

**Sul rinvio del Tar Lazio alla Corte di giustizia (ordinanza n. 12962 del 2023):
applicabilità dell'art. 14 della l. n. 689 del 1981 ai procedimenti antitrust?**

Silvia de Nitto*

12 dicembre 2023

Sommario: 1. Le ragioni del rinvio alla Corte di giustizia. – 2. Il fattore 'tempo'. – 3. La possibilità di individuare le priorità di intervento. – 3.1. Un'analisi comparatistica. – 3.2. In Italia. – 4. Quale livello di trasparenza?

1. Le ragioni del rinvio alla Corte di giustizia

Il Tar Lazio con le ordinanze nn. 12962 e 13016 del 2023 ha sollevato, ai sensi dell'art. 267 Tfu, questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea affinché questa dichiari se l'art. 102 Tfu e l'art. 11 della direttiva n. 29 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 debbano essere interpretati nel senso che ostino "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" rispettivamente di un abuso di posizione dominante e di una pratica commerciale scorretta (sleale) "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".

Se in linea generale si ritiene condivisibile il dubbio relativo all'applicabilità del termine decadenziale ai procedimenti antitrust, qualche perplessità riguarda i motivi del rinvio. O meglio, la poca enfasi riposta in uno degli argomenti, che invece, se sviscerato, avrebbe fornito particolare sostegno all'impianto costruito a favore della non applicazione del termine decadenziale ai procedimenti antitrust.

Alla base del rinvio alla Corte di giustizia la circostanza che il procedimento, pur se riguardi situazioni interne, alla luce del disposto dell'art. 1, co. 4, legge 10 ottobre 1990, n. 287, assume una rilevanza anche sovranazionale: risulta, infatti, sussistente un interesse dell'Unione europea alla corretta applicazione delle disposizioni di legge per la

repressione degli illeciti anticoncorrenziali¹, anche in conseguenza di una rilevata “disarmonia nell’avvio delle indagini antitrust in ragione del mercato (nazionale o comune) nel quale si sviluppa l’illecito”. Diversamente, infatti, da quanto previsto dall’art. 14 della legge n. 689/1981, “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)”.

Le ragioni a sostegno del rinvio sono, all’interno delle due ordinanze, le medesime: il giudice estensore nonché due dei tre giudici componenti il collegio sono gli stessi. Si farà di seguito riferimento, più in particolare, al contenuto della prima ordinanza.

I primi due paragrafi dell’ordinanza sono dedicati alla “Illustrazione sommaria dell’oggetto della controversia ed argomenti delle parti” e alla indicazione del “Diritto nazionale applicabile”; segue un terzo paragrafo in cui, invece, viene svolta una ricostruzione della “giurisprudenza in materia”, con un *excursus* storico volto a ripercorrere i diversi orientamenti alternatisi nel tempo, prima contro² e poi a favore dell’applicabilità ai procedimenti antitrust del termine di novanta giorni previsto dall’art. 14 della l. 24 novembre 1981, n. 689 per la notifica al trasgressore degli estremi della violazione.

I giudici, una volta registrato il consolidarsi dell’orientamento a favore dell’applicabilità del termine, danno conto, nell’ordinanza, del dibattito riguardante l’individuazione del *dies a quo* per il computo dei novanta giorni: esso coinciderebbe con la conclusione dell’accertamento svolto nella fase preistruttoria. Ma quando si può opportunamente considerare concluso l’accertamento? Secondo un primo filone giurisprudenziale, ciò che rileva è, “in una prospettiva teleologicamente orientata, non già la notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma l’acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita; conoscenza a sua volta implicante il riscontro, anche ai fini di una corretta formulazione della contestazione, dell’esistenza e della consistenza dell’infrazione e dei suoi effetti”³; secondo un diverso indirizzo, invece, l’accertamento

*Ricercatrice a t.d. (art. 24 co. 3-a, l. n. 240/10) presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Luiss Guido Carli. Contributo sottoposto a *blind peer review*.

¹ In tal senso, l’ordinanza rinvia a Corte giust. CE, 15 ottobre 2002, causa C-254/99 e a Corte giust. CE, grande sezione, 11 dicembre 2007, causa C-280/06.

² Tra le varie, si veda Cons. St., VI, 3 aprile 2009, n. 2092.

