

N. ____/____ REG.PROV.COLL.
N. 06386/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 6386 del 2022, proposto da

Caronte & Tourist s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Siragusa, Fabio Cintioli, David Astorre e Riccardo Tremolada, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio legale dell'avv. Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna, n. 32;

contro

Autorità garante della concorrenza e del mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Unione nazionale consumatori - Comitato regionale della Sicilia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Intilisano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Unione nazionale consumatori, non costituita in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Assarmatori, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Aristide Police e Alessandro Parini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio legale dell'avv. Aristide Police in Roma, viale Liegi, n. 32;

Confederazione armatori italiani, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Morbidelli e Roberto Righi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento n. 30086 del 29 marzo 2022, notificato in data 11 aprile 2022, adottato a conclusione del procedimento A541-Servizi di traghettamento veicoli stretto di Messina; nonché, ove occorrer possa, di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente, ivi compresi: il provvedimento di avvio dell'istruttoria n. 28313 del 28 luglio 2020; il provvedimento di proroga dei termini dell'istruttoria n. 29913 del 25 novembre 2021; la comunicazione delle risultanze istruttorie del 3 dicembre 2021; il Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità, adottato dalla medesima Agcm, in Bollettino, ed. speciale, supplemento al numero 22/2021.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell'Unione nazionale consumatori - Comitato regionale della Sicilia, nonché gli atti di intervento di Assoarmatori e della Confederazione armatori italiani;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2023 il dott. Matthias Viggiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

A – Illustrazione sommaria dell’oggetto della controversia ed argomenti delle parti

§ 1. Oggetto dell’odierno giudizio è l’impugnazione del provvedimento dell’11 aprile 2022, prot. 30086, adottato dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato (in breve, Agcm) nell’adunanza del 29 marzo 2022.

§ 2. Con l’atto gravato l’Autorità accertava l’esistenza di un abuso di posizione dominante – vietato ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. a), legge 10 ottobre 1990, n. 287 – commesso dalla società ricorrente mediante l’imposizione di prezzi eccessivi per il servizio di traghettamento di veicoli nello stretto di Messina.

§ 3. In particolare, l’Agcm, seguendo la c.d. dottrina *United brands*, evidenziava l’assoluta mancanza di correlazione tra costi e ricavi, anche attraverso l’impiego di vari *test* economici (sviluppati con un approccio metodologico favorevole alla parte) che confermavano (indipendentemente dalle modalità di valutazione del capitale) l’esistenza di una significativa sproporzione.

§ 4. In aggiunta, anche comparando le tariffe della ricorrente con quelle praticate da altre compagnie estere indicate come parametro (in quanto operanti su rotte aventi caratteristiche simili), si evinceva l’eccessività dei prezzi imposti.

§ 5. Inoltre, si rappresentava la particolare rilevanza dell’illecito concorrenziale (che incide direttamente sul corrispettivo versato dall’utente) anche in considerazione dell’area geografica interessata (lo stretto di Messina) ove la società ricorrente detiene una posizione quasi monopolistica, trasportando ogni anno circa dieci milioni di viaggiatori e due milioni di autoveicoli (dati del 2019).

§ 6. Conseguentemente, l’Autorità ordinava all’impresa di astenersi per il futuro (quanto meno dalla fine dell’emergenza pandemica) dall’imporre prezzi eccessivi per il traghettamento dei veicoli nello stretto di Messina e – attesa la gravità dell’illecito – irrogava anche una sanzione pecuniaria.

§ 7. Avverso il predetto provvedimento veniva proposto ricorso deducendo, tra le altre doglianze, la violazione dell’art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, avendo l’Autorità avviato il procedimento per l’accertamento dell’illecito *antitrust* oltre il termine (perentorio) di novanta giorni previsto dalla citata disposizione, con la

conseguente decadenza dal potere di accertare la violazione.

§ 8. Difatti, risulta provato dagli atti del fascicolo che l'Agcm riceveva in data 24 marzo 2018 una segnalazione da parte di un consumatore che lamentava i prezzi eccessivamente esosi del servizio di traghettiamento. Ai fini della massima comprensione si trascrive l'esposto: *«Scrivo per segnalare all'Autorità la situazione di assenza di concorrenza e di elevato costo delle tariffe per i servizi di traghettiamento tra Villa San Giovanni e Messina, in articolare l'azienda Caronte & Tourist esercita tale attività in regime pressappoco monopolistico con tariffe che sono aumentate vertiginosamente negli ultimi anni. L'Agenzia già si è occupata della questione con il documento "I763 - Servizi di cabotaggio marittimo stretto di Messina provvedimento n. 24427" del 2013. Ma evidentemente non ci sono stati riscontri positivi per i consumatori, pertanto chiedo all'Agenzia di provvedere ad indagare sulla questione, a favore della concorrenza e della continuità territoriale»*.

