

ARTICOLI

La rete europea della concorrenza: disciplina e problemi aperti

ANDREINA SCOGNAMIGLIO

Professoressa ordinaria di Diritto Amministrativo
Università degli Studi del Molise

Dialoghi di Diritto dell'Economia

Rivista diretta da

Danny Busch, Raffaele Lener, Roberto Natoli, Andrea Sacco Ginevri,
Filippo Sartori, Antonella Sciarrone Alibrandi

Direttore editoriale

Andrea Marangoni

Coordinatore editoriale

Francesco Petrosino

Direttori di area

Attività, governance e regolazione bancaria

Prof. Alberto Urbani, Prof. Diego Rossano, Prof. Francesco Ciraolo, Prof.ssa Carmela Robustella, Prof. Gian Luca Greco, Prof. Federico Riganti, Dott. Luca Lentini, Dott. Edoardo Cecchinato, Dott.ssa Angela Galato

Mercato dei capitali finanza strutturata

Prof. Matteo De Poli, Prof. Filippo Annunziata, Prof. Ugo Malvagna, Prof. Alain Pietrancosta, Prof.ssa Paola Lucantoni, Dott.ssa Anna Toniolo

Assicurazioni e previdenza

Prof. Paoloefisio Corrias, Prof. Michele Siri, Prof. Pierpaolo Marano, Prof. Giovanni Maria Berti De Marinis, Prof. Robert Merkin, Prof.ssa Kyriaki Noussia, Dott. Massimo Mazzola

Contratti di impresa, concorrenza e mercati regolati

Prof.ssa Maddalena Rabitti, Prof.ssa Michela Passalacqua, Prof.ssa Maddalena Semeraro, Prof.ssa Mariateresa Maggiolino, Dott. Gianpaolo Panetta

Diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza

Prof. Aldo Angelo Dolmetta, Prof. Gianluca Mucciarone, Prof. Francesco Accettella, Dott. Antonio Didone, Prof. Alessio di Amato, Prof. Ignacio Tirado

Fiscalità finanziaria

Prof. Andrea Giovanardi, Prof. Nicola Sartori, Prof. Francesco Albertini

Istituzioni dell'economia e politiche pubbliche

Prof.ssa Michela Passalacqua, Prof. Francesco Moliterni, Prof. Giovanni Luchena, Dott.ssa Stefania Cavaliere, Dott. Lorenzo Rodio Nico

Criteri di Revisione

I contributi proposti alla Rivista per la pubblicazione sono sottoposti a una previa valutazione interna da parte della Direzione o di uno dei Direttori d'Area; il quale provvede ad assegnare il contributo a un revisore esterno alla Rivista, selezionato, *rationes materiae*, fra professori, ricercatori o assegnisti di ricerca.

La rivista adotta il procedimento di revisione tra pari a singolo cieco (*single blind peer review*) per assicurarsi che il materiale inviato rimanga strettamente confidenziale durante il procedimento di revisione.

Qualora il valutatore esprima un parere favorevole alla pubblicazione subordinato all'introduzione di modifiche, aggiunte o correzioni, la Direzione si riserva di negare la pubblicazione dell'articolo. Nel caso in cui la Direzione decida per la pubblicazione, deve verificare previamente che l'Autore abbia apportato le modifiche richieste dal Revisore.

Qualora il revisore abbia espresso un giudizio negativo, il contributo può essere rifiutato oppure inviato, su parere favorevole della maggioranza dei Direttori dell'area competente *rationes materiae*, a un nuovo revisore esterno per un ulteriore giudizio. In caso di nuovo giudizio negativo, il contributo viene senz'altro rifiutato.

La rete europea della concorrenza: disciplina e problemi aperti

ANDREINA SCOGNAMIGLIO

Professoressa ordinaria di Diritto Amministrativo
Università degli Studi del Molise

SOMMARIO: 1. Le reti in senso giuridico. - 2. La rete delle autorità garanti della concorrenza. - 3. Le regole di riparto della competenza all'interno della rete. - 4. L'obbligo di cooperazione e di scambio di informazioni tra le autorità. - 5. La soluzione dei conflitti interni alla rete. - 6. Il problema della asimmetria tra gli ordinamenti e la direttiva 1/2019. - 7. Autonomia procedurale degli Stati membri ed equiparazione delle tutele. Due casi che riguardano l'Italia: il problema dei termini per la comunicazione dell'avvio del procedimento antitrust. - 8. (segue) il problema della immediata impugnabilità dell'ordine di ispezione.

1. Le reti in senso giuridico

Il termine rete si è progressivamente imposto nella scienza giuridica come espressione di sintesi di una figura organizzativa di coordinamento e di collaborazione tra soggetti in pari posizione tra di loro⁰¹.

In diritto pubblico, in particolare, questa peculiare figura di coordinamento è stata utilizzata nei rapporti tra differenti tipi di organizzazioni di governi⁰² per far fronte a fenomeni particolarmente complessi attraverso una forma di *governance* globale. Il modello

⁰¹ In teoria generale, sull'arretramento del modello giuridico piramidale e gerarchico tradizionale a vantaggio della rete policentrica e flessibile., F. OST E M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?: Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2010; I. DALDOSS, *Piramide e rete nella scienza giuridica: tra cambi di paradigma compresenza dialettica*, in *Sociologia del diritto*, 2024.

⁰² "Dalle corti ai legislatori ai regolatori per realizzare un più rapido scambio di informazioni, un più efficace coordinamento di politiche e una più stretta collaborazione per la soluzione di problemi complessi", così L. AMMANNATI, *Governance e regolazione attraverso reti*, in *Governance dell'economia e integrazione europea. Governance multilivello regolazione reti*, a cura di L. Ammannati e P. Bilancia, Giuffrè 2008.

della "rete" si è quindi sviluppato in contrapposizione al tipo organizzativo gerarchico e chiuso dello stato costruito secondo il modello dell'ordinamento sovrano⁰³.

