



**News n. 117 del 2 ottobre 2023  
a cura dell'Ufficio del massimario**

Rimessa alla Corte di giustizia Ue la questione interpretativa - relativa al termine di conclusione degli accertamenti, per la contestazione delle sanzioni *antitrust* – che vede divisa la giurisprudenza amministrativa.

**T.a.r. per il Lazio, sez. I, ordinanza 1° agosto 2023 n. 12962 - Presidente Petrucciani, Estensore Viggiano.**

**Autorità amministrative indipendenti – Autorità garante della concorrenza e del mercato – Procedimento sanzionatorio - Accertamenti preliminari – Termini – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE**

Va rimessa alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, la seguente questione interpretativa pregiudiziale: «*Se l'art. 102 Tfu, letto alla luce dei principi di tutela della concorrenza ed effettività dell'azione amministrativa, debba essere interpretato nel senso che osti a una normativa nazionale, quale quella discendente dall'applicazione dell'art. 14 l. 24 novembre 1981, n. 689 – come interpretata nel diritto vivente – che impone all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di avviare il procedimento istruttorio per l'accertamento di un abuso di posizione dominante entro il termine decadenziale di novanta giorni, decorrente dal momento in cui l'Autorità ha la conoscenza degli elementi essenziali della violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito*». (1)

(1) I – Il T.a.r. per il Lazio rimette alla Corte di giustizia Ue la questione pregiudiziale, relativa alla valenza applicativa della legge 24 novembre 1981, n. 689, in materia di procedimenti sanzionatori in ambito di *antitrust*, con particolare riguardo alla portata precettiva dell'art. 14 legge n. 689 cit., concernente la tempestività della contestazione dell'illecito, all'esito dei compiuti accertamenti istruttori.

La questione è stata sollevata a seguito dell'impugnazione di un provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che accertava l'esistenza di un abuso di posizione dominante, vietato ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a), della legge 10 ottobre 1990, n. 287, commesso, dalla società ricorrente, mediante l'imposizione di prezzi eccessivi

per il servizio di traghettamento di veicoli nello stretto di Messina. Il provvedimento sanzionatorio gravato è datato 11 aprile 2022, l'atto di avvio del relativo procedimento è stato notificato il 4 agosto 2020, mentre la prima segnalazione di un possibile illecito risale al 24 marzo 2018. Secondo prospettazione di parte ricorrente, la fase pre-istruttoria si sarebbe protratta per 855 giorni, con violazione del termine di 90 giorni di cui all'art. 14 legge n. 689 cit.

II – Questo in sintesi il percorso motivazionale del T.a.r. per il Lazio:

a) la sentenza, anzitutto, opera una ricognizione della normativa applicabile alla fattispecie in delibazione. La principale fonte normativa interna è la legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante «*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*», di cui vengono riportati gli articoli rilevanti, ai fini della decisione:

a1) art. 12 “*Poteri di indagine*”, dapprima nel vecchio testo: «*1. L’Autorità, valutati gli elementi comunque in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse, ivi comprese le associazioni rappresentative dei consumatori, procede ad istruttoria per verificare l’esistenza di infrazioni ai divieti stabiliti negli articoli 2 e 3 [...]*». L’articolo è stato modificato dall’art. 1, comma 2, del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185, e dall’art. 35, comma 1, lett. a), della legge 5 agosto 2022, n. 118, con le seguenti rilevanti aggiunte: «*[...] 1-ter. L’Autorità ha il potere di definire le priorità di intervento ai fini dell’applicazione della presente legge e degli articoli 101 e 102 del Tfu. L’Autorità può non dare seguito alle segnalazioni che non rientrino tra le proprie priorità di intervento. – 1-quater. I procedimenti relativi alle infrazioni degli articoli 101 o 102 del Tfu ovvero degli articoli 2 o 3 della presente legge, incluso l’esercizio dei poteri di cui al presente capo II da parte dell’Autorità, rispettano i principi generali del diritto dell’Unione europea e la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea [...]*»;

