accertare un illecito antitrust e, con decisione dell'11 aprile 2022, adottata il 29 marzo 2022, constata, sulla base dell'articolo 3 della legge n. 287/90, l'esistenza di un abuso di posizione dominante da parte della C&T a causa dell'imposizione di prezzi eccessivi per il servizio di traghettamento di veicoli nello stretto di Messina. L'AGCM, pertanto, intimava alla C&T di astenersi per il futuro, quanto meno dalla fine dell'emergenza pandemica, dall'imporre prezzi eccessivi e, attesa la gravità dell'illecito, irroga una sanzione pecuniaria pari a 3.719.370 milioni. A questo punto, la C&T impugna la decisione dell'AGCM invocando, in particolare, non diversamente dalla contestazione di Trenitalia di cui al primo procedimento, la violazione del termine perentorio di 90 giorni previsto dall'articolo 14 della L. n. 689/81 per l'avvio del procedimento per l'accertamento di

un illecito antitrust, in quanto la fase antecedente alla contestazione si sarebbe protratta per complessivi 855 giorni.

In tale contesto, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se l'articolo 102 TFUE, letto alla luce dei principi di tutela della concorrenza ed effettività dell'azione amministrativa, debba essere interpretato nel senso che osti a una normativa nazionale, quale quella discendente dall'applicazione dell'articolo 14 della legge n. 689/81 – come interpretata nel diritto vivente – che impone all'AGCM di avviare il procedimento istruttorio per l'accertamento di un abuso di posizione dominante entro il termine decadenziale di novanta giorni, decorrente dal momento in cui l'Autorità ha la conoscenza degli elementi essenziali della violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito».

In sostanza, il Tar Lazio, nelle proprie ordinanze di rimessione, ritiene che il termine decadenziale individuato in via esegetica dalla giurisprudenza nazionale comprometta l'efficacia dell'azione amministrativa e violi i principi di diritto dell'Unione. Le principali preoccupazioni del giudice del rinvio hanno ad oggetto: la limitazione eccessiva dell'autonomia dell'AGCM; il rischio di impunità per le aziende, in caso di mancato rispetto del termine; la presunzione assoluta di violazione dei diritti della difesa in caso di tardiva contestazione. La normativa nazionale potrebbe, così, ostacolare l'effettiva applicazione delle norme UE sulla concorrenza e sulla tutela dei consumatori e, quindi, violare il principio di effettività che impone agli Stati membri di garantire che le Autorità siano dotate dei mezzi adeguati a far rispettare il diritto dell'Unione.

### **5.1.- L'autonomia procedurale degli Stati membri (ed i relativi limiti) nel definire i limiti temporali dei poteri sanzionatori delle Authorities.**

In sede di decisione delle rimessioni presentate, la Corte di Giustizia, in primo luogo, evidenzia la discrezionalità rimessa agli Stati membri nel definire le regole sui termini prescrizionali dei poteri sanzionatori delle Authorities. Infatti, poiché nessuna disposizione europea prevede un termine al riguardo, nel sistema decentrato di attuazione della disciplina europea a tutela della concorrenza<sup>23</sup>, spetta agli Stati membri adottare e applicare, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, le norme procedurali in materia di irrogazione di sanzioni da parte delle Autorità nazionali competenti.

---

<sup>23</sup> Sul tema si veda G. Luchena, B. Raganelli, *Concorrenza e aiuti di Stato in Europa*, Torino 2022, 3-4: «Il diritto europeo, dunque, al fine di preservare e promuovere la pratica della concorrenza leale, vieta alle imprese di concordare i prezzi o ripartirsi i mercati; abusare della propria posizione dominante in un determinato mercato per escludere i concorrenti meno influenti; realizzare fusioni tali da assumere una posizione di controllo del mercato. La disciplina europea, nel suo insieme, è il risultato di un processo di modernizzazione di regole e procedure relative all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, che per le ragioni che si esporranno di seguito, meriterebbe una revisione alla luce dell'evoluzione più recente dei principi e della giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU. In tale contesto, è previsto un sistema decentrato di applicazione delle norme antitrust europee, nell'ambito del quale operano la Commissione europea, le autorità nazionali di concorrenza (ANC) e i giudici degli Stati membri in un rapporto di stretto coordinamento e raccordo. Nel panorama delle reti amministrative istituite nell'Unione europea non si rinviene un modello unico di struttura, ma piuttosto una varietà di reti, distinte per finalità, tipologia di poteri esercitati, composizione interna, rapporti tra componente sovranazionale e nazionale e ambito di intervento. Viene qui in considerazione la c.d. rete europea della concorrenza (REC), che implica una collaborazione tra autorità antitrust nazionali e Commissione europea ai fini di un'applicazione efficace delle regole della concorrenza all'interno dell'Unione europea. In tale ambito, diversi soggetti coinvolti nelle funzioni di enforcement godono di ampi poteri».

