*ARTICOLI*

RIVISTA DEL CONTENZIOSO EUROPEO
REVUE DU CONTENTIEUX EUROPÉEN
REVIEW OF EUROPEAN LITIGATION

# IL TERMINE RAGIONEVOLE DELLA FASE PREISTRUTTORIA NELL'*ENFORCEMENT ANTITRUST*: TRA INEVITABILI FRIZIONI ED EVITABILI CONTRADDIZIONI?

*Le délai raisonnable de la phase préliminaire dans l'application du droit de la concurrence : entre frictions inévitables et contradictions évitables ?*

*The Reasonable Duration of the Pre-Investigative Phase in Antitrust Enforcement: Between Unavoidable Frictions and Avoidable Contradictions?*

ANTONELLO SCHETTINO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione dei principi del giusto procedimento e del termine ragionevole: dall'approccio "filoeuropeo" a quello "più garantista". – 3. Il bilanciamento con l'effettività nella causa *Caronte*: la salvaguardia della piena operatività dell'*enforcer* e la prevenzione dei rischi sistemici di impunità. – 3.1. (*Segue*) L'onere di provare la lesione concreta del diritto di difesa. – 4. Conclusioni: le tre ragioni dell'importanza della sentenza *Caronte*. – 4.1. (*Segue*) Lo spazio per ulteriori affinamenti nelle cause *Apple/Amazon* e *Milano Serravalle*.

## 1. Premessa

La democrazia è forma e procedura. E la rottura delle garanzie formali e procedurali proprie del procedimento amministrativo può generare lesioni sostanziali dei diritti fondamentali.

La matrice di tutto è lo Stato di diritto. È da qui che discende l'imposizione del rispetto dei diritti fondamentali e della democrazia nei procedimenti amministrativi. Motivo per cui è di cruciale importanza prevenire, individuare e ricucire gli strappi suscettibili di dar luogo a queste gravi conseguenze. Non fosse altro perché l'atto amministrativo «non è solo esercizio di autorità ma è anche misura di tale autorità e della altrui libertà e, per ciò stesso, garanzia della libertà di ciascuno nel rapporto

* Funzionario dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; le opinioni espresse sono personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

 ISSN 2975-1306

regolato con il potere e con l'altro da sé»[1].

Quest'obbligo risulta rafforzato nel procedimento antitrust, sia perché la sanzione comminabile ha natura sostanzialmente penale[2], sia perché le garanzie difensive costituiscono un fattore di legittimazione dell'azione antitrust (cd. democrazia procedurale) atto a bilanciare – seppur in modo imperfetto – la mancanza di un collegamento diretto dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ("AGCM"), al pari delle altre Autorità indipendenti, con il circuito politico-amministrativo[3].

La qualità democratica di tale azione richiede perciò standard ancora più elevati. Le garanzie partecipative e le cautele difensive proprie del principio del giusto procedimento risultano "sacre": solo così può realizzarsi un *continuum* con il (se non un'anticipazione del) giusto processo.

Tale principio si sovrappone, per certi versi, a quello della buona amministrazione: quest'ultimo, infatti, da principio in funzione della efficacia della pubblica amministrazione, è divenuto negli anni principio in funzione dei diritti dei cittadini, assicurando ad essi la difesa dal potere pubblico e una tutela più efficace delle situazioni giuridiche soggettive dei privati[4].

La difesa dall'esercizio del potere pubblico non è però l'unico valore costituzionale; anche la concorrenza lo è: un valore che tende a proteggere i più deboli, garantendo l'eguaglianza sostanziale promessa dall'art. 3, comma 2, Cost. e, per tale via, la democrazia economica[5].

Tra questi valori si possono creare perciò delle frizioni nell'enforcement antitrust. E quando ciò accade, occorre effettuare un delicato esercizio di contemperamento tra i principi generali dell'UE che li presidiano – quali, segnatamente, il giusto procedimento, l'autonomia procedurale e l'effettività – sì da conciliare la democrazia procedurale con

---

[1] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III edizione, Giuffrè, Milano, 1993.

[2] Corte EDU, 27 settembre 2011, causa n. 43509/08, *Menarini*. Per un commento, v., *ex multis*, B. NASCIMBENE, *Le sentenze Grande Stevens, Menarini. Problemi e prospettive*, in www.rivisita.eurojus.it, 2014, pp. 1-24.

[3] M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, p. 338, Bologna, 2022; R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, pp. 376 ss., Milano, 2022.

[4] S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, Relazione alla "Giornata sul diritto alla buona amministrazione" per il 25° anniversario della legge sul "Síndic de Greuges" della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009, pp. 1-12, rinvenibile al seguente link: www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/05/Diritto-alla-buona-amministrazione-barcellona-27-marzo.pdf.

[5] M. AINIS, *Le garanzie procedimentali e l'evidenza probatoria nell'istruttoria Antitrust*, relazione tenuta in occasione del Convegno "Le procedure istruttorie Antitrust: tra procedimento amministrativo e accusa penale", organizzato dall'Associazione Antitrust Italiana, Roma, 25 Novembre 2022.

la democrazia economica.

A fissare le "regole di ingaggio" è l'arbitro di Lussemburgo, essendo chiamato in causa il rispetto di Trattati, CEDU e Carta di Nizza: vuoi per la "comunitarizzazione" del procedimento antitrust che assicura l'applicazione di norme UE, vuoi per il valore fondamentale riconosciuto ai diritti di difesa e alla concorrenza nel diritto primario dell'UE.

Queste sono le necessarie premesse per esaminare il più rilevante tema procedurale antitrust degli ultimi anni, rispetto al quale è emersa la necessità di bilanciare i suddetti valori e principi: la tardività dell'avvio istruttorio nei procedimenti condotti dall'AGCM, intesa come mancato rispetto di un termine ragionevole. Un tema giunto all'attenzione della Corte di giustizia con il rinvio pregiudiziale disposto dal TAR Lazio nella causa *Caronte*[6]. L'esito, come si vedrà, conferma – laddove ce ne fosse ancora bisogno – l'importanza del dialogo tra giudici UE e giudici nazionali per assicurare un'adeguata tutela dei diritti.

## 2. L'evoluzione dei principi del giusto procedimento e del termine ragionevole: dall'approccio "filoeuropeo" a quello "più garantista"

Il principio del giusto procedimento ha vissuto fasi alterne nel nostro ordinamento: importato dai sistemi di *common law*, ha stentato ad attecchire nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa[7]. Non era chiaro quale fosse l'appiglio nella Costituzione[8]. Ma sotto la spinta delle pronunce della

---

[6] Corte giust., 30 gennaio 2025, causa C-511/23, *Caronte & Tourist*, ECLI:EU:C:2025:42 ("Sentenza *Caronte*"). Per un commento critico di tale pronuncia v. I. PEREGO, *Trenitalia e Caronte & Tourist: la storia è davvero finita?*, in *Riv. Contenzioso Europeo*, 2025; A. SETARI – R. TREMOLADA, *Il termine decadenziale per avviare l'istruttoria nei procedimenti davanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in Riv. Contenzioso Europeo, 2025; C. POLLICE, *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; F. CINTIOLI, *Il termine di decadenza della preistruttoria antitrust. Spunti per un bilanciamento tra enforcement e "maturità" costituzionale dell'ordinamento*, in F. GHEZZI (a cura di) *Atti del Convegno Il diritto antitrust in crisi?*, Pavia, 15 marzo 2024. Per un commento positivo v., invece, M. ANGELI, *Reduced procedural constraints on NCAs: case C-511/23 Caronte&Tourist Spa v Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)*, in *JECLAP*, 2025, pp. 1-3; G.M. POLITO, *Le garanzie procedurali nelle istruttorie dell'AGCM: termini decadenziali vs effettività dei poteri di enforcement*, in *Unione europea e Diritti*, 2025 (in corso di pubblicazione).

[7] L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento" e l'archetipo del "processo"*, in *forumcostituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2009; S. MANGIAMELI, "*Giusto procedimento" e "giusto processo". Considerazioni sulla giurisprudenza amministrativa tra il modello dello Stato di polizia e quello dello Stato di diritto*, in www.AssociazioneItalianadeicostituzionalisti.it, 2010.