³ Nell’ordinanza si cita Cons. St., 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”. Nello stesso senso, Tar Lazio, I, 5 giugno 2013, n. 8676, in cui si rinvia a Cons. St., VI, 8 febbraio 2008, n. 420, a Cons. St., VI, 30 gennaio 2007, n. 341 e a Tar Lazio, III, 10 ottobre 2012, n. 8367, facendo derivare “la non computabilità del tempo ragionevolmente occorso, in relazione alla complessità delle singole fattispecie, ai fini dell’acquisizione e della delibazione degli elementi necessari allo scopo di una matura e legittima formulazione della contestazione”. Tale posizione

coinciderebbe con il momento in cui l'Autorità è "in possesso di tutti gli elementi "base" della fattispecie", ossia "una volta accertato il suo presupposto"⁴.

Si tratta, in ogni caso, secondo l'interpretazione – definita "ormai granitica" – della giurisprudenza amministrativa, di una valutazione che, come si ricorda nell'ordinanza, può costituire oggetto di valutazione da parte del giudice: non sono infatti mancate occasioni in cui il Consiglio di Stato (VI, 21 gennaio 2020, n. 512) ha annullato l'atto impugnato retrodatando il giorno del perfezionamento dell'accertamento, valutando gli atti successivamente acquisiti non necessari ai fini della contestazione. Ne è emersa la necessità di realizzare un attento scrutinio degli elementi acquisiti durante la fase pre-istruttoria⁵: il momento da cui inizia a decorrere il termine di novanta giorni non sembra individuabile *ex ante* in maniera inequivocabile perché sempre dipendente dalla completezza degli elementi indicati nella segnalazione, dalla complessità delle verifiche⁶ ovvero dagli atti acquisiti immediatamente dopo. I giudici sarebbero così chiamati, di volta in volta, a immedesimarsi nella posizione dell'Autorità, per verificare se gli elementi disponibili in un certo momento fossero o meno sufficienti a formulare la contestazione.

Ma quali sono le conseguenze che deriverebbero dall'applicazione dell'art. 14 della legge n. 689/1981 ai procedimenti antitrust?

Innanzitutto, secondo i giudici e come rilevato dalla difesa dell'Autorità, si andrebbe a pregiudicare l'operatività dell'Autorità, costretta a portare avanti in parallelo una pluralità di procedimenti che, per numero e complessità⁷, potrebbero compromettere il buon esito delle indagini, lasciando inevitabilmente impuniti alcuni illeciti.

è stata poi ribaltata in appello, con sentenza del Cons. St., VI, 29 maggio 2018, n. 3197. Sul punto si veda anche Tar Lazio, I, 28 luglio 2017, n. 9048: "il tempo entro cui Agcm deve notificare la contestazione dell'art. 14 è collegato non alla commissione della violazione, ma al tempo di accertamento dell'infrazione e, pertanto, non già alla notizia del fatto sanzionabile, ma all'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita, implicante il riscontro dell'esistenza e della consistenza della infrazione e dei suoi effetti; quindi, dal compimento dell'attività di verifica dell'esistenza dell'infrazione, comprensiva delle indagini intese a riscontrare la sussistenza di tutti gli elementi soggettivi e oggettivi (Cons. St., VI, 2 febbraio 2012 n. 582; 5 agosto 2013 n. 4085; 22 luglio 2014, n. 3896)".

⁴ Tar Lazio, I, 23 dicembre 2016, n. 12811.

⁵ Sull'importanza della attività preliminare, Cons. St., VI, 30 agosto 2002, n. 4362: "una diversa interpretazione condurrebbe all'irragionevole conseguenza di dover comunicare il formale avvio dell'istruttoria per ogni denuncia presentata, con il rischio della strumentalizzazione di tali esposti".

⁶ Cons. St., VI, 18 dicembre 2023, n. 10914: "Nel caso di specie si è, quindi, imposta un'attività preistruttoria all'Autorità dopo la ricezione della segnalazione anonima che è consistita nella verifica di tutte le circostanze che erano state indicate in tale segnalazione, non potendo l'Autorità avviare un procedimento solo sulla base di tale documento ma dovendo preventivamente acquisire elementi che consentissero di accertare la veridicità di quanto ivi esposto, acquisendo, quindi, elementi conoscitivi dotati di una sufficiente consistenza. Non si è trattato, inoltre, di un'attività di "puro contorno" – come dedotto dalle appellanti - ma di una verifica complessa che ha interessato una pluralità di procedure di gara, svoltesi in un arco temporale comunque significativo. Né si è trattato di un'attività non complessa, dovendo non soltanto verificare l'esito delle gare ma esaminare l'esatta dinamica delle stesse alla luce dei principi e delle regole del diritto della concorrenza ritenute violate".