§ 9. Acquisita la riportata segnalazione, in data 23 aprile 2019 (quindi 394 giorni dopo la ricezione dell'esposto) l'Agcm inviava una richiesta di informazioni all'Autorità portuale di Messina, la quale non riscontrava (se non parzialmente in data 22 maggio 2019) tale missiva, risultando pertanto necessario un sollecito il successivo 19 novembre 2019, cui replicava l'autorità portuale in data 26 novembre 2019.

§ 10. Il successivo 4 agosto 2020, l'Autorità notificava alla società l'atto di avvio del procedimento (A541), deliberato nell'adunanza del 28 luglio 2020 (ossia 245 giorni dopo la ricezione del riscontro dell'ente portuale) che si concludeva, come visto, in data 11 aprile 2022, con il provvedimento in questa sede impugnato.

§ 11. Pertanto, secondo la prospettazione della società ricorrente, la fase pre istruttoria – ossia il segmento anteriore alla comunicazione dell'avvio del procedimento in cui, senza contraddittorio, l'Autorità raccoglie i primi elementi indiziari al fine di verificare l'effettiva esistenza dell'illecito *antitrust* – si sarebbe

protratta per complessivi 855 giorni, così violando l'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689.

§ 12. Inoltre, tale contegno dell'Agcm si porrebbe – sempre secondo le doglianze dell'impresa sanzionata – in palese contrasto con l'art. 6 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) e con l'art. 41 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza), risultando la dilazione temporale lesiva del diritto di difesa della società nonché del legittimo affidamento della parte accusata, che non potrebbe vedersi sottoposta a un procedimento sanzionatorio quando la *notitia criminis* sia risalente a più di novanta giorni prima. Difatti, seguendo i principi fissati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (i c.d. *Engel criteria*), la sanzione irrogata avrebbe natura (para)penale con conseguente necessità per l'Autorità di rispettare tutte le doverose garanzie procedurali, tra cui quella relativa all'immediata contestazione della violazione.

§ 13. Conseguentemente, parte ricorrente concludeva chiedendo l'annullamento complessivo dell'atto gravato avendo l'Autorità avviato tardivamente, e quindi illegittimamente, l'istruttoria per l'accertamento della violazione.

§ 14. Si è costituita in giudizio l'Autorità evidenziando, in relazione alla ragione di doglianza di cui ai paragrafi precedenti, l'inapplicabilità ai procedimenti *antitrust* del termine decadenziale di novanta giorni, essendo unicamente previsto l'obbligo di avviare l'istruttoria in un tempo *ragionevole* (v. Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2020, n. 1047). Nel caso in esame, ciò sarebbe stato rispettato attesa la complessità dei fatti oggetto di indagine, anche alla luce del sopravvenuto ingresso nel mercato di un distinto operatore, risultando quindi necessario monitorare, per un congruo lasso di tempo, l'evoluzione della dinamica concorrenziale.

§ 15. Inoltre, l'Autorità rappresenta come in nessun altro Stato membro dell'Unione europea le autorità nazionali incaricate della tutela della concorrenza debbano avviare immediatamente, *sub poena* di decadenza, il procedimento istruttorio: sul punto, l'Agcm evidenzia anche le preoccupazioni manifestate dalla

Commissione europea circa l'efficace applicazione del diritto euro-unitario da parte dell'Autorità italiana in caso di rigida imposizione di un termine così breve per agire. In aggiunta, viene rilevato il contrasto del termine decadenziale con gli artt. 3 e 4, par. 5, dir. 2019/1/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, che, letti alla luce del principio di effettività, osterebbero ad una normativa nazionale che impone all'Agcm di procedere con l'avvio dell'istruttoria secondo una rigorosa scansione temporale (nel caso italiano di novanta giorni), senza garantirle la possibilità di individuare autonomamente le proprie priorità d'azione.

§ 16. All'esito della pubblica udienza del 7 giugno 2023, il Collegio ha trattenuto la causa per la decisione.

B – Diritto nazionale applicabile

§ 17. La principale fonte normativa interna è la legge 10 ottobre 1990, n. 287 «Norme per la tutela della concorrenza e del mercato», di cui si riporteranno gli articoli rilevanti ai fini della decisione.

§ 18. Art. 1. Ambito di applicazione e rapporti con l'ordinamento comunitario

«1. Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese.

2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all'articolo 10, di seguito denominata "Autorità", applica anche parallelamente in relazione a uno stesso caso gli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e gli articoli 2 e 3 della presente legge in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante.

4. L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza».

§ 19. Art. 3 Abuso di posizione dominante

«1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante

all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato:

a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose [...]».