[8] Cons. St., 14 luglio 1981, n. 422; 10 agosto 1988, n. 976; 25 ottobre 1985, n. 234;

Corte di Giustizia e della Corte EDU è poi diventato un punto fermo e indiscutibile, riconducibile agli artt. 24 e 97 della Costituzione[9].

Per l'antitrust, la definitiva consacrazione è avvenuta con la sentenza *Menarini*[10], la quale ha riconosciuto la compatibilità del procedimento condotto da AGCM con le norme CEDU. L'approdo di tale evoluzione è stata la costituzione, in ambito antitrust, di un procedimento contrassegnato da canoni di tutela decisamente elevati per le imprese indagate[11]. Tanto da far discutere in dottrina sulla possibilità di riconoscere un ruolo paragiurisdizionale all'AGCM[12]. Ipotesi bocciata dalla Corte costituzionale, la quale, come noto, ha negato la possibilità per l'AGCM di sollevare una questione di legittimità costituzionale nel procedimento antitrust[13].

Nell'ultimo periodo, quell'iniziale atteggiamento di ritrosia appare un ricordo lontano. Se guardiamo al tema procedurale qui considerato, e cioè

---

27 giugno 1986, n. 151.

[9] Cons. St., Ad. Plen., 15 settembre 1999, n. 14; Cons. St., 26 marzo 2015, nn. 15955 e n. 1596; 10 luglio 2018, n. 4211.

[10] Corte EDU, 27 settembre 2011, causa n. 43509/08, *Menarini*, cit.

[11] Questo implica l'estensione delle garanzie già vigenti nel settore penale a quello degli illeciti amministrativi ed abbraccia i capitoli più diversi: oltre al principio di stretta legalità e di riserva di legge, al divieto di retroattività delle norme incriminatrici e delle sanzioni più sfavorevoli, alla rilevanza della *lex mitior* nella successione impropria, alla rilevanza del giudicato, al divieto di *bis in idem* sanzionatorio, anche il principio del giusto procedimento sanzionatorio. Il giusto procedimento impone la parità delle armi, la distinzione tra fase istruttoria e decisoria, la pubblicità, la piena accessibilità a tutti gli atti e documenti rilevanti e richiede che le relative regole procedimentali siano applicate a garanzia dei diritti dell'incolpato quali che siano la natura e la forma propria dell'atto e del procedimento tramite i quali si vuole accertare l'illecito V. *ex multis*, F. CINTIOLI, *Il termine di decadenza della preistruttoria antitrust. Spunti per un bilanciamento tra enforcement e "maturità" costituzionale dell'ordinamento*, cit.; M. MIDIRI, *Sanzioni antitrust e giudice amministrativo, prima e dopo Menarini*, in *Dirittifondamentali.it*, 2018; R. CHIEPPA, *Tutele e garanzie nel procedimento antitrust e nel successivo controllo giurisdizionale*, in *AAVV, pubblicazione atti convegno "Politiche antitrust ieri, oggi e domani"*, Università Cattolica, Milano, 2017; M. RAMAJOLI, *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in Dir. proc. amm., 2003.

[12] V., per una posizione critica, G. TESAURO, *Esiste un ruolo paragiurisdizionale dell'Antitrust nella promozione della concorrenza?*, in AA.VV., *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Roma 2001, p. 165; in senso favorevole; G. AMATO, *Conclusioni*, in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Roma 1996.

[13] Corte costituzionale. sent. del 31 gennaio 2019, n. 139. Per un commento, v, *ex multis*, M.C. MARZOCCA, *La Corte costituzionale fa il punto sulla (non) legittimazione delle Autorità indipendenti come giudice a quo*, in *Rivista AIC*, 2020. In estrema sintesi, per la Corte costituzionale, gli spazi aperti dalla teoria del giudice "ai limitati fini" non sono sufficientemente ampi per includere anche l'AGCM. La ragione più evidente è anche quella che solleva più problematiche sotto il profilo sistematico: l'AGCM è un'amministrazione come tutte le altre, pertanto le sue funzioni non possono assumere natura paragiurisdizionale.

quello del termine ragionevole per la fase preistruttoria dei procedimenti antitrust quale corollario del giusto procedimento, i giudici amministrativi sono andati ben oltre l'orientamento consolidato delle Corti europee.

Come si vedrà di qui a poco, i giudici amministrativi hanno adottato un approccio più rigoroso sul giusto procedimento (a tratti quasi intransigente), sposando una linea interpretativa foriera di non poche conseguenze a livello sistemico, sol che si consideri il notevole impatto sul potere sanzionatorio perché suscettibile di vanificarne l'esercizio e sulle modalità di enforcement perché rischia di limitare in modo eccessivo la discrezionalità di AGCM nella trattazione dei casi[14].

A ben vedere, il nucleo di quella che è ormai divenuta la questione procedurale per eccellenza può essere così sintetizzato: come si conteggia il termine ragionevole della fase pre-istruttoria – il *dies a quo* e la durata congrua – e cosa comporta la sua inosservanza.

Questi aspetti si ricollegano ai principi generali del giusto procedimento e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, i quali vanno conciliati, a loro volta, con il principio UE dell'effettività perché il procedimento antitrust assicura l'applicazione diretta di norme dell'Unione. Al riguardo è infatti appena il caso di ricordare che alla piena autonomia degli Stati membri nella definizione dei termini che scandiscono i procedimenti antitrust e delle forme di reazioni alla loro eventuale violazione fa da contraltare o meglio da controlimite l'effettiva applicazione delle norme UE: la prima non può pregiudicare la seconda[15].

Il punto di caduta, lo si anticipa, è sempre lo stesso: lo Stato membro ha margini di discrezionalità ma, quand'anche guidato dal nobile intento di rafforzare i diritti difesa, non può rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione delle norme UE. L'intangibilità dell'effettività di tali norme traccia infatti i confini invalicabili dall'autonomia procedurale degli Stati membri.

Per inquadrare appieno il tema che ci occupa, vale evidenziare altresì che l'identificazione di un limite temporale perentorio della fase pre-istruttoria rappresenta una questione tutta nazionale, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale. Nell'ordinamento UE non vi sono

---

[14] Basti pensare che, nel periodo gennaio 2024 - marzo 2025, l'AGCM ha ricevuto 1.452 segnalazioni in materia di concorrenza (cfr. Relazione annuale AGCM sull'attività svolta nel 2024 rinvenibile sul sito www.agcm.it).

[15] A. IERMANO, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e 'limiti' alla tutela nazionale*, in *DUE*, 2019, pp. 525-560; R. IGLESIAS, *Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2001, pp. 5 ss.; J.MC. KENDRICK, *Modifying Procedural Autonomy: Better Protection for Community Rights*, in *Europ. Rev. Private Law*, 2000, pp. 565 ss.; C.N. KAKOURIS, *Do the Member States Possess Judicial Procedural "Autonomy"*?, in *Comm. Market Law Rev.*, 1997, pp. 1389 ss.

norme procedurali specifiche: la determinazione del *dies a quo* e della durata massima del termine ragionevole avviene caso per caso e in funzione della complessità dei casi.

Questo è l'approdo della giurisprudenza UE. Lo stesso vale per gli altri Stati membri.

A dire il vero, anche nell'ordinamento nazionale non si rinvengono disposizioni puntuali: l'unica norma è quella sulla chiusura dell'istruttoria «in tempi ragionevoli», inserita nell'art. 14, l. 287/90, per recepire la corrispondente disposizione prevista nella direttiva 2019/1/UE[16] che conferisce alle Autorità nazionali poteri di applicazione più efficace.