a2) art. 14 Istruttoria (vecchio testo) «*1. L’Autorità, nei casi di presunta infrazione agli articoli 2 o 3, notifica l’apertura dell’istruttoria alle imprese e agli enti interessati [...]*»; anche quest’articolo è stato modificato dall’art. 1, comma 3, d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185: «*1. L’Autorità, nei casi di presunta infrazione degli articoli 101 o 102 del Tfu ovvero degli articoli 2 o 3 della presente legge, svolge l’istruttoria in tempi ragionevoli e ne notifica l’apertura alle imprese e agli enti interessati [...]*»;

a3) art. 15 Diffide e sanzioni (vecchio testo) «*1. Se a seguito dell’istruttoria di cui all’articolo 14 l’Autorità ravvisa infrazioni agli articoli 2 o 3, fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l’eliminazione delle infrazioni stesse. Nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell’infrazione, dispone inoltre l’applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria in misura fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida [...]*»; disposizione modificata dall’art. 1, comma 6, del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185, nel seguente modo: «*1. Se, a seguito dell’istruttoria di cui all’articolo 14 della presente legge, l’Autorità ravvisa un’infrazione degli articoli 101 o 102 del Tfu ovvero degli articoli 2 o 3 della presente legge, fissa alle imprese e associazioni di imprese interessate il termine per l’eliminazione dell’infrazione stessa ovvero, se l’infrazione è già cessata, ne vieta la reiterazione [...]. 1-bis. Tenuto conto della gravità e della durata dell’infrazione,*

*dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o associazione di imprese nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, determinando i termini entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione [...]. 1-quater. Se, in base alle informazioni di cui dispone, l'Autorità ritiene che non sussistono le condizioni per ravvisare un'infrazione, l'Autorità può assumere una decisione in tal senso. Quando, dopo aver informato la Commissione europea ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 3, del regolamento (Ce) n. 1/2003, l'Autorità ritiene che sono venuti meno i motivi di intervento e chiude pertanto il procedimento istruttorio, ne informa di conseguenza la Commissione europea [...];*

a4) art. 31 Sanzioni «1. Per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689»;

b) la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante «*Modifiche al sistema penale*», detta la disciplina generale in materia di sanzioni pecuniarie amministrative:

b1) art. 12 (“Ambito di applicazione”): «*Le disposizioni di questo Capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale. Non si applicano alle violazioni disciplinari*»;

b2) art. 14 (“Contestazione e notificazione”): «*La violazione, quando è possibile, deve essere contestata immediatamente tanto al trasgressore quanto alla persona che sia obbligata in solido al pagamento della somma dovuta per la violazione stessa. Se non è avvenuta la contestazione immediata [...], gli estremi della violazione debbono essere notificati agli interessati residenti nel territorio della Repubblica entro il termine di novanta giorni e a quelli residenti all'estero entro il termine di trecentosessanta giorni dall'accertamento [...]*»;

b3) art. 28 (“Prescrizione”): «*Il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate dalla presente legge si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione [...]*»;

c) infine, va menzionato il d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217, recante «*Regolamento in materia di procedure istruttorie [...] dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*», emanato ai sensi dell'art. 10, comma 5, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 («*con decreto del Presidente della Repubblica [...] sono stabilite procedure istruttorie che garantiscono agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio e la verbalizzazione*»);

d) indi, puntualizza la sentenza in rassegna, la giurisprudenza ha tentato di armonizzare il dettato della legge n. 689 del 1981 alla particolare complessità degli accertamenti in materia di *antitrust*, tuttavia pervenendo a pronunce talora contrastanti:

d1) Cons. Stato, sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3896 (in *Guida dir.*, 2014, 38, 50): «*in linea di principio [...] il fatto che l'Autorità Antitrust deliberi l'avvio della istruttoria a distanza di vari mesi dalla segnalazione della possibile infrazione non può in alcun modo essere considerato come una violazione dei diritti delle imprese coinvolte, né un superamento dei termini procedurali, in quanto la stessa valutazione della esigenza di avviare o meno l'istruttoria può presentarsi complessa. L'invocato termine di*