⁷ L'accertamento dell'Autorità, infatti, si sostanzia nella "presa di conoscenza di una serie complessiva di azioni, omissioni e fatti, dai quali inferire una condotta (di regola protratta nel tempo) da qualificare

In secondo luogo, si andrebbe a incidere sull'autonomia dell'Autorità: risulta palese che l'imposizione di un termine decadenziale di novanta giorni si traduca, nella pratica, nell'obbligo di avviare le istruttorie secondo un criterio meramente cronologico, comprimendo così la discrezionalità che caratterizza l'operato dell'Agcm⁸.

Nel percorso argomentativo dell'ordinanza, si dà poi conto – quasi *ad abundantiam* – di ulteriori circostanze, per rendere completa l'illustrazione della problematica sottoposta alla Corte di giustizia. La prima osservazione riguarda la riconducibilità delle sanzioni irrogate dall'Agcm al campo para-penalistico (secondo i cosiddetti *Engel criteria*) e il conseguente rispetto delle garanzie, anche procedurali, di cui all'art. 6 della Cedu e art. 41 della Carta di Nizza, tra cui l'obbligo, per l'autorità pubblica, di contestare immediatamente la violazione. Così operando, secondo i giudici, si determinerebbe “una vera e propria presunzione assoluta di lesione del diritto di difesa dell'impresa, collegata allo spirare del termine decadenziale”⁹. A ciò si aggiunga che, nella pratica, non risulta necessariamente lesiva del diritto di difesa delle imprese una tardiva contestazione dell'illecito, traendo le aziende per tutta la fase pre-istruttoria un vantaggio competitivo dalla commissione dell'illecito.

Sempre dalla natura *lato sensu* penale della sanzione deriverebbe l'obbligo di svolgere una fase condotta senza contraddittorio, durante la quale l'Autorità è tenuta a raccogliere tutti gli elementi necessari per procedere alla contestazione: secondo i giudici, limitare – in conseguenza della definizione di un termine decadenziale – la fase pre-istruttoria ad accertamenti sommari comporterebbe 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.

L'analisi di un ulteriore profilo, legato al rispetto del principio del legittimo affidamento, ha consentito ai giudici di far emergere una contraddizione: se infatti è da ritenere pacifica l'utilità di un termine stabilito per legge entro il quale notificare la sanzione, se non altro in conseguenza del fatto che “l'inerzia dell'Agcm determinerebbe un *vulnus* agli interessi pubblici alla cui cura essa è preposta”, è proprio la tutela dell'interesse pubblico a rendere

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)”.

⁸ In tal senso, già Tar Lazio, Roma, I, 7 aprile 2008, n. 2902: la scelta di porre in essere una procedura negoziata e in particolare di attivare la procedura delle decisioni per impegni “impinga nell'autonomia di cui le autorità nazionali dispongono relativamente alla determinazione delle proprie priorità di intervento e, pertanto, in una sfera in cui la discrezionalità delle autorità medesime è massima”.

⁹ Peraltro, secondo la Corte di Giustizia, VIII, 28 gennaio 2021, C-466/19 P, punto 32, “la violazione del principio del rispetto del termine ragionevole può giustificare soltanto l'annullamento di una decisione di accertamento di infrazioni adottata all'esito di un procedimento amministrativo fondato sull'articolo 101 o 102 TFUE, qualora sia stato dimostrato che tale violazione aveva pregiudicato i diritti della difesa delle imprese interessate (v., in tal senso, sentenze del 21 settembre 2006, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissione*, C105/04 P, EU:C:2006:592, punti 42 e 43 nonché del 9 giugno 2016, *CEPSA/Commissione*, C608/13 P, EU:C:2016:414, punto 61, e del 9 giugno 2016, *PROAS/Commissione*, C616/13 P, EU:C:2016:415, punto 74)”.

evidente la non opportunità di fissare un termine decadenziale – e non di prescrizione –; esso, infatti, considerata la ristrettezza dei tempi, genererebbe “una sostanziale impossibilità per l’Autorità di reprimere fatti illeciti che continu[erebbero] ad offendere l’interesse pubblico che la medesima autorità è istituzionalmente deputata a curare”.

Da ultimo, in relazione all’esigenza di certezza del diritto, nell’ordinanza si osserva che l’ordinamento italiano, proprio per evitare contestazioni che sopraggiungano dopo un tempo eccessivamente lungo, prevede comunque un termine, che è quello di prescrizione quinquennale dalla cessazione della condotta illecita (art. 28 della legge n. 689/1981).

2. Il fattore ‘tempo’

Una considerazione preliminare sembra costituire il presupposto logico per l’analisi dell’ordinanza in commento: il fattore ‘tempo’ rappresenta un elemento di estremo rilievo per i provvedimenti sanzionatori. Ma non il solo.