Sennonché, l'appiglio normativo per far emergere la questione procedurale qui considerata è stato individuato dai giudici amministrativi nel rinvio sancito dall'art. 31, Legge n. 287/90, alle norme generali contemplate dalla Legge n. 689/81 per le sanzioni amministrative «in quanto applicabili». Una tale locuzione fa sì che questa clausola di compatibilità legislativa, in astratto, potrebbe riguardare anche l'art 14, Legge n. 689/81, disposizione che prevede un termine perentorio di 90 giorni (o di 365 giorni per i soggetti residenti all'estero) dall'accertamento di una violazione amministrativa per la notifica dei relativi estremi allorché non si proceda ad una contestazione immediata.

Da qui lo sviluppo di un percorso giurisprudenziale a fasi alterne.

In una prima e prolungata fase, i giudici amministrativi[17], facendo leva sulla suddetta locuzione «in quanto compatibile» e ponendosi in linea con la consolidata giurisprudenza UE, avevano escluso l'applicabilità dell'art. 14, Legge n. 689/81: la previsione di un termine perentorio di 90 giorni decorrente dall'accertamento degli elementi essenziali degli illeciti antitrust veniva giudicata incompatibile con le peculiarità di tali illeciti e con la complessità dei procedimenti tesi ad accertarli. Questa incompatibilità era motivata altresì dal fatto che tali procedimenti non si concludono solo con una misura sanzionatoria, ma anche con una misura inibitoria per impedire la continuazione delle condotte anticoncorrenziali.

Nel 2020 si assiste a un vero e proprio *revirement*: il Consiglio di Stato inizia ad affermare e reiterare l'obbligo di rispettare l'art. 14, Legge n. 689/81 anche nei procedimenti antitrust[18]. A sostegno di questo cambiamento di rotta che – si è andato via via consolidando – sono stati altresì invocati gli artt. 6 CEDU e 41 della Carta dei diritti fondamentali

---

[16] Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, in *GUUE* L 11 del 14.01.2019, pp. 3 ss. ("direttiva ECN+").

[17] Cons. St., 8 marzo 2010, n. 1307; 22 luglio 2014, n. 3893; 2 luglio 2015, n. 3291.

[18] Cons. St., 21 gennaio 2020, n. 512.

dell'UE: le componenti essenziali dei principi del giusto procedimento e della buona amministrazione scolpiti in tali disposizioni – quali la certezza del diritto nonché l'efficienza e la legalità dell'azione amministrativa – imporrebbero una tale soluzione[19].

In un primo momento, la questione era così chiara per il Consiglio di Stato da non ritenere necessario, quale giudice di ultima istanza, l'apertura di un dialogo con i giudici UE. E ciò a dispetto sia delle sollecitazioni di AGCM sia del fatto che, come già rilevato, l'orientamento da essi elaborato rappresentasse un *unicum* sul piano procedurale nell'ordinamento UE e che non vi fosse comunanza di vedute all'interno dello stesso Consiglio di Stato[20].

Di avviso diverso è stato invece il TAR Lazio. I dubbi nutriti dai giudici di prima istanza li hanno spinti, nella causa *Caronte*, a sollevare una questione pregiudiziale per verificare la compatibilità dell'orientamento del Consiglio di Stato con l'art. 102 TFUE e con gli artt. 4, par. 5, e 13, par. 1, della direttiva 2019/1/UE[21].

Dopo tale decisione, il Consiglio di Stato è tornato sui suoi passi, disponendo un rinvio pregiudiziale sullo stesso tema procedurale nelle

[19] Cons. St., Ord. 9 luglio 2024, n. 6057; e sent. 4 ottobre 2022, n. 8504. Per un'analisi critica dell'orientamento elaborato dal Consiglio di Stato v. 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; di 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 *Mercato concorrenza e regole*, 2022, pp. 237 ss.

[20] In alcune pronunce (Cons. St. 2 febbraio 2022, n. 727), infatti, era stata sposata la ricostruzione ermeneutica alternativa elaborata dal TAR Lazio, in base alla quale gli artt. 6 CEDU e 41 della Carta Fondamentale dei diritti dell'UE imporrebbero la sottoposizione dell'avvio istruttorio a un termine decadenziale diverso da quello rigidamente fissato dall'art. 14, Legge n. 689/81 ma da determinare caso per caso (Tar Lazio, sez. I, n. del 22 luglio 2021).

[21] Tar Lazio, Ord. 1° agosto 2023, n. 12962.

cause *Amazon/Apple*[22] e *Milano Serravalle*[23]. Nella prima causa è stato formulato un quesito che ricalca quello sottoposto alla Corte nella causa

[22] Cons. St., Ord. 9 luglio 2024, n. 6057. Nel giudizio di primo grado era stato censurato che la durata della fase preistruttoria non fosse stata ragionevole perché la segnalazione della società Digitech, da cui aveva presso le mosse il procedimento, era pervenuta all'Autorità il 22 febbraio 2019 mentre la notifica dell'avvio dell'istruttoria era intervenuta il 21 luglio 2020, decorrendo circa 17 mesi dalla denuncia al momento dell'apertura del procedimento: periodo durante il quale non risultava che l'AGCM avesse compiuto verifiche di qualsivoglia natura. L'AGCM si difendeva sul punto rappresentando di aver invece svolto una indagine interna tesa ad acquisire e valutare svariati documenti che avevano restituito elementi apparsi dirimenti per l'avvio dell'istruttoria. L'illecito accertato al termine dell'istruttoria dell'Autorità, con provvedimento del 16 novembre 2021, consisteva in un'intesa in violazione dell'art. 101 TFUE, rappresentata da una clausola del contratto stipulato nel 2018 tra Apple e Amazon che aveva riservato la vendita di prodotti Apple/Beats (prodotti Apple), tramite il marketplace di Amazon, ai soli c.d. Apple Premium Resellers (la categoria di rivenditori che, all'interno del sistema di distribuzione di Apple, soddisfava i più alti standard di qualità ed investimenti).

[23] Cons. St. Ord. 14 maggio 2025, n. 4151. In tale contenzioso veniva rimarcato che il 16 maggio 2019 Milano Serravalle – Milano Tangenziali S.p.a., quale stazione appaltante della Gara servizi n. 1/2019 indetta per l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria delle pavimentazioni stradali sull'intera rete in concessione, aveva segnalato all'AGCM la partecipazione alla gara suddetta di sole tre imprese (Itinera, Sintexcal e Impresa Bacchi), ciascuna ad uno solo dei tre lotti oggetto di affidamento, nonché la commistione tra le imprese partecipanti alla gara e i subappaltatori, dovuta alla presenza di subappalti reciproci. A seguito della segnalazione l'Autorità avviava l'attività preistruttoria anche tramite richieste di informazione alla stazione appaltante. In particolare, l'AGCM, il 14 ottobre 2019 (dopo cinque mesi dalla segnalazione), chiedeva alla stazione appaltante informazioni sui ribassi offerti dai partecipanti alla gara e sul raffronto tra tali ribassi e quelli offerti nelle precedenti edizioni (richiesta riscontrata il 28 ottobre 2019); il 13 ottobre 2020 (dopo 12 mesi dalla prima acquisizione di informazioni), l'AGCM chiedeva alla stazione appaltante la copia delle offerte pervenute, dei verbali delle sedute delle commissioni giudicatrici della gara e ulteriori dettagli sulle prestazioni oggetto di gara (richiesta riscontrata il 23 ottobre 2020); il 19 marzo 2021, AGCM chiedeva alla stazione appaltante informazioni sull'attivazione o meno dei subappalti e sugli effetti della qualificazione della gara come gara di servizi, piuttosto che come gara di lavori, sui requisiti di partecipazione(richiesta riscontrata in data 26 e 30 marzo 2021). Con delibera del 25 maggio 2021 l'Autorità avviava l'istruttoria, accertando, ad esito della stessa con provvedimento del 13 dicembre 2022, la sussistenza di un'intesa di *bid ridding*. Ebbene, secondo il giudice di primo grado, nel caso in esame, l'ampio lasso di tempo intercorso tra la segnalazione e l'avvio istruttorio non era stato ragionevolmente impiegato per svolgere l'attività preistruttoria, atteso che tutti gli elementi su cui si era fondato il provvedimento di avvio istruttorio erano già contenuti nella segnalazione della stazione appaltante e, comunque, nella risposta alla prima richiesta di informazioni, pervenuta nell'ottobre 2020, dopo la quale l'Autorità non aveva effettuato acquisizioni per oltre un anno. In particolare, il TAR Lazio non ha condiviso la tesi dell'Autorità secondo la quale l'effettiva consapevolezza degli elementi sintomatici della collusione sarebbe stata acquisita solo a seguito della richiesta di informazioni riscontrata il 26 e il 30 marzo 2021, trattandosi di elementi non essenziali che avrebbero potuto essere

*Caronte*, individuando però come norma rilevante solo l'art. 101 TFUE. Nella seconda causa, successiva alla sentenza *Caronte*, sono stati formulati due quesiti: il primo riproduce quello redatto nelle cause *Amazon/Apple* e *Caronte*; il secondo si sofferma invece sulla necessità, ai fini dell'annullamento di un procedimento, di accertare non solo il mancato rispetto di un termine ragionevole per l'avvio istruttorio ma anche la lesione concreta del diritto di difesa dell'impresa interessata, chiedendo, in caso affermativo, se l'onere della prova di tale lesione debba gravare sull'AGCM o sull'impresa interessata.