In mancanza di una disciplina generale che individui a priori i connotati propri di quella che possiamo definire "amministrazione reticolare"⁰⁴, le caratteristiche della rete devono essere necessariamente dedotte dalla prassi e dalle normative di settore⁰⁵.

La morfologia delle reti è dunque variegata. Inoltre esse sono flessibili ed adattabili alle esigenze che di volta in volta devono essere soddisfatte.

La dottrina ne ha comunque individuato alcuni tratti caratteristici.

I segmenti di cui la rete è composta, i "nodi" per restare all'immagine della "rete", non sono gli Stati, o comunque non sono organizzazioni complesse, ma singoli uffici di questi. I segmenti che compongono la rete e che appartengono dunque a entità o apparati diversi si collocano in posizione paritaria. La rete ha pertanto una dimensione tipicamente orizzontale. "Il risultato è costituito da un sistema di *governance without government* nel quale non c'è una struttura unitaria e compatta di governo, ma di questo vi

⁰³ Per questi aspetti S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, 2003, 21-22.

⁰⁴ Diversamente, nel settore del diritto privato, il legislatore italiano, con una normativa unica a livello europeo, ha introdotto una regolamentazione normativa del fenomeno per una specifica tipologia di "contratto di rete" tra imprese (articolo 3, commi 4-ter, 4-quater e 4-quinquies, decreto-legge n. 5/2009, convertito con legge n. 33/2009). La definizione normativa del contratto di rete fa riferimento al contratto con il quale "più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnico o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa". E' però significativa della difficoltà di imbrigliare il fenomeno la circostanza per la quale la prassi sia andata oltre il modello tipizzato dal legislatore. Le reti tra imprese sono infatti prevalentemente utilizzate dalle multinazionali le quali assumono il controllo dei processi produttivi globali per sfruttare i vantaggi comparativi offerti dai diversi ordinamenti. Sul contratto di rete tra imprese: A. SERRA, *Contratto di rete e soggettività giuridica*, in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2014; R. SANTAGATA, *Il "contratto di rete" fra (comunione di) impresa e società (consortile)*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, 323 ss.; F. CAFAGGI, (a cura di), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, in *Nuove sfide per diritto ed economia*, Bologna, Il Mulino, 2004; M. R. MAUGERI, *Reti di imprese, contratto di rete e reti contrattuali*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, 951ss.; G. MOSCO, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2010, 839 ss.

⁰⁵ Per questa ragione si è osservato, vedi E. FREDIANI, *Il diritto amministrativo "reticolare" e la "natura delle cose": rileggendo la gestione di affari di Enzo Capaccioli* in *Diritto Amministrativo*, 2009, 981 ss. che lo studio del modello della rete e dei suoi rapporti con il diritto amministrativo implica anche un cambiamento di metodo; "l'abbandono del metodo deduttivo classico che parte dai principi e dalle regole e da essi discende a cascata verso la realtà dei fatti e l'adozione di un metodo di studio che parta dal basso (i casi concreti che si manifestano nella fattualità) e da esso possa progressivamente risalire verso un nuovo e più consapevole, in quanto fattualmente fondato, inquadramento dei modelli di organizzazione ed azione amministrativa".

sono l'azione e le funzioni"⁰⁶.

Può dunque estendersi alla "rete" l'osservazione, già autorevolmente argomentata con riferimento a diverse figure di coordinamento⁰⁷, per la quale questa non dà luogo ad una organizzazione istituzionalizzata, bensì ad un rapporto procedimentale tra centri diversi in rapporto di equiordinazione tra di loro.

2. La rete delle autorità garanti della concorrenza

La "rete europea delle autorità di concorrenza" è composta dalla Commissione europea e dalle autorità nazionali garanti della concorrenza (*European Competition Network - ECN*).

La "rete" è qui espressione di sintesi di una relazione tra le autorità preposte alla applicazione del diritto antitrust che è caratterizzata da una fitta trama di rapporti di "informazione, consultazione e stretta cooperazione" di tipo verticale, tra la Commissione e le Autorità nazionali, ed orizzontale, tra le Autorità dei singoli stati membri⁰⁸. Le autorità della rete lavorano insieme sui casi che ricadono nell'ambito di applicabilità degli articoli 101 e 102 del Trattato e sono tutte competenti ad adottare decisioni in applicazione di tali norme.

Il modello di *enforcement* del diritto europeo della concorrenza, introdotto dal regolamento n. 1/2003,⁰⁹ innova in modo radicale quello fortemente accentrato sulla Commissione e gerarchico proprio della prima fase di applicazione del diritto europeo della

06 Così S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, cit., 21-25, il quale individua questi elementi quali tratti caratteristici necessari della figura organizzativa della rete. A questi se ne possono aggiungere altri, eventuali. "la serie di uffici tra cui si stabilisce la collaborazione può essere aperta o chiusa. L'interdipendenza può essere solo verticale o anche orizzontale".

07 Secondo quanto già rilevava M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 299ss. a proposito del rapporto tra figure soggettive equiordinate, in generale.

08 La *Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle Autorità garanti della concorrenza*, G.U. C-101, 27 aprile 2004, 43, così definisce i tratti essenziali della rete: "la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri formano insieme una rete di pubbliche Autorità: esse operano nell'interesse pubblico e cooperano strettamente per tutelare la concorrenza. La rete costituisce un foro di discussione e di cooperazione in materia di applicazione e di vigilanza sul rispetto della politica comunitaria della concorrenza. Essa costituisce il quadro nel quale si realizza la cooperazione tra le Autorità europee garanti della concorrenza sui casi ai quali si applicano gli articoli 81 e 82 del trattato e rappresenta la base per instaurare e preservare una cultura comune in materia di concorrenza in Europa".

