

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista

di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

NUOVE FRONTIERE DELLA REGOLAZIONE
CONFORMATIVA DEI MERCATI: ESPERIENZE A
CONFRONTO

NUMERO MONOGRAFICO

A CURA DI M. CAPPAL, A. DAVOLA, U.
MALVAGNA, S. VACCARI

OTTOBRE / DICEMBRE

2025

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO⁺

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

ADRIANA ANDREI, GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI,
ALESSANDRA CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, EDOARDO
CECCHINATO, PAOLA DASSISTI, ANTONIO DAVOLA, ANGELA
GALATO, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA
SERAFINO LENTINI, PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO,
UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA
MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA
PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, GIULIA TERRANOVA, VERONICA
ZERBA (SEGRETARIO DI REDAZIONE)

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

IL PRESENTE FASCICOLO RACCOGLIE GLI ATTI DEL
CONVEGNO «NUOVE FRONTIERE DELLA
REGOLAZIONE CONFORMATIVA DEI MERCATI:
ESPERIENZE A CONFRONTO» TENUTOSI PRESSO
L'UNIVERSITÀ DI TRENTO IL 6 E IL 7 FEBBRAIO
2025

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Tempo e potere amministrativo: il caso del termine della fase pre-istruttoria dei procedimenti antitrust*

SOMMARIO: 1. Il tempo dei procedimenti antitrust. – 2. La questione del termine della fase pre-istruttoria nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale. – 2.1. La posizione contraria all'applicabilità del termine di novanta giorni. – 2.2. La posizione favorevole all'applicabilità del termine di novanta giorni. – 3. La pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Caronte*. – 4. Alcune considerazioni critiche e problemi rimasti aperti: il parallelismo con i procedimenti antitrust condotti dalla Commissione europea. – 5. (*Segue*) Il superamento del termine dei procedimenti antitrust e la violazione del diritto di difesa. – 6. (*Segue*) Le conseguenze del superamento del termine e la possibile distinzione tra profili “conformativi” e sanzionatori del provvedimento – 7. Considerazioni conclusive

1. Il tempo dei procedimenti antitrust

Il tema relativo ai tempi di svolgimento dei procedimenti condotti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) e aventi ad oggetto le presunte violazioni degli artt. 2 e 3 della L. n. 287/90 nonché degli artt. 101 e 102 TFUE (qui indicati, per brevità, “procedimenti antitrust”) è oggetto, da alcuni anni, di un vivace dibattito giurisprudenziale¹.

Le questioni che si pongono nascono dalla tensione tra contrapposti interessi che permeano il diritto della concorrenza², oggi chiamato a confrontarsi con profondi cambiamenti economici e sociali che mettono

* Il presente testo rappresenta una rielaborazione dell'intervento svolto al Convegno “Nuove frontiere della regolazione conformativa dei mercati: esperienze a confronto” svoltosi presso l'Università degli Studi di Trento il 6 e 7 febbraio 2025.

¹ Per un inquadramento generale del tema si veda F. GHEZZI, *Sui 'tempi' del procedimento in materia di intese ed abusi nell'interpretazione dei giudici amministrativi italiani: un 'tentato omicidio' del diritto antitrust?*, in *Merc. conc. reg.*, 2022, 237 ss. Il dibattito giurisprudenziale è ricostruito da C. VOLPE, *Recente giurisprudenza amministrativa in materia di tutela della concorrenza*, in www.giustiziamministrativa.it, 2025.

² Sulla “contaminazione” del diritto antitrust con una molteplicità di interessi pubblici, si veda G. MORBIDELLI, *Separazione dei poteri e autorità indipendenti*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2024, 444 ss.

alla prova la sua “resilienza”³. Tali contrapposti interessi sono alla base della difficoltà di trovare un soddisfacente punto di equilibrio tra l’effettività del *public enforcement* (e l’effettività, quindi, del diritto unionale) e le garanzie per i privati sottoposti a tali procedimenti che possono aver esiti anche particolarmente afflittivi (si riaffaccia sulla scena, insomma, la tradizionale dialettica tra libertà e autorità⁴).

Si tratta, difatti, di procedimenti caratterizzati da un elevato profilo di complessità, dove l’Autorità deve condurre delicate valutazioni economiche e giuridiche, anche “concretizzando” termini elastici posti dal legislatore.

Come meglio si dirà, in tali procedimenti la funzione sanzionatoria diretta alla “punizione” di un illecito amministrativo si lega strettamente alla funzione di tutela della concorrenza e, quindi, all’adozione di misure “conformative” del mercato.

Da un lato, tali procedimenti richiedono un’istruttoria articolata che senz’altro non può esaurirsi nell’ordinario termine di trenta giorni fissato per la generalità dei procedimenti amministrativi dall’art. 2 L. n. 241/1990.

Dall’altro lato, tuttavia, il procedimento può concludersi con l’adozione (anche) di sanzioni pecuniarie, che la giurisprudenza CEDU⁵ ha riconosciuto avere natura sostanzialmente penale, il che,

³ Cfr. A. KALINTIRI, *EU antitrust law’s resilience: the good, the bad, and the ugly*, in *Yearbook of European Law*, 43, 2024, 184 ss., la quale sottolinea come l’incertezza derivante da crisi ed emergenze (sanitarie, climatiche, tecnologiche) incida sulla prevedibilità e sulla legittimazione del diritto antitrust.

⁴ Si fa riferimento alle note riflessioni di M.S. GIANNINI, sintetizzate nel volume secondo di *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, 654 ss., ove si afferma che: «la fine sostanza dell’intero diritto amministrativo consiste in una normazione volta a tale temperamento (n.d.r.: tra autorità e libertà) [...] nella dialettica libertà-autorità è sempre la prima che ha bisogno di tutela, e qui è la radice degli istituti della giustizia amministrativa e del procedimento amministrativo, intesi come complessi di norme che stabiliscono i modi di esercizio delle potestà pubbliche». L’evoluzione del rapporto tra i due termini del binomio nella dottrina amministrativistica italiana è ricostruita da B.G. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 909 ss., il quale ha evidenziato come la dialettica autorità-libertà abbia oggi perso centralità nel diritto amministrativo (nazionale e europeo).

⁵ Come noto, la giurisprudenza CEDU ha elaborato i cd. criteri “Engel” al fine di stabilire se una determinata misura adottata dagli Stati abbia natura penale anche laddove non sia qualificata come tale in base al diritto nazionale. Per la prima

oltre a comportare l'applicabilità delle garanzie previste dalla Convenzione per la materia penale, orienta complessivamente l'interprete nel valorizzare le garanzie, sostanziali e procedurali, apprestate a favore delle imprese incolpate.

Da qui l'affermazione, da parte della giurisprudenza amministrativa, secondo cui per i procedimenti sanzionatori, inclusi quelli antitrust, il termine di conclusione del procedimento ha natura "sostanziale", ossia il relativo superamento comporta la decadenza per l'Autorità dall'esercizio del potere, con conseguente illegittimità del provvedimento tardivamente adottato. Difatti, pur in assenza di specifiche previsioni normative, la giurisprudenza ha ritenuto che il termine di durata sia strettamente funzionale al diritto di difesa e che il superamento del medesimo debba quindi essere "sanzionato" con l'invalidità del provvedimento ⁶ (si vedrà come a diverse conclusioni giunge la giurisprudenza della Corte di giustizia con riguardo ai procedimenti antitrust condotti dalla Commissione europea).

Il tema del "tempo del procedimento", pertanto, si lega a quello del "tempo del potere", questione che negli ultimi tempi è stata oggetto di indagini da parte di attenta dottrina⁷, la quale ha evidenziato una

applicazione di tale parametro, Corte EDU, Grande Sezione, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel e altri c. Paesi Bassi*; per l'applicazione di tali criteri alle sanzioni antitrust adottate dall'AGCM si veda Corte EDU, 7 settembre 2011, *Menarini v. Italia*, caso n. 43509/08.

⁶ Si veda, con riferimento ai procedimenti sanzionatori condotti dall'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA), C. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2021 n. 584.

⁷ Si rinvia allo studio di M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 277 ss., che distingue tra «termine di conclusione del procedimento» e «termine attinente al potere». Su tale distinzione si veda anche F. FOLLIERI, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, Napoli, 2023, 209 ss.; G. GALLONE, *Tempo e potere: alcune considerazioni attorno al comma 8-bis dell'art. 2 della legge generale sul procedimento amministrativo*, in questa *Rivista*, 2025, I, 341 ss. Per un'applicazione di tale distinzione, C. Stato, sez. VI, 19 marzo 2024, n. 2641 che distingue tra il 'termine di conclusione del procedimento' laddove « il tempo, nel suo decorso, è riferito al procedimento, appunto, come seriazione giuridico-formale che va dal suo avvio alla sua conclusione con un provvedimento espresso» e il 'termine attinente al potere' « che, viceversa, si ha quando la disciplina speciale prevede che l'esercizio in sé del potere, anche a prescindere dall'instaurazione di un procedimento formale, debba comunque avere luogo entro una determinata barriera temporale».

tendenza nel diritto positivo a rafforzare la stabilità dei rapporti giuridici di diritto amministrativo con erosione del tradizionale principio di “inesauribilità del potere”.