§ 20. Art. 12 Poteri di indagine (versione vigente al momento dell'apertura dell'istruttoria).

«1. L'Autorità, 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, procede ad istruttoria per verificare l'esistenza di infrazioni ai divieti stabiliti negli articoli 2 e 3 [...]».

§ 21. L'articolo appena trascritto veniva modificato a mezzo dell'art. 1, comma 2, d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185 e dell'art. 35, comma 1, lett. a), l. 5 agosto 2022, n. 118: si riportano solo le novità maggiormente rilevanti per il caso in esame.

«[...] 1-ter. L'Autorità ha il potere di definire le priorità di intervento ai fini dell'applicazione della presente legge e degli articoli 101 e 102 del Tfue. L'Autorità può non dare seguito alle segnalazioni che non rientrino tra le proprie priorità di intervento.

1-quater. I procedimenti relativi alle infrazioni degli articoli 101 o 102 del Tfue ovvero degli articoli 2 o 3 della presente legge, incluso l'esercizio dei poteri di cui al presente capo II da parte dell'Autorità, rispettano i principi generali del diritto dell'Unione europea e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [...]»

§ 22. Art. 14 Istruttoria (versione vigente al momento dell'apertura dell'istruttoria)

«1. L'Autorità, nei casi di presunta infrazione agli articoli 2 o 3, notifica l'apertura dell'istruttoria alle imprese e agli enti interessati [...]»

§ 23. Anche l'articolo appena trascritto veniva modificato dall'art. 1, comma 3, d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185: si riportano gli stralci di rilievo ai fini della decisione.

«1. L'Autorità, nei casi di presunta infrazione degli articoli 101 o 102 del Tfue ovvero degli articoli 2 o 3 della presente legge, svolge l'istruttoria in tempi ragionevoli e ne notifica l'apertura alle imprese e agli enti interessati [...]».

§ 24. Art. 15 Diffide e sanzioni (versione vigente al momento dell'apertura dell'istruttoria)

«1. Se a seguito dell'istruttoria di cui all'articolo 14 l'Autorità ravvisa infrazioni agli articoli 2 o 3, fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse. Nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria in misura fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida [...]».

§ 25. Anche quest'ultima disposizione veniva modificata per mezzo dell'art. 1, comma 6 d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185, nel seguente modo.

«1. Se, a seguito dell'istruttoria di cui all'articolo 14 della presente legge, l'Autorità ravvisa un'infrazione degli articoli 101 o 102 del Tfu ovvero degli articoli 2 o 3 della presente legge, 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. Al momento di scegliere fra due rimedi ugualmente efficaci, l'Autorità opta per il rimedio meno oneroso per l'impresa, in linea con il principio di proporzionalità.

1-bis. Tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o associazione di imprese nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione [...].

1-quater. Se, in base alle informazioni di cui dispone, l'Autorità ritiene che non sussistono le condizioni per ravvisare un'infrazione, l'Autorità può assumere una

decisione in tal senso. Quando, dopo aver informato la Commissione europea ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 3, del regolamento (Ce) n. 1/2003, l'Autorità ritiene che sono venuti meno i motivi di intervento e chiude pertanto il procedimento istruttorio, ne informa di conseguenza la Commissione europea [...]».

§ 26. Art. 31 Sanzioni

«1. Per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689»

§ 27. Di rilievo, in forza del rinvio appena trascritto è la legge 24 novembre 1981, n. 689 «Modifiche al sistema penale», che detta la disciplina generale delle sanzioni pecuniarie amministrative.

§ 28. Art. 12 Ambito di applicazione

«Le disposizioni di questo Capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale. Non si applicano alle violazioni disciplinari»

§ 29. Art. 14 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 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.

Quando gli atti relativi alla violazione sono trasmessi all'autorità competente con provvedimento dell'autorità giudiziaria, i termini di cui al comma precedente

decorrono dalla data della ricezione.

Per la forma della contestazione immediata o della notificazione si applicano le disposizioni previste dalle leggi vigenti. In ogni caso la notificazione può essere effettuata, con le modalità previste dal codice di procedura civile, anche da un funzionario dell'amministrazione che ha accertato la violazione.

Per i residenti all'estero, qualora la residenza, la dimora o il domicilio non siano noti, la notifica non è obbligatoria e resta salva la facoltà del pagamento in misura ridotta sino alla scadenza del termine previsto nel secondo comma dell'art. 22 per il giudizio di opposizione.

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»

§ 30. Art. 28 Prescrizione

«Il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate dalla presente legge si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione.

L'interruzione della prescrizione è regolata dalle norme del codice civile».

