

L'applicabilità dell'articolo 14 della L. 24 novembre 1981, n. 689 ai procedimenti antitrust nell'interpretazione dei giudici amministrativi.

di Cecilia Police

1. Inquadramento della questione

Il tema della potestà sanzionatoria delle Autorità amministrative indipendenti ha assunto, negli ultimi anni, un crescente rilievo, soprattutto in ragione degli interessi sui quali essa viene ad incidere. Le sanzioni di tali Autorità, data anche la loro tendenziale maggiore gravità, sono più di frequente impugnate in sede giudiziale: ciò ha contribuito a far sì che il settore in esame sia stato in molti casi una sede privilegiata per la formazione di orientamenti giurisprudenziali spesso di rilevante portata creativa.

Per far meglio comprendere la decisione resa nel caso di specie occorre necessariamente ripercorrere le tappe fondamentali del contenzioso giurisprudenziale in cui la pronuncia interviene. La questione circa la diretta applicabilità della legge 689/1981 e più in particolare dell'art. 14 della l. 689/1981 ai procedimenti *antitrust* si è fatta sempre più strada nell'ultimo periodo come motivo di ricorso autonomo, ciò anche per denunciare le inerzie, spesso ingiustificate dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'accertamento e contestazione di presunte violazioni *antitrust*, così esponendo imprese e società a gravi pericoli e violazioni dei diritti di difesa¹.

Si è assistito negli ultimi anni, sin dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 512/2020 a un'attenzione particolare dei giudici amministrativi volta a colmare una lacuna normativa non indifferente, ossia la mancata previsione nei Regolamenti dell'Autorità Garante, nonché nella stessa legge *antitrust* italiana, di un termine per l'avvio della attività istruttoria, per l'accertamento della presunta condotta illecita e per la successiva contestazione. Termine che invece è previsto per tutte le altre ipotesi di contestazione di sanzioni amministrative pecuniarie, dall'articolo 14 della l. 689/1981, posto a tutela di principi fondamentali del nostro ordinamento di ordine costituzionale. Più in particolare, la legge *antitrust* pur disciplinando i poteri istruttori e decisorii dell'AGCM, nonché i diritti delle parti nella fase istruttoria, non

¹ Clarich M., *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in Bassi F. e Merusi F., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, pp. 115 ss., 149.

contiene alcuna norma che regoli direttamente i tempi del procedimento. Nulla si dice circa eventuali termini di prescrizione, in relazione all'estinzione del diritto di procedere nei confronti delle imprese che hanno posto in essere una violazione delle norme *antitrust* ormai cessata, circa un'eventuale ipotesi di decadenza ossia termini entro i quali, una volta rilevata (specialmente per il tramite delle segnalazioni di terzi), occorre contestare l'ipotesi di infrazione alle regole *antitrust*, nonché previsioni circa un'eventuale durata del procedimento con particolare riguardo alla fase istruttoria e preistruttoria.

2. Il contrasto giurisprudenziale sul tema e i nuovi orientamenti

2.1 Per quanto concerne la possibilità di prevedere una decadenza dei poteri dell'Autorità nello specifico caso in cui l'AGCM trattenga in fase preistruttoria il caso per un periodo di tempo considerato eccessivo prima di avviare l'istruttoria, sia la l. 287/1990, sia il regolamento che disciplina le procedure in materia di applicazione del diritto della concorrenza non prevedono alcuna disposizione che fissi la durata massima della fase preistruttoria².

In virtù del rinvio previsto dall'art 31 l. 287/1990 alla l. 689/1981 si potrebbe ritenere applicabile, se e in quanto compatibile l'art. 14 di tale normativa, interpretazione che sempre più incontra ad oggi il *favor* della giurisprudenza amministrativa³.

I giudici, al riguardo, hanno seguito due orientamenti contrapposti, l'uno che premia maggiormente la specificità del procedimento applicabile in materia di tutela della concorrenza; l'altro più rigoroso il quale ritiene compatibile l'art. 14 della l. 689/1981 con i procedimenti *antitrust*. Il primo orientamento è sposato soprattutto dai giudici del TAR Lazio⁴. Si è infatti affermato che il termine decadenziale previsto dall'articolo 14 della l. 689/1981 non potrebbe trovare diretta applicazione ai procedimenti *antitrust* e nello specifico alle fasi preistruttoria e istruttoria in quanto il richiamo operato dall'art. 31 della l. 287/1990 varrebbe ai soli fini della contestazione delle sanzioni amministrative pecuniarie e non anche per la fase dell'accertamento, in relazione alla quale la fattispecie è diversamente e autonomamente regolata. Secondo il ragionamento dei giudici amministrativi, si dovrebbe tenere in massima considerazione l'assoluta peculiarità dei procedimenti *antitrust* che sommano una