Secondo tali ricostruzioni, sebbene il termine di conclusione del procedimento rappresenti, di norma, una regola procedimentale e non un paradigma di validità del provvedimento⁸, in alcuni casi l’ordinamento prevede che il superamento di tale termine comporti la decadenza per l’amministrazione dal relativo potere. Si tratta di ipotesi in cui il tempo si attegga quale condizione per l’esercizio in concreto del potere stesso e integra, di conseguenza, un parametro di validità dell’atto adottato (si ripropone, quindi, anche in questo ambito, la tradizionale dialettica tra regole di validità e regole di condotta, oggi al centro dell’attenzione nel dibattito scientifico sia con riferimento al diritto civile⁹ che al diritto amministrativo¹⁰).

⁸ Il punto è pacifico in giurisprudenza e si può vedere in proposito, tra tante, C. Stato, sez. VI, sentenza 4 maggio 2020, n. 2807, secondo cui la violazione del termine di conclusione del procedimento amministrativo, laddove non sia espressamente qualificato dalla norma come perentorio, «non può di per sé solo determinare l’illegittimità del provvedimento finale». Cfr. anche C. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 468.

⁹ In ambito contrattuale, la tradizionale distinzione tra regole di validità e regole di condotta, oggi peraltro messa in crisi dalle discipline di settore del “secondo” e del “terzo” contratto, si basa sul principio della tipicità dei vizi del consenso e in generale delle cause di invalidità del contratto, cfr. sul punto Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725. Sul tema si veda, per tutti, C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 599 ss. e dottrina ivi citata.

¹⁰ Ci si limita a segnalare come le incertezze legate ai confini tra regole di validità e di condotta oggi emergano nel diritto amministrativo soprattutto con riferimento alle conseguenze discendenti dalla violazione dei principi di diritto comune applicabili all’azione amministrativa e, segnatamente al principio di buona fede. Per tale dibattito si veda, tra tanti, L. LORENZONI, *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 235 ss. e ID., *I principi di diritto comune nell’attività amministrativa*, Napoli, 2018, secondo la quale la buona fede può entrare nel paradigma di validità dell’atto amministrativo, segnatamente grazie al carattere “aperto” del vizio dell’eccesso di potere. *Contra*, M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, 80 ss., secondo il quale uno «sguardo critico al diritto positivo contemporaneo induce a ritenere che oggi è minimo, per non dire inesistente, lo spazio che si può assegnare alla buona fede come regola sulla decisione amministrativa sanzionata dall’invalidità»; in senso analogo si veda anche G. POLI, *I principi nel diritto*

2. La questione del termine della fase pre-istruttoria nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale

I procedimenti antitrust si articolano in due momenti distinti: una fase preliminare, comunemente definita pre-istruttoria, e una successiva fase istruttoria in senso proprio¹¹.

Durante la fase pre-istruttoria l'Autorità, 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'istruttoria¹². La pre-istruttoria si conclude con l'archiviazione del procedimento ovvero, qualora l'Autorità ravvisi una "presunta infrazione"¹³, con la decisione di avviare l'istruttoria formale.

La decisione di avviare il procedimento viene notificata alle imprese e agli enti interessati¹⁴, segue la vera e propria fase istruttoria durante la quale l'Autorità può esercitare penetranti poteri di indagine¹⁵ e che si conclude con l'emanazione della CRI (Comunicazione delle risultanze istruttorie) cui seguono le difese finali e, su richiesta delle parti "accusate", l'audizione davanti al Collegio dell'Autorità. Al termine del procedimento, l'Autorità adotta infine il provvedimento che conclude il procedimento.

Il dibattito giurisprudenziale sorto discende dalla circostanza per cui il legislatore non ha espressamente disciplinato né un termine complessivo di durata dell'intero procedimento né un termine della sola fase pre-istruttoria.

amministrativo. Tracce di un cambiamento in corso, Napoli, 2023 e, in particolare, 136 ss.

¹¹ Per un inquadramento generale del procedimento antitrust si veda, tra tanti, M. D'OSTUNI, M. BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia*, 2024.

¹² Le verifiche che l'Autorità compie nella fase pre-istruttoria sono compendiate all'art. 12, comma 1, L. n. 287/1990, dove si prevede che l'istruttoria viene aperta dall'Autorità una volta «valutati gli elementi comunque in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse, ivi comprese le associazioni rappresentative dei consumatori».

¹³ Art. 14, comma 1, L. n. 287/1990.

¹⁴ Art. 14, L. n. 287/1990; art. 6, D.P.R. n. 217/1998.

¹⁵ Cfr. art. 8 D.P.R. n. 217/1998, che specifica che tali poteri sono esercitabili solamente «dal decorrere dalla notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria».

Per quanto riguarda la durata complessiva del procedimento, l'art. 2, comma 5, della legge n. 241 del 1990 stabilisce che, fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le Autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza. Tuttavia, l'AGCM non ha stabilito, in via generale e astratta, un termine massimo di durata dei procedimenti *de quibus*¹⁶.

Al contrario, l'art. 6, comma 3, del d.P.R. n. 217 del 1998, dispone che il provvedimento di avvio dell'istruttoria deve indicare, tra l'altro, gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni ed il termine di conclusione del procedimento, attribuendo in tal modo all'Autorità un potere discrezionale volto alla fissazione di un autovincolo in ordine al termine di durata di ciascun procedimento. La giurisprudenza ritiene, inoltre, che il termine così fissato abbia natura perentoria (nel senso che il superamento del medesimo comporta l'illegittimità del provvedimento tardivamente adottato) ma possa essere, di volta in volta, motivatamente differito dalla medesima Autorità¹⁷.

Maggiore dibattito giurisprudenziale si è invece di recente registrato con riferimento al termine di durata della fase pre-istruttoria.

A differenza di quanto stabilito per i procedimenti sanzionatori condotti da altre Autorità indipendenti¹⁸, per tale fase del procedimento

¹⁶ Più di recente, l'art. 14, comma 1, L. n. 287/1990, novellato dal D.lgs. n. 185/2021, ha previsto che l'istruttoria debba svolgersi «in tempi ragionevoli».

¹⁷ Cfr. C. Stato, sez. VI, 26 agosto 2024, n. 7243, ove il Collegio «pur ritenendo, per tutto quanto esposto, che la natura del termine anzidetto non possa ritenersi perentoria, pena la possibile penalizzazione delle fondamentali esigenze perseguite dall'Unione Europea, sottese agli articoli 101 e 102 TFUE» ha, tuttavia, sottoposto sul punto un quesito pregiudiziale alla Corte di giustizia al fine di verificare se il diritto unionale, e in particolare, gli articoli 41 e 47 CDFUE e l'art. 46 CEDU ostino ad una tale disciplina nazionale laddove consente «di prorogare unilateralmente il detto termine di conclusione, con atti di proroga motivati, al sopravvenire di circostanze che determinano un ampliamento oggettivo o soggettivo dell'accertamento». Nelle more della pubblicazione del presente articolo, è intervenuta la sentenza della Corte di giustizia, decima sezione, 15 gennaio 2026 (C-588/24), che ha dato risposta negativa al quesito sottoposto.

¹⁸ Per varie altre Autorità indipendenti talora sono le stesse leggi che regolano l'esercizio dei poteri sanzionatori ad imporre l'osservanza di un termine per la contestazione delle violazioni al soggetto incolpato, talvolta derogando rispetto al termine fissato dall'art. 14 della L. n. 689/1981: cfr. art. 45, comma 5, D.lgs. n. 93/2011, per l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente; art. 195, comma

non è espressamente previsto, né in sede legislativa né regolamentare, alcun termine di durata né è previsto un meccanismo, analogo a quello adottato per la fase istruttoria, attraverso cui la medesima Autorità si autovincola a rispettare un certo termine.

Il quesito che si è posto al riguardo è segnatamente quello relativo all'applicabilità del termine previsto dall'art. 14, comma 2, della L. n. 689/1981, ossia la disciplina legislativa di carattere generale in materia di sanzioni amministrative pecuniarie, la quale si applica «in quanto compatibile» anche ai procedimenti antitrust¹⁹.

L'art. 14, ai primi due commi, prevede quanto segue:

«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 per alcune delle persone indicate nel comma precedente, 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 dall'accertamento».

In ordine all'applicabilità di tale termine di novanta giorni anche ai procedimenti antitrust, sono emersi, in giurisprudenza e dottrina, due contrapposti orientamenti²⁰.

1, D.lgs. n. 58/1998, per la Banca d'Italia e la Commissione Nazionale per la Società e la Borsa, con riguardo alle sanzioni amministrative previste nel titolo II del Capo V del D.lgs. n. 58/1998 cit.; art.19-quinquies, D.lgs. n. 252/2005, per la Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione.