*novanta giorni previsto dal comma 2 dell'art. 14 della legge n. 689 del 1981 inizia a decorrere solo dal momento in cui è compiuta – o si sarebbe dovuta ragionevolmente compiere, anche in relazione alla complessità della fattispecie – l'attività amministrativa intesa a verificare la esistenza dell'infrazione, comprensiva delle indagini intese a riscontrare la sussistenza di tutti gli elementi soggettivi ed oggettivi dell'infrazione stessa»; in tal modo, l'accertamento viene inteso come completamento della fase pre-istruttoria per la valutazione, in tempi ragionevoli, delle emergenze raccolte, al fine di formulare la contestazione; il termine degli accertamenti va inteso come termine di conclusione degli accertamenti e, in tal senso, conforme e costante è la giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di sanzioni amministrative (*ex multis*: Cass. civ., sez. un., 31 ottobre 2019, n. 28210, in *Guida dir.*, 2020, 4, 61; sez. VI, 9 gennaio 2018, n. 284, in *Dir. & Giust.*, 10 gennaio 2018, con nota di BENCINI; sez. un., 9 marzo 2007, n. 5395, in *Giur. comm.*, 2007, II, 1158, con nota di CAMILLI e CLARICH; sez. un., 25 novembre 1992, n. 12545, in *Foro it.*, 1993, I, 2225, con nota di TRAVI);*

- d2) Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 512, ha precisato 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”, di conseguenza “[...] il termine di novanta giorni previsto dal comma 2 dell'art. 14, l. n. 689/1981 cit. inizia a decorrere solo dal momento in cui è compiuta - o si sarebbe dovuta ragionevolmente compiere, anche in relazione alla complessità della fattispecie - l'attività amministrativa intesa a verificare l'esistenza dell'infrazione, comprensiva delle indagini intese a riscontrare la sussistenza di tutti gli elementi soggettivi e oggettivi dell'infrazione stessa”; tuttavia, nel caso di specie, è stata ritenuta eccessiva la durata della fase preistruttoria protrattasi per circa quattro anni in un procedimento concernente un'intesa *antitrust*, anche perché, dall'esame della documentazione agli atti del processo, l'autorità è risultata in possesso degli elementi poi posti a fondamento dell'avvio del procedimento e della relativa contestazione già da tempo, cosicché il tempo della c.d. preistruttoria è apparso incongruo;
- d3) Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2020, n. 1046, ha ribadito che «appare condivisibile quell'orientamento giurisprudenziale, per cui i termini perentori previsti dall'art. 14 l. n. 689/1981 non siano applicabili ai procedimenti di competenza dell'Agcm in materia di illeciti anticoncorrenziali, avendo tale norma carattere suppletivo in assenza di una disciplina speciale, nel caso di specie costituita dalla disciplina dei procedimenti di competenza dell'Autorità dettata dal d.P.R. n. 217/1998»;
- d4) Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2020, n. 3572: «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»;