09 Regolamento (CE), n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato.

concorrenza¹⁰.

Le ragioni della svolta operata nel 2003 risiedono non solo nella consapevolezza dei limiti del sistema accentrato¹¹, ma anche nel progressivo affinamento dei sistemi nazionali di tutela della concorrenza. Inoltre il passaggio dal modello accentrato a quello decentrato di *enforcement* del diritto della concorrenza è giustificato dal consolidamento di una prassi operativa e della interpretazione della disciplina sostanziale da applicare, ad opera della Commissione e delle istituzioni europee, che è stato ritenuto tale da poter orientare in modo sufficientemente uniforme l'attività delle autorità nazionali.

Questa spiegazione trova una conferma indiretta nella scelta operata dal regolamento europeo sui mercati digitali¹²: la novità del fenomeno, la sua dimensione tendenzialmente transnazionale e l'assenza di una prassi consolidata hanno giustificato, in questo

10 Il settore della concorrenza si è inizialmente orientato in un senso decisamente centralistico. Anzi ha costituito uno dei pochi ambiti nei quali alle istituzioni europee è stato riservato l'esercizio diretto di funzioni amministrative. Nel sistema di controllo accentrato disegnato dal Regolamento n. 17 del 6 febbraio 1962, "Primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato" le intese che rischiavano di pregiudicare il commercio tra Stati membri imponendo restrizioni alla concorrenza dovevano essere notificate alla Commissione titolare della competenza esclusiva ad autorizzare accordi restrittivi della concorrenza tali da soddisfare le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. A favore della scelta per un modello di *enforcement* fortemente centralizzato e di tipo essenzialmente amministrativo, operata dal primo regolamento di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato, hanno giocato l'esigenza di assicurare una applicazione uniforme delle norme della concorrenza nonché l'iniziale sfiducia nella capacità degli Stati membri di dare effettiva applicazione alle regole comunitarie. E in effetti fino agli anni '60 del secolo scorso nella maggior parte degli Stati membri mancava una disciplina organica della concorrenza e mancavano anche apparati esecutivi propriamente dedicati alla sua applicazione.

11 I limiti della disciplina introdotta dal regolamento 17/62, con la previsione della competenza esclusiva della Commissione di adottare decisioni di esenzione, sono analizzati ne "Il Libro Bianco della Commissione sulla modernizzazione del diritto della concorrenza comunitario", Bruxelles 28 aprile 1999, ove in particolare si osserva che il sistema di *enforcement* del diritto europeo della concorrenza accentrato sulla Commissione ha impedito all'amministrazione comunitaria di concentrare la sua attenzione sui casi più gravi ed abbia inoltre determinato un allungamento dei tempi necessari per la chiusura dei procedimenti in misura spesso intollerabile per le imprese. Vedi anche il 3° considerando delle premesse al regolamento 1/2003 per il quale il sistema accentrato ha frenato l'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie da parte delle giurisdizioni e delle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Sulla base di queste premesse, la *modernizzazione* ha comportato in primo luogo la fine del monopolio della Commissione sulle richieste individuali di esenzione. L'obbligo della notifica preventiva di determinate operazioni è sostituito "c.d. sistema di eccezione legale; pertanto, un'intesa destinata per le sue caratteristiche a ricadere nell'alveo del divieto, che riveli nel contempo di avere le carte in regola per passare il test prefigurato dall'art. 81, par. 3, viene esentata ipso facto, senza bisogno di aprire procedimenti e di attendere un assenso formalizzato in una deliberazione" così A. FRIGNANI, *La messa in opera delle nuove norme antitrust comunitarie (il Regolamento 1/2003 e suoi riflessi nel diritto italiano)* in *Il Diritto Industriale*, 2004, 457.

12 Ovvero dal regolamento sui mercati digitali, reg. 2022/1925 (*Digital Markets Act*, Dma).

caso, l'accentramento dei compiti di esecuzione in capo alla Commissione¹³, secondo il modello della amministrazione diretta, mentre alle autorità della concorrenza nazionali è riservato un ruolo strumentale di indagine e di raccolta delle informazioni¹⁴.

Del resto la flessibilità, che è caratteristica del modello della rete, consente uno slittamento dei poteri di nuovo verso il centro ove si presenti la necessità di un più elevato livello di armonizzazione¹⁵.

3. Le regole di riparto della competenza all'interno della rete

Il modello della rete delle autorità europee della concorrenza presenta tre tratti caratteristici: una sorta di "neutralità o di equivalenza" tra i vari segmenti o nodi che costituiscono la rete e che emerge nelle regole di riparto della competenza, quando si tratta cioè di individuare l'Autorità competente a trattare il singolo caso; la istituzionalizzazione di rapporti di collaborazione e di scambio delle informazioni tra le autorità della rete; la previsione di meccanismi atti a prevenire potenziali conflitti di decisioni tra autorità nazionali e Commissione.