A supporto di entrambe le decisioni, il Consiglio di Stato, oltre a rilevare l'assenza di pronunce UE sul tema, ha invocato la necessità di chiarire il proprio orientamento, ancorché le sentenze che lo descrivono fossero menzionate nell'ordinanza di rinvio del TAR Lazio nella causa *Caronte*, risultando facilmente accessibili (e comprensibili) dai giudici UE. In particolare, viene evidenziato che, nella sentenza *Caronte*, la Corte sembra non avere tenuto adeguatamente conto: (*i*) della struttura del procedimento sanzionatorio di AGCM e, segnatamente, della distinzione tra la comunicazione di avvio dell'istruttoria, a cui soltanto si applica l'art. 14 della Legge n. 689/1981, e la successiva fase di comunicazione delle risultanze istruttorie; (*ii*) del fatto che l'individuazione del *dies a quo* del termine decadenziale non decorre necessariamente dalla prima segnalazione dell'illecito.

## 3. Il bilanciamento con l'effettività nella causa *Caronte*: la salvaguardia della piena operatività dell'*enforcer* e la prevenzione dei rischi sistemici di impunità

Il primo rinvio pregiudiziale a chiudersi con esito negativo è stato quello nella causa *Caronte*[24]. L'orientamento del Consiglio di Stato è stato ritenuto in contrasto con il diritto UE perché, non garantendo un adeguato

approfonditi nella successiva fase istruttoria.

[24] Sul piano fattuale, come riportato nella sentenza della Corte, si ricorda che il 24 marzo 2018 l'AGCM riceveva la segnalazione di un consumatore che lamentava i prezzi eccessivamente esosi imposti dalla Caronte & Tourist SPA ("Caronte") per il servizio di traghettamento nello stretto di Messina e chiedeva l'avvio di un'indagine. Il 23 aprile 2019 l'AGCM inviava una richiesta di informazioni all'Autorità portuale di Messina, seguita, il 19 novembre 2019, da un sollecito cui quest'ultima ha replicato il 26 novembre 2019. Il 4 agosto 2020 l'AGCM ha notificato alla Caronte l'atto di avvio del procedimento volto ad accertare un illecito antitrust. E con provvedimento dell'11 aprile 2022 l'AGCM ha constatato l'esistenza di un abuso di posizione dominante ai sensi della legge antitrust nazionale, da parte della Caronte, a causa dell'imposizione di prezzi eccessivi per il servizio di traghettamento di veicoli nello stretto di Messina, intimando a Caronte di cessare tale pratica in futuro e irrogando una sanzione pecuniaria pari a euro 3.719.370.

contemperamento tra i principi e valori in gioco, pregiudica l'effettività dell'antitrust, debordando i limiti dell'autonomia procedurale[25].

Le argomentazioni della Corte si pongono nel solco tracciato, da ultimo, nella causa *Whiteland*[26]: giudizio pregiudiziale in cui a essere considerato illegittimo per gli stessi motivi è stato il regime sulla prescrizione per gli illeciti antitrust dell'ordinamento rumeno. Queste argomentazioni vengono altresì arricchite dai giudici UE mediante il richiamo ai principi espressi per il procedimento antitrust della Commissione in altre cause. Un approccio che risulta fisiologico perché nell'*enforcement* della Commissione si pongono le stesse esigenze di diritti di difesa che sorgono nelle istruttorie condotte a livello nazionale[27]; esigenze che peraltro vengono soddisfatte mediante garanzie partecipative che appaiono minori rispetto a quelle assicurate nei procedimenti dinanzi all'AGCM: mentre in questi ultimi le contestazioni essenziali vengono mosse nel provvedimento di avvio, in Commissione ciò avviene molto più avanti con la comunicazione delle risultanze istruttorie. Con la conseguenza che a livello nazionale l'avvio del contradditorio viene di gran lunga anticipato, consentendo alle imprese indagate una più ampia possibilità di far valere le proprie ragioni e di partecipare alla ricostruzione dei fatti in uno stato che può essere definito ancora "embrionale".

Uno spazio notevole è poi riservato, nella trama argomentativa della Corte, alle modalità operative degli *enforcer* nazionali, rispetto alle quali essa introduce novità significative.

Ma andiamo per ordine. L'assunto dal quale muove la Corte è che gli Stati possono esigere il rispetto di un termine ragionevole in tutte le fasi del procedimento antitrust, ivi inclusa quella pre-istruttoria. Di ciò ne beneficiano sia l'*enforcer* sia i soggetti indagati[28].

L'obiettivo principale è di salvaguardare e consentire l'effettività dei diritti di difesa sia prima dell'avvio di un'istruttoria sia nel corso della stessa, informando tempestivamente le imprese degli addebiti contestati. Il tempo è un fattore rilevante: quanto più si procrastina l'avvio istruttorio,

---

[25] Corte giust., 30 gennaio 2025, causa C-511/23, *Caronte & Tourist*, punto 81.

[26] Corte giust., 21 gennaio 2021, causa C-308/19, *Consiliul Concurenței c. Whiteland Import Export SRL*, ECLI:EU:C:2021:47. Per un commento v. A. DINEV, *Absolute limitation periods and decentralised enforcement of articles 101 and 102 TFEU: what about Regulation 1/2003's effectiveness requirement? Consiliul Concurentei v Whiteland Import Export SRL (C-308/19), Cogeco Communications Inc v Sport TV Portugal SA (C-637/17), (VEBIC) VZW v Raad voor de Mededinging (C-439/08)*, in *European Competition Law Review*, 2022, pp. 13-27; V. PEREIRA, N. BRUEGGEMANN, *National limitation periods and the principle of effectiveness under Article 101 TFEU: case C-308/19 Whiteland*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, pp. 390-392.

[27] Corte giust., 30 gennaio 2025, causa C-511/23, *Caronte & Tourist*, punto 56.

[28] *Ibid.*, punti 45 e 50-51.

tanto più aumenta il rischio di ostacoli a reperire prove a discarico. L'*enforcer* non può quindi perpetuare uno stato di inattività. Ne va anche della certezza del diritto[29].

Come già anticipato, un obiettivo siffatto va però contemperato con quello, altrettanto fondamentale, dell'effettività delle norme antitrust UE, il quale si realizza tramite il costante perseguimento e l'efficacia repressione delle loro violazioni[30]. Un'attività che impone di tener in debito conto le peculiarità degli illeciti antitrust e gli sforzi per accertarli. Segnatamente, la complessa analisi materiale ed economica che contraddistingue l'enforcement antitrust[31].

Sul piano metodologico, come rilevato nella causa *Whiteland*, la Corte evidenzia che, ai fini di questo delicato esercizio di bilanciamento, occorre prendere le mosse dalle caratteristiche del regime procedurale in questione[32]. Nel caso di specie, rilevano, da un lato, la durata del termine perentorio nonché l'insieme delle modalità applicative, quali: il *dies a quo*, le modalità per dare inizio al decorso di tale termine e quelle che ne consentono la sospensione o l'interruzione. Dall'altro, le conseguenze della violazione di tale regime, consistenti nell'annullamento del provvedimento di accertamento dell'infrazione – con la relativa sanzione e inibitoria – nonché nella preclusione di ulteriori procedimenti sanzionatori per la stessa condotta[33].