§ 31. Infine, assume rilievo nel caso in esame anche il decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217 «Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato», fonte gerarchicamente subordinata alla legge ed emanato ai sensi dell'art. 10, comma 5, legge 10 ottobre 1990, n. 287 («con decreto del Presidente della Repubblica [...] sono stabilite procedure istruttorie che garantiscono agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio e la verbalizzazione»).

C – La giurisprudenza in materia

§ 32. Le disposizioni sopra trascritte costituiscono il diritto nazionale applicabile alle procedure istruttorie svolte dall'Agcm per accertare e sanzionare gli illeciti anticoncorrenziali (quale l'abuso di posizione dominante contestato con il provvedimento oggetto del presente giudizio).

§ 33. In particolare, la questione che si rimette alla Corte di giustizia concerne la compatibilità con l'ordinamento europeo dell'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, per come interpretato nel diritto vivente.

§ 34. Appare opportuno, a questo punto, evidenziare come un primo e più risalente filone della giurisprudenza amministrativa italiana (che giudica della legittimità degli atti, anche sanzionatori, dell'Agcm) non reputava riferibile ai procedimenti dell'Agcm l'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, in ragione della formulazione del rinvio disposto dall'art. 31 legge 10 ottobre 1990, n. 287, limitato alle disposizioni «*in quanto applicabili*». In particolare, essendo il procedimento istruttorio regolato dal decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217 (fonte normativa subordinata alla legge), il quale non fissa alcun termine per la notifica dell'avvio dell'indagine, si è ritenuto insussistente l'onere di immediata contestazione (v. Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2020, n. 1046, secondo cui «*appare condivisibile quell'orientamento giurisprudenziale, per cui i termini perentori previsti dall'art. 14 l. n. 689/1981 non siano applicabili ai procedimenti di competenza dell'Agcm in materia di illeciti anticoncorrenziali, avendo tale norma carattere suppletivo in assenza di una disciplina speciale, nel caso di specie costituita dalla disciplina dei procedimenti di competenza dell'Autorità dettata dal d.P.R. n. 217/1998*»).

§ 35. Tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale appena descritto è stato oggetto di una più particolare riflessione che, invece, ha concluso per applicabilità del termine di novanta giorni previsto dall'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689: nel dettaglio, l'*accertamento* viene inteso come completamento della fase pre-istruttoria e valutazione, *in tempi ragionevoli*, delle emergenze raccolte al fine di formulare la contestazione («*in linea di principio, quindi, il fatto che l'Autorità Antitrust deliberi l'avvio della istruttoria a distanza di vari mesi dalla segnalazione della possibile infrazione non può in alcun modo essere considerato come una violazione dei diritti delle imprese coinvolte, né un superamento dei termini procedurali, in quanto la stessa valutazione della esigenza di avviare o meno*

l'istruttoria può presentarsi complessa. L'invocato termine di novanta giorni previsto dal comma 2 dell'art. 14 della legge n. 689 del 1981 inizia a decorrere solo dal momento in cui è compiuta – o si sarebbe dovuta ragionevolmente compiere, anche in relazione alla complessità della fattispecie – l'attività amministrativa intesa a verificare la esistenza dell'infrazione, comprensiva delle indagini intese a riscontrare la sussistenza di tutti gli elementi soggettivi ed oggettivi dell'infrazione stessa», così Cons. Stato, sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3896).

§ 36. Conseguentemente, nelle procedure istruttorie *antitrust*, al fine di non incorrere nella decadenza, l'Autorità deve entro novanta giorni formulare l'addebito: in altre parole, una volta completata la fase pre-istruttoria, l'Autorità è tenuta a contestare, entro il citato breve termine, la violazione mediante la notifica dell'atto di apertura del procedimento. Il *dies a quo*, quindi, non coincide necessariamente con la prima segnalazione dell'illecito, bensì con la conclusione dell'*accertamento* svolto nella fase pre-istruttoria: pertanto, i novanta giorni decorrono una volta completata la raccolta degli elementi fattuali necessari a contestare l'illecito (sul punto v. Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2020, n. 3572 secondo cui «*deve però precisarsi che il decorso dei novanta giorni è collegato dall'art. 14 della legge n. 689 del 1981, non già alla data di commissione della violazione, bensì al tempo di accertamento dell'infrazione. Si fa riferimento non alla mera notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma all'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita implicante il riscontro [...] della sussistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti*»).

§ 37. Ovviamente, l'avvenuta conclusione dell'*accertamento* costituisce oggetto di valutazione del giudice amministrativo, che può verificare se ad una certa data potesse ragionevolmente formularsi la contestazione.