13 La competenza esclusiva della Commissione emerge dal considerando 91 del regolamento, per il quale la Commissione "è l'unica autorità a cui è conferito il potere di applicare il presente regolamento". Le ragioni della scelta per un assetto dei poteri di vigilanza, controllo e sanzione sui soggetti operanti nei mercati digitali fortemente centralizzato in capo alla Commissione sono individuate da L. TORCHIA, *I poteri di vigilanza, di controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2022, 1101 nella novità delle regole "che avrebbe potuto portare a dispersione, frammentazione ed esiti di applicazione incoerenti". Diversamente M. LIBERTINI, *Il regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2022, 1069, il quale pone in dubbio l'effettiva novità dei divieti contenuti nel Dma rispetto a fattispecie che ben avrebbero potuto essere risolte con una interpretazione estensiva della disciplina della concorrenza e in particolare del divieto di abuso di posizione dominante. Tuttavia, anche per M. Libertini, *op.loc. cit.* "la scelta politica per una applicazione accentrata ed uniforme della disciplina, con un ruolo meramente ausiliario delle autorità amministrative nazionali" è chiara.

14 Il ruolo strumentale delle autorità nazionali, investite esclusivamente di poteri di indagine e di assistenza alla Commissione, è sancito dal considerando 91 per il quale "gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità di conferire alle rispettive autorità nazionali competenti che applicano le norme in materia di concorrenza il potere di svolgere indagini relativamente a possibili inosservanze da parte dei gatekeeper di taluni obblighi di cui al presente regolamento" e dal considerando 90 per il quale "è opportuno che il sostegno da parte delle autorità nazionali alla Commissione possa comprendere la fornitura a quest'ultima di tutte le informazioni necessarie in loro possesso o di assistenza a essa, su richiesta, nell'esercizio dei suoi poteri, affinché la Commissione possa assolvere meglio i suoi compiti a norma del presente regolamento". In dettaglio per la distribuzione dei compiti di esecuzione tra la Commissione e le amministrazioni nazionali vedi L. TORCHIA, *I poteri di vigilanza, cit.*, 1101 ss e B. MARCHETTI, *L'esecuzione della regolazione digitale dell'Unione europea e il ruolo della Commissione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2024, 1096 ss.

15 L. AMMANNATI, *Passato, presente e futuro del modello della rete. Le sue trasformazioni nella governance europea dell'economia*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2018, p. 325 ss. per la quale quando la crisi economica o il peso delle politiche per il clima hanno evidenziato la necessità di meccanismi di centralizzazione nell'*enforcement* nei mercati finanziari o nel mercato dell'energia il modello della rete ha lasciato spazio a meccanismi di accentramento di tipo quasi gerarchico.

L'applicazione delle norme del Trattato in materia di tutela della concorrenza compete alla Commissione, alle autorità nazionali di tutela della concorrenza e anche alle giurisdizioni nazionali.

Queste ultime possono intervenire in due vesti.

In primo luogo, per l'effetto diretto degli artt. 101 e 102 del Trattato, ovvero per l'attuazione di dette disposizioni a creare diritti ed obblighi tra i singoli, una domanda di risarcimento dei danni causati da una condotta anticoncorrenziale è proponibile dinanzi alle giurisdizioni nazionali.

Inoltre l'ordinamento nazionale può assegnare alla autorità amministrativa solo compiti istruttori e di indagine, riservando alla giurisdizione la decisione finale di accertamento dell'illecito e di applicazione della sanzione.

I meccanismi di cooperazione e di coordinamento tra tutti i soggetti che hanno il potere di applicare le norme del Trattato coinvolgono perciò anche la giurisdizione. In virtù del principio di cooperazione, le corti possono sempre chiedere alla Commissione informazioni o pareri necessari per la decisione della causa e, d'altro lato, la Commissione e le autorità antitrust possono presentare le proprie osservazioni scritte – e, su autorizzazione della Corte, anche orali – nel giudizio in cui si faccia applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE¹⁶.

Il coordinamento comporta invece il divieto per le giurisdizioni nazionali di adottare decisioni in contrasto con una decisione della Commissione¹⁷.

La rete delle autorità di concorrenza connette la Commissione e le autorità nazionali della concorrenza. All'interno del sistema, le regole per il riparto della competenza sono strutturate come norme sulla divisione ottimale del lavoro tra diverse autorità, europea e nazionali, chiamate ad applicare la medesima normativa.

In quanto autorità meglio posizionata, la Commissione è investita del potere decisorio rispetto ad accordi e pratiche anticoncorrenziali che incidono sulla concorrenza in almeno tre Stati membri. Inoltre la competenza è della Commissione quando la tutela dell'interesse dell'Unione richiede una presa di posizione della Commissione per la novità del problema di concorrenza ovvero a garanzia della uniformità dell'interpretazione delle norme del Trattato o del rispetto effettivo delle regole di concorrenza.

¹⁶ Cfr. artt. 15 e 16 reg. 1/2003.

¹⁷ Ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1, quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 101 o 102 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Le giurisdizioni nazionali devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti pendenti dinanzi ad esse.

In difetto di interesse comunitario, l'autorità nazionale competente a trattare il singolo caso è individuata giusta criteri elastici di vicinanza e di idoneità che sono sanciti nel regolamento 1/2003 e nella già citata comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle Autorità garanti della concorrenza. La vicinanza è valutata con riferimento al dato spaziale, ovvero con riferimento al luogo in cui si manifestano gli effetti restrittivi dell'accordo o della pratica. L'idoneità attesta l'effettiva possibilità per l'Autorità nazionale di condurre efficacemente il procedimento dal punto di vista della raccolta delle prove e della applicazione delle sanzioni.

L'assenza di interesse comunitario o la valutazione della maggiore attitudine di una autorità nazionale, alla stregua dei criteri sopra ricordati, possono dunque giustificare il rigetto di una denuncia da parte della Commissione. Il sindacato sulla decisione di rigetto è di tipo estrinseco. E' limitato cioè all'errore, di fatto o di diritto, e al manifesto errore di valutazione. In sede giurisdizionale non è invece consentito censurare la valutazione della Commissione circa la sussistenza di interesse comunitario ad esaminare il caso¹⁸.