- d5) al contrario, Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2022, n. 834, ha ritenuto: “[...] applicabile in via diretta nei procedimenti anti-trust il termine decadenziale di cui all’art. 14 della l. 689/1981, sia in ogni caso qualora si invochi un termine appena ragionevole e congruo secondo i principi generali di cui all’art. 6 CEDU e all’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali UE [...] sul presupposto, quindi, che non sia ragionevole e congruo, neppure nelle condizioni in cui si è svolta la vicenda in esame, un termine protrattosi per circa tre anni”, precisando che: “Per la sua natura il vizio accertato [...], implicante la decadenza dell’Autorità dal potere tardivamente esercitato, potrebbe essere peraltro assimilato in una qualche misura al vizio di incompetenza, al cospetto del quale come noto l’Adunanza plenaria di questo Consiglio (con la sentenza n. 5 del 2015) ha ritenuto che ricorra un’ipotesi di assorbimento legale ovvero obbligatorio di ogni altro vizio dedotto”;
- d6) nello stesso senso, viene poi ricordata anche Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2022, n. 878, che ha ribadito che «la decadenza dell’Autorità dal potere tardivamente esercitato, potrebbe essere assimilata in una qualche misura al vizio di incompetenza [che determina] un’ipotesi di assorbimento legale ovvero obbligatorio di ogni altro vizio dedotto»;
- d7) Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8503: «pare evidente [...] che fin dal 2015 l’Autorità era stata resa edotta, con riferimento a più di un episodio rilevante, come il mercato [...] era percorso da potenziali interventi distorsivi coagulati in intese tra player leader del settore [inoltre] tale situazione conoscitiva imponeva all’Autorità un pronto intervento istruttorio, non solo volto al fine di sanzionare i protagonisti dei comportamenti anticoncorrenziali ma, soprattutto, a tutela del mercato di riferimento e degli altri operatori economici esclusi dall’asserito collegamento illecito nonché a tutela delle stazioni appaltanti. Ciò, per come è documentato in atti, non è avvenuto se non dopo l’esposto anonimo (ma estremamente circostanziato e predisposto con linguaggio giuridico-economico assolutamente appropriato e denso di informazioni rilevanti): si constata, dunque, nella vicenda qui in esame, che sono trascorsi circa tre anni tra il ricevimento delle prime segnalazioni e la comunicazione dell’atto di contestazione, senza che nel frattempo l’Autorità abbia svolto alcuna attività istruttoria finalizzata a stabilirne la verità e completezza»;
- d8) Cons. Stato, sez. VI, 21 febbraio 2023, n. 1761, secondo cui: «nei casi in cui un procedimento istruttorio sia avviato a seguito di una segnalazione pervenuta all’Autorità, si può desumere dalla previsione di cui all’art. 13 della L. n. 287/1990 che, tendenzialmente, il termine per la contestazione dell’illecito/avvio dell’istruttoria decorre da tale momento, salvo che la segnalazione sia “incompleta” o “non veritiera”»;
- e) il Collegio, inoltre, precisa che i procedimenti per la repressione delle condotte *antitrust* assumono molto spesso anche una rilevanza Ue, pur se riguardino situazioni interne, e, in tal senso, richiama:
- e1) Corte di giustizia UE, 15 ottobre 2002, causa C-254/99, la quale, pur precisando che l’art. 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689, impone all’A.g.c.m. l’avvio del procedimento istruttorio, entro un termine decadenziale di novanta giorni, ha statuito l’obbligo per la Commissione europea, in relazione alle procedure *antitrust* condotte a livello europeo, di

concludere il procedimento (inteso come fase pre-istruttoria ed istruttoria vera e propria) entro un *termine ragionevole*;

- e2) Corte giust. UE, grande sezione, 11 dicembre 2007, causa C-280/06 (in *Giust. civ.*, 2008, I, 549) che ha ricordato quanto segue: «*Secondo un consolidato filone giurisprudenziale, la Corte è competente a conoscere di una domanda pregiudiziale qualora le regole comunitarie di cui è stata richiesta l'interpretazione siano applicabili mediante un rinvio ad esse operato dal diritto interno. In tali situazioni, quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che essa apporta a situazioni puramente interne, a quelle adottate nel diritto comunitario, esiste un interesse comunitario certo a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto comunitario ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate*»;
- f) secondo l'ordinanza in rassegna, risulta quindi necessario chiarire se tale disarmonia, nell'avvio delle indagini *antitrust*, in ragione del mercato nazionale o comune nel quale si sviluppa l'illecito, sia compatibile o meno con il diritto dell'Unione europea;
- g) invero, l'accertamento dell'A.g.c.m. non si esaurisce nella verifica della ricorrenza o meno di un fatto uni-sussistente (es. un'omissione, ovvero il possesso di un requisito), bensì si compone della presa di conoscenza di una serie complessiva di azioni, omissioni e fatti, dai quali inferire una condotta (di regola protratta nel tempo) da qualificare giuridicamente mediante un procedimento di sussunzione in una fattispecie astratta caratterizzata dalla descrizione del precetto, tramite concetti normativi non rigidamente definibili, nonché spesso riferibili ad altre scienze non esatte (es. «*prezzi eccessivi*»: sintagma normativo che rimanda alla scienza economica);
- h) in tale dimensione, la rigorosa applicazione dell'art. 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689, potrebbe incidere anche sull'autonomia dell'Autorità; invero, risulta palese che l'imposizione di un termine di decadenza di novanta giorni si traduce, nella pratica, nell'obbligo di avviare le istruttorie secondo un criterio meramente cronologico, comprimendo la discrezionalità dell'A.g.c.m.; al contrario, l'art. 5, comma 1, lett. f), della delibera A.g.c.m. del 1° aprile 2015, n. 25411, prevede la possibilità che l'Autorità si pronunci con atto di «*non luogo a provvedere per sporadiche richieste di intervento relative a condotte isolate ovvero non rientranti tra le priorità di intervento dell'Autorità, in ragione degli obiettivi di razionalizzazione, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa*»;
- i) tuttavia, la riconducibilità delle sanzioni irrogate dall'A.g.c.m. al campo parapenalistico (secondo i c.d. *Engel criteria*) determina il rispetto delle garanzie, anche procedurali, di cui all'art. 6 Cedu e art. 41 Carta di Nizza; in particolare, tra i principi del *fair trial* vi è sicuramente l'obbligo, per l'autorità pubblica, di contestare la violazione «*nel più breve tempo possibile*», al fine di garantire la parità delle armi ed evitare che il tempo trascorso possa tornare in danno dell'accusato, ledendo il suo diritto di difesa;
- j) inoltre, l'applicazione di un termine di decadenza per l'avvio del procedimento istruttorio, a fronte di condotte illecite, ancora in corso (ovverosia di c.d. illeciti permanenti), appare contraddittoria ed illogica, atteso che determina una sostanziale impossibilità per l'autorità antitrust di reprimere fatti illeciti che