Basti pensare al fatto che, non dissimilmente da quanto accade per gli illeciti penali, anche per gli illeciti amministrativi può porsi il problema della permanenza di talune condotte anti-giuridiche, che richiedono e rendono possibile una risposta sanzionatoria, in grado di intervenire in qualsiasi momento entro il termine di prescrizione. Un esempio tipico di illecito permanente è proprio quello rappresentato dall’illecito antitrust.

Sul punto è di recente intervenuta la Corte costituzionale, che, con sentenza 12 luglio 2021, n. 151, a proposito della durata degli accertamenti sanzionatori, ha ammonito il legislatore sull’inopportuno protrarsi di una lacuna normativa dovuta alla mancanza di un preciso termine sulla durata dei relativi procedimenti. Più in particolare, se con riferimento alla fase istruttoria, l’art. 14 della l. n. 689/1981 prevede un termine entro cui deve essere notificata la contestazione, ciò non avviene con riguardo alla conclusione della fase decisoria, nulla disponendo, a tal riguardo, l’art. 18 della medesima legge. Si tratta, ad avviso della Corte, di una lacuna che “colloca l’autorità titolare della potestà punitiva in una posizione ingiustificatamente privilegiata che, nell’attuale contesto ordinamentale, si configura come un anacronistico retaggio della supremazia speciale della pubblica amministrazione”, rendendo ineludibile un tempestivo intervento legislativo. La previsione di un preciso limite temporale per la irrogazione della sanzione, infatti, “costituisce un presupposto essenziale per il soddisfacimento dell’esigenza di certezza giuridica, in chiave di tutela dell’interesse soggettivo alla tempestiva definizione della propria situazione giuridica di fronte alla potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, nonché di prevenzione generale e speciale”.

A ciò si aggiunga che “la perentorietà di un termine procedimentale, incidendo direttamente sulle situazioni degli interessati, può inferirsi soltanto da un’esplicita previsione legislativa, che espressamente correli al superamento di un dato termine un

effetto decadenziale¹⁰: il termine di conclusione del procedimento, dunque, anche se deliberato e comunicato dall'amministrazione procedente all'interno della delibera di avvio del procedimento, non assume carattere perentorio, ma soltanto ordinatorio. La proroga va però adeguatamente motivata e penetrante è il controllo sul punto da parte del giudice amministrativo¹¹.

La questione assume particolare rilevanza se riferita alle autorità indipendenti, per le quali il principio di legalità procedimentale è spesso valso a compensare il deficit di legalità sostanziale che caratterizzerebbe le stesse. Ancora più complessa sarebbe, dunque, per queste, l'incertezza temporale del relativo potere sanzionatorio: non solo, infatti, non si avrebbe un termine entro cui dover concludere la fase decisoria, ma il termine di novanta giorni – previsto in via generale per l'avviamento del procedimento istruttorio dall'art. 14 – entro cui dover notificare la contestazione non sarebbe a esse applicabile. Inoltre, il fatto che “il prolungamento ingiustificato della fase preistruttoria sia causa di invalidità della successiva decisione non appresta un uguale livello di tutela, per la difficoltà di stabilire in concreto se la durata sia stata irragionevole e ancor prima, per il privato, di provarlo (ancor più ove lo si ritenesse onerato, in continuità con la giurisprudenza della CGUE e della CEDU, della dimostrazione della concreta lesione dei suoi diritti di difesa)”¹². A ciò si aggiunga la relatività del parametro della ragionevolezza, anche tenendo conto della diversa durata complessiva dei procedimenti, nel confronto tra quelli nazionali – in media di circa settecento giorni dall'avvio dell'istruttoria¹³ – e quelli della Commissione europea, in media di circa 1000/1200 giorni dalla comunicazione delle risultanze istruttorie (non esistendo in ambito sovranazionale una comunicazione di avvio formale del procedimento)¹⁴.

¹⁰ Cons. St., VI, 8 luglio 2015, n. 3401.

¹¹ Sul punto, Tar Lazio, I, 28 luglio 2017, n. 9048: “entrambe le proroghe contengono una adeguata motivazione in ordine alle ragioni del ricorso a tale istituto e, attesa la particolare complessità dell'istruttoria posta in essere dall'Autorità, la durata complessiva del procedimento non appare irragionevole”; Tar Lazio, I, 2 dicembre 2005, n. 12835: “Il termine che l'Autorità assegna a se stessa in via di autolimitazione ai sensi dell'art. 6 del decreto n. 217 ha, dunque, la mera funzione (in armonia con il più generale principio stabilito dall'art. 2 della legge 241 del 1990) di assegnare tempi almeno tendenziali ragionevolmente certi al singolo procedimento. Questo non equivale a dire che il rispetto della scadenza così posta sia sempre e comunque irrilevante: comporta, però, che, escluso ogni automatismo decadenziale, il rilievo dell'inosservanza di tale termine possa essere valutato soltanto con l'elastico approccio proprio dei parametri del vizio di eccesso di potere (tra cui quello che si ricollega al canone di non contraddizione)”.