La regolamentazione di tale materia rientra nelle competenze degli Stati membri, i quali godono di autonomia procedurale<sup>24</sup> nel definire i rimedi e i regimi. Tuttavia, tale discrezionalità incontra un limite preciso: gli Stati hanno l'obbligo di prevedere rimedi adeguati all'attuazione dei diritti derivanti dall'ordinamento europeo, in conformità con l'art. 19 TUE e con il principio di leale cooperazione sancito dall'art. 4 TUE. Proprio attraverso queste disposizioni di diritto primario, e in particolare l'art. 19 TUE, l'Unione Europea – per il tramite della Corte di Giustizia – estende la sua capacità di influenzare gli ordinamenti nazionali. Quest'ultima norma impone, in termini generali, agli Stati membri l'obbligo di istituire i rimedi giurisdizionali necessari per garantire una tutela effettiva nei settori regolati dal diritto dell'Unione, indipendentemente dal fatto che l'azione statale avvenga “in attuazione” del diritto europeo. L'autonomia procedurale degli Stati membri, tuttavia, è soggetta a vincoli interpretativi imposti dalla Corte di Giustizia, in particolare il rispetto del principio di effettività e del principio di equivalenza. Inoltre, la crescente esigenza di tutela dei diritti potrebbe determinare una riduzione delle prerogative nazionali in materia procedurale. La conformità delle norme nazionali a tali principi deve essere valutata anche in situazioni in cui i fatti siano circoscritti all'interno di un solo Stato, qualora vi sia un interesse certo dell'Unione. Gli Stati sono infatti tenuti a garantire l'effettività dei diritti fondamentali riconosciuti dall'UE, evitando di comprometterne l'efficacia. Si delinea così un obbligo di funzionalizzazione del diritto processuale interno, finalizzato a garantire la piena effettività del diritto sostanziale dell'Unione.

In questo contesto, sugli Stati membri grava l'obbligo di garantire la tutela dei diritti derivanti dall'ordinamento europeo. Tale compito spetta in primo luogo ai giudici nazionali, considerati “giudici comuni del diritto dell'Unione Europea”, ai quali è demandata l'applicazione effettiva della legislazione europea e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive che ne derivano. Ciò è essenziale, dal momento che l'Unione non dispone di un potere di attuazione ed esecuzione diretta. L'adempimento di tale obbligo consente di assicurare un'applicazione uniforme ed efficace del diritto europeo in tutti gli Stati membri.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia, l'autonomia procedurale viene definita come l'assenza di una specifica disciplina comunitaria in materia. In tal caso, spetta a ciascuno Stato stabilire le modalità procedurali, purché tali modalità non siano meno favorevoli rispetto a quelle previste per azioni analoghe nell'ordinamento interno. Tuttavia, questa autonomia non è assoluta: si configura piuttosto come una “competenza procedurale funzionalizzata”, in quanto le norme nazionali devono garantire l'applicazione effettiva del diritto sostanziale dell'Unione. Di conseguenza, le regole interne devono essere bilanciate con il principio di

<sup>24</sup> In merito, v., per tutti, R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, III ed., Torino 2020, 369ss.; G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, II ed., P. De Pasquale, F. Ferraro (curr.), Napoli 2020, 263ss.; nonché C. Peraro, *Diritti fondamentali sociali e tutela collettiva nell'Unione europea*, Napoli 2020, 223ss.; G. Caggiano, *Il richiedente la protezione internazionale davanti al giudice tra tutela giurisdizionale effettiva e autonomia processuale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea* 3 (2019) 581ss.; A. Iermano, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e “limiti” alla tutela nazionale*, in *Il Diritto dell'Unione europea* 3 (2019) 525-560; A. Maffeo, *Diritto dell'Unione europea e processo civile nazionale*, Napoli 2019, 41ss.; R. Mastrianni, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano – De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino 2018, 586ss.; A.M. Romito, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari 2015, 62-75; E. Cannizzaro, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea* 3 (2013) 659-677; G. Vitale, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea. L'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di “europeizzazione”*, Catania 2010, 11ss.

equivalenza e con il principio di effettività, che fungono da parametri per valutarne la compatibilità con il diritto europeo.

L'idoneità delle norme interne a garantire la tutela dei diritti europei viene innanzitutto verificata alla luce del principio di equivalenza. Questo principio impone che le regole nazionali relative a questioni di diritto europeo non siano meno favorevoli rispetto a quelle applicabili ai ricorsi interni, assicurando così un trattamento paritario. I giudici nazionali devono valutare l'oggetto e gli elementi essenziali delle norme interne, al fine di verificare se vi sia una sostanziale analogia tra i meccanismi di tutela previsti per i diritti nazionali e quelli europei. Ciò serve a garantire un adeguato livello di protezione anche per i diritti derivanti dall'ordinamento dell'Unione ed evitare discriminazioni, siano esse dirette o indirette.

Tuttavia, il rispetto del principio di equivalenza da solo non basta: le norme processuali nazionali devono essere sottoposte anche al vaglio del principio di effettività. Ciò significa che esse non devono rendere eccessivamente difficile o impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione. I giudici nazionali devono quindi verificare se una determinata norma sia giustificata e se, in caso contrario, debba essere disapplicata per evitare di ostacolare l'attuazione del diritto europeo. Il principio di effettività si inserisce nel più ampio quadro della tutela dei diritti conferiti dall'Unione ed è strettamente legato al principio di efficacia diretta delle norme comunitarie, già riconosciuto dalla Corte di Giustizia nella sentenza Van Gend & Loos. In questo modo, si evidenzia la connessione tra il diritto sostanziale europeo e la necessità di prevedere strumenti adeguati a garantirne l'effettiva applicazione.

### **5.2.- I criteri valutativi impiegati dalla Corte di Giustizia per vagliare la ragionevolezza dell'applicazione dell'art. 14 della L. 689/81 alla fase pre-istruttoria del procedimento sanzionatorio dell'AGCM.**

La determinazione e l'applicazione delle norme procedurali in materia di irrogazione di sanzioni da parte delle Autorità nazionali competenti devono avvenire nel rispetto del diritto dell'Unione, che esige la fissazione di termini ragionevoli che preservino le ragioni sia dell'interessato sia dell'amministrazione coinvolta. Compete – in altri termini – all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire regole procedurali volte a garantire l'esistenza di strumenti adeguati ed efficaci di contrasto delle pratiche commerciali sleali e sanzionarle in maniera effettiva, proporzionata e dissuasiva. Si sottolinea, infatti, come le norme nazionali che fissano i termini di prescrizione debbano essere concepite in modo da creare un equilibrio tra, da un lato, gli obiettivi di garantire la certezza del diritto e la trattazione dei casi entro un termine ragionevole (principi generali del diritto dell'Unione) e, dall'altro, l'attuazione effettiva ed efficace degli artt. 101 e 102 TFUE, al fine di rispettare il pubblico interesse ad evitare disfunzioni distorsive nel funzionamento del mercato interno dovute ad accordi o pratiche anticoncorrenziali.