Già dall'apertura delle indagini, il dovere di cooperazione tra le autorità comporta l'obbligo di scambiare informazioni per individuare l'autorità nella posizione migliore per gestire l'indagine, al fine di una rapida attribuzione del caso e del relativo potere decisionario.

Quando un accordo o una pratica illeciti producono effetti restrittivi della concorrenza in più Stati membri, l'individuazione dell'autorità competente richiede necessariamente un accordo tra le diverse autorità astrattamente competenti. L'accordo può prevedere poi la concentrazione della competenza in capo ad una sola autorità, ovvero l'esercizio congiunto della competenza di più autorità nazionali che agiranno in parallelo dove l'intervento di una singola autorità non sarebbe sufficiente a far cessare l'infrazione. Il modello è stato sperimentato con successo in relazione al caso degli operatori del settore delle prenotazioni on-line che ha portato alla adozione da parte delle singole autorità

18 Sui limiti del sindacato giurisdizionale sulle decisioni di rigetto di una denuncia per assenza di interesse europeo all'esame della questione, vedi: Tribunale di primo grado, 11 gennaio 2017, *Topps Europe/Commissione*, T-699/14, EU:T:2017:2, punto 66. Di notevole interesse il principio enunciato da Tribunale di primo grado, 9 febbraio 2022, *Sped-Pro S.A. contro Commissione europea*, T-791/19, EU:T:22:67 per il quale il rispetto dei requisiti dello Stato di diritto è un fattore rilevante di cui la Commissione deve tener conto ai fini della determinazione dell'autorità garante della concorrenza che si trova nella posizione migliore per esaminare una denuncia. Pertanto il Tribunale ha censurato la decisione della Commissione che aveva indicato la autorità nazionale polacca quale organismo particolarmente appropriato per considerare le questioni sollevate nel reclamo per la conoscenza approfondita del mercato di riferimento e per aver già deciso casi aventi ad oggetto comportamenti analoghi, valutati peraltro come anticoncorrenziali. Il rigetto della denuncia non è giustificato in presenza di carenze sistemiche o generalizzate per quanto riguarda il rispetto dello Stato di diritto, quali l'insufficiente indipendenza rispetto all'esecutivo della autorità nazionale garante della concorrenza e dei giudici nazionali competenti a sindacarne le decisioni, che comportano un rischio reale di violazione dei diritti di un denunciante in caso di rigetto di una denuncia.

di decisioni che – pur nella diversità degli approcci – hanno consentito di promuovere misure idonee ad orientare le condotte dell'operatore in analogia direzione¹⁹.

Si è obiettato che per il suo carattere per così dire interno la decisione di allocazione del caso resterebbe riservata alle autorità senza produrre alcun diritto azionabile in capo alle imprese, anche quando l'individuazione di una o di un'altra autorità ha conseguenze rilevanti dal punto di vista della posizione dell'impresa²⁰. L'osservazione non sembra però del tutto esatta poiché la competenza della autorità nazionale a condurre il caso e a deciderlo può essere contestata, alla stregua dei criteri indicati nel regolamento e nella comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle Autorità garanti della concorrenza²¹.

Una volta esaurita questa fase, più autorità nazionali non possono agire sulla stessa base giuridica contro gli stessi accordi o pratiche della stessa impresa (o delle stesse imprese) sul medesimo mercato rilevante e geografico.

Lo stesso limite vale per la Commissione. L'avvio di un procedimento da parte della autorità europea spoglia della competenza le autorità nazionali le quali però devono essere previamente consultate.

Queste regole sono di gestione ottimale della rete, ma mirano anche a proteggere le imprese dal rischio di trovarsi sottoposte a procedimenti paralleli da parte di autorità nazionali e della Commissione²².

In questo senso posso essere viste come una applicazione del principio del *ne bis in idem* il quale vieta di sanzionare lo stesso soggetto più di una volta per un medesimo comportamento illecito.

Perché il principio possa trovare applicazione, deve essere soddisfatto il prerequisito della identità del fatto oggetto di contestazione. In mancanza di detta condizione viene meno l'*idem*²³.

La Corte di giustizia ha in più occasioni chiarito che cosa si debba intendere per iden-

19 Il caso è citato da O. MAIN, *I rapporti tra Commissione, Autorità nazionali e giudici nel settore antitrust*, in *Dizionario sistematico del diritto della Concorrenza*, a cura di L. F. Pace, Iovene, 2013, nt. 24.

20 Così B. MARCHETTI, *Le garanzie procedurali e processuali delle imprese nella rete europea della concorrenza*, in *Rivista della regolazione e dei mercati*, 1/2014.

21 La decisione è impugnabile. Nel caso Sped-Pro S.A. contro Commissione europea, citato a nt. 17, la decisione della Commissione di non trattare un caso è stata messa in discussione proprio sotto il profilo dell'inadeguatezza delle garanzie offerte dalla autorità nazionale.

22 Corte di Giustizia, 11 novembre 1981, *IBM c. Commissione*, C-60/81, EU:C:1981:264, punto 18, nonché l'ordinanza del 29 gennaio 2020, *S.C. and S.H. c. Commissione*, C-418/19, EU:C:2020:43, punto 73).