¹² Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa (a cura di F. GUARRACINO), *Parere sul tema della tardività dell'avvio dell'azione sanzionatoria antitrust*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/47569799/Parere+su+termini+sanzioni+antitrust+Guarracino+%281%29.pdf/1ca66606-e323-2fee-9e44-d7ffe2ff629a?t=1689583076821>, secondo cui “la circostanza che la decorrenza del termine viene comunque a legarsi alla definizione dell'ipotesi di infrazione, o al momento nel quale si sarebbero potuti formulare gli addebiti, è sufficiente per escludere che l'obbligo possa pregiudicare un'efficace applicazione della disciplina antitrust”.

¹³ *Italy's Competition Authority*, in *Global Competition Review*, 2022.

¹⁴ *European Union's Directorate-General for Competition*, in *Global Competition Review*, 2022: più esattamente, 1279 giorni nel caso di cartelli e 1067 giorni per gli abusi di posizione dominante.

D'altra parte, però, come argomento contrario, nell'ordinanza si mette in luce che quanto più completa è la conoscenza della vicenda fattuale da parte dell'Agcm prima dell'avvio del procedimento, tanto meno invasiva è la fase istruttoria: "atti come le ispezioni possono 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 *pesca 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)". Aumenterebbe, inoltre, la probabilità di aprire procedimenti prima ancora che si sia capito se si è davanti a un'ipotesi fondata di infrazione.

Pertanto, il fattore 'tempo', seppur meritevole di essere tenuto in considerazione nel contemperamento tra i vari interessi in gioco, non può costituire l'unico elemento da valutare per stabilire l'opportunità di applicare il termine decadenziale ai procedimenti antitrust.

3. La possibilità di individuare le priorità di intervento

Una questione, secondo l'ordinanza affrontata dall'Autorità nella memoria difensiva, non sembra essere stata valorizzata dai giudici del Tar ai fini della decisione, come invece, forse, avrebbe meritato: il contrasto del termine decadenziale con gli artt. 3 e 4, par. 5, della direttiva 2019/1/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 (cosiddetta Ecn+) ¹⁵, che osterebbero a una normativa nazionale che impone all'Agcm di procedere con l'avvio dell'istruttoria secondo una rigorosa e assai concentrata scansione temporale, non garantendo la possibilità di individuare autonomamente le proprie priorità d'azione ¹⁶. Tale aspetto risulta essere, per le ragioni di seguito esposte, nevralgico nella definizione della compatibilità con il diritto sovranazionale, in cui si fa più in generale

¹⁵ In realtà già prima dell'adozione della direttiva, in via di prassi giurisprudenziale, si era affermato che qualora l'Autorità dovesse ritenere non sussistenti gli elementi sufficienti per avviare un procedimento istruttorio, il segnalante viene informato dell'esito della propria segnalazione con una decisione debitamente motivata da cui emergano le "ragioni che hanno indotto l'Autorità a non avviare gli accertamenti istruttori volti a verificare la fondatezza di quanto segnalato" (Cons. St., VI, 22 giugno 2011, n. 3751). Nello stesso senso si veda Cons. St., VI, 17 aprile 2007, n. 1738, secondo cui l'Autorità, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, non deve approfondire specificamente ogni punto della segnalazione di illecito, essendo sufficiente che analizzi complessivamente il tema posto alla sua attenzione, cogliendone le linee portanti e dandone conto.

¹⁶ Nell'ordinanza, tale profilo si esaurisce nel seguente passaggio: "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)".

riferimento alla ragionevolezza dei tempi entro i quali svolgere i procedimenti istruttori e in cui si consente alle autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza “di definire le loro priorità per lo svolgimento dei compiti”, potendo respingere le denunce formali non considerate delle priorità investigative. È infatti proprio in attuazione di tale direttiva che il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185 ha aggiunto all’art. 12 della l. n. 287/1990 il co. 1-*ter*, con il quale è stato previsto che l’Autorità antitrust “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”.

Con quali modalità è possibile esercitare tale potere?

3.1. Un’analisi comparatistica

Un’analisi comparatistica consente di mettere in luce possibili buone prassi o, più in generale, meccanismi di ingranaggio differenti.