Secondo la Corte, al fine di determinare se un regime nazionale di prescrizione sia idoneo a garantire un siffatto equilibrio, occorre prendere in considerazione tutti gli elementi di tale regime. Sono in particolare tre i criteri valutativi di ragionevolezza del termine nazionale di conclusione della fase pre-istruttoria individuati dalla Corte: la data a partire dalla quale inizia a decorrere il termine di prescrizione (*dies a quo*), la durata di tale termine, le modalità di sospensione o di interruzione di quest'ultimo.

Un primo aspetto che, ad avviso del giudice europeo, solleva dubbi, sotto il profilo del rispetto del principio di ragionevolezza del termine di conclusione del procedimento amministrativo, quale principio generale del diritto dell'Unione, concerne l'incertezza legata al *dies a quo* del termine controverso (art. 14 della L. 689/81). La normativa nazionale – come interpretata dal diritto vivente – impone all'AGCM di avviare il procedimento istruttorio per l'accertamento di un abuso di posizione dominante o di una pratica commerciale sleale entro un termine di 90 giorni «decorrente dal momento in cui l'Autorità ha la conoscenza degli elementi essenziali della violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito». Per determinare il *dies a quo* di tale termine, il giudice amministrativo italiano deve stabilire *ex post* a partire da quale momento gli elementi a disposizione della Autorità fossero «sufficienti a formulare la contestazione», se una tale comunicazione «potesse ragionevolmente formularsi» o, ancora, a partire da quale momento fosse completata «la raccolta degli elementi fattuali necessari a contestare l'illecito». Lo spazio in tal modo lasciato all'interpretazione rende aleatorio il *dies a quo* del termine, in contrasto con la costante giurisprudenza europea secondo cui quando gli Stati membri adottano misure tramite le quali danno attuazione al diritto dell'Unione, essi sono tenuti, in forza del principio della certezza del diritto, che mira ad assicurare la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nel diritto dell'Unione, a garantire che le norme siano chiare e precise.

Anche il secondo profilo di analisi (durata del termine) conduce la Corte a ritenere il termine sottoposto al vaglio di compatibilità euro-unitaria irragionevole.

In primo luogo, esso si applica – indiscriminatamente – in tutti i casi a prescindere dalla complessità della causa o dal carico di lavoro dell'AGCM. La ragionevolezza della durata del procedimento – secondo la Corte UE – deve essere valutata alla luce delle circostanze proprie di ciascun caso di specie, quali la complessità della controversia e il comportamento delle parti. In secondo luogo, prima di adottare una decisione di avvio del procedimento, a partire dalla quale ha inizio un'intensa e complessa attività di indagine in contraddittorio con le imprese interessate con conseguente impiego significativo di risorse, l'Autorità garante della concorrenza deve procedere ad analisi complesse, di natura sia fattuale che economica. Nel corso della fase che precede l'apertura formale del procedimento, deve altresì, in molti casi, preparare una serie di atti istruttori preliminari. In particolare, le indagini antitrust richiedono spesso ispezioni presso gli uffici delle imprese interessate, che sono di norma compiute prima dell'avvio del procedimento o in parallelo al fine di evitare che tali imprese possano distruggere oppure occultare elementi di prova a loro carico. Per essere efficaci, le ispezioni in questione devono essere preparate con cura, il che comporta la ricerca di elementi sufficienti per giustificarle e l'individuazione il più possibile precisa degli elementi di prova da ricercare.

Inoltre, ad avviso della Corte, il termine fissato dalla normativa nazionale, oltre a non tener conto della complessità dei casi in materia di concorrenza, sembra trascurare completamente il fatto che le Autorità nazionali garanti della concorrenza necessitano spesso della cooperazione delle imprese interessate ed il comportamento poco cooperativo di un'impresa può, in talune circostanze, avere un effetto dilatorio, anche portando al superamento di tale termine, senza che l'Autorità nazionale garante della concorrenza possa esserne ritenuta responsabile. Tuttavia, tale aspetto non viene considerato dalla giurisprudenza nazionale, dal momento che le conseguenze giuridiche sarebbero le stesse a prescindere che i ritardi siano imputabili all'impresa o all'AGCM.

Ulteriore aspetto da tenere in debito conto, sottolinea il giudice europeo, è che, prima della formale apertura del procedimento, le Autorità nazionali garanti della concorrenza si coordinano di norma tra di loro e con la Commissione al fine di garantire una ripartizione ottimale delle cause all'interno della rete prevista dal Regolamento n. 1/2003 (rete europea della concorrenza). Ebbene, si evidenzia, al riguardo, come in numerosi casi sia estremamente difficile, se non addirittura impossibile, per l'AGCM, svolgere una tale attività entro un termine di soli 90 giorni. La Corte rileva, dunque, l'incompatibilità del termine con la necessaria cooperazione tra l'AGCM e i suoi omologhi degli altri Stati membri nonché la Commissione in forza del Regolamento 2017/2394. Il termine prescritto potrebbe ostare ad una cooperazione efficace tra le Autorità, in quanto un carico di lavoro considerevole, combinato con un termine troppo breve, potrebbe costringere l'AGCM a sottrarsi in tutto o in parte a detta cooperazione. Inoltre, in taluni casi, prima di avviare il procedimento formale, un'Autorità nazionale garante della concorrenza può ritenere necessario attendere la decisione di un'altra Autorità, segnatamente al fine di valutare l'eventuale applicazione del principio del *ne bis in idem*, dunque a tutela dello stesso diritto di difesa degli operatori del settore. L'AGCM rischia di veder indebolita e compromessa la propria capacità di organizzare il lavoro in maniera indipendente nonché di collaborare in maniera efficace con le altre Autorità nazionali e con la Commissione, a detimento del funzionamento dei meccanismi di vigilanza del mercato interno dell'Unione sul territorio della Repubblica italiana e dell'integrazione europea, espressamente presidiata dall'art. 3, par. 3, TUE.