continuano ad offendere l'interesse pubblico che quest'ultima, istituzionalmente, deve curare;

- k) in ogni caso, in relazione all'esigenza di certezza del diritto, il collegio fa notare che l'ordinamento italiano già prevede, onde evitare contestazioni che possano sopraggiungere dopo un tempo eccessivamente lungo, il termine di prescrizione quinquennale decorrente dalla cessazione della condotta illecita (art. 28 della legge n. 689 del 1981).

III – Per completezza, va osservato quanto segue:

- l) la particolare durata dei procedimenti *antitrust* e il recente mutamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato in senso garantista, è stata oggetto di attenzione da parte della stampa: sul punto AINIS, "I tempi lunghi dell'*antitrust*", in "la Repubblica", 6 maggio 2023, che sottopone a severa critica il più recente orientamento del Consiglio di Stato, teso ad annullare, con asserita facilità, complesse istruttorie per vizi formali correlati al tempo ritenuto troppo lungo di accertamento degli illeciti anti-concorrenziali;
- m) Va evidenziato che i problemi più rilevanti in ordine all'applicazione dell'art. 14 della legge n. 689 cit. (inerenti alla c.d. tempestività della contestazione dell'illecito), dipendono da una lettura più o meno sistematica del procedimento sanzionatorio disegnato dalla legge n. 689 e in sé stesso concluso. Esso prevede, dopo l'acquisizione del fatto illecito, appositi accertamenti (art. 13), la contestazione da effettuarsi entro un dato termine dalla conclusione degli accertamenti (art. 14), ai fini dell'ammissione alla c.d. sanzione ridotta (art. 16), indi un rapporto all'autorità amministrativa (art. 17) e un contraddittorio eventuale (art. 18, comma 1°), l'emissione dell'ordinanza-archiviazione oppure dell'ordinanza-ingiunzione della sanzione (art. 18, comma 2°) e il ricorso (eventuale) giurisdizionale (art. 22);
- n) in considerazione, dunque, della flessibilità della risposta sanzionatoria amministrativa, nel lontano anno 1981, il legislatore ritenne di prevedere sì un termine di prescrizione (art. 28), come per la sanzione penale, ma non un termine di durata massima delle indagini e degli accertamenti – com'è previsto per le indagini preliminari (o per l'istruttoria) dal codice di procedura penale stabilito in via ordinaria in un anno (art. 405, comma 2, c.p.p.). Pertanto, il termine per la conclusione degli accertamenti, relativo alle sanzioni amministrative, risulta improntato a canoni di ragionevolezza, come ha precisato sia la giurisprudenza civile che la giurisprudenza amministrativa;
- o) infine, va rilevato che non dissimilmente dagli illeciti penali, anche per gli illeciti amministrativi, può porsi una questione inerente la natura di illecito permanente per talune condotte antiggiuridiche, che richiedono e rendono possibile una risposta sanzionatoria, che può intervenire ad interrompere la permanenza della violazione, in qualsiasi momento entro il termine di prescrizione. Un esempio tipico di illecito permanente è proprio quello rappresentato dall'illecito *antitrust*;
- p) sul principio di *legalità procedimentale*, con riferimento all'attività di regolazione delle autorità indipendenti, quale compensazione del deficit di *legalità sostanziale*, che in effetti caratterizzerebbe le stesse, cfr. Ad. plen. 3 settembre 2019, n. 9 (in *Foro it.*, 2019, III, 565, con nota di TRAVI, nonché oggetto della News US n.