§ 38. Su quest'ultimo punto, appare opportuno citare un recente pronunciamento giurisprudenziale che costituisce utile parametro per evidenziare le modalità di

sindacato del giudice amministrativo sull'avvio del procedimento: Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 512, reputava infatti eccessiva la durata della fase pre-istruttoria, protrattasi per circa quattro anni, in un procedimento concernente un'intesa anticoncorrenziale. Invero, dopo una segnalazione pervenuta nel novembre 2011 l'Autorità avviava una complessa attività pre-istruttoria, consistente nell'audizione del segnalante, nell'invio di alcune richieste di informazioni, anche a soggetti istituzionali, le cui ultime risposte pervenivano nel febbraio 2014; successivamente venivano acquisiti ulteriori documenti nel settembre 2015, per poi procedere all'apertura dell'istruttoria nell'ottobre 2015. Orbene, il giudice amministrativo reputava illegittimo il ritardo nell'apertura del procedimento istruttorio, atteso che gli atti acquisiti nel settembre 2015 non venivano reputati necessari al fine dell'accertamento dell'illecito, retrodatando così il giorno di perfezionamento dell'accertamento al febbraio 2014: conseguentemente, essendo trascorsi circa venti mesi tra l'*accertamento* e l'apertura del procedimento (quindi più dei novanta giorni previsti dalla legge), si sentenziava la decadenza dal potere sanzionatorio, annullando quindi l'atto impugnato.

§ 39. Va poi notato che la riscontrata tardività determina l'assorbimento di ogni altra contestazione, anche nei casi in cui l'intesa venga (dall'Agcm) reputata perdurante oltre l'avvio dell'istruttoria: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2022, n. 878, che ha evidenziato come *«la decadenza dell'Autorità dal potere tardivamente esercitato, potrebbe essere assimilata in una qualche misura al vizio di incompetenza [che determina] un'ipotesi di assorbimento legale ovvero obbligatorio di ogni altro vizio dedotto»*.

§ 40. Questa seconda lettura dell'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, appare consolidarsi in maniera assai rigorosa negli ultimi più importanti pronunciamenti della giurisprudenza amministrativa che, oltre a ribadire la certa applicabilità della disposizione, procede ad un attento scrutinio degli elementi acquisiti durante la fase pre-istruttoria: così, esemplificativamente, è stata reputata tardiva la contestazione di avvio notificata quattro anni dopo la segnalazione di possibile illecito *antitrust*,

in ragione della sufficienza del primo atto per procedere alla contestazione della violazione, chiarendo che nei *«casi in cui un procedimento istruttorio sia avviato a seguito di una segnalazione pervenuta all'Autorità, si può desumere dalla previsione di cui all'art. 13 della L. n. 287/1990 che, tendenzialmente, il termine per la contestazione dell'illecito/avvio dell'istruttoria decorre da tale momento, salvo che la segnalazione sia "incompleta" o "non veritiera"»* (Cons. Stato, sez. VI, 21 febbraio 2023, n. 1761).

§ 41. Conseguentemente, seguendo l'ermeneusi di cui agli ultimi consolidati arresti giurisprudenziali, può affermarsi come il *dies a quo* fissato per determinare il termine di novanta giorni non sia individuabile *ex ante* in maniera inequivocabile, essendo sempre dipendente dalla completezza degli elementi indicati nella segnalazione, ovvero dagli atti acquisiti immediatamente dopo. Pertanto, ove dedotta la censura in sede di impugnazione giurisdizionale, il giudice deve procedere ad un giudizio di prognosi postuma, ossia ad immedesimarsi nella posizione dell'Autorità e verificare se gli elementi disponibili in un certo momento fossero o meno sufficienti a formulare la contestazione.

§ 42. A conferma che sia quella descritta nei paragrafi precedenti l'interpretazione (ormai granitica) della giustizia amministrativa, può citarsi un altro arresto nel quale si è reputata tardiva l'apertura dell'istruttoria intervenuta circa tre anni dopo la prima segnalazione pervenuta all'Autorità da parte di una primaria impresa pubblica operante nel trasporto ferroviario. Irrilevante veniva reputata l'attività pre-istruttoria condotta, nonché la successiva denuncia anonima giunta all'Agcm circa 20 giorni prima della notifica dell'avvio dell'istruttoria, in quanto *«pare evidente [...] che fin dal 2015 l'Autorità era stata resa edotta, con riferimento a più di un episodio rilevante, come il mercato [...] era percorso da potenziali interventi distorsivi coagulati in intese tra player leader del settore [inoltre] tale situazione conoscitiva imponeva all'Autorità un pronto intervento istruttorio, non solo volto al fine di sanzionare i protagonisti dei comportamenti anticoncorrenziali ma,*

soprattutto, a tutela del mercato di riferimento e degli altri operatori economici esclusi dall'asserito collegamento illecito nonché a tutela delle stazioni appaltanti. Ciò, per come è documentato in atti, non è avvenuto se non dopo l'esposto anonimo (ma estremamente circostanziato e predisposto con linguaggio giuridico-economico assolutamente appropriato e denso di informazioni rilevanti): si constata, dunque, nella vicenda qui in esame, che sono trascorsi circa tre anni tra il ricevimento delle prime segnalazioni e la comunicazione dell'atto di contestazione, senza che nel frattempo l'Autorità abbia svolto alcuna attività istruttoria finalizzata a stabilirne la verità e completezza» (Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8503).