¹⁹ Art. 31, L. n. 287/1990.

²⁰ Su tali orientamenti si veda l'approfondimento dell'Ufficio studi e formazione della Giustizia Amministrativa redatto da F. GUARRACINO, *Parere sul tema della tardività dell'avvio dell'azione sanzionatoria antitrust*, in *Giustiziamministrativa.it*, 2023.

2.1. *La posizione contraria all'applicabilità del termine di novanta giorni*

Secondo l'impostazione seguita, in particolare, dal T.A.R. Lazio²¹ e da parte della dottrina²², l'art. 14 cit. non sarebbe applicabile ai procedimenti antitrust e la fase pre-istruttoria dovrebbe invece concludersi entro un termine "ragionevole".

La "ragionevolezza" del termine è rimessa a valutazioni da condursi "caso per caso" e il superamento di tale termine ragionevole comporta la decadenza dell'Autorità dal potere, con conseguente illegittimità del provvedimento.

Secondo tale impostazione, la specialità e la complessità dei procedimenti antitrust non consentono di applicare un termine così breve e rigido come quello fissato dall'art. 14 della L. n. 689/1981 che, di conseguenza, sarebbe incompatibile con le peculiarità di tali procedimenti²³.

Altresì, tale indirizzo giurisprudenziale valorizza l'esigenza di effettività della tutela della concorrenza e dell'*enforcement* del diritto unionale, evidenziando come molti sospetti illeciti antitrust potrebbero rimanere "impuniti" ove l'Autorità fosse tenuta a rispettare, a pena di decadenza, un rigido e breve termine di svolgimento della fase pre-istruttoria.

²¹ T.A.R. Lazio, 2 novembre 2022, n. 14271; T.A.R. Lazio, 18 luglio 2022, n. 10148; T.A.R. Lazio, 18 luglio 2022, n. 10148 (in materia di pratiche commerciali scorrette); T.A.R. Lazio, 3 ottobre 2022, n. 12507; T.A.R. Lazio, 24 marzo 2022, n. 3334; T.A.R. Lazio, 28 luglio 2017, n. 9048; cfr. in passato anche C. Stato, 26 gennaio 2022, n. 552; C. Stato, 21 dicembre 2021, n. 8492; C. Stato, 12 dicembre 2020, n. 1047; C. Stato, 25 giugno 2019, n. 4357 e C. Stato, 20 giugno 2019, n. 4215.

²² *Ex multis*, P. MANZINI, *L'AGCM fa novanta? Il termine decadenziale di novanta giorni per l'applicazione delle sanzioni dell'AGCM al vaglio della Corte di giustizia*, in AIUSDE, 2023; C. POLICE, *L'applicabilità dell'articolo 14 della L. 24 novembre 1981, n. 689 ai procedimenti antitrust nell'interpretazione dei giudici amministrativi*, in Osservatorio di Amministrativ@mente, 2023; S. DE NITTO, *Sul rinvio del Tar Lazio alla Corte di giustizia (ordinanza n. 12962 del 2023): applicabilità dell'art. 14 della l. n. 689 del 1981 ai procedimenti antitrust?*, in Amministrazione in Cammino, 2023.

²³ In tal senso anche V. FRENI, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Le sanzioni delle Autorità amministrative indipendenti*, M. Fratini (a cura di), Padova, 2011, 831.

Sul punto, vengono altresì richiamate le previsioni della Direttiva unionale 1/2019, che conferisce alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, la quale prevede che le Autorità antitrust nazionali debbano avere il potere di stabilire le proprie priorità di azione (cfr. art. 4, par. 5). Nelle difese svolte nel corso dei giudizi, l'AGCM ha sostenuto che un breve termine di decadenza di novanta giorni sarebbe incompatibile con la possibilità di dare priorità ad alcuni procedimenti piuttosto che ad altri.

Vengono altresì prese in esame, quale elemento di comparazione, le regole procedurali relative ai procedimenti antitrust condotti dalla Commissione europea, dove non è previsto in via astratta e predeterminata un termine di durata della fase pre-istruttoria e la Corte di giustizia ha affermato l'obbligo per la Commissione europea di concludere il procedimento (inteso come fase pre-istruttoria ed istruttoria vera e propria) entro un termine ragionevole²⁴.

Alcune pronunce, inoltre, in un'ottica sostanzialistica, sottolineano la necessità di verificare, caso per caso, se il superamento del termine della fase pre-istruttoria abbia pregiudicato il diritto di difesa dell'impresa incolpata. Solamente l'esistenza di un tale pregiudizio giustificerebbe l'annullamento giurisdizionale del provvedimento.

Infine, si sostiene che le esigenze di certezza del diritto già risulterebbero soddisfatte dalla previsione di un termine di prescrizione quinquennale per la riscossione delle sanzioni pecuniarie (art. 28, L. n. 689/1981).

²⁴ C. Giust. UE, 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P., *Baustahlgewebe c. Commissione*, punto 29, e 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99, C-244/99, C-245/99, C-247/99, C-250/99 a C-252/99 e C-254/99, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, punto 187. Con riferimento alla fase pre-istruttoria, C. Giust. UE, 21 settembre 2006, causa C-105/04, *Gebied*.

2.2. *La posizione favorevole all'applicabilità del termine di novanta giorni*

La recente giurisprudenza del Consiglio di Stato²⁵, seguita da parte della dottrina²⁶, ritiene applicabile il detto termine perentorio di novanta giorni di cui all'art. 14 cit.

Tuttavia, nonostante l'adozione di un parametro apparentemente rigido, viene riconosciuto un significativo temperamento perché si ritiene che il termine di novanta giorni decorra dall'acquisizione della piena conoscenza, da parte dell'Autorità, della condotta illecita, che implica 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.

In primo luogo, tale orientamento sostiene che l'art. 14 della L. n. 689/1981 debba trovare applicazione per esigenze sistematiche: la legge del 1981 cit. si prefigge l'obiettivo di dettare una disciplina generale delle sanzioni amministrative pecuniarie e, pertanto, le deroghe alla medesima dovrebbero essere individuate in modo rigoroso dall'interprete.

Si sottolinea, inoltre, l'esigenza di garantire adeguatamente il diritto di difesa e la certezza del diritto, anche considerata la natura sostanzialmente penale, secondo la già richiamata giurisprudenza CEDU, delle sanzioni amministrative in materia antitrust. Pertanto, vi è l'esigenza che la fase pre-istruttoria, che si svolge segretamente, si concluda in tempi ravvicinati e che l'impresa incolpata sia messa tempestivamente a conoscenza della pendenza del procedimento. Ciò

²⁵ C. Stato, 5 aprile 2023, n. 3505; C. Stato, 4 ottobre 2022, n. 8505; C. Stato, 10 febbraio 2023, n. 1468; C. Stato, 21 gennaio 2020, n. 512. Da ultimo, C. Stato, 9 luglio 2024, n. 6057 e C. Stato, 14 maggio 2025, n. 4151, con cui sono stati sollevati davanti alla Corte di giustizia dei quesiti pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

²⁶ F. CINTIOLI, *Il termine di decadenza della pre-istruttoria antitrust. Spunti per un bilanciamento tra enforcement e "maturità" costituzionale dell'ordinamento*, in F. GHEZZI (a cura di), *Il diritto antitrust in crisi? La tutela della concorrenza tra nuovi obiettivi, modalità di enforcement, regole procedurali*, Atti del Convegno, Pavia, 15 marzo 2024.

consente all'impresa di esercitare i propri diritti di difesa ed, eventualmente, di decidere di non protrarre una condotta ritenuta potenzialmente illecita dall'Autorità.

Si richiamano, in proposito, i principi del giusto procedimento sanzionatorio di recente affermati anche da C. Cost. n. 151/2021²⁷ che, con riferimento agli illeciti amministrativi (non specificamente quelli antitrust), pur dichiarando inammissibili le questioni in quel caso sollevate al fine di consentire al legislatore di intervenire, ha svolto importanti affermazioni di principio sulla necessità che tali procedimenti abbiano un termine finale.

L'impostazione seguita dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato evidenzia come l'applicazione di un termine "rigido" di novanta giorni (ferma restando l' "elasticità" circa l'individuazione del *dies a quo*, di cui si è detto) non pregiudicherebbe l'efficacia del *public enforcement* in materia antitrust, posto che tale fase ha ad oggetto solamente accertamenti sommari, volti a verificare la fondatezza di un *fumus* di sussistenza dell'illecito che dovrà poi essere accertato nella fase istruttoria vera e propria.