107, del 15 ottobre 2019, cui si rinvia per ogni approfondimento); peraltro, secondo la Plenaria, gli atti di accertamento di inadempimenti avrebbero natura di provvedimento-sanzionatorio, con ogni conseguenza quanto ai tempi e alle modalità delle contestazioni; diversamente, gli atti che invece riscontrino situazioni di regolarità (contabile ed amministrativa), sarebbero «atti paritetici»; detta distinzione è però criticata dalla nota di TRAVI, *ivi*, secondo cui la tesi della Plenaria desta “perplexità”, nella misura in cui l’applicazione di una sanzione implica sempre “[...] la verifica, da parte dell’organo competente e sotto la sua responsabilità, della effettiva sussistenza della violazione, e quindi non dovrebbe arrestarsi all’atto di accertamento”; da ciò deriva che “l’attività di accertamento svolta [nel caso di specie] dal Gse è sempre la medesima, sia che la verifica abbia un esito positivo, sia che la verifica abbia un esito negativo. L’attività di accertamento svolta nei due ordini di casi presenta gli stessi caratteri e costituisce espressione di una medesima funzione: in entrambi i casi una situazione di fatto viene verificata dal Gse e viene qualificata in relazione a un dovere giuridico pregresso. L’esito finale dell’accertamento non modifica dunque la natura giuridica dell’attività svolta”;

q) sul tema, *amplius*, l’accurato contributo dell’Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa (a cura di Guarracino, *Parere sul tema della tardività dell’avvio dell’azione sanzionatoria antitrust*), il quale evidenzia come spesso le discipline delle diverse autorità indipendenti istituite prevedano diversi tempi di contestazione degli accertamenti condotti e invero una articolazione del procedimento sanzionatorio, che si discosta da quello raffigurato dalla legge n. 689 del 1981:

q1) l’art. 45, comma 5, del d.lgs. 1° giugno 2011, n. 93, infatti, prevede, per i procedimenti sanzionatori dell’ARERA, che: “[il] termine per la notifica degli estremi della violazione agli interessati residenti nel territorio della Repubblica, di cui all’articolo 14, comma 2, della legge 24 novembre 1981, n. 689, [è quello di] di centottanta giorni”;

q2) per Banca d’Italia e Consob, l’art. 195, comma 1, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, prevede che “[...] le sanzioni amministrative previste nel presente titolo sono applicate dalla Banca d’Italia o dalla Consob, secondo le rispettive competenze, con provvedimento motivato, previa contestazione degli addebiti agli interessati, da effettuarsi entro centottanta giorni dall’accertamento ovvero entro trecentosessanta giorni se l’interessato risiede o ha la sede all’estero [...]”; l’art. 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, ha introdotto una disposizione, comune a Banca d’Italia, CONSOB, ISVAP (ora IVASS) e COVIP, che affida alle stesse l’adozione di disposizioni in materia di procedimenti per l’emanazione di provvedimenti individuali e sanzionatori; l’art. 9, comma 3, del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (“Codice delle assicurazioni private”), prevede: “[...] l’IVASS disciplina [...] i procedimenti relativi all’accertamento delle violazioni ed all’irrogazione delle sanzioni [...]”, il cui art. 12 del regolamento n. 39 del 2 agosto 2018 stabilisce che il procedimento sanzionatorio ha inizio, con contestazione formale, ai responsabili delle violazioni riscontrate, nel termine di 120 o di 180 gg. dall’accertamento (a seconda che si tratti di soggetti residenti in Italia o all’estero); invece, le “Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni [...]” della Banca d’Italia, nell’ambito del Meccanismo di vigilanza unico, in virtù del reg.