² Tale situazione è apparentemente simile a quella che si registra a livello di diritto europeo della concorrenza. Nessuna norma europea disciplina la durata dell'attività preliminare di indagine. Inoltre, nelle varie sentenze che hanno vagliato la durata dei procedimenti alla luce del diritto dei cittadini e delle imprese a che le cause che li riguardano siano esaminati in un tempo ragionevole (a norma degli articoli 6 CEDU e art. 41 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) l'attenzione è sempre stata posta sui procedimenti formali avviati dalla Commissione UE ai sensi dell'art. 11 par. 5 Reg. (CE) 1/2003 ma non sulla fase informale che la precede.

³ Travi A., *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, pp. 430 ss.

⁴ Ma sul punto si veda anche Cons. Stato 26 gennaio 2022, n. 552 salvo poi sposare l'orientamento opposto con sentenza del 9 maggio 2022, n. 3570.

pluralità di attività che non constano solo del momento di applicazione della sanzione⁵ (si pensi anche soltanto al momento di accertamento dell'illecito o di inibizione degli effetti)⁶. Il principale *fil rouge* di questo orientamento rimane la conclusione per cui non si può sostenere che all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sia precluso, in forza dell'applicazione di termini decadenziali, l'esercizio del potere di avviare un'istruttoria e accertare un illecito *antitrust*, al fine di ripristinare le condizioni di legalità del mercato interessato⁷.

Sul tema si è registrata però una prima apertura proprio da parte del TAR Lazio che, in diverse sentenze, pur ritenendo che il termine decadenziale previsto dall'art. 14 della l. 689/1981 non trovasse diretta applicazione nei procedimenti *antitrust* in relazione alla durata della fase istruttoria, ha compiuto un significativo passo in avanti. Infatti, il TAR afferma che la non applicabilità del termine in parola non può giustificare il compimento di un'attività preistruttoria che si prolunghi per un lasso di tempo totalmente libero da qualsiasi vincolo e ingiustificatamente prolungato. I procedimenti condotti dall'Autorità *antitrust*, infatti, sono pur sempre dei procedimenti amministrativi che dunque, rispondono ai principi sanciti nella l. 241/1990, ossia ai principi di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, oltre che al dovere di attribuire certezza al professionista sottoposto al procedimento⁸.

Si conclude pertanto che sussiste l'obbligo per l'Autorità di accertare una violazione del diritto *antitrust* e di applicare le relative sanzioni procedendo all'avvio della fase istruttoria entro un termine ragionevolmente congruo *"a pena di violazione dei principi di legalità e buon andamento che devono sempre comunque contraddistinguere l'operato"*⁹. Deve quindi aggiungersi che il mancato rispetto di un termine ragionevole per l'avvio del procedimento *antitrust* rappresenta un *vulnus* particolarmente grave dei principi amministrativi e dell'interesse dell'operatore che opera nel mercato alla rapidità della formulazione della contestazione¹⁰.

⁵ ⁵ *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*. Per un primo commento alle linee guida si veda Ammassari F., *Guidelines on the method of setting fines for infringements of competition rules: key issues*, in *Riv. it. antitrust*, 2014, 231 ss.; Nascimbene L., e Bardanzellu A., *Linee guida dell'Agcm sui criteri di quantificazione delle sanzioni antitrust: buona la prima (o quasi)*, in *MCR*, 2015. Si veda anche Ghezzi F., e Pini G. D., *Le nuove linee guida dell'Autorità garante della concorrenza sulla quantificazione delle sanzioni antitrust: maneggiare con cautela*, in *Riv. Società*, 2015, 1196 ss.

⁶ Tar Lazio, Sez. I, 24 marzo 2022, n. 3334; 22 luglio 2021, n. 8815; 30 giugno 2021, n. 7708; 24 novembre 2020, n. 12539; 28 luglio 2017, n. 9048.

⁷ Sulla prevalente esigenza di tutela del mercato si veda Tar Lazio, Sez. I, 24 marzo 2022, n. 3334.

⁸ TAR Lazio, Sez. I, 1° luglio 2021, n. 7795.

⁹ TAR Lazio, Sez. I, 3 ottobre 2022, n. 12507.