23 Vedi Corte di Giustizia (ottava sezione) 25 febbraio 2021, *Slovak Telekom a.s. c. Protimonopolny urad Slovenskej Republiky*, C-857/19, EU:C:2021:139 sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 267 TFUE dalla Corte suprema della Repubblica Slovacca.

tà del fatto oggetto del procedimento. L'*idem* si verifica "solo nell'ipotesi di procedimenti riguardanti le stesse imprese, per le medesime condotte asseritamente anticoncorrenziali, intervenute sullo stesso o sugli stessi mercati di prodotto e geografici nel corso dello stesso o degli stessi periodi". Così, ad esempio, le imprese non possono rivendicare la protezione accordata dal principio del *ne bis in idem* qualora i procedimenti condotti dalla Commissione e dalla autorità nazionale abbiano ad oggetto mercati di prodotti distinti o qualora la Commissione non abbia avviato alcun procedimento relativamente ad un determinato territorio"²⁴. La Commissione può infatti decidere discrezionalmente di delimitare l'ambito geografico della sua indagine escludendo da questa un determinato mercato nazionale in relazione al quale la autorità nazionale resta competente²⁵.

4. L'obbligo di cooperazione e di scambio di informazioni tra le autorità

L'efficace applicazione della disciplina sostanziale della concorrenza esige la cooperazione tra tutte le autorità garanti. La cooperazione è sia di tipo verticale (tra la Commissione e le autorità nazionali) che di tipo orizzontale (tra le autorità nazionali degli Stati membri)²⁶.

Il rapporto di cooperazione si sostanzia in obblighi di collaborazione, di reciproca assistenza e di scambio di informazioni i quali hanno portata generale. Essi investono non solo l'avvio del procedimento di accertamento della infrazione, quando si tratta di individuare d'accordo tra le parti l'autorità competente in base ai criteri di prossimità e di idoneità, ma anche la fase dello svolgimento delle indagini.

Un obbligo di cooperazione verticale, tra la Commissione e le Autorità e/o gli agenti della forza pubblica, nella fase dell'esecuzione degli accertamenti è sancito dall'art. 20, paragrafi 5 e 6. La decisione della Commissione di chiedere l'assistenza degli agenti di uno Stato membro per procedere agli accertamenti presso i locali dell'impresa è soggetta all'autorizzazione preventiva della autorità giudiziaria dello Stato membro se questa è

24 Vedi Corte di Giustizia (settima sezione) 20 aprile 2023, *Amazon c. Commissione*, C-815/21, EU:C:2023:308 Nel caso deciso dalla Corte di Giustizia, Amazon aveva impugnato la decisione della Commissione di avviare una indagine su alcune pratiche della società asseritamente volte a favorire artificiosamente le proprie offerte di vendita al dettaglio, nonché quelle dei venditori della sua piattaforma di *e-commerce* che utilizzano i servizi di logistica e di consegna di Amazon estesa a tutto lo spazio economico europeo ad eccezione dell'Italia. La Commissione aveva giustificato tale limitazione richiamando la circostanza per la quale l'Autorità italiana aveva iniziato ad indagare su problemi simili già da due anni, focalizzandosi sul mercato italiano.

25 La Corte, in *Amazon c. Commissione*, ha altresì precisato che la scelta adottata dalla Commissione con la comunicazione di avvio di non estendere la propria indagine ad un determinato mercato già all'esame della Autorità nazionale, non è atto lesivo nei confronti di terzi e dunque non è atto impugnabile.

26 Si richiama il considerando 28 del regolamento 1/2003 per il quale "Perché le autorità garanti della concorrenza dei diversi Stati membri abbiano maggiori possibilità di applicare efficacemente gli articoli 81 e 82 del trattato, è utile consentire loro di prestarsi assistenza reciproca mediante lo svolgimento di accertamenti e l'attuazione di altre misure di acquisizione dei fatti".

richiesta dalla legislazione dello Stato membro; gli accertamenti ispettivi presso locali esterni all'impresa sono comunque soggetti alla autorizzazione della autorità giudiziaria dello Stato membro, ai sensi dell'art. 21, paragrafo 3. Le disposizioni richiamate designano dunque l'ampiezza dei poteri ispettivi della Commissione e del controllo della autorità giudiziaria sulla decisione della Commissione di procedere agli accertamenti. In linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁷ il regolamento stabilisce che il potere ispettivo della Commissione incontra un limite nel principio generale di diritto comunitario che garantisce protezione alle persone fisiche e alle imprese contro interventi arbitrari o sproporzionati dei pubblici poteri.

Ove è previsto un controllo preventivo sull'ordine di ispezione da parte della autorità giudiziaria, questa deve verificare che le misure coercitive non siano né arbitrarie né sproporzionate rispetto all'oggetto degli accertamenti²⁸. La giurisdizione nazionale non può invece mettere in discussione la necessità degli accertamenti né chiedere che siano fornite informazioni contenute nel fascicolo della Commissione (art. 20, paragrafo 8 e 1, paragrafo 3). La verifica della necessità degli accertamenti disposti dalla Commissione spetta ai giudici europei che possono essere aditi con ricorso di annullamento ex art. 263 TFUE, eventualmente assistito da domanda di sospensione cautelare²⁹.

La collaborazione nello svolgimento delle indagini è resa necessaria del resto dalla stessa dimensione dei fenomeni economici oggetto di accertamenti che spesso travalicano i confini entro i quali le singole autorità esercitano i poteri conferiti dal rispettivo ordinamento statale. Prendendo atto di tale situazione,³⁰ l'art. 22 del regolamento n. 1 del 2003 prevede che "l'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro può procedere, sul proprio territorio, a qualsiasi accertamento o altra misura di acquisizione dei fatti prevista dalla legislazione nazionale in nome e per conto dell'autorità garante della concorrenza di un altro Stato membro".

27 Corte di giustizia, 21 settembre 1989 *Hoechst AG*, cause riunite 46/87 e 227/88, EU:C:1989:337; Id., 17 ottobre 1989, *Dow Benelux c. Commissione*, C-85/87, EU:C:1989:379; Id. 17 ottobre 1989, *Dow Chemical Ibérica SA, Alcadia SA e Empresa Nacional del Petroleo SA*, cause riunite da 97 a 99/88, EU:C:1989:380.