§ 43. Come già anticipato, l'applicazione meccanicistica dell'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, seguendo l'ermenusi descritta, determina che l'eventuale sforamento (anche solo di un giorno) del termine di contestazione si traduce nell'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento dell'Autorità. Difatti, sebbene l'art. 15 legge 10 ottobre 1990, n. 287, chiarisca che la principale conseguenza dell'accertamento dell'infrazione sia l'intimazione a rimuovere la stessa (essendo la sanzione pecuniaria comminata solo per i casi più gravi), l'unicità dell'atto e, soprattutto, del procedimento determinano che il tardivo avvio di quest'ultimo infici inevitabilmente il provvedimento finale adottato. Pertanto, la pronuncia del giudice investe sia la sanzione pecuniaria, sia eventuali ulteriori disposizioni (es. ordini di cessazione o obblighi di astensione), ponendo sostanzialmente nel nulla l'operato dell'Agcm (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2022, n. 834).

§ 44. Inoltre, in forza del principio del *ne bis in idem* si determina l'impossibilità di riaprire successivamente una nuova istruttoria per il medesimo fatto, anche nelle ipotesi di illecito permanente, ossia per i casi in cui l'impresa non avesse mai interrotto la propria condotta illecita.

D – I motivi del rinvio

§ 45. Chiarito il diritto vivente rilevante, appare dirimente, ai fini della risoluzione

della presente controversia, sciogliere il dubbio circa la compatibilità con il diritto eurounitario dell'applicazione dell'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689 alle procedure *antitrust* condotte dall'Agcm.

§ 46. A tal fine si rammenta in primo luogo che la materia di cui è causa (ossia l'art. 3 legge 10 ottobre 1990, n. 287) costituisce trasposizione nell'ordinamento nazionale dell'art. 102 Tfeue, essendo le due disposizioni sostanzialmente equivalenti nella portata precettiva: per l'esatto rapporto tra le due fattispecie si rinvia all'art. 3 Reg (Ce) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002.

§ 47. Conseguentemente, pur essendo in contestazione un abuso di posizione dominante limitato al mercato nazionale, alla luce del disposto dell'art. 1, comma 4, legge 10 ottobre 1990, n. 287, risulta sussistente un interesse dell'Unione europea alla corretta applicazione delle disposizioni di legge per la repressione degli illeciti anticoncorrenziali. In tal senso appare opportuno richiamare un precedente pronunciamento della Corte di giustizia che ha evidenziato come *«esiste un interesse comunitario certo a che le regole del diritto comunitario, qualora appaiano dubbi nell'ambito dell'applicazione del rinvio operato dal diritto interno, possano ricevere un'interpretazione uniforme mediante sentenze rese dalla Corte su domanda di pronuncia pregiudiziale»* atteso che, *«per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto comunitario ricevano una interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate»* (così, testualmente Corte giust. Ue, 11 dicembre 2007, causa C-280/06, ECLI:EU:C:2007:775).

§ 48. Orbene, come evidenziato ai paragrafi §§ 32 ss., l'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689 impone all'Agcm l'avvio del procedimento istruttorio entro un termine decadenziale di novanta giorni, mentre, come è noto, la Corte di giustizia, in relazione alle procedure *antitrust* condotte a livello europeo, ha statuito l'obbligo per la Commissione europea di concludere il procedimento (inteso come fase pre-istruttoria ed istruttoria vera e propria) entro un *termine ragionevole* (v. Corte giust.

Ue, 15 ottobre 2002, causa C-254/99 ECLI:EU:C:2002:582).

§ 49. Risulta quindi necessario chiarire se tale disarmonia nell'avvio delle indagini *antitrust* in ragione del mercato (nazionale o comune) nel quale si sviluppa l'illecito sia compatibile o meno con il diritto dell'Unione europea.

§ 50. Sul punto va rilevato come l'Agcm evidenzi che l'applicazione dell'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, può pregiudicare la propria operatività, ostacolando il corretto *enforcement* del diritto nazionale ed europeo in materia di concorrenza. Difatti, l'Autorità sarebbe costretta a portare avanti in parallelo una pluralità di procedimenti che, per il loro numero, potrebbero compromettere il buon esito delle indagini, lasciando inevitabilmente impuniti alcuni illeciti.