¹⁰ Si può pertanto affermare in linea generale, sulla base di questo primo orientamento di apertura che si dovrebbe ritenere legittima la condotta dell'Autorità *antitrust* che delibere l'avvio dell'istruttoria a distanza di vari mesi, ma non di vari anni, dalla segnalazione della possibile infrazione, a condizione che la stessa valutazione dell'esigenza di avviare o meno l'istruttoria si presenti complessa.

3. Natura dell'articolo 14 l. 689/1981 e diretta applicabilità ai procedimenti antitrust

3.1 A parere di chi scrive la sentenza in commento opera un giusto bilanciamento degli interessi in gioco e soprattutto si dedica a un corretto inquadramento della questione, soprattutto in chiave costituzionalmente orientata. A norma dell'art. 14 della l. 24 novembre 1981, n. 689, rubricato *Contestazione e notificazione*, "La violazione quando è possibile deve essere contestata immediatamente tanto al trasgressore quanto alla persona che sia obbligata in solido al pagamento della somma dovuta per la violazione stessa. Se non è avvenuta la contestazione immediata per tutte o alcune delle persone indicate nel comma precedente, gli estremi della violazione dovrebbero 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 dall'accertamento [...]. L'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione si estingue per la persona nei cui confronti è stata omessa la notificazione nel termine prescritto".

3.2 In primo luogo, si osserva come le norme di principio relative a una immediatezza della contestazione o comunque a una non irragionevole dilatazione dei suoi tempi, 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 denaro. L'intento del legislatore è stato quello di assoggettare a 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.

A tal proposito merita osservare che, come ben analizzato dal Consiglio di Stato, l'ampia portata precettiva è esclusa soltanto in presenza di una diversa regolamentazione da parte di una fonte normativa, pari ordinata, che per il suo carattere di specialità si configuri idonea a introdurre una deroga alla norma generale e di principio. E infatti, al riguardo, l'art. 31 della 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 della l. 689/1981. In ogni caso occorre sottolineare che secondo la gerarchia delle fonti del nostro ordinamento, la norma secondaria regolamentare non può derogare la fonte primaria di rango legislativo, a meno che non sia proprio quest'ultima a prevedere

l'effetto abrogativo o derogatorio¹¹. La preventiva comunicazione e descrizione sommaria del fatto contestato con l'indicazione di tutte le circostanze del caso di specie idonee ad assicurare la difesa dell'interessato attengono ai principi del contraddittorio che è garantito dallo stesso art. 14.

3.3 Occorre pertanto concludere che il richiamato termine per la contestazione delle violazioni *ha natura perentoria* avendo la specifica funzione di garantire un tempestivo esercizio del diritto di difesa. Come rappresentato nella sentenza in commento la portata precettiva della norma può essere esclusa. Tale interpretazione deve ritenersi preferibile in quando 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 punitivo¹².

3.4 Merita per completezza osservare che l'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) prevede che, per aversi equo o giusto processo "*ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un Tribunale indipendente e imparziale costituito per legge*". Tale disposizione si applica anche in presenza di sanzioni amministrative di natura afflittiva, alle quali deve essere riconosciuta natura sostanzialmente penale¹³; a ciò si aggiunga ancora che, secondo costante giurisprudenza europea, il principio della presunzione di innocenza, sancito dall'art. 48, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si applica alle procedure che possono concludersi con pesanti sanzioni afflittive¹⁴. La presunzione di innocenza risulta, del resto anche dall'articolo 6, paragrafo 2 della CEDU che, come noto, contiene i principi generali del diritto dell'Unione. La natura "penale" in senso convenzionale delle sanzioni irrogate dall'Autorità antitrust quindi è indubbia, tenuto conto delle finalità repressive e preventive perseguite e dal fatto che l'accertamento di un illecito *antitrust* determina, oltre all'irrogazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie e alla condanna al risarcimento del danno eventualmente cagionato, anche un significativo danno reputazionale¹⁵.

¹¹ Nello stesso senso Cassazione civile, Sez. II, 29 ottobre 2010, n. 22199 e Cassazione civile, Sez. II, 18 aprile 2018, n. 9517, nelle quali si è affermato che un termine previsto da un regolamento interno deve ritenersi inidoneo a modificare le disposizioni di cui alla l. 689/1981.

¹² Pellizzer F., Buranello E., in Aa.Vv., *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, pp. 8 ss.

¹³ La natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative di natura afflittiva è stata riconosciuta in presenza dei criteri stabiliti dalla nota sentenza Engel della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo; si veda Corte EDU, Sentenza 8 giugno 1976, caso *Engel e altri contro Paesi Bassi*, Grande Camera.