28 Il regolamento recepisce i principi già formulati dalla giurisprudenza europea. Vedi, in particolare, Corte di Giustizia, 21 settembre 2002, *Roquette Frères*, Causa C-94/00, che scandisce i rapporti tra il sindacato dei giudici nazionali e quello dei Tribunali europei ai quali spetta il sindacato di legittimità della decisione di ispezione della Commissione, mentre il giudice nazionale, investito del potere di autorizzazione preventiva dell'intervento deve verificare che le misure coercitive previste non siano arbitrarie o sproporzionate rispetto all'oggetto dell'ispezione.

29 Il regolamento recepisce la giurisprudenza della Corte di Giustizia che, a partire dalla sentenza 21 settembre 1989 *Hoechst AG* cit., ha stabilito in modo definitivo che la decisione che ordina un'ispezione è un atto che incide direttamente sui diritti delle imprese (inviolabilità del domicilio e difesa) e costituisce, pertanto, un atto impugnabile in via autonoma ex art. 263 TFUE, respingendo la tesi che lo considerava un mero atto preparatorio non impugnabile.

30 Per il considerando 28 del regolamento: "Perché le autorità garanti della concorrenza dei diversi Stati membri abbiano maggiori possibilità di applicare efficacemente gli articoli 81 e 82 del trattato, è utile consentire loro di prestarsi assistenza reciproca mediante lo svolgimento di accertamenti e l'attuazione di altre misure di acquisizione dei fatti".

La richiesta di intervento non è considerata nel nostro ordinamento quale atto impugnabile non essendo di per sé idonea a produrre un effetto lesivo³¹. Questo si potrebbe semmai determinare in relazione ai successivi atti con i quali l'Autorità richiesta presta la propria collaborazione; ma, in tal caso, la tutela avverso gli atti di concreta lesione della sfera giuridica dell'impresa o degli individui indagati, è quella offerta dall'ordinamento dello Stato a cui appartiene l'Autorità il cui intervento è stato richiesto. In questa sede potranno anche essere contestate le circostanze di fatto e di diritto addotte a giustificazione della richiesta di intervento³².

Può dunque ben accadere che l'autorità che assume la decisione di avviare una istruttoria, di disporre le indagini e che adotta la decisione finale non coincida con l'autorità che svolge le indagini e sovrintende alla raccolta delle prove.

L'imputazione delle diverse fasi del procedimento a differenti autorità pone il problema di individuare la normativa applicabile alla fase della mera raccolta delle prove, se quella propria dell'ordinamento della autorità che richiede l'intervento o di quella, per così dire, ausiliaria.

L'art. 22 del regolamento n. 1/2003, il quale dispone che l'autorità ausiliaria può svolgere *"qualsiasi accertamento o altra misura di acquisizione dei fatti prevista dalla legislazione nazionale"*, è stata interpretata dal nostro giudice amministrativo³³ nel senso che l'attività ispettiva deve essere svolta conformemente alla normativa nazionale propria dell'autorità che effettua l'accertamento. Nel caso esaminato dal Consiglio di Stato, il ricorso avverso la decisione finale di accertamento e sanzionatoria irrogata dalla AGCM aveva contestato la mancata osservanza delle norme del nostro diritto interno da parte dell'autorità irlandese che aveva condotto l'istruttoria per conto della autorità italiana. In particolare nel corso delle ispezioni svolte in Irlanda l'indagine era stata estesa ad una società diversa da quella oggetto della richiesta in mancanza di una autorizzazione scritta dell'Autorità italiana laddove l'autorizzazione, per ogni soggetto giuridico interessato, sarebbe richiesta dall'art. 10, comma 2, del D.P.R. 217/98.

La sentenza citata precisa che *"la richiesta di cooperazione serve solo ad acquisire la disponibilità dell'autorità straniera a svolgere atti di indagine che la sua legge nazionale le consente di compiere, illustrando il contesto investigativo su cui orientare gli accertamenti ispettivi"*, ma non orienta l'individuazione del diritto applicabile né della autorità giurisdizionale competente a verificarne l'osservanza³⁴.

L'asimmetria tra ordinamenti, cioè il diverso livello di tutela garantito nella fase della raccolta degli elementi di fatto, non trova dunque una correzione a livello giurispruden-

³¹ C. Stato, sez. VI, ord. 29 novembre 2024, n. 4535

³² Nel caso sottoposto all'esame del Consiglio di Stato, di cui alla ord. 4535/2024, le imprese indagate avevano in effetti proposto ricorso dinanzi all'autorità giurisdizionale irlandese.

³³ C. Stato, sez. VI, 13 marzo 2020, n. 1832.

³⁴ Vedi ancora C. Stato, sez. VI, 13 marzo 2020, n. 1832.

ziale. Un limite all'utilizzo delle informazioni raccolte senza rispettare *"lo stesso livello di tutela dei diritti di difesa delle persone fisiche di quello previsto dalle norme nazionali dell'autorità che le riceve"* è sancito dall'art. 12, ultimo paragrafo del regolamento 1 del 2003, nel solo caso in cui le informazioni sono utilizzate per imporre sanzioni detentive.