La Direttiva n. 1/2019 non viene ritenuta ostativa all'individuazione, da parte del legislatore nazionale, di un termine di decadenza della fase pre-istruttoria, posto che la direttiva medesima precisa che i procedimenti antitrust devono essere soggetti a garanzie adeguate che soddisfino "almeno" i principi generali del diritto dell'Unione e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (considerando n. 14) e, pertanto, rimane aperta per gli Stati membri la possibilità di fissare garanzie maggiori rispetto a quelle stabilite dal diritto comunitario. Si evidenzia, inoltre, che la Direttiva cit. ammette che gli Stati membri stabiliscano dei termini di prescrizione "assoluti" del procedimento (considerando n. 70 e art. 29), ossia termini massimi non valicabili, non passibili di interruzione o sospensione, così confermando, *mutatis mutandis*, che il diritto europeo non osta alla previsione, nel diritto interno, di termini massimi, purché la durata di tali limitazioni assolute non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione efficace degli articoli 101 e 102 TFUE.

²⁷ C. Cost., 12 luglio 2021, n. 151, su cui cfr. V. RUBINO, *Meglio il giudice a Berlino (Lussemburgo)? Garanzie difensive e termine per la conclusione dei procedimenti sanzionatori amministrativi nella necessaria prospettiva europea*, in *Eurojus*, 2022.

Si osserva, infine, che il termine di prescrizione di cinque anni fissato dall'art. 28 L. n. 689/1981 è un termine relativo alla prescrizione del diritto a riscuotere le sanzioni e non riguarda direttamente i termini procedurali²⁸.

3. *La pronuncia della Corte di giustizia nel caso Caronte*

Sul tema relativo alla durata della fase pre-istruttoria dei procedimenti antitrust nazionali è intervenuta di recente anche la Corte di giustizia in risposta ad un quesito pregiudiziale sollevato sul punto dal T.A.R. Lazio (cd. caso *Caronte*)²⁹.

Con la pronuncia della Seconda sezione del 30 gennaio 2025, causa C-511/2023³⁰ (per brevità indicata nel presente scritto con il termine “sentenza *Caronte*”) la Corte di giustizia ha sostanzialmente condiviso l'impostazione seguita dall'ordinanza di rimessione del giudice nazionale.

La Corte muove dalla premessa per cui, non essendovi una normativa specifica dell'Unione che disciplini i termini dei procedimenti antitrust condotti dalle Autorità nazionali, gli Stati membri godono sul punto di autonomia procedurale.

La Corte afferma che è compatibile con il diritto dell'Unione la fissazione di termini procedurali ragionevoli, fermo restando che le norme nazionali non devono rendere praticamente impossibile o

²⁸ Può inoltre osservarsi che, a seguito della novella apportata dal D.lgs. n. 185/2021, l'art. 31-*bis* della L. n. 287/1990 contiene ora una disciplina circa l'interruzione e la sospensione del termine di prescrizione.

²⁹ T.A.R. Lazio, 1° agosto 2023, n. 12962.

³⁰ C. Giust. UE, Seconda sezione, 30 gennaio 2025, causa C-511/2023, *Caronte*, su cui 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*, 2025, 175; C. POLICE, *Abuso di posizione dominante e rispetto del termine ragionevole: tra esigenze di certezza del diritto e la (attesa) risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea (Causa C-511/23)*, in *Eurojus*, 2025. Si segnala anche la pronuncia “gemella” C. Giust. UE, sezione seconda, 30 gennaio 2025, causa C-510/2023 *Trenitalia*, riguardante l'analoga questione relativa al termine di svolgimento dei procedimenti in materia di pratiche commerciali scorrette. Nel corso del testo si fa riferimento unicamente alla sentenza *Caronte* in quanto riguardante specificamente i procedimenti antitrust che qui si esaminano.

eccessivamente difficile l'attuazione del diritto dell'Unione e devono assicurarsi che le norme che adottano o applicano non pregiudichino l'effettiva applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE.

La pronuncia valorizza, in più passaggi, la necessità di trovare un equilibrio tra le esigenze di certezza del diritto e di tutela del diritto di difesa dell'impresa con l'effettiva attuazione del diritto unionale.

La Corte afferma di dovere valutare il rispetto di tale equilibrio prendendo in considerazione la durata del termine fissato a livello nazionale e le modalità della sua applicazione «quali la data a partire dalla quale inizia a decorrere, le modalità adottate per dare inizio al decorso di detto termine nonché quelle che consentono la sua sospensione o la sua interruzione» nonché sulla base delle peculiarità dei casi in materia di diritto della concorrenza e, in particolare, del fatto che tali casi richiedono di norma una complessa analisi materiale ed economica.

La Corte, pertanto, afferma che gli Stati possono fissare i termini della procedura e anche di singole fasi della procedura, purché il termine di ciascuna fase sia «materialmente sufficiente a garantirne il corretto svolgimento» (punto 52).

La Corte richiama anche la Direttiva n. 1/2019 che, sebbene non applicabile *ratione temporis* al procedimento oggetto della causa principale, deve comunque indirizzare l'interpretazione del diritto nazionale. La Corte valorizza le previsioni della Direttiva, di cui già si è sopra detto, che prevedono che le autorità nazionali debbano avere il potere di definire le proprie attività. Pertanto, la Corte evidenzia come nella «fase che precede la comunicazione degli addebiti [...] l'autorità dev'essere in grado non solo di procedere a tutte le misure istruttorie preliminari nonché alle valutazioni di fatto e di diritto spesso complesse, necessarie per valutare se l'avvio della fase istruttoria in contraddittorio sia giustificato, ma anche di scegliere, in funzione del grado di priorità che, nell'esercizio della sua indipendenza operativa, intende accordare a una procedura d'infrazione in corso, il momento più opportuno per avviare, se del caso, la fase istruttoria in contraddittorio di quest'ultima. Pertanto, un'autorità nazionale garante della concorrenza deve disporre della facoltà di rinviare temporaneamente l'avvio della fase istruttoria in contraddittorio in un determinato procedimento, sebbene essa abbia già accertato l'esistenza degli elementi essenziali dell'asserita violazione [...]». Tuttavia, un

siffatto rinvio temporaneo non può avere come conseguenza un superamento del termine ragionevole entro il quale deve concludersi la fase che precede la comunicazione degli addebiti di una procedura d'infrazione» (punti 60 e 61).

Applicando le coordinate esposte alla disciplina italiana oggetto di scrutinio, i giudici europei giungono a ritenere la medesima incompatibile con il diritto unionale in quanto, «l'AGCM è tenuta ad avviare la fase istruttoria in contraddittorio del procedimento mediante la comunicazione degli addebiti entro il termine fisso di 90 giorni decorrente dall'accertamento degli elementi essenziali dell'asserita violazione. Inoltre, l'inosservanza del termine di cui trattasi ha come conseguenza, da un lato, l'annullamento integrale e automatico del provvedimento finale adottato dall'AGCM in esito alla procedura d'infrazione, sia nella parte in cui verte sulla cessazione della condotta anticoncorrenziale sia nella parte riguardante le sanzioni inflitte all'impresa interessata. Dall'altro, tale autorità, in forza del principio del *ne bis in idem*, è definitivamente impossibilitata ad avviare una nuova procedura d'infrazione per la medesima condotta anticoncorrenziale» (punto 66).

L'applicazione del termine di 90 giorni alla fase pre-istruttoria, secondo la Corte, impedirebbe all'AGCM di stabilire e attuare priorità per le sue procedure relative all'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE e le impedirebbe di cooperare pienamente nell'ambito della rete europea della concorrenza.

Altresì, la Corte sottolinea come i diritti della difesa delle imprese sottoposte a una procedura d'infrazione non possono, in ogni caso, risultare violati per il solo fatto dell'inosservanza del termine di cui trattasi.

La Corte di giustizia, pertanto, conclude ritenendo che l'articolo 4, paragrafo 5, e l'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva (UE) 2019/1 nonché l'articolo 102 TFUE, letti alla luce del principio di effettività, «ostano a una normativa nazionale che, nell'ambito di un procedimento diretto all'accertamento di una pratica anticoncorrenziale condotto da un'autorità nazionale garante della concorrenza, da un lato, impone a tale autorità di avviare la fase istruttoria in contraddittorio di tale procedimento, mediante la comunicazione degli addebiti all'impresa interessata, entro un termine di 90 giorni a decorrere dal momento in cui essa viene a conoscenza degli elementi essenziali dell'asserita

violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito, e, dall'altro, sanziona l'inosservanza di tale termine con l'annullamento integrale del provvedimento finale di detta autorità in esito alla procedura d'infrazione, nonché con la decadenza dal potere di quest'ultima di avviare una nuova procedura d'infrazione riguardante la stessa pratica».

4. *Alcune considerazioni critiche e problemi rimasti aperti: il parallelismo con i procedimenti antitrust condotti dalla Commissione europea*

Come notato anche da alcuni primi commentatori³¹, la sentenza della Corte di giustizia non sembra aver pienamente colto la natura delle differenti fasi in cui si articola il procedimento antitrust davanti alla AGCM, forse anche a causa delle differenze che sul punto intercorrono tra i procedimenti antitrust nazionali e quelli che si svolgono davanti alla Commissione europea.