¹⁴ Tribunale dell'Unione Europea, Sez. II, Causa T-180/15, *Icap plc e altri c. Commissione Europea*, 10 novembre 2017, EU:T:2017:795.

¹⁵ Sulla natura sostanzialmente penale delle responsabilità per violazioni delle norme sulla concorrenza ancora cfr. Corte EDU, Sentenza 27 settembre 2011, caso *Menarini-Diagnostics S.r.l. contro Italia*; in generale sulla nozione

Non va dimenticato che proprio nella sentenza 14 marzo 2014, Grande Stevens contro Italia, la stessa Corte EDU ha ritenuto che, in tema di *market abuse*, la conformità con l'art. 6 CEDU non viene meno nel caso in cui una sanzione di natura penale sia inflitta da un'Autorità amministrativa, la cui decisione non soddisfi le condizioni di cui al paragrafo 1 della norma, laddove sul provvedimento adottato sia previsto un controllo a posteriori da parte di un organo indipendente e imparziale avente giurisdizione piena¹⁶. Ancora più in particolare, secondo la giurisprudenza della Corte Europea, il *fair trial* non ha ad oggetto unicamente il processo, ma anche il procedimento amministrativo, e segnatamente per "tribunale" deve intendersi qualunque Autorità che, pur attraverso un procedimento non formalmente qualificato come "processo" nell'ordinamento interno, adotti atti modificativi della realtà giuridica, incidenti significativamente nella sfera soggettiva di un soggetto privato, anche se tale funzione viene esercitata al di fuori di una organizzazione giurisdizionale¹⁷.

3.5 La sanzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, avuto riguardo al particolare grado di severità della stessa, può in astratto assumere natura afflittiva e sostanzialmente penale alla stregua dei criteri individuati dalla giurisprudenza europea e nazionale¹⁸. Il Consiglio di Stato ha avuto modo e occasione di affermare come, in applicazione dei principi posti dalla Corte EDU, all'interno della più ampia categoria di "accusa penale" occorre distinguere tra diritto penale in senso stretto (*hard core of criminal law*) e casi non strettamente appartenenti alle categorie tradizionali del diritto penale¹⁹. Deve pertanto ritenersi

di pena in senso convenzionale cfr. Corte EDU, *Engel e altri contro Paesi Bassi*, caso n. 5100/71 e Corte EDU, *Grande Stevens e altri contro Italia*, Casi 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10.

¹⁶ Sul punto è intervenuta anche la Corte di Cassazione affermando che "in tema di sanzioni che, pur qualificate come amministrative, abbiano natura sostanzialmente penale, la garanzia del giusto processo, ex art. 6 CEDU, può essere realizzata, alternativamente, nella fase amministrativa – nel qual caso, una successiva fase giurisdizionale non sarebbe necessaria – ovvero mediante l'assoggettamento del provvedimento sanzionatorio – adottato in assenza di tali garanzie ad un sindacato giurisdizionale pieno di natura tendenzialmente sostitutiva ed attuato attraverso un procedimento conforme alle richiamate prescrizioni della Convenzione, il quale non ha l'effetto di sanare alcuna illegittimità originaria della fase amministrativa, giacché la stessa, sebbene non connotata dalle garanzie di cui all'art. 6, è comunque rispettosa delle relative prescrizioni, per essere destinata a concludersi con un provvedimento suscettibile di controllo giurisdizionale". (cfr. in termini Cassazione civile, Sez. II, 13 gennaio 2017, n. 770, in merito a una fattispecie in tema di sanzioni applicate dalla Consob all'esito del procedimento amministrativo previsto dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; Cassazione civile, Sez. II, 28 aprile 2022, n. 13345).

¹⁷ In questo senso si veda Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596.

¹⁸ Clarich M., *Presentazione*, in Fratini M. (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, 2011, CEDAM, pp. XXXI-XXXV.

¹⁹Scoca F. G., *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale, in 20 anni di Antitrust*, in *Studi celebrativi del ventennale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, cit., t. I, Torino, 2010, 264 ss.; Titomanlio R., *La potestà sanzionatoria delle Autorità Amministrative Indipendenti nel quadro dei pubblici poteri*, in *GiustAmm.it*, 2006, n. 9; Travi A., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di sanzione*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, p. 2308; Trimarchi M., *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in *GiustAmm.it*, 2013, n. 10.

compatibile con l'art. 6, paragrafo 1 della Convenzione che sanzioni "penali" siano imposte in prima istanza da un organo amministrativo – anche a conclusione di una procedura priva di carattere giudiziale, vale a dire che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio – purché sia assicurata una possibilità di ricorso dinanzi a un giudice munito di "piena giurisdizione" e quindi, le garanzie previste dalla disposizione in questione possono attuarsi compiutamente quantomeno in sede giurisdizionale²⁰.