In merito al terzo criterio valutativo di ragionevolezza del termine nazionale di conclusione della fase pre-istruttoria (modalità di sospensione o di interruzione), la CGUE sottolinea come la possibilità di adottare le misure necessarie entro il termine fissato dalla normativa nazionale sia resa più difficile altresì dalla mancata previsione di un meccanismo di sospensione o proroga. La fissazione di un termine uniforme obbliga l'AGCM a trattare in maniera indifferenziata tutte le infrazioni che le sono comunicate, con l'effetto di renderne il lavoro puramente meccanico: le diverse infrazioni da esaminare finiscono per essere trattate secondo un ordine puramente cronologico (in base alla data di registrazione) e non in funzione della loro complessità o gravità. La perentorietà del termine, in questo modo, impedisce all'AGCM di organizzare liberamente il proprio lavoro e di definire le proprie priorità per lo svolgimento dei compiti affidati nel rispetto degli artt. 101 e 102 TFUE. Di conseguenza, la brevità del termine anche per affrontare le infrazioni più complesse e probabilmente meno evidenti, che necessitano di un'indagine approfondita, può ledere l'indipendenza dell'Autorità. Benché il diritto dell'Unione non osti alla fissazione di termini procedurali nell'interesse della certezza del diritto, occorre tuttavia che questi non mettano a rischio la realizzazione degli obiettivi che l'Unione mira a proteggere.

Alla luce delle considerazioni effettuate, la Corte conclude che il termine di 90 giorni è tale da rendere eccessivamente difficile o praticamente impossibile un adeguato ed efficace sistema di contrasto avverso le pratiche commerciali sleali, impedendo di sanzionarle in maniera effettiva, proporzionata e dissuasiva. L'AGCM, infatti, deve poter disporre di un termine ragionevole per suffragare gli elementi forniti con le segnalazioni e verificare le informazioni ottenute. Un termine imperativo di 90 giorni per la fase preliminare all'istruttoria può essere ragionevole in casi relativamente semplici, ma sembra troppo breve in altri casi che presentano una maggiore complessità. Ne consegue il rischio non trascurabile che l'AGCM non disponga del tempo e dei mezzi necessari per combattere e sanzionare le pratiche commerciali sleali. La CGUE ricorda che, peraltro, l'ordinamento giuridico

italiano prevede già un termine di cinque anni (art. 28 della L. 689/1981), termine di prescrizione entro il quale, dal fatto illecito, deve essere irrogata la sanzione, reputato dalla Corte sufficientemente rispettoso dell'interesse alla certezza del diritto<sup>25</sup>.

In ordine alla tutela del legittimo affidamento degli operatori del settore – invocata dalle imprese raggiunte dalle sanzioni dell'AGCM nei procedimenti principali – per cui l'inerzia dell'AGCM nell'esercizio dei suoi poteri sanzionatori ingenererebbe un legittimo affidamento circa il mancato esercizio degli stessi, la Corte di Giustizia contesta la premessa su cui si fonda l'argomento: l'inerzia non implica il riconoscimento della conformità di una pratica commerciale alle regole del mercato interno; in altre parole, non è giuridicamente possibile dedurre la legittimità di una data pratica commerciale dal mancato intervento della Autorità, come fosse un consenso tacito. Non esiste, infatti, alcuna presunzione di legittimità di una pratica commerciale di cui un'impresa potrebbe avvalersi in tali circostanze. A ritener diversamente, si verificherebbero gravi carenze sistemiche nel settore di tutela della concorrenza, dal momento che un'impresa potrebbe basarsi sull'inerzia dell'Autorità nonostante una pratica commerciale sia in evidente contraddizione con il diritto dell'Unione.

La Corte di Giustizia esamina, poi, le gravi conseguenze che si ricollegano al mancato rispetto del termine: la decadenza dall'esercizio del potere di accertamento, di divieto e sanzionatorio conferito all'AGCM oltre all'impossibilità, in forza del principio del *ne bis in idem*, di avviare una nuova procedura istruttoria per la medesima pratica, quand'anche l'impresa interessata non l'abbia mai interrotta. Sotto il primo profilo (decadenza dal potere sanzionatorio), il tardivo avvio del procedimento istruttorio finisce per inficiare automaticamente il provvedimento finale adottato dall'AGCM con la conseguenza che, quando il giudice nazionale è chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di una misura adottata in tali circostanze, non può che procedere ad un annullamento integrale della decisione dell'AGCM. Sotto il secondo profilo, l'applicazione del principio del *ne bis in idem* comporta che, qualora il termine sia decorso senza che l'AGCM abbia formalmente comunicato al professionista l'apertura del procedimento, non risulta più possibile compiere indagini in un momento successivo e adottare qualsiasi azione, ad esempio un ordine di cessazione del comportamento o un divieto (componente prescrittiva-inibitoria<sup>26</sup> delle sanzioni dell'AGCM), con