La prima chiave di volta del contemperamento tra effettività e autonomia procedurale è infatti la sussistenza o meno di un significativo vuoto di *enforcement antitrust* tale da determinare rischi sistemici di impunità conseguenti all'applicazione del suddetto regime.

Quest'ultimo, ancorché improntato al principio del giusto procedimento, non può ledere in modo eccessivo la piena operatività degli *enforcer* (riconosciuta *ex* art. 4, par. 5, della direttiva 2019/1/UE), la quale rappresenta una condizione essenziale per l'efficace applicazione del diritto antitrust UE[34].

Funzionale e indispensabile ai fini dell'indipendenza operativa delle Autorità nazionali è il riconoscimento in capo ad esse del potere di attribuire un diverso grado di priorità alle denunce ricevute, garantendo loro un ampio margine di discrezionalità[35]. Ciò è riflesso altresì nell'art. 5,

---

[29] Corte giust., 30 gennaio 2025, causa C-511/23, *Caronte & Tourist*, punti 45, 46, 49, 54-55 e 64.

[30] *Ibid.*, punto 62.

[31] *Ibid.*, punto 48.

[32] *Ibid.*, punto 65.

[33] *Ibid.*, punto 66.

[34] *Ibid.*, punti 57-59.

[35] *Ibid.*

parr. 1-2 della direttiva 2019/1/UE, laddove si prevede che le Autorità nazionali dispongano delle risorse necessarie per svolgere le loro indagini, per adottare decisioni di inibitoria e sanzione, nonché per collaborare nella rete UE costituita dalle suddette Autorità e dalla Commissione (*ex* art. 2, par. 1, punto 5, di tale direttiva) ai fini di una stretta cooperazione per l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE[36].

Il potere di definire le priorità di *enforcement*, come risulta dal considerando 23 di tale direttiva, mira a consentire alle Autorità nazionali di usare efficacemente le loro risorse e di concentrarsi sulla prevenzione e cessazione delle condotte anticoncorrenziali.

Nella fase pre-istruttoria, tali Autorità devono essere in grado di procedere con tutte le misure preliminari nonché con le valutazioni di fatto e diritto spesso complesse, necessarie per valutare se l'avvio della fase istruttoria in contraddittorio sia giustificato. Al contempo, esse devono poter scegliere, in funzione del grado di priorità che intendono accordare ai casi di cui sono investite, il momento più opportuno per avviare, se del caso, la fase istruttoria in contraddittorio[37].

Da qui la facoltà per le Autorità nazionali di rinviare temporaneamente l'avvio di tale fase, pur avendo già accertato l'esistenza degli elementi essenziali dell'asserita violazione[38].

Tale facoltà è conforme all'obiettivo di garantire che le Autorità nazionali siano in grado di trattare adeguatamente tutti i casi di cui sono investite, contribuendo – ribadisce per la terza volta la Corte – a un uso efficiente delle risorse disponibili e favorendo un'adeguata cooperazione nella rete UE della concorrenza[39].

Questo rinvio temporaneo non può però determinare un superamento del termine ragionevole del completamento della fase pre-istruttoria[40].

Una volta ricostruite le coordinate ermeneutiche, la Corte si concentra sull'orientamento del Consiglio di Stato in forza del quale: (*i*) la fase istruttoria in contraddittorio va avviata entro 90 giorni dall'accertamento degli elementi essenziali dell'asserita violazione; (*ii*) l'inosservanza di tale termine comporta, per un verso, l'annullamento integrale e automatico del provvedimento finale dell'AGCM di sanzione e inibizione dell'illecito e, per altro verso, in virtù del principio del *ne bis in idem,* preclude definitivamente all'AGCM di avviare una nuova istruttoria per la stessa condotta.

---

[36] Corte giust., 30 gennaio 2025, causa C-511/23, *Caronte & Tourist*, punto 58.
[37] *Ibid.*, punti 60-61.
[38] *Ibid.*, punto 61.
[39] *Ibid.*, punti 61 e 68.
[40] *Ibid.*, punto 61.

Ebbene, secondo la Corte, tale orientamento rischia di obbligare l'AGCM a trattare in maniera indifferenziata l'insieme dei casi di cui è investita, concentrandosi non tanto sulle circostanze proprie di ciascuno di essi, ma seguendo unicamente un ordine cronologico[41]. Con la conseguente frustrazione del potere dell'AGCM di stabilire e attuare le proprie priorità nella gestione dei casi relativi all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE. L'AGCM, infatti, potrebbe essere costretta ad avviare istruttorie su basi di fatto e di diritto incerte o a privilegiare i casi che le risorse disponibili consentano di trattare una volta superata la fase preistruttoria, a scapito di fattispecie particolarmente complesse e dannose per la concorrenza[42].

Nella visione della Corte, un siffatto pregiudizio all'indipendenza operativa dell'AGCM è tanto più verosimile in una situazione in cui il *dies a quo* del termine – le cui modalità di avvio appaiono, ad avviso dei giudici UE, poco precise, poco chiare e poco prevedibili tanto per l'AGCM quanto per l'impresa interessata – potrebbe coincidere con la prima denuncia sporta dall'AGCM, la quale è perciò obbligata a istruire immediatamente ogni fascicolo[43].

Egualmente critiche risultano le conseguenze del superamento del termine di cui trattasi. Ciò discende dagli impedimenti che esse possono determinare per una piena collaborazione dell'AGCM nella rete UE[44]. Può risultare infatti necessario per le Autorità che la compongono, in particolare a fronte di denunce o domande di *leniency* rivolte a più Autorità, coordinarsi tra loro e con la Commissione. Tale coordinamento garantisce una ripartizione ottimale dei casi tra le diverse Autorità, evitando la conduzione di procedimenti paralleli per gli stessi fatti, ma può giocoforza allungare i tempi della fase preistruttoria.

La problematicità delle conseguenze che discendono dall'inosservanza del termine perentorio della fase-preistruttoria dipende anche dai riflessi negativi sull'esercizio del potere sanzionatorio. In forza dell'art. 13, par. 1, della direttiva 2019/1/UE, letto alla luce del considerando 40, gli *enforcer* devono poter irrogare ammende efficaci, proporzionate e dissuasive laddove accertino violazioni. Secondo la Corte, le conseguenze suddette sono tali da generare un rischio sistemico di impunità per i fatti integranti violazioni antitrust. Ciò in quanto il regime procedurale in questione potrebbe implicare che un numero rilevante di illeciti accertati non sia oggetto di sanzioni efficaci e dissuasive[45].

---

[41] Corte giust., 30 gennaio 2025, causa C-511/23, *Caronte & Tourist*, punto 67.
[42] *Ibid.*
[43] *Ibid.*
[44] Corte giust., 30 gennaio 2025, causa C-511/23, *Caronte & Tourist*, punto 68.
[45] *Ibid.*, punti 74-76.

Peraltro, l'impossibilità per l'AGCM di avviare una nuova istruttoria per adottare tali sanzioni potrebbe, di fatto, indurre le imprese a insistere nell'implementazione di condotte anticoncorrenziali, compromettendo gravemente l'effettiva attuazione, da parte delle Autorità nazionali, delle norme antitrust[46].

A soffrire delle stesse criticità è l'eventuale interpretazione del diritto nazionale secondo la quale l'inosservanza del termine di cui trattasi lascerebbe intatta l'inibitoria dell'AGCM, azzerandone solo il potere sanzionatorio[47]. Limiti di tal genere sarebbero incompatibili con l'obbligo degli Stati membri di adottare e garantire l'esecuzione di un regime di sanzioni efficaci e dissuasive, posto dall'art. 13, par. 1, della direttiva 2019/1/UE. E una lettura siffatta sarebbe altresì in contrasto con la giurisprudenza UE secondo la quale, laddove sia accertata una violazione antitrust, un'Autorità nazionale può limitarsi a constatarla senza infliggere ammende a un'impresa solo in situazioni rigorosamente eccezionali: vale a dire in caso di adesione dell'impresa interessata a un programma di clemenza e di cooperazione determinante della stessa alla scoperta e repressione efficace di un illecito antitrust.