3.6 Il Consiglio di Stato ha già avuto modo di approfondire la questione tenuto anche conto delle innovazioni apportate dall'art. 7, comma 1, del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 in attuazione della Direttiva 2014/104/UE²¹, confermando per il Giudice amministrativo *"il dovere di accertamento diretto di tutti i dati rilevanti ai fini del decidere, senza in alcun modo esentarlo dal contemporaneo dovere di accertamento critico degli elementi valutativi lasciati indeterminati dalla fattispecie sanzionatoria"*.

La conferma della compatibilità con l'articolo 6, par. 1 della Convenzione di un sistema che imponga sanzioni penali in prima istanza attraverso un organo amministrativo, anche a conclusione di una procedura che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio alla stregua di un processo penale, purché sia assicurata una possibilità di ricorso dinanzi a un giudice munito di poteri di piena giurisdizione è stata di recente confermata dalla stessa Corte Europea secondo la quale *"Nel caso dei ricorsi giurisdizionali contro le sanzioni pecuniarie inflitte dall'AGCom, aventi natura penale, il giudizio del TAR e del Consiglio di Stato non risulta limitato a un semplice controllo di legalità, dal momento che tali autorità possono verificare se, con riguardo alle circostanze particolari della causa, l'AGCom abbia fatto un uso appropriato dei suoi poteri e possono esaminare la fondatezza e la proporzionalità delle scelte dell'AGCom; di conseguenza va ribadito che TAR e Consiglio di Stato rispettano i requisiti di indipendenza e di imparzialità che il giudice deve possedere ai sensi dell'articolo 6 CEDU"*²².

3.7 Il Consiglio di Stato ha precisato che proprio la "natura afflittiva" delle sanzioni applicate all'esito dei procedimenti *antitrust* assegna natura perentoria al termine di inizio del procedimento al fine di evitare che l'impresa possa essere esposta a tempo indefinito all'applicazione della sanzione stessa²³. È la proprio la natura afflittivo-

²⁰ Per maggiori approfondimenti si vedano Allena M., *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *Federalismi.it*, n. 4/2017; Camilli E.L., e Clarich M., *Poteri quasi giudiziali delle autorità amministrative indipendenti*, in *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010, 108 ss.; Lazzara P., *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. amm.*, 2015, 4, pp. 767 ss.;

²¹ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, OJ L 349/1.

²² Corte EDU, Sentenza 10 dicembre 2020, *Edizioni Roma Soc. Coop. e S.r.l. contro AGCOM*, ric. N. 68957/14 – 70495/13.

²³ Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 giugno 2019, n. 3919; e nello stesso senso Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2289.

sanzionatoria del provvedimento che può essere adottato a conclusione del procedimento avviato dall'Autorità a rendere applicabile anche a questi procedimenti il principio secondo cui l'esercizio di una potestà sanzionatoria di qualsivoglia natura, non può restare esposta sine die all'inerzia dell'autorità preposta al procedimento sanzionatorio, ciò ostando ad elementari esigenze di certezza giuridica e di prevedibilità in tempi ragionevole delle conseguenze dei comportamenti²⁴.

Occorre, peraltro, soffermarsi sulle conseguenze negative che nascono da un eccessivo lasso di tempo trascorso prima dell'avvio dell'istruttoria. Conseguenze che si riflettono sia nei confronti delle imprese incolpate, nella misura in cui il protrarsi della pratica contestata può avere aggravato la loro posizione con effetti sia sulla rilevanza dell'infrazione e quindi sulla conseguente sanzione, sia in ordine alla loro esposizione a un numero di cause risarcitorie verosimilmente maggiore; sia nei confronti del mercato, che da una pratica illecita contraria alla concorrenza può ricevere un pregiudizio ancora maggiore ove l'intervento inibente dell'*enforcement* pubblico non sia tempestivo. È chiaro che l'intervento *antitrust* trae origine dalla volontà di reprimere gli atti lesivi della concorrenza nell'interesse di tutte le imprese coinvolte in un determinato mercato, considerato volta per volta. Di conseguenza ogni ritardo nell'intervento comporta il prolungarsi di un indesiderato effetto negativo, che oltre tutto potrebbe rivelarsi più difficilmente eliminabile²⁵.