§ 51. A tale riguardo, va tenuto a mente che l'attività dell'Autorità, specie nei casi di indagini condotte nei confronti dei maggiori *player* di mercato (si pensi, per tutti, alle *big tech*), risulta assai complessa, dovendo procedere già nella fase pre-istruttoria ad una serie notevole di verifiche, indipendentemente dalla completezza della segnalazione, per poter formulare correttamente la contestazione.

§ 52. Va osservato, invero, che l'accertamento dell'Agcm non si esaurisce nella verifica della ricorrenza o meno di un fatto unisussistente (es. un'omissione ovvero il possesso di un requisito), bensì si compone della presa di conoscenza di una serie complessiva di azioni, omissioni e fatti, dai quali inferire una condotta (di regola protratta nel tempo) da qualificare giuridicamente mediante un procedimento di sussunzione in una fattispecie astratta caratterizzata dalla descrizione del precetto tramite concetti normativi non rigidamente definibili, nonché spesso riferibili ad altre scienze non esatte (es., per rimanere nel caso in esame, «*prezzi eccessivi*», sintagma normativo che rimanda alla scienza economica).

§ 53. Si aggiunga, inoltre, come la rigorosa applicazione dell'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, potrebbe incidere anche sull'autonomia dell'Autorità: invero, risulta palese che l'imposizione di un termine decadenziale di novanta giorni si traduce, nella pratica, nell'obbligo di avviare le istruttorie secondo un criterio meramente cronologico, comprimendo così la discrezionalità che

caratterizza l'operato dell'Agcm (su cui il giudice amministrativo in ogni caso eserciterebbe il proprio sindacato).

§ 54. Su quest'ultimo punto va rilevato come la normativa europea citata dall'Autorità resistente (ossia gli artt. 3 e 4, par. 5, dir. 2019/1/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018) non sia applicabile al caso in esame – essendo stata recepita nell'ordinamento italiano solo nel 2021, quindi successivamente all'avvio dell'istruttoria. Nondimeno, va al contempo osservato come la direttiva non appare avere natura innovativa, costituendo in realtà la semplice positivizzazione di un principio generale dell'ordinamento.

§ 55. A corroborare la fondatezza di questa seconda tesi, inoltre, può citarsi il regolamento sulle procedure istruttorie relative agli illeciti in tema di diritti dei consumatori (pratiche commerciali scorrette, pubblicità ingannevole etc...), che prevede all'art. 5, comma 1, lett. f), delibera Agcm 1° aprile 2015, n. 25411 la possibilità che l'Autorità si pronunci con un atto di *«non luogo a provvedere per sporadiche richieste di intervento relative a condotte isolate ovvero non rientranti tra le priorità di intervento dell'Autorità, in ragione degli obiettivi di razionalizzazione, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa»*.

§ 56. Ciò posto in relazione alla decisione discrezionale di avviare l'istruttoria, vanno precisate alcune ulteriori circostanze che si reputano utili, al fine di rendere completa l'illustrazione della problematica sottoposta alla Corte di giustizia.

§ 57. In primo luogo, va evidenziato come la riconducibilità delle sanzioni irrogate dall'Agcm al campo para-penalistico (secondo i citati *Engel criteria*) determina come logica conseguenza il rispetto delle garanzie, anche procedurali, di cui all'art. 6 Cedu e art. 41 Carta di Nizza. In particolare, tra i principi del *fair trial* vi è sicuramente l'obbligo, per l'autorità pubblica, di contestare immediatamente la violazione (*«nel più breve tempo possibile»*, per usare il linguaggio della Cedu), al fine di garantire la parità delle armi ed evitare che il tempo trascorso possa tornare in danno dell'accusato, ledendo il suo diritto di difesa. Tuttavia, va osservato come

l'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, applicato nel diritto vivente nei modi descritti, si spinga oltre, determinando una vera e propria presunzione assoluta di lesione del diritto di difesa dell'impresa, collegata allo spirare del termine decadenziale. Difatti, nel diritto vivente non è mai stata reputata necessaria la prova dell'effettivo pregiudizio patito dal tardivo avvio del procedimento istruttorio.

§ 58. Al contempo, va rilevato come, nella pratica, non risulti necessariamente lesiva del diritto di difesa delle imprese una tardiva contestazione dell'illecito: difatti, salvo i casi specifici in cui venga dimostrata l'impossibilità di sottoporre all'Autorità un elemento di prova, va osservato che per tutta la fase pre-istruttoria le aziende traggono (o potrebbero trarre) un vantaggio competitivo dalla commissione dell'illecito.