Nella sentenza *Caronte*, difatti, in più passaggi la Corte identifica la fase pre-istruttoria che si svolge davanti alla AGCM come quella che «precede la comunicazione degli addebiti» (punti 21, 42, 51, 60, 61)³². Anche nelle conclusioni (punto 82) la sentenza fa riferimento alla ritenuta incompatibilità con il diritto unionale della norma nazionale che imporrebbe di inviare la comunicazione degli addebiti entro novanta giorni.

Invero, come già evidenziato, la normativa nazionale configura la fase pre-istruttoria come quella in cui viene vagliata in via preliminare l'esistenza o meno di una "presunta infrazione" e, all'esito di tale fase, viene unicamente assunta la decisione in ordine all'avvio di un'istruttoria formale ovvero all'archiviazione. È solo al termine dell'istruttoria, nel corso della quale l'impresa può esercitare i propri diritti di difesa e l'Autorità esercita pienamente i propri poteri istruttori, che vengono formalizzati gli addebiti con la CRI.

³¹ I. PEREGO, *Trenitalia e Caronte & Tourist: la storia è davvero finita?*, in *Rivista del contenzioso europeo*, 2025, I, 7 ss.

³² Anche l'Avvocato Generale, nelle sue conclusioni, indica tale fase come quella in cui «l'AGCM raccoglie gli elementi di indagine necessari alla formulazione delle contestazioni nei confronti dell'interessato» (punto 71) e fa riferimento alla possibilità che in tale fase l'Autorità debba effettuare ispezioni (punto 103).

Diversamente, i procedimenti antitrust che si svolgono davanti alla Commissione europea sono suddivisi in due fasi³³. La prima fase va dalla apertura del procedimento fino alla contestazione degli addebiti, e in tale momento la Commissione può già esercitare tutti i propri poteri istruttori, alcuni dei quali implicano la possibilità che l'impresa interessata venga a conoscenza dell'esistenza del procedimento a suo carico³⁴. La seconda fase inizia con la contestazione degli addebiti, la quale viene notificata all'impresa³⁵ che da questo momento usufruisce delle garanzie difensive (diritto di essere sentiti, accesso al fascicolo)³⁶, e si conclude con l'adozione della decisione finale.

Le imprecisioni terminologiche che caratterizzano la sentenza *Caronte* della Corte di giustizia sembrano dunque rivelare che la Corte ritenga — erroneamente — che anche nel procedimento dinanzi all'AGCM la prima fase (ossia la fase pre-istruttoria) si concluda con la contestazione degli addebiti, e che pertanto nel corso della stessa debbano già essere svolte tutte le attività istruttorie necessarie a formulare tali contestazioni. Pertanto, la preoccupazione della Corte di giustizia - secondo cui la normativa nazionale scrutinata potrebbe comportare un «rischio sistemico di impunità per i fatti integranti infrazioni al diritto della concorrenza dell'Unione» - sembrerebbe, invero, fondarsi su una premessa non corretta.

Deve, tuttavia, osservarsi, come la confusione possa essere generata anche dalla stessa previsione di cui all'art. 14 della L. n. 689/1981, che invero fissa il termine di novanta giorni per la “contestazione” degli “estremi della violazione”.

³³ Per le regole procedurali che governano i procedimenti antitrust condotti dalla Commissione europea cfr. E. ROUSSEVA, *EU antitrust procedure*, Oxford, 2020.

³⁴ Il cd. atto di avvio del procedimento, di cui all'art. 2 del Regolamento (CE) n. 773/2004, è infatti una mera notizia che segnala l'esistenza di una attività di indagine, segnatamente per precludere alle autorità nazionali l'avvio di proprie indagini sulle medesime condotte e la Commissione già prima dell'avvio del procedimento può esercitare i propri poteri di indagine (art. 2, comma 3, Reg. 773/2004 cit.). Inoltre, a tale atto di avvio non consegue l'esercizio per l'impresa dei diritti di difesa, prerogative che si collocano a valle dell'invio della comunicazione degli addebiti.

³⁵ Art. 10, par. 1, Reg. 773/2004 cit.

³⁶ Artt. 10-16, Reg. 773/2004 cit.

5. (Segue) *Il superamento del termine dei procedimenti antitrust e la violazione del diritto di difesa*

Un ulteriore profilo di rilievo, oggetto anche di un recente rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del Consiglio di Stato³⁷, concerne la necessità o meno di verificare se il superamento dei termini di durata della fase pre-istruttoria abbia comportato una violazione del diritto di difesa dell'impresa incolpata.

In altre parole, indipendentemente dal parametro temporale accolto - di novanta giorni, come ritenuto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, o "ragionevole", come ritenuto dalla giurisprudenza del T.A.R. Lazio ora avallata dalla Corte di giustizia - occorre verificare se l'illegittimità del provvedimento sanzionatorio consegua alla sola violazione di detto termine ovvero se occorra anche accertare che tale superamento abbia comportato una violazione del diritto di difesa dell'impresa.

Tale interrogativo sorge dall'approccio che in più occasioni ha seguito la giurisprudenza comunitaria con riguardo ai procedimenti antitrust condotti dalla Commissione europea. I giudici europei hanno affermato che il superamento del termine ragionevole di durata del procedimento rappresenta un motivo di annullamento solo qualora risulti provato che l'eccessiva durata ha avuto un'incidenza effettiva sui diritti della difesa delle imprese interessate³⁸. Ad esempio, una tale incidenza potrebbe eccezionalmente esservi stata quando il tempo trascorso tra l'una e l'altra fase fosse stato tale da rendere più difficile

³⁷ C. Stato, 14 maggio 2025, n. 4151, con cui, per quanto qui interessa, è stata posta alla Corte di giustizia la questione se «l'art. 101 TFUE e la Direttiva (UE) 2019/1 debbano essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale che prevede l'annullamento quale conseguenza automatica della violazione del termine ragionevole per l'avvio del procedimento istruttorio, senza che debba essere accertata l'effettiva lesione del diritto di difesa; o, in subordine, se essi ostano ad una normativa nazionale che, in presenza della violazione del termine ragionevole per l'avvio del procedimento istruttorio, onera l'Autorità (e non le imprese) della prova ulteriore che la violazione del predetto termine abbia leso in concreto il diritto di difesa».

³⁸ C. Giust. UE, 21 settembre 2006, causa C-113/04, *Technische Unie c. Commissione*, punti 47 e 48; C. Giust. UE, 8 maggio 2014, causa C-414/12, *Bolloré c. Commissione*, punti 84 e 85; C. Giust. UE, 9 giugno 2016, causa C-616/13, *PROAS c. Commissione*, punti da 74 a 76; C. Giust. UE, 28 gennaio 2021, causa C-466/19.

la raccolta degli elementi di prova a difesa³⁹. Peraltro, la Corte di giustizia ritiene che ricada sull'impresa l'onere di provare l'avvenuta lesione dei propri diritti di difesa.

Nel giudizio *Caronte* l'Avvocato generale, nelle sue conclusioni, ha richiamato tale giurisprudenza ritenendola applicabile anche ai procedimenti nazionali antitrust⁴⁰. La Corte di giustizia non ha specificamente affrontato l'argomento ma vi ha fatto un cenno laddove ha affermato che: «i diritti della difesa delle imprese sottoposte a una procedura d'infrazione non possono, in ogni caso, risultare violati per il solo fatto dell'inosservanza del termine di cui trattasi» (punto 71).

Rimane, quindi, aperta la questione se tale approccio sostanzialistico adottato dalla Corte di giustizia debba applicarsi anche ai procedimenti nazionali.

A ben vedere, una tale impostazione contrasterebbe con quella seguita dal nostro ordinamento, di cui si è detto sopra, che prevede che il superamento del termine fissato per i procedimenti sanzionatori comporti la decadenza dell'amministrazione dal relativo potere, con conseguente invalidità del provvedimento tardivamente adottato.

Escludere la sanzione della invalidità del provvedimento sanzionatorio tardivo rappresenterebbe una dequotazione della regola procedimentale, la cui violazione rimarrebbe priva di conseguenze (o, almeno, della conseguenza rappresentata dall'illegittimità del provvedimento tardivo). È pur vero che il nostro ordinamento, mercè l'art. 21-octies, comma 2, L. n. 241/1990, prevede un fenomeno di dequotazione dei vizi procedimentali, ma ciò avviene solo nell'ambito di procedimenti vincolati.

Inoltre, deve osservarsi che nei procedimenti antitrust, il rispetto dei termini procedimentali non è solo posto a garanzia del diritto di difesa dell'impresa incolpata. Trattandosi di procedimenti sostanzialmente penali, è la stessa pendenza del procedimento che comporta di per sé, a prescindere dall'esito del medesimo, effetti pregiudizievoli per l'impresa che vi è sottoposta. Non a caso, infatti, in sede CEDU la

³⁹ Cfr. C. Giust. UE, 21 gennaio 2021, causa C-308/19, *Consiliul Concurenței c. Whiteland Import Export SRL*; C. Giust. UE, 18 aprile 2024, causa C-605/21, *Heureka Group (Compareurs de prix en ligne)*; Trib. UE, 9 novembre 2022, causa T-657/19, *Feralpi c. Commissione*.