4. Applicazione dell'articolo 14 l. 689/1981 e tempo dell'accertamento dell'infrazione

4.1 Occorre porre le basi per un corretto inquadramento della questione e per non incorrere in errori riguardo all'applicazione dell'art. 14 della l. 689/1981. Il decorso dei novanta giorni per la comunicazione dell'accertamento dell'infrazione è ricollegato non già alla data di commissione della violazione, bensì al diverso tempo di accertamento dell'infrazione. Si fa riferimento non alla mera notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità ma all'acquisizione della conoscenza piena della condotta illecita, implicante il riscontro della sussistenza e della consistenza dell'infrazione dei suoi effetti. Pertanto, 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 contestazione²⁶. La giurisprudenza ha affermato in relazione al momento dal quale decorre il termine di novanta giorni stabilito dall'art. 14 l. 689/1981 che i limiti temporali entro i quali, a pena di estinzione dell'obbligazione di pagamento, l'amministrazione procedente è tenuta a provvedere alla notifica della contestazione, devono ritenersi collegati

²⁴ Consiglio di Stato, Sez. V, 3 maggio 2019, n. 2874 e Cons. Stato, Sez. V, 3 ottobre 2018, n. 5695.

²⁵ Consiglio di Stato, Sez. III, 26 gennaio 2022, n. 552.

²⁶ Cassazione Civile, Sez. II, 13 dicembre 2011, n. 26734 e 21 aprile 2009, n. 9454.

all'esito del procedimento di accertamento, mentre la legittimità della durata di quest'ultimo va valutata in relazione al caso concreto e alla complessità delle indagini e non anche alla data di commissione della violazione dalla quale decorre il solo termine iniziale di prescrizione di cui all'art 28 della legge 25 novembre 1981, n. 689²⁷. Il termine entro il quale la pubblica amministrazione ha pertanto l'onere di contestare l'infrazione decorre non già da quando sia venuta a conoscenza dei fatti ascritti all'incolpato, ma dal diverso e successivo termine in cui abbia acquisito tutti gli elementi soggettivi e oggettivi necessari per valutare la sussistenza di una condotta sanzionabile. Sulla individuazione di tale momento, che è rimessa al giudice di merito, non può tuttavia incidere la condotta negligente o arbitraria della stessa pubblica amministrazione, sicché il tardivo compimento di atti che quest'ultima avrebbe dovuto o potuto compiere tempestivamente non vale a spostare in avanti il *dies a quo* di decorrenza del termine di 90 giorni per la contestazione differita dell'infrazione. Il termine per la contestazione, pertanto, decorre dalla data in cui l'autorità amministrativa ha completato l'attività intesa a verificare la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi della violazione. Come accennato, compete al giudice di merito valutare la congruità del tempo utilizzato per l'accertamento, in relazione alla maggiore o minore difficoltà del caso, con apprezzamento non censurabile in sede di legittimità, se correttamente motivato²⁸.

4.2 Il giudice davanti al quale è eccepita la tardività della contestazione ha pertanto il potere/dovere di sindacare la congruità del tempo impiegato dall'amministrazione procedente per pervenire all'accertamento dell'illecito sia per quanto riguarda l'effettiva utilità degli atti istruttori compiuti ai fini dell'accertamento, sia per il profilo della diligenza osservata al fine di assicurare la tempestività dell'accertamento. Tali principi debbono trovare applicazione anche nei giudizi devoluti alla giurisdizione del giudice amministrativo non venendo in considerazione profili di attività che costituiscano manifestazione di discrezionalità amministrativa²⁹.

Per quanto riguarda gli illeciti *antitrust* i principi sopra richiamati debbono essere applicati tenendo presente la particolare articolazione di tali procedimenti. I quali sono caratterizzati dal fatto che l'Autorità ha il potere di esercitare specifici poteri istruttori solo dopo aver adottato un provvedimento formale di avvio del

²⁷ Cassazione civile, Sez. VI, Ordinanza 3 settembre 2015, n. 18574.

²⁸ In questo senso Cassazione civile, Sez. II, 13 dicembre 2011, n. 26734 e Cassazione Civile, Sez. V, 29 febbraio 2008 n. 5467.