<sup>25</sup> Sul punto si segnala un orientamento parzialmente difforme della giurisprudenza costituzionale in ordine alla bastevolezza del solo termine di cinque anni. La Corte, infatti, si è espressa criticamente sull'idoneità del termine di prescrizione quinquennale, soggetto a interruzione, a garantire, di per sé solo, la certezza giuridica della posizione dell'inculpato e l'effettività del suo diritto di difesa, ritenendo coessenziale a un sistema sanzionatorio coerente coi parametri costituzionali costituiti dagli artt. 24 e 97 Cost. la fissazione di un termine per la conclusione del procedimento non particolarmente distante dal momento dell'accertamento e della contestazione dell'illecito, in modo da consentire all'inculpato di opporsi efficacemente al provvedimento sanzionatorio (Corte Cost., 12/07/2021, n. 151, e 28/12/2021, n. 260); la declaratoria di inammissibilità della relativa questione di costituzionalità è avvenuta «in ragione del doveroso rispetto della prioritaria valutazione del legislatore in ordine alla individuazione dei mezzi più idonei al conseguimento di un fine costituzionalmente necessario» e la Corte ha ammonito che il protrarsi della lacuna normativa – che «colloca l'autorità titolare della potestà punitiva in una posizione ingiustificatamente privilegiata che, nell'attuale contesto ordinamentale, si configura come un anacronistico retaggio della supremazia speciale della pubblica amministrazione» – rende ineludibile un tempestivo intervento legislativo (Corte Cost., 12/07/2021, n. 151).

<sup>26</sup> Al riguardo, significativa la sentenza del Tar Lazio, Roma, Sez. I, 11/05/2024, n. 9315: «L'azione svolta dall'Agcm ai sensi dell'art. 15 L. 287/1990 rientra nella categoria dei procedimenti c.d. "sanzionatori esecutivi". Difatti, i provvedimenti dell'Autorità non hanno solamente finalità lato sensu retributive (o afflittive), bensì anche di conformazione dell'attività economica privata, risultando anzi quest'ultimo scopo addirittura prioritario: invero, l'art. 15 L. 287/1990 (rubricato "diffide e sanzioni") prevede come primo obiettivo dei provvedimenti dell'Agcm sia il ristabilire la concorrenzialità del mercato. Conseguentemente, il potere esercitato dell'Autorità è (in primo luogo) di natura ablatoria personale, essendo attribuito per eliminare la turbativa dell'interesse pubblico causato dall'infrazione. Pertanto, l'atto

rischio di sostanziale impunità e di diffusione di pratiche scorrette. Altre imprese, infatti, potrebbero ritenere, a torto, che la pratica commerciale scorretta (avverso la quale l'AGCM non può più adottare sanzioni a causa del superamento del breve termine di cui all'art. 14 L. 689/1981) sia lecita e invocare indebitamente i principi della certezza del diritto e della parità di trattamento per giustificare l'emulazione di tali pratiche. Un gran numero di pratiche commerciali scorrette potrebbe continuare ad esistere o addirittura diffondersi ulteriormente, con gravi conseguenze per il mercato unico. L'AGCM, incapace di agire contro tali derive, rischierebbe di vedere seriamente compromessa la propria Autorità. Un esito del genere – sottolinea la Corte di Giustizia – sarebbe manifestamente in contrasto con gli obiettivi di tutela dell'Unione.

L'equilibrio tra, da una parte, la certezza del diritto e la trattazione dei casi entro un termine ragionevole e, dall'altra, l'efficacia dell'azione dell'AGCM passa anche attraverso il rispetto dei diritti fondamentali, tra cui, segnatamente, i diritti di difesa delle imprese oggetto di procedure d'infrazione. Le imprese cui è contestato di aver attuato una pratica anticoncorrenziale o commerciale sleale non subiscono una lesione dei propri diritti di difesa a causa del decorso del termine di 90 giorni, poiché, in ogni caso, nessuna sanzione può essere imposta dall'AGCM senza aver condotto una fase istruttoria nel corso della quale le imprese interessate dispongono delle garanzie difensive necessarie. In forza della normativa nazionale applicabile, infatti, tali imprese hanno la possibilità di accedere al fascicolo e di presentare memorie scritte e documenti. In secondo luogo, occorre osservare che, ai fini di una protezione dei diritti della difesa, non sembra necessario esigere che l'impresa eserciti in tutti i casi i propri diritti nell'ambito di una fase preliminare all'istruttoria. La Corte ha dichiarato, al riguardo, che, benché sia certamente importante evitare che i diritti di difesa di un'impresa possano essere irrimediabilmente compromessi nel corso della fase preliminare di una procedura di infrazione condotta dalla Commissione, è sufficiente, in linea di principio, garantire l'esercizio di tali diritti prima che una decisione sia adottata dall'AGCM, come prevede la normativa nazionale.