⁴⁰ Conclusioni dell'avvocato generale Priit Pikamäe, presentate il 5 settembre 2024, causa C-510/23, punto 132.

garanzia del *ne bis in idem* è anzitutto configurata come tutela procedimentale, ossia come garanzia per il soggetto che già è stato sanzionato a non essere sottoposto ad un secondo procedimento sanzionatorio (e non solo ad una seconda sanzione) per i medesimi fatti⁴¹.

Anche la Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 151/2021, pronunciata in relazione ad una controversia sul termine per l'esercizio del potere sanzionatorio, nel rilevare l'insufficienza del solo termine quinquennale di prescrizione, ha affermato che: «la predefinita legislativa di un limite temporale (...) il cui inutile decorso produca la consumazione del potere stesso risulta coesistente ad un sistema sanzionatorio coerente con i parametri costituzionali sopra richiamati», ossia con gli artt. 24 e 97 Cost.

6. (Segue) *Le conseguenze del superamento del termine e la possibile distinzione tra profili "conformativi" e sanzionatori del provvedimento*

Il dibattito giurisprudenziale sui termini dei procedimenti antitrust ha dischiuso un ulteriore profilo suscettibile di incidere in modo significativo sulla disciplina della tutela della concorrenza

La giurisprudenza della VI Sezione del Consiglio di Stato negli ultimi tempi ha iniziato a prospettare, al momento solamente in alcuni *obiter dicta*⁴², la possibilità che il superamento dei termini procedurali comporti l'illegittimità non dell'intero provvedimento adottato dalla AGCM ma solamente della parte sanzionatoria di questo.

Limitandoci al procedimento antitrust (analoghe considerazioni possono essere condotte anche per i procedimenti aventi a oggetto pratiche commerciali scorrette), in presenza di un accertato illecito, l'Autorità anzitutto adotta una "diffida", ossia un ordine con cui impone

⁴¹ Sulla garanzia del *ne bis in idem* nei procedimenti amministrativi sanzionatori sia consentito il rinvio a S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018, 203 ss.

⁴² C. Stato, 22 marzo 2024 n. 2791, sul noto caso "Dieselgate" riguardante una pratica commerciale scorretta, con nota di B. DE SANTIS, *Una transazione chiude la vicenda Dieselgate: riflessioni sull'epilogo della più grande class action italiana*, in *Judicium*; C. Stato, 9 luglio 2024, n. 6057; C. Stato, 26 agosto 2024, n. 7243.

la cessazione dell'infrazione e dei suoi effetti e ne vieta la reiterazione in futuro e, in secondo luogo, commina una sanzione pecuniaria⁴³.

Prima della novella di cui al D.lgs. n. 185/2021, l'art. 15 della L. n. 287/1990 prevedeva, altresì, che la sanzione pecuniaria venisse comminata solo in presenza di infrazioni "gravi" e l'Autorità aveva in più occasioni applicato la sola diffida a comportamenti che non esibivano tutti gli elementi dell'illecito amministrativo, segnatamente sul piano dell'elemento soggettivo⁴⁴.

Sebbene tale previsione è oggi venuta meno, rimane la possibilità di comminare sanzioni di importo 'simbolico'⁴⁵.

Inoltre, sono molteplici gli istituti che valorizzano i profili "conformativi" del procedimento a scapito di quelli sanzionatori e possono citarsi al riguardo:

- i programmi di clemenza, nell'ambito dei quali l'Autorità può non applicare le sanzioni, ovvero può ridurne l'importo, nei confronti delle imprese che decidono di collaborare con l'Autorità nell'accertamento dei cartelli⁴⁶;

- l'istituto degli impegni, che consente la conclusione del procedimento senza l'accertamento dell'infrazione, ma con accettazione, da parte dell'Autorità, di impegni assunti dall'impresa «tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria»⁴⁷.

⁴³ Art. 15, L. n. 287/1990

⁴⁴ Sia consentito il rinvio a S.L. VITALE, *op. cit.*, 259 ss.

⁴⁵ Punto 33 delle Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, co. 1, della l. n. 287/1990 (Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n. 25152).

⁴⁶ Artt. 15-bis – 15-septies, L. n. 287/1990. Su tale istituto cfr. M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Dir. amm.*, 2007, 265-291; C. LO SURDO, *Prime riflessioni sulle modifiche apportate all'istituto della leniency in sede di attuazione della Direttiva Ecn plus*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2022, 391 ss.

⁴⁷ Art. 14-ter L. n. 287/1990. Su tale istituto cfr., *ex multis*, G. MANFREDI, *Gli impegni nei procedimenti antitrust e la disciplina generale degli accordi*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, G. Falcon, B. Marchetti (a cura di), Padova, 2013, 123 ss.; C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012. Istituti analoghi sono previsti nell'ambito dei procedimenti condotti da altre Autorità amministrative indipendenti: cfr. l'art. 14-bis

Se in generale si discute di quale sia il legame tra la funzione sanzionatoria e le altre funzioni attribuite alle pubbliche amministrazioni⁴⁸, nel procedimento antitrust (e, in generale, nell'ambito delle Autorità amministrative indipendenti) è particolarmente evidente come le esigenze punitive convivano con quelle di "cura" dei mercati che rivestono un ruolo centrale e logicamente prioritario⁴⁹. Tale elemento è stato altresì valorizzato dal

del D.l. n. 223/2006, conv. in L. n. 248/2006 per l'AGCOM; cfr. l'art. 45, comma 3, del D.lgs. n. 93/2011 per l'ARERA; l'art. 196-ter T.U.F. per la CONSOB.

⁴⁸ Cfr. S. VACCARI, *Appunti sul potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti: tra procedimento e processo*, nel presente fascicolo di questa *Rivista*, che richiama il dibattito circa la compatibilità o meno tra la finalità punitivo-repressiva, propria delle sanzioni amministrative e la loro (contestuale) funzionalizzazione alla cura diretta di interessi pubblici. Per la prima tesi si veda, per tutti, F. G. SCOCA, *Il punto sulla nozione e sulla disciplina delle sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2025, 3 ss. che, con riferimento in generale alle sanzioni amministrative, ritiene che rappresentino di una determinazione regolata direttamente dalla legge sulla base di precisi criteri tecnici vincolanti, in relazione alla quale sussistono posizioni di diritto soggettivo. Nel senso della connessione tra funzione sanzionatoria e funzioni di amministrazione attiva, si veda M. CAPPAL, *Dal ne bis in idem europeo di diritto amministrativo al diritto alla buona amministrazione. Un itinerario di studio*, Napoli, 2023. Di coesistenza tra "logica amministrativa" e "logica sanzionatoria" parla anche M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie dopo la sentenza della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 330 ss.

⁴⁹ Con specifico riferimento ai procedimenti condotti dalle Autorità indipendenti e alla connessione che si verifica in tale ambito tra funzione sanzionatoria e cura concreta dell'interesse pubblico, cfr. P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. amm.*, 2015, 767 ss., che evidenzia come nel diritto dell'economia le sanzioni amministrative «sintetizzano e cumulano in modo complesso, e anomalo, finalità diverse sottese a un sistema che, dietro aspetti afflittivo-dissuasivi, nasconde sempre la cura concreta dell'interesse pubblico; sembra necessario perciò mettere a sistema le numerose indicazioni normative in questo senso e considerarle idonee a disegnare un modello almeno in parte diverso e peculiare di sanzione amministrativa»; M. TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità Indipendenti*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità Amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, 2013; Si veda anche R. TITOMANLIO, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007, 143 ss., secondo cui, 163, la funzione sanzionatoria «finisce così per essere non espressione di una mera potestà punitiva ma elemento e componente dell'intera attività (e funzione) di regolazione svolta dall'autorità e che si esplica attraverso l'imposizione di prescrizioni e divieti e eventualmente di diffide e poi anche attraverso l'esercizio della

legislatore che, con la novella normativa del 2021, ha ampliato i possibili contenuti della diffida⁵⁰.

Il provvedimento antitrust ha, quindi, natura composita e può ritenersi espressione di poteri che appartengono a “logiche” differenti.

Con la diffida l’Autorità mira a rimuovere gli effetti distorsivi alla concorrenza e a evitarne il ripetersi nel futuro con effetti “conformativi” del mercato, mentre nelle sanzioni pecuniarie emerge una finalità (anche ma non solo) punitiva⁵¹.

Muovendo da tali premesse, appare condivisibile l’osservazione avanzata dalla giurisprudenza citata in ordine al contenuto composito del procedimento e del provvedimento⁵². Convivono in tale ambito diversi poteri, ciascuno assoggettato ad un diverso regime e le garanzie e le regole proprie dei procedimenti sanzionatori riguardano solamente il profilo sanzionatorio del procedimento e del provvedimento.