²⁹ Scoca F.G. e Degni F., *Autorità amministrative indipendenti e sindacato giurisdizionale: il complesso rapporto tra esercizio del potere ed effettività della tutela*, in *Authorities, imparzialità ed indipendenza*, Roma, 2007, Cintioli F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005; Clarich M., *Le Autorità indipendenti fra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro Amm. TAR*, 2002, 11, 3858; Lazzara P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001.

procedimento, il quale deve già contenere una contestazione, seppur sommaria, dell'illecito³⁰.

4.3 L'atto rispetto al quale deve essere verificata l'osservanza del termine indicato dall'articolo 14 l. 689/1981 deve essere identificato nei procedimenti *antitrust*, con l'atto di avvio dell'istruttoria previsto dall'art. 14 l. 287/1990³¹ e dall'art. 6 d.P.R. 217/1998³² e ciò per la ragione che tale atto, dovendo contenere *gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni* e dovendo mettere i destinatari in grado di presentare, in ogni stato dell'istruttoria, difese da esporre in audizione o in memorie scritte o pareri, deve necessariamente enunciare anche la contestazione dell'illecito

Va in proposito rilevato che nel disegno della l. 689/1981 il rispetto del termine di novanta giorni di cui all'art. 14 deve essere verificato con riferimento al primo atto con cui l'amministrazione effettua la contestazione che può avvenire in vari modi³³. Nei procedimenti *antitrust* l'avvio dell'istruttoria costituisce una tappa obbligata e ineliminabile in quanto contenendo l'enunciazione dell'illecito per cui si procede è ad essa che deve farsi riferimento per verificare il rispetto del termine indicato all'art. 14 l. 689/1981. È evidente che l'accertamento dei fatti sotteso all'avvio dell'istruttoria, ex art. 14 l. 287/1990, non può risultare in attività estremamente complesse, per la semplice ragione che l'attività istruttoria vera e propria (richieste di documenti, perizie, ispezioni, analisi statistiche ed economiche, consultazioni di esperti) può essere attuata solo dopo la notifica alle parti interessate dal provvedimento che dà avvio all'istruttoria. Prima di tale momento l'Autorità può porre in essere solo indagini di preistruttoria, comunque, di natura diversa dagli artt. 8 e seguenti d.P.R. 217/1990. L'accertamento dei fatti sotteso alla contestazione dell'illecito, contenuto nell'avvio dell'istruttoria è solo quello che si traduce nella acquisizione degli

³⁰ Catricalà A., *Introduzione*, al volume di Cazzato C.E., *Le Linee Guida sulla quantificazione delle sanzioni Antitrust*, Torino, 2018, XI.

³¹ L'articolo 14, comma 1, l. 287/1990 stabilisce che: "L'Autorità nei casi di presunta infrazione degli articoli 101 e 102 del TFUE ovvero degli articoli 2 e 3 della presente legge, svolge l'istruttoria in tempi ragionevoli e ne notifica l'apertura alle imprese e agli enti interessati. I titolari o legali rappresentanti delle imprese ed enti hanno diritto di essere sentiti, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, nel termine fissato contestualmente alla notifica e hanno facoltà di presentare deduzioni e pareri in ogni stadio dell'istruttoria nonché di essere nuovamente sentiti prima della chiusura della stessa".

³² L'articolo 6, commi 1 e 3, d.P.R. 217/1998 recita: "Il collegio, nei casi di presunta infrazione degli articoli 2, comma 2, 3 e 6, comma 1, della legge, valutate le proposte degli uffici, delibera sull'avvio dell'istruttoria di cui all'articolo 14 della l. 287/1990. Il provvedimento di avvio dell'istruttoria deve indicare gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni, il termine di conclusione del procedimento, il responsabile del procedimento, l'ufficio dove si può prendere visione degli atti del procedimento, nonché il termine entro il quale le imprese e gli enti interessati possono esercitare il diritto di essere sentiti di cui all'articolo 14, comma 1, della legge.

³³ Si è affermato in tema di sanzioni amministrative, la comunicazione della positività delle analisi, prevista dall'art. 15 della L. 689/1981 costituisce valida ed efficace contestazione della violazione commessa, anche se non contengono l'indicazione relativa alla facoltà del trasgressore di procedere a pagamento in misura ridotta, trattandosi di una facoltà espressamente prevista dalla legge. Così, Cass. Civ., Sez. II, 4 marzo 2011, n. 5250.

elementi necessari e sufficienti per ipotizzare, l'esistenza di una infrazione agli artt. 101 e 102 TFUE e di individuare i possibili responsabili.