Inoltre, la Corte contesta l'automatico annullamento delle decisioni di accertamento di infrazioni che discende dal superamento del termine a prescindere dalla dimostrazione di una effettiva lesione dei diritti di difesa delle imprese interessate. Al riguardo, richiamando la giurisprudenza avente ad oggetto l'art. 41 della Carta di Nizza, il giudice europeo sottolinea che la garanzia di un termine

conclusivo dell'istruttoria deve qualificarsi (anche) come “ordine repressivo”: difatti, una volta accertata l'infrazione, l'Agcm potrà imporre (rectius, ordinare) quelle misure reputate idonee a rimuovere le cause (nonché le conseguenze) della turbativa, anche mediante la semplice prescrizione di non ripetizione della condotta. Appare evidente, dunque, come l'intervento dell'Agcm nei termini descritti vada qualificato come di amministrazione attiva, atteso che esso è finalizzato alla cura diretta dell'interesse pubblico alla concorrenzialità. Nondimeno, essendo al contempo comminata una sanzione amministrativa pecuniaria, va rilevato come il provvedimento conclusivo, nel caso in esame, riunisca in un unico atto l'esercizio di due distinte potestà, ambedue repressive: da un lato quella sanzionatoria stricto sensu (o pura); dall'altro, quella ablatoria costrittiva. Tale duplicità determina, in capo ai soggetti destinatari del provvedimento, una scomposizione delle posizioni giuridiche soggettive: difatti, a fronte dell'esercizio del potere sanzionatorio puro, il privato è titolare di un diritto soggettivo (v. Tar Lazio, sez. I, 23 agosto 2023, n. 13410); viceversa, contrapposto all'ordine repressivo vi è un interesse legittimo. A corroborare la ricostruzione giuridica del potere esercitato dall'Agcm, risulta calzante il richiamo all'art. 133, comma 1, lett. l), c.p.a. che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione su “tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori [...] dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato”: invero, in linea con la giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204), la devoluzione della cognizione in sede di giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo risulta costituzionalmente legittima solo ove essa concerne particolari materie caratterizzate dall'esercizio, anche mediato, di un potere pubblico ovvero dalla commissione di differenti posizioni giuridiche soggettive che giustificano (razionalmente) la scelta legislativa di concentrazione delle tutele presso un unico giudice».

ragionevole non è un fine in sé, piuttosto rappresenta un corollario dei diritti di difesa. Pertanto, il superamento del termine ragionevole può comportare l'illegittimità di una decisione amministrativa solo se ha provocato una violazione concreta dei diritti di difesa<sup>27</sup>. La Corte, infatti, ha chiarito in più occasioni che l'onere di provare il danno grava sull'impresa che fa valere la violazione dei propri diritti, onere che deve essere soddisfatto in maniera specifica e non mediante semplici affermazioni generali. L'impossibilità di acquisire le prove utili a suffragare l'ipotesi d'inculpazione nella fase preliminare all'istruttoria a causa di un termine troppo breve, peraltro, andrebbe a danno dello stesso diritto di difesa delle imprese. Infatti, obbligando l'AGCM ad «andare a pesca di informazioni» durante l'istruttoria in contraddittorio e ad acquisire indistintamente tutti gli elementi in qualche modo collegati all'attività dell'impresa con notevoli aggravi per ambedue le parti, rischierebbe di esporre l'impresa a misure potenzialmente più invasive. Tutto ciò potrebbe, invece, essere agevolmente evitato se l'AGCM disponesse del tempo sufficiente per raccogliere gli elementi di indagine necessari alla formulazione delle contestazioni nei confronti dell'interessato.

La dettagliata analisi compiuta dalla Corte di Giustizia conduce ad affermare che la combinazione degli aspetti caratterizzanti la normativa nazionale, per come interpretata dal diritto vivente, integri un ostacolo significativo all'attività dell'AGCM: il termine controverso non può essere qualificato come «ragionevole»<sup>28</sup>.

La strada suggerita dalla Corte ai giudici interni è quella dell'interpretazione conforme, in virtù della quale i giudici nazionali sono tenuti ad adoperarsi al meglio, nei limiti delle proprie competenze, al fine di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultimo. Si riportano al riguardo le parole del giudice europeo: «Nella fattispecie, compete al giudice nazionale stabilire, alla luce delle considerazioni che precedono, se esso sia in grado di procedere a un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione della normativa nazionale, escludendo, se del caso, l'applicazione della normativa di cui si tratta nelle procedure di infrazione condotte dall'AGCM nei settori della tutela dei consumatori e della concorrenza. Fatta salva la valutazione che dovrà essere compiuta dal giudice nazionale, una siffatta opzione non sembra incontrare a priori ostacoli insormontabili, tanto più che dalle decisioni di rinvio emerge che la giurisprudenza attuale del Consiglio di Stato è considerata come consolidata solo da qualche anno. Il

<sup>27</sup> Secondo la giurisprudenza unionale «la violazione del principio del rispetto del termine ragionevole può giustificare soltanto l'annullamento di una decisione di accertamento di infrazioni adottata all'esito di un procedimento amministrativo fondato sull'articolo 101 o 102 TFUE, qualora sia stato dimostrato che tale violazione aveva pregiudicato i diritti della difesa delle imprese interessate» (v., in tal senso, sentenze del 21/09/2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Grootshandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissione, in C-105/04, punti 42 e 43; del 9/06/2016, CEPSA/Commissione, in C-608/13, punto 61; del 9/06/2016, PROAS/Commissione, in C-616/13, punto 74; del 28/01/2021, C-466/19, punto 32; del 29/09/2011, Elf Aquitaine c. Commissione, in C-521/09, punti 129 e 130).

<sup>28</sup> Di seguito il principio di diritto affermato dalla Corte UE: «L'articolo 102 TFUE, l'articolo 4, paragrafo 5, della direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficaci e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, e gli articoli 11 e 13 della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), letti alla luce dei principi di effettività, devono essere interpretati nel senso che: ostano a disposizioni nazionali, quali l'articolo 14 della legge del 24 novembre 1981, n. 689 – Modifiche al sistema penale, che prevedono termini di decadenza brevi e, in tal modo, non consentono alle Autorità nazionali incaricate dell'applicazione dei succitati atti normativi dell'Unione di predisporre mezzi adeguati ed efficaci per combattere e sanzionare in maniera effettiva, proporzionata e dissuasiva le pratiche commerciali anticoncorrenziali e sleali all'interno del mercato unico».

giudice nazionale sembra così disporre di un margine sufficientemente ampio quanto all'interpretazione che esso può dare delle disposizioni nazionali oggetto dei procedimenti nazionali. Date le circostanze, appare possibile tornare alla giurisprudenza originaria<sup>29</sup>, in forza della quale la normativa di cui si tratta non si applica a tali tipologie di procedure».