A livello eurounitario, non esistono, ai fini della definizione delle priorità di intervento, criteri valutativi fissi: è infatti possibile utilizzarne nuovi in considerazione delle circostanze di fatto e di diritto del singolo caso¹⁷. In via di prassi è però possibile registrare che la Commissione concentra le proprie risorse sui casi che sembrano avere il più significativo impatto sul funzionamento della concorrenza nel mercato interno e il più elevato rischio di danni per i consumatori, oltre che sui casi suscettibili di contribuire a definire la politica di concorrenza dell’Unione europea¹⁸.

Alcune esperienze straniere: nel Regno Unito, la *Competition & Markets Authority* menziona, quali criteri rilevanti, l’impatto sui consumatori, l’importanza strategica della questione rispetto agli obiettivi perseguiti (periodicamente definiti e pubblicati), il rischio, o meglio le probabilità di un esito positivo del caso e le risorse necessarie¹⁹; anche l’Autorità belga richiama i medesimi quattro criteri, pubblicati annualmente insieme alle priorità di azione²⁰.

¹⁷ Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato Ce (2004/C 101/05).

¹⁸ In tal senso, C.B. CALINI, *Procedure Antitrust in Italia*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 50-51, che rinvia alla Comunicazione della Commissione sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE, del 20 ottobre 2011, secondo cui “La Corte di giustizia dell’Unione europea ha riconosciuto che la Commissione è legittimata ad attribuire diversi gradi di priorità alle denunce che riceve. Tale riconoscimento è giurisprudenza consolidata a partire dalla causa T-24/90, Automec/Commissione (in appresso, “Automec II”), Racc. 1992, pag. II-2223, punto 85”.

¹⁹ Si veda, sul punto, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5ec3942786650c279626e61a/prioritisation_principles_accessible_v.pdf.

²⁰ <https://www.belgiancompetition.be/en/about-belgian-competition-authority>.

Uno studio dei diversi criteri di individuazione delle priorità utilizzati a livello mondiale è stato realizzato dal *Trade and Development Board* nel 2013²¹: merita particolare attenzione quanto evidenziato con riferimento agli Stati Uniti d'America, dove la determinazione delle questioni da considerare prioritarie è flessibile, materia per materia, in quanto comporta la considerazione di una serie di fattori, tra cui il volume degli scambi interessati, l'area geografica interessata, l'impatto dell'indagine, l'eventuale impatto della condotta sul governo federale e, se il caso è penale, il grado di colpevolezza degli attori e l'effetto deterrente. Interessante appare, inoltre, l'ordinamento francese, in cui l'*Autorité de la concurrence* ha individuato come criteri di valutazione il probabile risultato per l'Autorità, per i consumatori, per le imprese e per la comunità dell'Unione europea e internazionale; l'equilibrio tra costi e benefici, compreso l'impatto sul mercato e l'impatto non di mercato; l'importanza strategica del settore per l'economia francese o europea; la coerenza con il più ampio portafoglio di iniziative dell'Autorità stessa e i risultati ottenuti in passato; le informazioni raccolte attraverso reclami formali o informali; le aspettative dell'opinione pubblica (compresi il parlamento, il governo, i consumatori e le altre parti interessate, come le autorità di regolamentazione settoriali). Da ultimo, con riguardo alla Germania, si segnala l'approccio "specializzante" del *Bundeskartellamt* alla definizione delle priorità e alla gestione delle risorse: la definizione delle priorità strategiche è affidata alla *leadership* dell'Autorità, mentre quella delle priorità operative spetta alle divisioni. Si è infine registrata, nel documento, la presenza di fattori esterni significativi che possono influenzare il modo in cui vengono stabilite le priorità e l'allocazione delle risorse per l'Autorità. Si pensi ad esempio all'ipotesi in cui, qualora il diritto, la cultura e la politica della concorrenza non facciano parte dei valori storici o tradizionali di una determinata società, sia necessario dare priorità alla spiegazione dei benefici della concorrenza e della missione dell'autorità per la concorrenza, in modo da garantirne l'accettazione da parte della società in generale; o al caso in cui le competenze necessarie per attuare un'efficace politica della concorrenza non siano prontamente disponibili, dovendo dunque l'autorità ricorrere a strategie *ad hoc* per attrarre le competenze e i talenti necessari; o, ancora, alla circostanza per cui, in una società caratterizzata da imprese dominanti e strutture oligopolistiche, un'autorità che faccia un buon lavoro di incoraggiamento della concorrenza potrebbe attirare l'opposizione politica²².

3.2. In Italia

Con riferimento al panorama nazionale, meritano uno sguardo innanzitutto le altre autorità indipendenti, in particolare l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il cui

²¹ https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd20_en.pdf.