§ 59. Va poi osservato che proprio la natura *lato sensu* penale della sanzione giustifica l'esistenza di una fase «segreta» (ossia condotta senza contraddittorio) durante la quale l'Autorità è chiamata a raccogliere tutti gli elementi necessari per procedere alla contestazione: infatti, limitare la fase pre-istruttoria ad accertamenti sommari comporta un'irragionevole compressione dell'azione dell'Autorità che, gravata dell'onere della prova, potrebbe non riuscire a ricostruire in maniera corretta e completa l'illecito.

§ 60. Inoltre, anticipare eccessivamente l'apertura del procedimento aumenta il rischio che l'Agcm non acquisisca gli elementi di prova utili a suffragare l'ipotesi d'inculpazione. Difatti, va tenuto a mente che quanto più completa è la conoscenza della vicenda fattuale da parte dell'Agcm prima dell'avvio del procedimento, tanto meno invasiva sarà la fase istruttoria: effettivamente, atti come le ispezioni potranno essere eseguiti dall'Autorità in maniera mirata, essendo già noto l'obiettivo del controllo; viceversa, ove l'Agcm fosse costretta ad aprire il procedimento prima ancora di aver compiutamente inquadrato la vicenda fattuale, inevitabilmente dovrà procedere ad una sorta di *pescia a strascico* durante l'istruttoria in contraddittorio, acquisendo indistintamente tutti gli elementi in qualche modo collegati all'attività dell'impresa con notevoli «aggravi» per

ambedue le parti (da un lato l'Autorità avrà più materiale da verificare, dall'altro l'impresa vedrà maggiormente pregiudicata la propria attività).

§ 61. Quanto al tema della tutela del legittimo affidamento, va ribadito (v. § 41) che il *dies a quo* per il calcolo del termine decadenziale non è rigido, ma dipende da fattori contingenti in relazione al singolo caso (es. la completezza o meno dell'esposto), sicché esso non appare neppure garantire adeguatamente i soggetti sanzionati, potendo il loro affidamento essere in realtà la conseguenza dell'assenza di segnalazioni o di un accertamento preistruttorio non concluso.

§ 62. In una prospettiva speculare, viene spesso argomentato come l'inerzia dell'Agcm determinerebbe un *vulnus* agli interessi pubblici alla cui cura essa è preposta, sicché il termine sarebbe posto anche al fine di sollecitare un pronto intervento repressivo, evitando così il consolidarsi dell'affidamento dell'impresa.

§ 63. Tuttavia, l'applicazione di un termine decadenziale per l'avvio del procedimento istruttorio, a fronte di condotte illecite ancora in corso, appare, per certi versi, contraddittoria ed illogica, atteso che determina una sostanziale impossibilità per l'Autorità di reprimere fatti illeciti che continuano ad offendere l'interesse pubblico che la medesima autorità è istituzionalmente deputata a curare.

§ 64. Infine, in relazione all'esigenza di certezza del diritto va osservato come l'ordinamento italiano già preveda, proprio onde evitare contestazioni che sopraggiungano dopo un tempo eccessivamente lungo, un diverso termine di prescrizione quinquennale dalla cessazione della condotta illecita (v. art. 28 legge 24 novembre 1981, n. 689).

E – *Le questioni pregiudiziali rimesse alla Corte di giustizia dell'Unione europea*

§ 65. Alla luce della precedente esposizione, pertanto, appare necessario a questo Tribunale, pur non essendo giudice di ultima istanza, rimettere la seguente questione alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 Tfu:

«Se l'art. 102 Tfu, letto alla luce dei principi di tutela della concorrenza ed effettività dell'azione amministrativa, debba essere interpretato nel senso che osti a

una normativa nazionale, quale quella discendente dall'applicazione dell'art. 14 l. 24 novembre 1981, n. 689 – come interpretata nel diritto vivente – che impone all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di avviare il procedimento istruttorio per l'accertamento di un abuso di posizione dominante entro il termine decadenziale di novanta giorni, decorrente dal momento in cui l'Autorità ha la conoscenza degli elementi essenziali della violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito».

§ 66. Pertanto, alla luce di quanto esposto, in attesa del pronunciamento pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 Tfu, della Corte di giustizia dell'Unione europea, va sospeso interinalmente il presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima):

- a) rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione al paragrafo § 65;
- b) ordina alla Segreteria della Sezione di trasmettere alla medesima Corte copia conforme all'originale della presente ordinanza, nonché copia integrale del fascicolo di causa;
- c) dispone, nelle more della pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea, la sospensione del presente giudizio;
- d) riserva alla sentenza definitiva ogni pronuncia in ordine alle spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesca Petrucciani, Presidente FF

Filippo Maria Tropiano, Consigliere

Matthias Viggiano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Matthias Viggiano

Francesca Petrucciani

IL SEGRETARIO