4.4 Ciò significa che, nei procedimenti *antitrust*, in ragione dell'idoneità lesiva delle intese anticoncorrenziali e della afflittività delle sanzioni connesse alla violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, il momento della contestazione è anticipato, rispetto a quanto può accadere nei procedimenti ordinari governati dalla l. 689/1981 e ciò anche al fine di vanificare l'attività illecita e di garantire la tempestiva instaurazione del contraddittorio. Ciò ovviamente si riflette anche sul sindacato finalizzato alla verifica del rispetto del termine di 90 giorni di cui all'art. 14 l. 689/1981, non potendosi giustificare la postergazione della contestazione dell'illecito con la necessità di compiere una istruttoria complessa.

Nel caso di procedimento istruttorio avviato a seguito di segnalazione pervenuta all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, si può desumere dall'art. 13 della l. 287/1990, che tendenzialmente dal momento in cui la segnalazione perviene all'AGCM decorre il termine per la contestazione dell'illecito/avvio dell'istruttoria, salvo che la segnalazione sia "incompleta" o "non veritiera". La completezza e l'attendibilità di una segnalazione assolvono il compito di criteri che il giudice deve applicare al fine di stabilire se una comunicazione di avvio sia tempestiva e sembra difficile sostenere l'incompletezza o la falsità di una segnalazione quando l'Autorità non faccia seguire la segnalazione da alcuna attività conoscitiva, ancor di più quando la contestazione contenuta nell'atto di avvio dell'istruttoria rispecchi il contenuto della segnalazione.

5. Alcune considerazioni conclusive

5.1 Nel tentativo di delineare alcune possibili considerazioni conclusive, tutto ciò fin qui esposto dimostra come il principio di immediatezza della contestazione costituisce un corollario del "giusto procedimento sanzionatorio". Come osservato dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 151 del 2021, sia pure con riguardo al termine di conclusione del procedimento sanzionatorio in materia di sanzioni amministrative, il principio di legalità non solo impone una predeterminazione *ex lege* di rigorosi criteri di esercizio del potere, della configurazione della norma di condotta la cui inosservanza è soggetta a sanzione, della tipologia e della sanzione stessa e della struttura di eventuali cause esimenti, deve necessariamente modellare anche la formazione procedimentale del provvedimento afflittivo con specifico riguardo alla scansione cronologica dell'esercizio del potere.

I canoni di civiltà giuridica del diritto punitivo trovano la loro applicazione nei procedimenti sanzionatori di carattere punitivo-afflittivo, del pari di quello qui in oggetto, ma non necessariamente con le stesse modalità con le quali sono tutelati nei processi penali, dovendo la loro realizzazione adattarsi alle caratteristiche tecniche dell'azione amministrativa ed essere bilanciata con interessi di pari rango.

Quand'anche si volesse escludere nell'accertamento di violazioni *antitrust* da parte dell'Autorità la perentorietà del termine di avvio dell'istruttoria comunque non potrebbe giustificarsi sul piano della ragionevolezza, il compimento di un'attività preistruttoria che si dilunghi in termini così consistenti, dal finire per essere in contrasto con il diritto CEDU (art. 6) e del diritto UE (art. 41 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). La necessità di garantire pienamente i diritti della difesa prima e nel corso del procedimento istruttorio è sacrosanta ma occorre anche rimarcare l'importanza dell'esigenza di assicurare che il sistema di *antitrust enforcement* nel suo complesso consenta di rispettare il principio di effettività.

La soluzione ottimale consisterebbe in una modifica esplicita alle norme del procedimento che riguardano i temi di intervento dell'Autorità, in modo tale da bilanciare più equamente l'interesse delle imprese destinatarie con l'interesse generale. Bilanciamento che, alla luce di tutti gli interessi coinvolti, spetta solo al legislatore compiere.

5.2 Ad ogni modo, nel rimanere in attesa degli sviluppi e delle evoluzioni di questa interpretazione analogica ed estensiva nell'applicazione dell'art. 14 l. 689/1981, si deve riconoscere che – *rebus sic stantibus* e con le precisazioni sopra offerte – che la sentenza in commento segna un punto a favore della certezza del diritto e traccia le tempistiche entro cui un intervento dell'AGCM può ben essere atteso. Allo stesso tempo, pone forti dubbi circa il suo impatto complessivo in quanto idonee a condizionare in maniera significativa la discrezionalità di cui l'Autorità si avvale nel fissare le proprie priorità di enforcement e l'organizzazione dei propri uffici in un contesto di mancanza di risorse, per poter dare seguito alla propria attività istituzionale