(UE) n. 1024/13 e anche degli artt. 6, 6-bis e 144-septies TUB, prevedono un termine per avviare la procedura sanzionatoria, mediante la notifica della contestazione formale, nei confronti dei soggetti ritenuti responsabili delle violazioni riscontrate, che è di 90 gg. o di 180 gg. dall'accertamento, a seconda si tratti di procedura *ex art. 145 TUB* o *art. 195 TUIF*, per i soggetti residenti in Italia, e di 360 gg. per i soggetti residenti all'estero; con riguardo alla COVIP, l'art. 19-*quinquies* del d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, prevede che la contestazione degli addebiti avvenga “[...] *nel termine di novanta giorni dall'accertamento dell'infrazione ovvero nel termine di centottanta giorni per i soggetti residenti all'estero*”;

q3) l'art. 222, comma 13, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, stabilisce che l'ANAC esercita il potere di irrogare sanzioni pecuniarie “*nel rispetto dei principi di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689*” e che “*con propri atti l'ANAC disciplina i procedimenti sanzionatori di sua competenza*”;

q4) quanto al Garante per la protezione dei dati personali, v'è una specifica disciplina nel codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), segnatamente nei commi 5 e 7 dell'art. 166;

q5) in materia di *antitrust*, cfr. l'art. 31 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, il quale dispone che “*per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689*”, il cui art. 12, a propria volta, prevede che le disposizioni contenute nel capo I della medesima legge “*si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro*”;

q6) rammenta l'Ufficio studi che l'inciso “*in quanto applicabili*”, contenuto nell'art. 31 della legge n. 287 del 1990, ha aperto una discussione in merito all'applicazione dell'art. 14 della legge n. 689 del 1981; in dottrina si è sostenuto che l'art. 14 cit., sul termine per la contestazione degli illeciti, non sarebbe applicabile *in subiecta materia*, a causa della specialità della disciplina *antitrust*, poiché lo spazio previsto per la partecipazione degli interessati (contraddittorio) inciderebbe sui tempi della procedura; mentre, la giurisprudenza, più recentemente, si è divisa sulla questione di principio dell'applicabilità o meno dell'art. 14 della legge n. 689 del 1981 (e anche circa il *dies o quo* della decorrenza del termine), ai procedimenti sanzionatori in materia *antitrust*, ma con esiti temperati dal fatto di non dubitare, comunque, della possibilità di sindacare la ragionevolezza della durata della fase preliminare delle indagini;

r) va tuttavia ricordato che la Corte costituzionale, con sentenza 12 luglio 2021, n. 151, a proposito della durata degli accertamenti *antitrust*, seppur nel contesto di una declaratoria di inammissibilità della q.l.c. posta, ha avuto modo di ammonire il legislatore circa il protrarsi di quella che ha definito essere una lacuna normativa, nel momento in cui la mancanza di un preciso termine di riferimento circa la durata del procedimento e il tempo della contestazione “*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*” e che rende ineludibile un tempestivo intervento legislativo;

- s) quanto al procedimento *antitrust* europeo, in base alla disciplina applicativa delle disposizioni in materia di concorrenza, di cui agli artt. 101 e 102 TFUE, contenuta nel regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio e nel regolamento CE n. 773/2004 della Commissione, va ricordato come anche il procedimento *antitrust* europeo risulti strutturato in tre fasi: I) gli uffici della DG Concorrenza, acquisita la notizia di illecito *antitrust*, effettuano i primi accertamenti e comunicano gli addebiti *statement of objections*; II) si apre, quindi, la fase istruttoria, in cui le parti possono esercitare i loro diritti difensivi (prendere visione del fascicolo investigativo, replicare per iscritto agli addebiti, essere sentite); III) segue la fase decisoria, nella quale non sono previsti termini perentori, mentre l’art. 25 del reg. n. 1/2003 prevede solo termini di prescrizione; tutto ciò però non comporta affatto che la Commissione possa ritardare a piacimento l’avvio della procedura formale, poiché il procedimento, comunque, resta soggetto al rispetto del principio generale sulla ragionevolezza del termine, che è sancito nell’art. 41, § 1, Carta dei diritti fondamentali dell’Ue (“ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate [...] entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell’Unione”), principio che è stato richiamato da varie pronunce della Corte di giustizia Ue (cfr. sentenza del 15 ottobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c/Commissione*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, EU:C:2002:582, punti 230 e 231) e della Corte EDU (prima sezione, 15 dicembre 2022, *Gherardi Martiri c. San Marino*, punto 125);
- t) infine, va ricordato che la 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” non stabilisce alcun termine per la comunicazione degli addebiti (c.d. contestazione), sebbene possa comunque ritenersi che non impedisca agli Stati membri di prevedere ugualmente termini, a pena di decadenza; v’è poi, anche nel sistema dei diritto UE, la previsione del termine di prescrizione in senso proprio, pure richiamato nel 70° considerando della succitata direttiva (UE) 2019/1, secondo il quale: “al fine di garantire l’applicazione efficace degli articoli 101 e 102 TFUE da parte delle ANC, è necessario prevedere norme funzionali in materia di termini di prescrizione”;
- u) in conclusione, può osservarsi come le controversie riguardanti la tempestività della contestazione formale delle violazioni s’incentrano, più propriamente, sul *dies a quo* del termine ultimo per la contestazione, cioè sul momento nel quale matura la conclusione dell’accertamento (preliminare) e sul tempo impiegato per concluderlo;
- v) gli approdi giurisprudenziali raggiunti sull’art. 14 della legge n. 689 del 1981 sono gli stessi sia per la giurisprudenza civile (*ex multis*: Cass. civ., sez. II, 19 aprile 2023, n. 10475, in *Giust. civ. Mass.*, 2023) sia per quella amministrativa (*ex plurimis*: Cons. Stato, sez. VI, 12 gennaio 2023, nn. 410 e 413) e sanciscono che – in assenza di un chiaro termine di durata massima degli accertamenti (come accade nel settore penale *stricto sensu*) – il giudice può sindacare la ragionevolezza del tempo impiegato per l’accertamento e, in particolare, verificare se vi sia stata una