Ne discende la possibilità che il superamento dei termini procedurali comporti la decadenza dell’amministrazione solamente dal potere sanzionatorio, non anche dai poteri “conformativi”. Come si è sopra detto, difatti, i termini di conclusione del procedimento amministrativo rappresentano un parametro di validità solamente

potestà sanzionatoria in senso stretto»; S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell’Autorità della concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 335, a sua volta citando C. TEITGEN-COLLY, *Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes*, in *Petites Affiches*, 1990, n. 8, 26 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 181 ss. e in particolare 191 ove si rileva criticamente che nella prassi della AGCM «la sanzione diventa lo strumento più efficace e significativo di politica della concorrenza, come dimostra l’esperienza di questi anni nei quali l’Autorità ha fatto ricorso ai propri poteri sanzionatori irrogando anche sanzioni pecuniarie assai pesanti al fine di assicurare un nuovo e diverso equilibrio concorrenziale in determinati mercati».

⁵⁰ Si fa riferimento alla novella che il D.lgs. n. 185/2021 ha apportato all’art. 15 della L. n. 287/1990 che al comma 1 oggi prevede che l’Autorità «fissa alle imprese e associazioni di imprese interessate il termine per l’eliminazione dell’infrazione stessa ovvero, se l’infrazione è già cessata, ne vieta la reiterazione. A tal fine l’Autorità può imporre l’adozione di qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato all’infrazione commessa e necessario a far cessare effettivamente l’infrazione stessa».

⁵¹ Per approfondimenti sul tema sia consentito il rinvio a S.L. VITALE, *op. cit.*, 259 ss.

⁵² *Contra*, M. DELSIGNORE, *Regolare sanzionando o sanzionare per regolare: è possibile un distinguo in concreto?*, nel presente fascicolo di questa *Rivista*, che esprime perplessità rispetto a tale giurisprudenza.

nell'ambito dei procedimenti sanzionatori mentre negli altri procedimenti amministrativi, salvo che non sia diversamente previsto, il superamento del termine non comporta l'illegittimità del provvedimento tardivamente adottato.

Tale linea interpretativa è suscettibile di produrre conseguenze di rilievo, soprattutto sul piano del *private enforcement*, dal momento che l'accertamento dell'illecito da parte dell'Autorità fa stato nei giudizi civili risarcitori⁵³. Laddove si ritenga che il provvedimento antitrust, pur tardivamente adottato, rimanga valido per quanto attiene al profilo di accertamento dell'illecito e conformativo, si agevolerebbe significativamente la possibilità per i soggetti danneggiati dall'infrazione (di regola, i consumatori) di ottenere la tutela risarcitoria in sede civile.

7. Considerazioni conclusive

La sentenza della Corte di giustizia orienta senz'altro l'interprete nazionale nella direzione di ritenere non applicabile il termine di novanta giorni previsto dall'art. 14 L. n. 689/1981. Tuttavia, la sentenza non consente di dirimere in via definitiva varie questioni interpretative ancora controverse.

In primo luogo, la Corte sembra muovere da un presupposto non del tutto corretto, ossia che la fase pre-istruttoria condotta dall'AGCM si concluda con la contestazione degli addebiti. Come già osservato, tale contestazione interviene, invece, solo al termine della fase istruttoria, attraverso la comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI). Ne consegue che il riferimento della Corte appare, almeno in parte, viziato da un'incomprensione del funzionamento concreto del procedimento nazionale.

⁵³ Ai sensi dell'art. 7, comma 1, D.lgs. n. 3/2017, «Ai fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato». Su tale norma cfr., tra i molti contributi, F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 45 ss.

In secondo luogo, la decisione si fonda sull'interpretazione della normativa nazionale così come proposta nell'ordinanza di rinvio del T.A.R. Lazio, la quale, tuttavia, non risulta univoca. Ciò ha condotto la Corte a pronunciarsi in termini che non paiono esaurire l'ampiezza del dibattito interpretativo interno.

Merita attenzione, a tal proposito, il contenuto della sentenza *Caronte* laddove si afferma l'incompatibilità con il diritto unionale di un termine dalla fase pre-istruttoria di novanta giorni decorrente «dal momento in cui l'Autorità viene a conoscenza degli elementi essenziali dell'asserita violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito»⁵⁴. Come sopra ricordato, tuttavia, come la giurisprudenza del Consiglio di Stato individui in modo flessibile il *dies a quo* del termine di durata della fase pre-istruttoria che, in genere, si ritiene non coincida con la prima segnalazione.

Altresì, la Corte di giustizia afferma l'incompatibilità con il diritto unionale di un termine di novanta giorni la cui inosservanza comporti «l'annullamento integrale del provvedimento finale di detta autorità in esito alla procedura d'infrazione» nonché «la decadenza dal potere di quest'ultima di avviare una nuova procedura d'infrazione riguardante la stessa pratica»⁵⁵. Anche a tal riguardo, si è visto come, in ordine al primo profilo, la giurisprudenza del Consiglio di Stato abbia prospettato la possibilità di un annullamento solo parziale del provvedimento.

In ordine al *ne bis in idem*, deve ritenersi che, una volta spirato il termine, l'Autorità potrebbe avviare un nuovo procedimento per condotte cronologicamente successive a quelle prese in considerazione in precedenza⁵⁶. Tale osservazione induce a ridimensionare la preoccupazione espressa dalla Corte di giustizia secondo cui «l'impossibilità per l'AGCM di avviare una nuova procedura d'infrazione al fine di adottare siffatte sanzioni potrebbe, di fatto, indurre le imprese a mantenere pratiche anticoncorrenziali, compromettendo così gravemente l'effettiva attuazione, da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza, delle norme del diritto della concorrenza dell'Unione»⁵⁷.

⁵⁴ Punto 82.

⁵⁵ Punto 82.

⁵⁶ Così anche F. CINTIOLI, *op. cit.*, 277-278.

⁵⁷ Punto 75.

In attesa di conoscere il riscontro che la Corte di giustizia darà alle due ordinanze del Consiglio di Stato che sollevano dei quesiti pregiudiziali in materia⁵⁸, possono trarsi delle (provvisorie) considerazioni conclusive, anche evidenziando alcuni profili ancora rimasti in ombra nel dibattito.

Una prima considerazione attiene alla perdurante insoddisfazione che suscitano le soluzioni sin qui elaborate.

Dal momento che i procedimenti antitrust possono assumere una particolare carica afflittiva per le imprese, avendo natura sostanzialmente penale secondo la giurisprudenza CEDU, ci si attenderebbe che le garanzie procedurali legate alla durata del procedimento medesimo non siano rimesse a criteri vaghi destinati ad essere “concretizzati” solo *ex post*.

La soluzione patrocinata dalla giurisprudenza del T.A.R. Lazio, e ora confortata dalla pronuncia della Corte di giustizia, secondo cui alla fase pre-istruttoria non è applicabile il termine “rigido” di novanta giorni ma, comunque, la durata deve essere “ragionevole”, non appare pienamente soddisfattiva sotto il profilo della certezza del diritto.

D’altro canto, anche la soluzione offerta dall’orientamento dal Consiglio di Stato rischia di lasciare aperti margini di incertezza, in quanto, pur ancorando la durata di tale fase ad un termine fisso di novanta giorni, rimette a valutazioni da condursi “caso per caso” l’individuazione del *dies a quo* da cui computare tale termine. È evidente al riguardo l’esigenza, avvertita da tale giurisprudenza, di garantire all’Autorità di raggiungere, pur nell’ambito di accertamenti sommari, un certo grado di approfondimento al fine di poter circoscrivere adeguatamente, soggettivamente ed oggettivamente, la successiva istruttoria⁵⁹ e preparare le attività di indagine da svolgere “a

⁵⁸ C. Stato, 9 luglio, 2024, n. 6057 e C. Stato, 14 maggio 2025, n. 4151. Quando il presente articolo era in corso di pubblicazione, è intervenuta l’ordinanza del 18 dicembre 2025 (causa C-491/24) della Corte di giustizia, decima sezione, con cui, con motivazione analoga a quella già resa nel caso *Caronte*, è stata fornita risposta al quesito pregiudiziale sollevato dall’ordinanza n. 6057 cit.

⁵⁹ Cfr. F. CALIENTO, *La ragionevolezza del termine per avviare i procedimenti amministrativi: il caso dei procedimenti antitrust*, inedito, secondo cui «conoscere da subito il punto di vista delle imprese coinvolte potrebbe consentire all’AGCM di svolgere in maniera più mirata l’istruttoria; è altresì vero che una compressione della fase pre-istruttoria potrebbe portare ad avvii meno circostanziati, con un risultato complessivo neutro tra i vantaggi e gli svantaggi ottenibili. Soprattutto, avvii meno

sorpresa” in concomitanza con l’avvio dell’istruttoria medesima, segnatamente attraverso lo strumento delle ispezioni.