## **6.- Conclusioni di sistema e riflessioni critiche: la necessità di un intervento legislativo.**

Le *Authorities*, sebbene non contemplate dalla Costituzione, svolgono funzioni di rilevanza costituzionale. Il rilievo costituzionale del ruolo delle Autorità rende necessario un bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti. È quanto operato dalla Corte di Giustizia nel caso *de quo*. La questione di legittimità eurounitaria della normativa nazionale per come interpretata dal diritto vivente, infatti, è stata affrontata dalla Corte di Giustizia assumendo come criterio ordinante l'applicazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. La normativa del caso concreto è sempre il risultato del combinato disposto tra principi e regole, operato alla luce della ragionevolezza, mezzo per controllare e sindacare l'applicazione di una normativa per risolvere sistematicamente i casi pratici. Tuttavia, il controllo di ragionevolezza non deve essere uno strumento lesivo del principio di legalità tramite il rimando a concetti confusi quali consenso sociale, condivisione, senso comune. Il significato va individuato tra le norme del sistema<sup>30</sup>.

Nel contesto dell'attività istruttoria dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), la fase preistruttoria riveste un ruolo cruciale nel determinare la sussistenza di elementi idonei a giustificare l'apertura di un'istruttoria formale. Questa fase, caratterizzata da una raccolta preliminare di informazioni e da un'analisi delle segnalazioni ricevute, deve rispettare tempistiche e criteri che garantiscano sia l'efficacia dell'azione amministrativa sia la tutela dei soggetti coinvolti.

Uno dei principali problemi che emergono riguarda la definizione del termine entro cui la fase preistruttoria deve concludersi. L'assenza di un termine specifico, infatti, può determinare incertezze

<sup>29</sup> Si fa riferimento a quel filone della giurisprudenza amministrativa italiana che non reputava riferibile ai procedimenti dell'Agcm l'art. 14 L. 689 del 24/11/1981, in ragione della formulazione del rinvio disposto dall'art. 31 L. 287 del 10/10/1990, limitato alle disposizioni «in quanto applicabili». In particolare, essendo il procedimento istruttorio regolato dal D.P.R. 217 del 30/04/1998 (fonte normativa subordinata alla legge), il quale non fissa alcun termine per la notifica dell'avvio dell'indagine, si è ritenuto insufficiente l'onere di immediata contestazione. Si veda in tal senso Cons. Stato, Sez. VI, 12/02/2020, n. 1046, secondo cui «appare condivisibile quell'orientamento giurisprudenziale, per cui i termini perentori previsti dall'art. 14 l. n. 689/1981 non siano applicabili ai procedimenti di competenza dell'AGCM in materia di illeciti anticoncorrenziali, avendo tale norma carattere suppletivo in assenza di una disciplina speciale, nel caso di specie costituita dalla disciplina dei procedimenti di competenza dell'Autorità dettata dal d.P.R. n. 217/1998 (v., in tal senso, Cons. Stato, Sez. VI, 25 giugno 2019, n. 4357; id., 20 giugno 2019, n. 4215); in ogni caso (ossia, anche in denegata ipotesi ritenendo applicabile la disciplina della l. n. 689/1981), l'avvio del procedimento con la delibera del 7 ottobre 2015 – a fronte della segnalazione pervenuta il 5 giugno 2014 da parte di ASL Milano 1, successivamente integrata in data 29 settembre 2014, relativa alle gare bandite da (o per conto di) tale Amministrazione per l'affidamento del servizio di ventiloterapia domiciliare – si giustifica per la complessità del procedimento sotto il profilo oggettivo e soggettivo, che solo a distanza di tempo ha consentito la cristallizzazione di un quadro fattuale sufficientemente certo per poter avviare il procedimento all'esito di un'accurata valutazione delle emergenze preistruttorie di tempo in tempo acquisite; infatti, la circostanza che l'Autorità antitrust delibera l'avvio dell'istruttoria a distanza temporale dalla segnalazione della possibile infrazione non può essere considerato come una violazione dei diritti delle imprese coinvolte, né un superamento dei termini procedurali, in quanto la stessa valutazione dell'esigenza di avviare o meno l'istruttoria può presentarsi complessa (come, appunto, nella fattispecie sub iudice), sicché il termine di novanta giorni previsto dal comma 2 dell'art. 14 l. n. 689/1981 inizia a decorrere solo dal momento in cui è compiuta – o si sarebbe dovuta ragionevolmente compiere, anche in relazione alla complessità della fattispecie – l'attività amministrativa intesa a verificare l'esistenza dell'infrazione, comprensiva delle indagini volte a riscontrare la sussistenza di tutti gli elementi soggettivi e oggettivi dell'infrazione stessa».

<sup>30</sup> In questo senso, *passim*, Perlingieri, *Il diritto* vol. II cit.

per gli operatori economici coinvolti, che potrebbero subire effetti pregiudizievoli in termini di reputazione e di operatività commerciale. Inoltre, il rischio di un'eccessiva discrezionalità dell'AGCM nella gestione di questa fase solleva interrogativi sul rispetto dei principi di legalità e di proporzionalità, specialmente in quei casi in cui il prolungarsi della preistruttoria risulti ingiustificato. Un altro aspetto problematico è rappresentato dalla trasparenza e dalla prevedibilità dell'azione amministrativa. La mancanza di criteri chiari per la chiusura della fase preistruttoria potrebbe favorire situazioni di asimmetria informativa tra l'AGCM e le imprese soggette a indagine, limitando la capacità di queste ultime di predisporre adeguate strategie difensive. La possibilità che l'Autorità accumuli informazioni senza vincoli temporali stringenti può generare, inoltre, un effetto dissuasivo nei confronti degli operatori economici, incidendo sulla dinamicità del mercato.