²² United Nations Conference on Trade and Development, *Prioritization and resource allocation as a tool for agency effectiveness*, 26 aprile 2013, in https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd20_en.pdf.

regolamento di procedura stabilisce che “[I]’ordine di priorità nella trattazione delle denunce [...] è improntato ai seguenti criteri: gravità e attualità della violazione, grado di diffusione del fenomeno emergente dalle singole denunce, possibilità di celere conclusione della fase preistruttoria”. Si tratta di criteri di carattere trasversale, “che consentono di calibrare la decisione di non intervento rispetto alle circostanze al singolo caso ed evitare possibili riflessi negativi in termini di deterrenza, ove fosse possibile conoscere in anticipo eventuali ambiti di non interesse”²³.

Con riguardo all’Autorità antitrust: se nel *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore*²⁴ si prevede il potere di definire le priorità di intervento, non è così, almeno espressamente²⁵, nel *Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, nonostante sia stato aggiornato – nella sola parte relativa al potere ispettivo (art. 10) – al d.lgs. n. 185/2021, adottato in attuazione della Direttiva Ecn+. Rimane fermo che, come visto, al co. 1-ter, art. 12 della l. n. 287/1990 sia stato previsto tale potere, a seguito dell’attuazione della medesima Direttiva.

Ma perché risulta importante garantire la possibilità di determinare le priorità di intervento, oltre che per il già sottolineato bisogno di rispettare l’autonomia decisionale dell’Autorità?

Senza altro per cercare di far seguire alla individuazione delle priorità una allocazione più appropriata delle risorse economiche e organizzative, comprese quelle relative all’organico, chiamate a svolgere un ruolo determinante nella *performance* e nell’efficacia degli interventi: non è, tuttavia, da escludere che i calcoli “bottom-up” relativi ai rapporti costi-benefici siano troppo grezzi e soggetti a troppe variazioni casuali per essere effettivamente utili²⁶. Peraltro, anche con riguardo alle questioni organizzative emergono profili problematici, potendo il processo di definizione delle priorità comportare un utilizzo erraneo delle risorse disponibili: impiegare il personale dipendente per la definizione delle priorità vuol dire sottrarlo alla gestione dei casi, riducendo, con

²³ G. CODACCI-PISANELLI, *Questioni di priorità: la Direttiva Ecn+ e la discrezionalità dell’Autorità di concorrenza nella selezione dei casi*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 2021, p. 190.

²⁴ In cui all’art. 5, co. 1, lett. f) si afferma che la fase pre-istruttoria può essere chiusa per “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. L’Autorità può individuare con apposito atto le priorità di intervento che intende perseguire”.

²⁵ A. LALLI, *I poteri di indagine (art. 12, L. 10.10.1990, n. 287)*, in A. CATRICALÀ, P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, UTET, Torino, 2010, p. 1233, secondo cui in Italia “in particolare, non si è mai esplicitamente riconosciuta in capo all’Autorità la discrezionalità nello stabilire le priorità di intervento. Un simile esito, tuttavia, non appare radicalmente in contrasto neanche con il diritto nazionale”.

²⁶ M.A. BERGMAN, *Quis Custodiet Ipsos Custodes? Or Measuring and Evaluating the Effectiveness of Competition Enforcement*, in *De Economist*, 156, NO. 4, 2008, p. 387 ss.: “Prioritization within the competition policy area is mainly internal, i.e., made by the authority itself, but sometimes it can be imposed on the authority. For the authority’s own prioritization decision, it appears that bottom-up calculations of benefit–cost ratios are too crude and subject to too much random variation to be very useful”.

ogni probabilità, il numero di fattispecie trattate. Qualora, invece, le decisioni sulle priorità venissero prese non dalle divisioni che si occupano dei casi, ma da altri soggetti all'interno della medesima Autorità, potrebbe emergere il rischio di effetti motivazionali negativi sugli 'addetti ai lavori'²⁷.

Un secondo aspetto che beneficerebbe della definizione delle priorità di intervento riguarda il possibile 'orientamento' dei fattori esterni, per come sopra descritti, nel tentativo di favorire il consolidarsi di meccanismi maggiormente allineati al principio concorrenziale. Si pensi, ad esempio, al caso in cui, attraverso la definizione delle priorità di intervento, si riescano a mettere in luce, anche al fine di una maggiore accettazione dell'attività dell'Autorità da parte della società, i benefici – anche di giustizia sociale²⁸ – della concorrenza.