Tuttavia, la necessità di “chiarezza” in ordine alla durata massima della fase pre-istruttoria emerge vieppiù laddove dovesse essere definitivamente abbracciata dalla giurisprudenza la prospettiva relativa alla natura composita del procedimento e alla possibile invalidità parziale del provvedimento⁶⁰. Un tale approdo renderebbe con maggiore evidenza necessario che gli attori coinvolti sappiano fin dal principio se il termine della fase pre-istruttoria sia stato superato e, quindi, se l’Autorità sia decaduta dalla potestà sanzionatoria. Una conseguenza così rilevante, discendente dalla violazione di una regola procedurale, non può essere lasciata all’interpretazione di formule elastiche da valutarsi sulla base delle circostanze proprie di ciascun caso e, quindi, necessariamente rimesse alla valutazione del giudice che interviene *ex post*. Il rischio consiste, da un lato, in un inutile dispendio di attività amministrativa (che si verificherebbe in caso di successivo annullamento parziale del provvedimento in sede giurisdizionale) e, dall’altro, in una compromissione delle garanzie di tutela per l’impresa che subirebbe in ogni caso l’afflittività derivante dalla pendenza a proprio carico di un procedimento sanzionatorio.

Ad oggi, difatti, nell’impossibilità di applicare il termine di 90 giorni di cui all’art. 14 L. n. 689/1981, non è stabilito *ex ante* e in via generale un termine “fisso” per la fase pre-istruttoria (e si applica solamente il termine “ragionevole”) e, per quanto riguarda la fase istruttoria, viene di volta in volta, per ciascun singolo procedimento, stabilito un termine con un atto di autovincolo dell’Autorità. Né è stabilito un termine complessivo di durata del complessivo procedimento, comprendente sia la fase pre-istruttoria che quella istruttoria.

A tale ultimo proposito, deve porsi in evidenza un aspetto spesso rimasto in ombra nel dibattito, ossia quello relativo alla natura procedimentale anche di tale fase⁶¹. Sebbene detta fase venga

circostanziati potrebbero implicare un maggior numero di imprese coinvolte nella fase iniziale [...]. Quindi, è ipotizzabile che un maggior numero di imprese subirebbe l’onere di accertamenti ispettivi. Tutto questo, oltre che per le imprese, costituirebbe un onere aggiuntivo per l’attività dell’amministrazione pubblica».

⁶⁰ Cfr. *supra* par. 6.

⁶¹ Si veda sul punto L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e pre-istruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 717, il quale evidenzia che «l’iscrizione della

comunemente indicata come momento meramente informale che precede l'avvio del procedimento, invero nel corso della medesima si svolge un'attività procedimentalizzata, di natura doverosa, diretta all'adozione del provvedimento di archiviazione ovvero all'atto di avvio dell'istruttoria. A conferma della natura procedimentale di tale fase, può osservarsi come l'archiviazione, quale possibile atto terminale della stessa, rappresenti un provvedimento, che si ritiene debba essere motivato e possa essere impugnato dai terzi che da esso si ritengano lesi⁶².

Sebbene non possa ritenersi che la fase pre-istruttoria rappresenti un procedimento a sé stante (difatti tale fase può concludersi con l'atto di avvio dell'istruttoria, il quale ha natura endoprocedimentale), deve ritenersi che sia la cd. fase pre-istruttoria che la successiva fase istruttoria compongano il (complessivo) procedimento antitrust.

Dovrebbe quindi operare, con riguardo a tale complessivo procedimento, la previsione di cui all'art. 2, comma 5, della L. n. 241/1990, in base alla quale l'Autorità deve stabilire in via regolamentare i termini massimi di durata dei propri procedimenti.

Sarebbe, quindi, necessario un intervento regolamentare dell'Autorità (o un intervento del legislatore) che definisca il termine

pre-istruttoria alla funzione amministrativa ne mette in luce l'aspetto di doverosità, come è peraltro confermato anche dall'aspetto funzionale sopra ricordato. Se poi si considera che essa deve comunque essere improntata ai principi di economicità, efficacia, e pubblicità – secondo quanto disposto dall'art. 1, comma 1, della legge generale sul procedimento amministrativo, valido anche per l'attività interna – ne deriva che logicamente essa deve essere organizzata in forma di procedimento, proprio al fine di assicurarne lo svolgimento ordinato e adeguato alle proprie finalità. Naturalmente, è bene sottolineare che la scansione seriale in cui l'attività si articola può essere caratterizzata da una maggiore flessibilità rispetto ai procedimenti esterni, se non altro in ragione delle diverse fonti preposte a disciplinarne lo svolgimento (come detto, regolamenti interni, ma anche ordini di servizio, istruzioni, ordini individuali, ecc.), nonché del concreto modificarsi delle esigenze organizzative dell'ente pubblico»; cfr. anche M. MONTEDURO, *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità Amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, in *Il potere sanzionatorio delle Autorità Amministrative indipendenti*, M. Allena, S. Cimini (a cura di), in *Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82 (3-2013), 2013, 125 ss.

⁶² Cfr. C. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2761, sull'impugnabilità degli atti di archiviazione delle Autorità amministrative indipendenti e, più di recente, C. Stato, 1° ottobre 2024, n. 7869.

massimo di durata del complessivo procedimento (come previsto dall'art. 2, comma 5, cit.) e, auspicabilmente, anche delle varie fasi del medesimo. Ciò consentirebbe di contemperare, da un lato, l'esigenza di certezza in ordine alla durata dei procedimenti antitrust e, dall'altro, l'esigenza di assicurare all'Autorità un adeguato tempo per la definizione di procedimenti caratterizzati da elevata complessità⁶³.

Del resto, le pronunce della Corte di giustizia hanno ritenuto incongruo, in quanto eccessivamente breve, un termine di 90 giorni della fase pre-istruttoria, ma non è mai stata messa in discussione la possibilità per gli Stati membri di fissare termini di durata del procedimento e delle sue singole fasi, purché si tratti di termini coerenti con le esigenze di effettività del diritto unionale⁶⁴.

La complessità del procedimento, difatti, non può essere di per sé ostativa alla fissazione di termini “fissi” di durata e, del resto, anche per le indagini preliminari penali, che pure possono essere caratterizzate da elevati livelli di complessità, il legislatore stabilisce i termini di durata “ordinari”, i meccanismi di proroga nonché i termini di durata massimi (cfr. artt. 405-407 c.p.p.). Benché non sia proponibile una piena assimilazione tra procedimento penale e procedimento amministrativo sanzionatorio, la comparazione evidenzia come la garanzia di un termine certo non sia incompatibile con la natura complessa delle indagini.

⁶³ Cfr. in tal senso F. CINTIOLI, *op. cit.*, 272-273, il quale afferma che: «sarebbe utile l'intervento del legislatore, mediante la sostituzione del termine di 90 giorni con un termine più ampio, oppure si potrebbe anche concepire la facoltà dell'Autorità, nell'approssimarsi della scadenza del termine perentorio (che sia di 90 giorni od anche più lungo), di adottare un atto amministrativo di proroga con una motivazione specifica su quali siano i bisogni istruttori od organizzativi che la rendano indispensabile. Tale proroga dovrebbe restare segreta in considerazione delle esigenze di questa fase del procedimento, per poi diventare visibile alle parti una volta che giungesse l'atto di avvio, consentendo a quel punto alle parti anche di far valere eventuali illegittimità circa la fondatezza e congruenza di tale motivazione in una con l'impugnazione del provvedimento finale come».

⁶⁴ Si veda da ultimo Corte di giustizia, ordinanza del 18 dicembre 2025 cit.: “gli Stati membri possono prevedere non solo norme generali in materia di prescrizione applicabili alla procedura d'infrazione nel suo complesso ma anche, se del caso, termini che disciplinino lo svolgimento di taluni stadi di tale procedura, quali quello della fase preliminare alla comunicazione degli addebiti all'impresa interessata, purché i termini in questione siano conformi ai precetti di cui ai punti da 62 a 65 della presente ordinanza (sentenza Caronte & Tourist, punto 51)” (punto 66).

In definitiva, la mancata predeterminazione normativa di un termine della fase pre-istruttoria ha alimentato incertezze difficili da colmare in sede interpretativa. Tale lacuna espone a un rischio duplice: da un lato, la compromissione dell'effettività dell'*enforcement* (sia pubblicistico che privatistico, considerati gli effetti che possono derivare dall'annullamento giurisdizionale del provvedimento) e, dall'altro, la compressione delle garanzie difensive delle imprese sottoposte al procedimento. Una disciplina chiara del fattore temporale consentirebbe di evitare che la flessibilità si traduca in incertezza, permettendo di individuare un punto di equilibrio più soddisfacente nella dialettica tra autorità e libertà che caratterizza tali procedimenti. Si deve tenere presente, peraltro, che l'esigenza di certezza temporale si colloca non solo a presidio dei diritti di difesa, ma anche quale corollario del principio di buona amministrazione sancito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.