ingiustificata e protratta inerzia, durante o dopo la raccolta dei dati di indagine, e individuare il momento iniziale del termine per la contestazione non nel giorno in cui l'accertamento è stato concluso, ma in quello in cui avrebbe potuto esserlo (con un giudizio *ex ante*, sulla base delle deduzioni dell'amministrazione e dell'esame degli atti relativi all'accertamento, apprezzando l'eventuale superfluità degli atti di indagine, ma senza sostituirsi nelle valutazioni proprie dell'amministrazione);

w) più in generale, può auspicarsi che una legge generale o le leggi istitutive delle diverse autorità indipendenti prevedano termini più certi sulla durata degli accertamenti e delle indagini istruttorie, cui consegua una contestazione e, dopo contraddittorio (necessario), l'inflizione di una sanzione amministrativa o l'archiviazione:

w1) ciò in quanto l'ordinamento ha, negli anni più recenti, fatto molto ricorso alla tecnica punitiva-sanzionatoria imperniata sulle sanzioni amministrative, che, a volte, possono raggiungere, se pecuniarie, importi ragguardevoli, e che, in effetti, hanno una portata punitiva (e dissuasiva) paragonabile a quella di una sanzione penale (sovente non espiata o non espiabile per facile concessione di benefici vari);

w2) in particolare, è proprio nell'ambito delle funzioni svolte dalle c.d. *authorities* che si rintracciano sanzioni amministrative di rilievo, che vengono contestate a seguito di procedimenti complessi, che comunque consentono ampio contraddittorio;

w3) viceversa, la sistematica immaginata dalla legge n. 689 del 1981, risalente invero a oltre quarant'anni or sono, prevede un contraddittorio eventuale avendo riguardo a ipotesi di più limitato ambito applicativo e riporta quindi, ancora oggi, una procedura attagliata a siffatte ipotesi minori; al contrario, si può osservare come testi normativi più recenti, come il d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 sulle sanzioni amministrative tributarie (più volte modificato, insieme ad altre norme correlate), prevedano diverse forme di contraddittorio e termini per la contestazione e di prescrizione più ampi e più modulati rispetto alla complessità delle mutevoli fattispecie, che vengono in considerazione;

x) in dottrina, *ex multis*: CANNADA BARTOLI, (voce) *Illecito. c) Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 112 ss; PALIERO-TRAVI, (voce) *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 345 ss; SINISCALCO, (voce) *Depenalizzazione*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, 1989; M. A. SANDULLI, (voce) *Sanzione. IV) Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1992; CASSETTA, (voce) *Illecito amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, p. 89 ss; CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in CASSESE (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo. Dir. amm. spec.*, tomo I, Milano, II ed., 2003, p. 579 ss; CERBO, *Vigilanza e sanzioni di natura amministrativa*, in *Società*, 2010, 39.