4. Quale livello di trasparenza?

Una questione discussa riguarda il livello di trasparenza da dare, eventualmente, ai criteri seguiti dall'Autorità nella definizione delle priorità. Da un lato, infatti, garantire un elevato grado di trasparenza contribuisce a favorire la possibilità di attirare denunce nei settori di attenzione e di ottenere vantaggi in termini di *accountability* e di legittimazione democratica dell'attività svolta, promuovendo una comprensione comune dei benefici prodotti. Ma non solo: un ulteriore vantaggio è rinvenibile anche all'interno dell'Autorità, consentendo al personale di capire quali siano le priorità dell'amministrazione di appartenenza, i criteri di selezione delle stesse e perché determinati progetti in corso vengano considerati prioritari, con una conseguente maggiore adesione da parte del personale, progetti più mirati e meglio organizzati e una maggiore qualità dei risultati.

Dall'altro lato, informazioni eccessivamente dettagliate su specifici mercati o fattispecie di illeciti potrebbero consentire di conoscere in anticipo possibili ambiti di (non) interesse, con riflessi negativi in termini di deterrenza. Per tale ragione, nelle Raccomandazioni Ecn si afferma che la scelta dovrebbe essere rimessa alla

²⁷ In tal senso, W.P.J. WILS, *Discretion and Prioritisation in Public Antitrust Enforcement, in particular EU antitrust enforcement*, in *World Competition*, Volume 34, No. 3, September 2011, p. 353 ss.

²⁸ Sottolinea il forte legame tra la concorrenza e la giustizia sociale M. D'ALBERTI, *La concorrenza*, in F. AMATORI, M. D'ALBERTI (a cura di), *L'impresa italiana. Il contesto, II*, Treccani, Roma, 2020, p. 100 ss., secondo cui la concorrenza "può comportare vantaggi rilevanti non solo per l'economia, ma per l'intero tessuto sociale. È libertà di mercato, che va oltre la libertà d'impresa. La libertà di mercato è libertà plurale, che riguarda tutti i protagonisti del mercato: non solo le imprese, anche i lavoratori, i consumatori, gli utenti dei servizi, i risparmiatori. Questa libertà è idonea a consentire l'azione di imprese che si mostrino efficienti a operare nel mercato; tende a garantire prezzi più contenuti; è suscettibile di rafforzare l'innovazione; può favorire una maggiore occupazione; può contribuire a una maggiore giustizia sociale". Si pensi, ad esempio, in materia di farmaci, alla "sanzione inflitta recentemente dall'autorità italiana a due grandi imprese farmaceutiche per un'intesa restrittiva consistente in una strategia di coordinamento finalizzata a limitare la circolazione di un prodotto meno costoso per la cura di gravi patologie oftalmiche e a favorire la diffusione di un farmaco assai più costoso".

discrezionalità delle Autorità nazionali per la concorrenza. A ciò si aggiunga che il conferimento di un'ampia discrezionalità reca con sé il rischio che i funzionari possano voler approfondire solamente i casi di maggior rilievo, caratterizzati da una più ampia eco mediatica in quanto "immediate and apparently big": avvenendo, infatti, la loro valutazione anche sulla base dei risultati raggiunti, più questi sono visibili, maggiore è il ritorno ottenuto sia in termini economici che di visibilità²⁹.

A ogni modo, quello della trasparenza è un problema che si pone a valle: il profilo che riguarda il livello di trasparenza da garantire ai criteri, infatti, presuppone non solo che venga ammessa – in via teorica – la possibilità per l'Autorità di definire l'ordine di priorità degli interventi ma anche che si garantiscano – in concreto – le condizioni per dare seguito alle scelte realizzate sulle priorità. Se il Tar Lazio ha scelto di non attribuire particolare rilievo a tale aspetto, resta da vedere quale posizione assumerà la Corte di giustizia, magari individuando un diverso equilibrio nel pendolo tra il rilevante 'fattore tempo' che caratterizza il potere sanzionatorio e l'esplicito riconoscimento in capo all'Autorità della opportunità di definire in maniera autonoma le proprie priorità d'azione. Forse l'ampia flessibilità garantita alla Commissione europea, tenuta a concludere il procedimento – compresa la fase pre-istruttoria – entro un termine 'solamente' ragionevole, potrebbe portare la Corte a considerare con maggior attenzione e importanza la possibilità per l'Autorità di mettere in atto le scelte conseguenti alle priorità di intervento per come definite, non imponendo un termine decadenziale per l'avvio del procedimento istruttorio.

²⁹ W.P.J. WILS, *Op. cit.*: "As the individuals taking decisions in competition authorities are, like everyone else, subject to the psychological phenomenon of availability bias, and as competition authorities and the individuals working in them are also likely to be judged by others primarily on the basis of the most readily visible output, there is a risk of excessive focus on whatever is immediate and apparently big. There is in particular a risk of only dealing with big cases in big markets, while seemingly smaller cases in smaller markets may actually be equally or more important, because they occur more frequently and intervention in some small cases could have considerable deterrence and precedent effects for many other cases".