### 3.1. (*Segue*) L'onere di provare la lesione concreta del diritto di difesa

La seconda chiave di volta che si rinviene nella sentenza *Caronte* per riportare in equilibrio i principi UE in questione è immanente alla stessa tutela del diritto di difesa[48].

Se l'obiettivo del termine ragionevole è quello di garantirne l'effettivo esercizio, va considerato quello che la Corte ripete ormai da anni: i diritti della difesa delle imprese indagate non possono, in ogni caso, risultare violati per il solo fatto dell'inosservanza del termine ragionevole.

In altri termini, se la forma è sostanza, l'interpretazione da seguire non può che essere sostanziale e non meramente formale.

Va perciò respinta la tesi del pregiudizio *in re ipsa*: il mero accertamento di un termine irragionevole non può determinare, di per sé, l'invalidità dell'intero procedimento. Mancherebbe altrimenti la seconda parte del test legale correlato al principio del termine ragionevole: quello dell'accertamento delle conseguenze pregiudizievoli per le possibilità di difesa dell'impresa interessata.

Significativo al riguardo è il richiamo dei giudici UE alla sentenza *Gebied*[49], nella quale è stato stabilito (o meglio ribadito) che la violazione

---

[46] *Ibid.*

[47] Corte giust., 30 gennaio 2025, causa C-511/23, *Caronte & Tourist*, punto 77.

[48] *Ibid.*, punto 71.

[49] Corte giust., 21 settembre 2006, causa C-105/04 P, *Gebied*, ECLI:EU:C:2006:592,

del termine ragionevole determina l'annullamento di un provvedimento soltanto se i soggetti sanzionati dimostrano di non aver potuto difendersi a causa del lasso temporale occorso rispetto alle contestazioni mosse loro dalla Commissione.

Più nel dettaglio, la Corte, facendo leva sui principi affermati per i procedimenti della Commissione sempre nella causa *Gebied*, ribadisce che, pur essendo certamente importante evitare che i diritti della difesa di un'impresa siano irrimediabilmente compromessi nella fase preliminare di un'istruttoria, tale impresa resterà, in ogni caso, in grado di esercitare effettivamente i suoi diritti della difesa nel corso dell'intero procedimento.

Tale facoltà risulta assicurata dall'impossibilità di adottare una decisione nei suoi confronti senza lo svolgimento del contradditorio che connota la fase istruttoria, la quale, come noto, si apre con la contestazione degli elementi essenziali dell'accusa all'impresa indagata.

Il provvedimento di avvio istruttorio costituisce perciò la garanzia essenziale dell'esercizio del diritto di difesa dell'impresa indagata, consentendole di produrre elementi a discarico e di articolare le proprie tesi difensive[50].

Peraltro, come già rilevato, nel procedimento dinanzi all'AGCM l'apertura della fase istruttoria risulta anticipata rispetto a quanto accade a livello UE: nel procedimento dinanzi alla Commissione UE l'impresa indagata deve infatti attendere la notifica della comunicazione degli addebiti (cd. *Statement of objections:* "SO") per conoscere i capi di accusa. Con la conseguenza che le garanzie difensive assicurate a livello nazionale appaiono più intense, in quanto il contradditorio si sviluppa in due momenti: sia nel periodo dopo la notifica del provvedimento di avvio sia in quello che segue la notifica della comunicazione delle risultanze istruttorie, atto assimilabile all'SO della Commissione UE.

Tutto ciò vale a giustificare, ancora una volta, il richiamo dei principi che la Corte ha sviluppato per l'*enforcement* della Commissione: se le esigenze difensive sono le medesime e le garanzie assicurate nel procedimento dinanzi all'AGCM appaiono addirittura maggiori, ben si comprende perché la Corte abbia mutuato l'orientamento elaborato per i procedimenti condotti dalla Commissione in relazione alla necessità di

---

richiamata ai punti 50 e 64 della sentenza *Caronte*. Per un commento v. L. IDOT, *Délai excessif de la procédure et droits de la défense*, in Europe 2006 Novembre Comm. nº 328, p. 29; B. CHEYNEL, *Durée excessive de la procédure: leçon de la Cour au Tribunal*, in *Revue Lamy droit des affaires*, 2006 nº 10, p. 53; F. ZIVY, *Le prolongement excessif de la phase d'instruction peut permettre une violation des droits de la défense*, in *Concurrences: revue des droits de la concurrence* 2006 nº 4, pp.115-116; E. BARBIER DE LA SERRE, *Conséquences du délai excessif de la procédure administrative*, in *Revue Lamy de la Concurrence : droit, économie, régulation* 2007 nº 10, pp.52-53.

[50] Corte giust., 30 gennaio 2025, causa C-511/23, *Caronte & Tourist*, punto 72.

dimostrare la lesione concreta del diritto di difesa dell'impresa indagata a causa dell'irragionevole lasso di tempo impiegato per chiudere la fase preistruttoria.

## 4. Conclusioni: le tre ragioni dell'importanza della sentenza *Caronte*

La sentenza *Caronte* definisce in modo chiaro e puntuale le coordinate ermeneutiche essenziali per addivenire a un adeguato bilanciamento tra effettività delle norme antitrust UE, giusto procedimento e autonomia procedurale degli Stati membri nonché, per l'effetto, tra il diritto a mercati concorrenziali e il diritto di difesa delle imprese e dei consumatori. Vengono così riportate in equilibrio – come peraltro auspicato e anticipato da una parte della dottrina[51] – la democrazia partecipativa e la democrazia economica, impedendo una pericolosa declinazione in solitudine del diritto di difesa[52].

È probabilmente per la delicatezza dei valori e dei principi in gioco che l'applicazione al caso concreto delle coordinate ermeneutiche tracciate dalla Corte non è stata demandata al giudice del rinvio, come spesso accade nei rinvii pregiudiziali. La Corte ha invece provveduto essa stessa ad accertare che l'orientamento enucleato dal Consiglio di Stato lascia pendere l'ago della bilancia troppo dal lato del giusto procedimento e del diritto di difesa delle imprese.

Da qui la rilevante portata sistemica della sentenza *Caronte*.

In primo luogo, essa reca un chiaro invito ai giudici amministrativi di rivedere in senso conforme al diritto UE l'orientamento che si è andato ormai consolidando[53] non solo per i procedimenti antitrust, ma anche per quelli condotti da altre Autorità indipendenti (quali l'ART, l'AGCOM e ARERA)[54] per garantire l'applicazione di norme di derivazione UE, segnatamente, quelle contemplate dalla regolazione di settore.

Del resto, per le norme consumeristiche di derivazione UE – la cui vigilanza è attribuita all'AGCM – la Corte è già addivenuta alle stesse conseguenze della sentenza *Caronte* nella coeva sentenza *Trenitalia*[55], potendo quindi ritenere che tali principi valgano anche per i procedimenti posti a presidio del rispetto della regolazione di settore di stampo UE.

---

[51] 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*, cit.; 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 *Mercato concorrenza e regole*, cit.

[52] M. AINIS, *Le garanzie procedimentali e l'evidenza probatoria nell'istruttoria Antitrust*, cit.

[53] Corte giust., 30 gennaio 2025, causa C-511/23, *Caronte & Tourist*, punti 78-80.

[54] F. GUARRACINO, *Il termine di decadenza per la contestazione dell'infrazione nella disciplina generale della l. 689/81*, Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa, 2023.

[55] Corte giust., 30 gennaio 2025, causa C-510/23, *Trenitalia*, ECLI:EU:C:2025:41.