Alla luce di queste considerazioni, appare necessario un ripensamento delle regole che disciplinano la fase preistruttoria, introducendo limiti temporali chiari per la sua conclusione. Un simile intervento potrebbe contribuire a garantire maggiore certezza giuridica e a rafforzare la fiducia degli operatori economici nell'operato dell'AGCM. Solo attraverso un equilibrio tra efficienza dell'azione amministrativa e tutela dei diritti dei soggetti coinvolti sarà possibile evitare che la flessibilità della fase preistruttoria si traduca in un *vulnus* per la certezza del diritto.

Sebbene la soluzione proposta dalla Corte di Giustizia sia pienamente condivisibile alla luce del criterio guida della ragionevolezza, permane la necessità di un intervento legislativo volto a fissare un termine di conclusione della fase preistruttoria a garanzia di una certa e ben determinata individuazione del momento di attivazione del contraddittorio con l'inculpato, un termine che sia al contempo in grado di diversificare in ragione della complessità più o meno ampia della singola indagine e che assicuri l'efficiente dispiegarsi della rete europea di concorrenza.

Non sembra, infatti, sufficiente il solo termine di 5 anni dalla commissione del fatto di cui all'art. 28 della L. 689/81, di per sé inidoneo a garantire adeguatamente il diritto al contraddittorio.

Pur costituendo un limite temporale rilevante ai fini della prescrizione dell'illecito, tale disposizione non è pensata per regolare la durata della fase pre-istruttoria né, di conseguenza, per offrire una tutela effettiva al diritto al contraddittorio. Si tratta di un termine massimo che delimita l'esercizio del potere sanzionatorio in senso ampio, ma che non incide sulla scansione interna del procedimento, lasciando la fase preliminare sprovvista di un limite preciso entro il quale l'Autorità debba procedere all'avvio formale del contraddittorio con l'inculpato. Tale lacuna può dar luogo a molteplici criticità.

In primo luogo, l'indagato potrebbe rimanere – per un tempo indefinito – ignaro degli accertamenti in corso, con l'effetto di ritardare o addirittura compromettere la predisposizione di una difesa effettiva.

In secondo luogo, una fase pre-istruttoria potenzialmente illimitata nel tempo rischia di incrinare il principio di ragionevole durata del procedimento, che trova fondamento nei precetti costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa.

Vi è poi un ulteriore elemento da considerare: il decorso di un tempo eccessivo prima dell'attivazione del contraddittorio potrebbe incidere negativamente sulla qualità e disponibilità delle prove, rendendo più difficile la ricostruzione dei fatti per l'inculpato.

A ciò si aggiunge il rischio di un certo squilibrio tra i poteri dell'Autorità e la posizione dell'indagato: in mancanza di un termine che scandisca il passaggio dalla fase informale a quella formale, l'Autorità conserva un margine decisionale molto ampio e poco controllabile nell'avvio del contraddittorio, con effetti potenzialmente negativi sulla proporzionalità e sulla trasparenza dell'azione amministrativa.

Per tali ragioni, il solo termine prescrizionale di cinque anni previsto dalla L. 689/1981 si rivela insufficiente a garantire una corretta e chiara delimitazione della fase pre-istruttoria e, più in generale, un pieno rispetto del diritto al contraddittorio.

Di qui l'esigenza – ormai non più rinviabile – di un intervento legislativo che definisca tempi certi per la conclusione di questa fase, calibrandoli in funzione della complessità delle indagini e assicurando un equilibrio adeguato tra efficienza dell'azione amministrativa e garanzie difensive. È preciso compito del Legislatore effettuare il difficile bilanciamento richiesto dalla complessità della materia.

**Abstract.-** Il presente contributo esamina la controversa questione della durata della fase pre-istruttoria dei procedimenti sanzionatori dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), alla luce del diritto europeo e della recentissima sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (del 30 gennaio 2025, in cause C-510 e C-511/2023). Dopo una breve disamina del ruolo e della natura delle Autorità indipendenti, nonché della dimensione “sostanzialmente penale” (ai sensi dell'art. 6 CEDU) delle sanzioni amministrative da esse irrogate, il presente contributo analizza la decisione della Corte di Giustizia: è stata ritenuta irragionevole l'applicazione del termine decadenziale di 90 giorni (*ex art. 14 L. 689/81*) alle indagini preliminari dell'AGCM, in quanto incompatibile con il principio di effettività del diritto europeo della concorrenza e di tutela del consumatore. Si evidenzia, infine, la necessità di una riforma legislativa che bilanci l'esigenza di garantire l'efficienza delle indagini dell'AGCM e la tutela dei diritti degli operatori del settore.

The present article faces the controversial issue of the Italian Competition Authority (AGCM) sanctioning procedure's duration, in the light of European law and the Court of Justice of the European Union's recent verdict (dated 30 January 2025, in cases C-510 and C-511/2023). After a brief examination of the role and nature of the independent Authorities, as well as of the “substantially criminal” dimension (art. 6 CEDU) of the administrative sanctions imposed by them, the present article analyses the decision of the Court of Justice: the application of the 90-day limitation period (art. 14 L. 689/81) to the AGCM's preliminary investigations is unreasonable. Finally, it is underlined the importance of a legislative reform that balances the need to ensure the efficiency of AGCM investigations and the protection of the rights of operators.