Con la conseguenza che, a meno di improvvisi ripensamenti, la Corte dovrebbe ribadire lo stesso iter logico-giuridico nei sopraccitati rinvii pregiudiziali sollevati dal Consiglio di Stato sulla questione della tardività nelle cause *Apple/Amazon* e *Milano Serravalle*. In tal senso sembra del resto militare la richiesta inviata dai giudici UE al Consiglio di Stato sulla permanenza dell'interesse a una pronuncia nella causa *Apple/Amazon*, alla quale i giudici amministrativi hanno risposto in senso affermativo.

In secondo luogo, la causa *Caronte* conferma, ancora una volta, che il dialogo tra giudici UE e giudici nazionali instaurato tramite il rinvio pregiudiziale si conferma uno strumento di fondamentale importanza – anche in ambito antitrust – sia per la coerenza e la tenuta degli ordinamenti (UE e nazionale), sia per la tutela dei diritti da essi riconosciuti.

La sentenza *Caronte* ha consentito infatti di mettere da parte una operazione ermeneutica che già a prima vista appariva discutibile: il Consiglio di Stato, appoggiandosi a parametri normativi di stampo UE, ha costruito un orientamento difforme da quello consolidato a livello europeo, conferendo un significato diverso al principio del termine ragionevole, un principio generale dell'Unione. Un'aporia che, comprimendo in modo eccessivo e ingiustificato l'effettività delle norme antitrust UE, risultava suscettibile di recare un grave pregiudizio al valore della concorrenza e, quindi, ai connessi diritti vantati da tutti i soggetti del mercato. Per tali motivi, nei casi più complessi, dove vengono in gioco principi e valori fondamentali riconosciuti nel diritto primario UE, è indispensabile rivolgersi il prima possibile alla Corte, soprattutto quando sussistono, come nel caso di specie, orientamenti divergenti dei giudici nazionali sull'interpretazioni di principi generali dell'Unione.

Al contempo, viene confermata la natura complementare e la funzione deflattiva del rinvio pregiudiziale rispetto alla procedura di infrazione[56] anche in un ambito particolare, come quello antitrust, dove la Commissione è sia *enforcer* sia "guardiana" del diritto UE. Vale infatti ricordare che, vista la rilevanza europea del tema della ragionevole durata del procedimento, la Commissione aveva rivolto una richiesta di informazioni all'Italia in vista di un'eventuale apertura di una procedura di infrazione, proprio sul tema dell'applicabilità del termine di novanta giorni ai procedimenti antitrust in ragione dell'eventuale rischio che ciò potesse compromettere l'applicazione efficace del diritto UE da parte dell'Autorità. Tale iniziativa, come già anticipato da una parte della dottrina, risulta ormai superflua[57]; e il monitoraggio della Commissione

[56] F. IPPOLITO, *Quel contrôle du respect de l'État de droit? It takes two to tango!*, in *RTDE*, 2019, pp. 273 ss.

[57] 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*, cit., p. 279.

sulla corretta implementazione della direttiva 2019/1/UE, da parte degli Stati membri, potrà beneficiare dei principi espressi dalla Corte sulla necessità di assicurare la piena operatività delle Autorità nazionali con particolare riguardo alla salvaguardia del potere di definire le priorità di *enforcement* ad esse attribuito[58].

In terzo luogo, la sentenza *Caronte* assicura (e rilancia) l'opportuna continuazione di quel processo circolare di influenza (o meglio di osmosi) tra ordinamento UE e ordinamento nazionale sul piano delle garanzie difensive e partecipative. Un processo fisiologico e necessario, laddove si consideri il sistema decentrato delineato in ambito antitrust dal regolamento (CE) n. 1/2003[59]: è appena il caso di ricordare infatti che, in forza di tale sistema, la Commissione e le Autorità nazionali applicano le stesse norme, soggiacendo al rispetto dei medesimi principi generali tra cui, per l'appunto, quelli del giusto procedimento e del termine ragionevole.

### 4.1. (*Segue*) Lo spazio per ulteriori affinamenti nelle cause *Apple/Amazon* e *Milano Serravalle*

Come già anticipato, restano ancora in piedi, allo stato, i rinvii pregiudiziali disposti nelle cause *Apple/Amazon* e *Milano Serravalle*. Tali cause potrebbero perciò rappresentare – come talvolta accade anche quando la Corte si è già pronunciata su una determinata questione – l'occasione per ulteriori affinamenti di alcuni aspetti che sembrano essere rimasti un po' sullo sfondo nella sentenza *Caronte*. Ciò consentirebbe di anticipare e risolvere gli eventuali ulteriori dubbi applicativi che potrebbero insorgere nei contenziosi nazionali sospesi in attesa della sentenza *Caronte*.

Si tratta, in particolare: (*i*) delle modalità dell'individuazione del *dies a quo*; (*ii*) della rilevanza della natura di illecito permanente delle violazioni antitrust; (*iii*) delle conseguenze del mancato rispetto di un termine ragionevole su un piano diverso da quello consistente nell'annullamento dell'intero procedimento. Questioni rispetto alle quali si sono, peraltro, appuntate le critiche dei primi commentatori della sentenza *Caronte*[60].

---

[58] M. ANGELI, *Reduced procedural constraints on NCAs: case C-511/23 Caronte&Tourist Spa v Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)*, p. 3.

[59] V., *ex multis*, W. P. J. WILS, *Regulation 1/2003: An Assessment After Twenty Years*, in *World Competition*, 2023, pp. 3-34.

[60] A. SETARI, R. TREMOLADA, *Il termine decadenziale per avviare l'istruttoria nei procedimenti davanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., F. CINTIOLI, *Il termine di decadenza della preistruttoria antitrust. Spunti per un bilanciamento tra enforcement e "maturità" costituzionale dell'ordinamento*, cit.

Sulla prima questione, come visto, la Corte ha rilevato, ancorché incidentalmente, che le modalità di avvio del termine ragionevole delineate dai giudici amministrativi appaiono poco precise, poco chiare e poco prevedibili tanto per l'AGCM quanto per l'impresa interessata[61].

Tale constatazione potrebbe discendere dal fatto che la Corte, in relazione ai procedimenti della Commissione, ha sempre valorizzato e preso in considerazione le interlocuzioni tra la Commissione e le imprese nei cui confronti è stato poi avviato un procedimento antitrust. Valga da esempio proprio la causa *Gebied* richiamata dalla Corte nella sentenza *Caronte*, nella quale i giudici UE hanno valutato il tempo intercorso tra le interlocuzioni formali tra la Commissione e l'impresa indagata, nel corso delle quali venivano esternate le preoccupazioni concorrenziali rilevate. E ciò in conformità alla giurisprudenza della Corte EDU e della Corte Costituzionale relativa al riconoscimento dell'indennizzo in caso di inosservanza del termine ragionevole nel processo penale, secondo la quale, ai fini dell'individuazione del *dies a quo*, va considerato il momento in cui l'indagato apprende dell'esistenza di un'indagine nei suoi confronti[62].

Andrebbe perciò valorizzata la presenza o meno di una interlocuzione formale con l'impresa indagata per il tramite delle quale essa viene a conoscenza di asserite criticità ascrivibili alla propria condotta. E l'inerzia prolungata da parte degli *enforcer* andrebbe misurata rispetto a tale interlocuzione[63].

Se l'impresa indagata è tenuta all'oscuro delle investigazioni di un'Autorità è infatti difficile comprendere il pregiudizio subito in termini di preparazione della strategia difensiva, di costi per sostenerla, di certezza del diritto e di un legittimo affidamento sulle proprie condotte.

---

[61] Corte giust., 30 gennaio 2025, causa C-511/23, *Caronte & Tourist*, punto 67.

[62] Corte costituzionale, 8 luglio 2015, n. 184; Corte EDU, *Ringeisen c. Austria*, 16 luglio 1971; Corte EDU, *Eckle c. Germania*, 15 luglio 1982; Corte EDU, *Corigliano c. Italia*, 10 dicembre 1982; Corte EDU, *Manzoni c. Italia*, 19 febbraio 1991, Corte EDU, *Messina c. Italia*, 26 febbraio 1993, Corte EDU, *Kobtsev c. Ucraina*, 4 aprile 2006.Corte EDU, *Wemhoff c. RTF*, 27 giugno 1968, laddove viene affermato che il principio di ragionevole durata del processo costituisce, nel procedimento penale, un rimedio contro il rischio, per una persona, di «restare a lungo sotto il peso di un'accusa», con tutto ciò che essa materialmente e moralmente comporta sulla medesima.

[63] Tali aspetti risultano altresì centrali nella sentenza della Corte Costituzionale relativa all'assenza di un termine decadenziale per la conclusione del procedimento sanzionatorio di cui alla Legge n. 689/81 (Corte cost., 14 luglio 2021, n. 151). In tale pronuncia, infatti, la Corte costituzionale ha evidenziato che «la fissazione di un termine per la conclusione del procedimento non particolarmente distante dal momento dell'accertamento e della contestazione dell'illecito, consentendo all'incolpato di opporsi efficacemente al provvedimento sanzionatorio, garantisce un esercizio effettivo del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost. ed è coerente con il principio di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost.».

Si correrebbe poi il rischio di cadere nella seguente contraddizione: se nulla è stato richiesto all'impresa indagata e agli atti risulta solo la denuncia nei suoi confronti o alcune informazioni acquisite da altre fonti per una prima verifica della stessa, l'AGCM potrebbe metterla in *standby* o archiviare il fascicolo; e in tale ipotesi sarebbe difficile sostenere che l'Autorità, una volta verificato che la condotta denunciata è ancora in corso, non potrebbe avviare un'istruttoria nei confronti dell'impresa denunciata, in forza del potere di rivedere le proprie priorità di intervento e di agire d'ufficio. Un'ipotesi ammessa anche dai commentatori che si sono espressi in senso critico sulla sentenza *Caronte*[64].

Ulteriore aspetto da non sottovalutare è il tipo di valutazione che il giudice è chiamato a compiere nella disamina della sequenza delle misure preliminari adottate in fase pre-istruttoria, quali, ad esempio, la superfluità o meno ai fini della contestazione degli addebiti di una richiesta di informazioni, di un'audizione o di una disamina svolta internamente in relazione al mercato di riferimento. Sul punto andrebbe mutuato l'approccio delineato dalla Corte di Cassazione in merito ai procedimenti condotti da Consob per accertare la violazione delle norme in materia di attività di intermediazione finanziaria. In forza di tale approccio «la superfluità degli atti di indagine va effettuata con un giudizio *ex ante* (e in tal senso il giudice deve rilevare l'evidente superfluità, per essere manifestamente già accertati tempi, entità e altre modalità delle violazioni, senza omettere di considerare anche la possibile connessione con altre violazioni ancora da accertare), essendo irrilevante che indagini potenzialmente fruttuose in via prognostica si rivelino, *ex post*, inutili»[65]. Un diverso tipo di valutazione impedirebbe di individuare degli opportuni e necessari momenti interruttivi del termine ragionevole entro cui avviare un'istruttoria.

In merito alla seconda questione, la Corte, come visto, ha constatato la sussistenza di un rischio sistemico di impunità per gli illeciti antitrust in conseguenza del regime procedurale delineato dal Consiglio di Stato, ritenendo indispensabile considerare le peculiarità dell'illecito antitrust e, soprattutto, la complessità delle valutazioni di fatto e di diritto condotte sia in fase pre-istruttoria sia in quella istruttoria. Non sono state invece sviluppate specifiche argomentazioni sulla natura di illecito permanente delle violazioni antitrust. Residua quindi sul punto uno spazio per ulteriori precisazioni da parte dei giudici UE.

---

[64] A. SETARI, R. TREMOLADA, *Il termine decadenziale per avviare l'istruttoria nei procedimenti davanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., F. CINTIOLI, *Il termine di decadenza della preistruttoria antitrust. Spunti per un bilanciamento tra enforcement e "maturità" costituzionale dell'ordinamento*, cit.

[65] Corte Cass., 28 febbraio 2025, nn. 5292, 5293 e 5296.

Al riguardo, si evidenzia che una natura siffatta rende più complicato comprendere quale siano le difficoltà di reperire elementi a discarico per un'impresa che, di norma, continua a porre in essere una presunta condotta anticoncorrenziale almeno sino all'avvio di un'istruttoria. In ogni caso, considerato il principio generale della vicinanza della prova, anche per le strategie imprenditoriali più complesse i cui primi passi fossero stati mossi molto tempo addietro non può che restare in capo all'impresa l'onere di dimostrare l'impossibilità di produrre elementi a discarico.

Quanto all'ultima questione, quella delle conseguenze del mancato rispetto di un termine ragionevole, si ritiene che la Corte potrebbe ribadire quanto già statuito in una pronuncia risalente: e cioè che una tale condotta da parte dell'*enforcer* sia suscettibile di essere presa in considerazione, anche nella fase giurisdizionale, ai fini di una eventuale diminuzione della sanzione eventualmente inflitta all'impresa interessata[66]. Un tale approccio sembra essere del resto altresì coerente con quanto affermato dalla Corte[67], secondo la quale è invece preclusa la soluzione individuata dai giudici amministrativi per i quali resterebbe in piedi solo l'accertamento e quindi la parte inibitoria del provvedimento finale. Al contempo, un approccio siffatto, oltre a essere coerente con i principi del giusto di procedimento e di buona amministrazione perché consentirebbe di rimuovere dal mercato condotte illecite in corso senza riavviare nuove istruttorie, potrebbe stigmatizzare la condotta dell'*enforcer* e porre al riparo le imprese interessate in misura ragionevole e proporzionata dall'inefficienza dell'azione antitrust per la tardività del relativo esercizio.

[66] Corte giust., 6 marzo 1974, cause riunite 6 e 7/73, *ICI e Commercial Solvents Corporation c. Commissione delle Comunità europee*, punto 51.

[67] Corte giust., 30 gennaio 2025, causa C-511/23, *Caronte & Tourist*, punto 77.

ABSTRACT

L'articolo analizza il tema procedurale della tardività dell'avvio della fase preistruttoria nei procedimenti antitrust condotti dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), intesa come mancato rispetto di un termine ragionevole. L'analisi si concentra, in particolare, sul caso *Caronte*, mettendo in luce le tensioni che si possono ingenerare tra le garanzie procedurali – segnatamente, il diritto al giusto procedimento e al rispetto del termine ragionevole – e l'esigenza di effettività nell'applicazione del diritto antitrust UE. Oltre a ripercorrere i principi affermati dalla Corte di giustizia, vengono evidenziate le loro ricadute sistemiche nonché gli eventuali dubbi applicativi che potrebbero insorgere nei contenziosi nazionali sospesi in attesa della sentenza *Caronte*.

Cet article examine les retards dans la phase préliminaire des procédures antitrust menées par l'Autorité italienne de la concurrence (AGCM), en mettant en lumière les tensions entre garanties procédurales et efficacité de l'application du droit. Il analyse l'arrêt *Caronte*, dans lequel la Cour de justice a jugé qu'un délai strict de 90 jours imposé par les juridictions italiennes compromet l'effectivité du droit de la concurrence de l'UE. La décision souligne la nécessité d'un équilibre entre le respect du juste processus, l'autonomie procédurale nationale et l'application effective des règles européennes. L'article évoque également les répercussions de cet arrêt sur les affaires en cours et le dialogue entre juges nationaux et européens dans le domaine de l'antitrust.

This article explores the issue of delays in the pre-investigative phase of antitrust proceedings conducted by the Italian Competition Authority (AGCM), focusing on the legal tensions between procedural guarantees and effective enforcement. It analyzes the *Caronte* case, where the CJEU ruled that the rigid 90-day deadline imposed by Italian administrative courts undermines EU law by restricting enforcement effectiveness and increasing the risk of impunity. The judgment reaffirms the need to balance due process and procedural autonomy with the principle of effectiveness in applying EU competition rules. The article also reflects on the broader implications of the ruling for ongoing cases and the relationship between national and EU legal systems in antitrust enforcement.