A proposito della richiesta di intervento, si è posto poi il problema se la richiesta formulata, ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1, del Regolamento (CE) 1/2003, da un'autorità nazionale ad altra autorità nazionale, debba essere considerata quale *"atto interno"* o *"scambio di corrispondenza tra le autorità nazionali"* e come tale sottratto all'accesso alla stregua dell'art. 27, paragrafo 2, regolamento 1/2003. In tal senso si è espresso il Tar del Lazio³⁵. In sede di appello il Consiglio di Stato ha invece sollevato due questioni pregiudiziali sulle quali si dovrà pronunciare la Corte di Giustizia: se l'esclusione dall'accesso prevista dall'art. 27, paragrafo 2, del Regolamento (CE) 1/2003 sia applicabile agli atti relativi alla richiesta formulata ai sensi dell'articolo 22, paragrafo 1, del Regolamento (CE) 1/2003 da un'autorità nazionale ad altra autorità nazionale oppure se tale aspetto resti regolato dalle disposizioni nazionali applicabili³⁶; se la richiesta di assistenza formulata ex art. 22 del Reg. (CE) n. 1/2003 dall'autorità nazionale della concorrenza rientri nella nozione di *"atti interni"* e/o *"scambio di corrispondenza"* tra autorità nazionali della concorrenza, ai sensi e per gli effetti dell'art. 27, paragrafo 2 del Reg. (CE) n. 1/2003, e perciò sottratta all'accesso.

Le informazioni riservate non sono escluse dalla circolazione all'interno della rete: la Commissione e le autorità nazionali possono (anzi hanno il dovere di) scambiare qualsiasi elemento di fatto di cui siano venute a conoscenza, ivi, comprese le informazioni riservate³⁷. Sulla scia dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia nelle sentenze Dow

35 Cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 24 aprile 2025, n. 8103 che ha respinto il ricorso per l'accesso alla richiesta dell'Autorità garante della concorrenza (italiana, AGCM) di collaborazione e assistenza da parte dell'autorità della concorrenza irlandese, ai sensi dell'art. 22 del regolamento (CE) n. 1/2003, di svolgere accertamenti ispettivi presso le sedi irlandesi di una società. Per i giudici di primo grado detta documentazione deve ritenersi riservata e non accessibile, in base all'art. 27, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003. Inoltre avverso l'ispezione era stato già avviato un ricorso in Irlanda, nell'ambito del quale è comunque possibile far valere tutti i motivi inficianti la legittimità dell'accertamento e contestare le ragioni addotte a sostegno dell'ispezione.

36 E, nel caso di specie dall'art. 13 del d.p.r. 30 aprile 1998 n. 21 che, nella versione applicabile *ratione temporis* non contemplava la sottrazione all'accesso dei documenti riguardanti i rapporti tra l'autorità garante italiana e le altre autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri. Tale esclusione, infatti, è stata introdotta successivamente ai fatti di causa con il d.p.r. 18 novembre 2024, n. 214 – entrato in vigore il 23 gennaio 2025. Il comma 5bis, aggiunto all'art. 13 dal d.p.r. 214/2024 sottrae *"all'accesso i documenti inerenti ai rapporti tra l'Autorità e le istituzioni dell'Unione europea, nonché tra l'Autorità e le altre autorità garanti della concorrenza degli altri Stati membri"*.

37 Lo scambio di informazioni e l'uso delle stesse nei procedimenti condotti dalle Autorità nazionali erano disciplinati in modo alquanto restrittivo dal regolamento n. 17 del 1962, in particolare negli articoli 14.3 e 20.

Benelux³⁸ e Banche spagnole³⁹ il regolamento stabilisce che le informazioni oggetto di scambio possono essere però utilizzate come mezzo di prova soltanto ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 – ovvero ai fini dell'applicazione delle rispettive legislazioni nazionali in parallelo al diritto europeo ed in vista del medesimo risultato – e solo se l'oggetto dell'indagine all'interno della quale le informazioni sarebbero utilizzate a fini probatori è analogo a quello dell'indagine nell'ambito della quale le informazioni trasmesse sono state acquisite.

5. La soluzione dei conflitti interni alla rete

Il terzo dato caratteristico del sistema della rete è costituito dal meccanismo che è previsto per prevenire ed evitare conflitti tra i soggetti che la compongono.

Nel sistema decentrato di applicazione degli artt. 101 e 102, l'esigenza di prevenire conflitti tra i diversi centri decisionali e dunque le esigenze di certezza del diritto e di applicazione uniforme delle disposizioni del Trattato sono garantite dal divieto per le autorità nazionali di prendere decisioni in contrasto con quanto statuito dalla Commissione quando queste si pronunciano su accordi, decisioni o pratiche che sono già oggetto di una decisione della Commissione.

Secondo una parte degli interpreti, la riconosciuta efficacia vincolante delle decisioni della Commissione nei confronti delle autorità nazionali, investirebbe la Commissione di poteri assimilabili a quelli propri di un rapporto gerarchico⁴⁰ o di un rapporto di controllo⁴¹ nei confronti delle autorità nazionali.

Una spiegazione che però è in contraddizione con il modello della rete, tra le cui caratteristiche vi è quella della posizione paritaria dei soggetti che la compongono. Inoltre è dubbio che un rapporto di tipo gerarchico tra i soggetti della rete sia comunque conciliabile con i connotati organizzativi e funzionali di autorità indipendenti che – per essere

38 Corte di Giustizia, 17 ottobre 1989, *Dow Benelux c. Commissione*, C-85/87, EU:C:1989:379, in cui la società ricorrente aveva lamentato la violazione degli articoli 4 e 20 del regolamento n. 17, per il fatto che la Commissione aveva utilizzato le informazioni raccolte per uno scopo diverso da quello enunciato.

39 Corte di Giustizia, 16 luglio 1992, *Dirección General de Defensa del al Competencia v. Asociación Española de banca Privada* C-67/91, EU:C:1992:330, che si riferisce ad una fattispecie in cui l'Autorità nazionale aveva dato avvio al procedimento per violazione del diritto comunitario e del diritto nazionale *antitrust* sulla base di documenti trasmessi alla Commissione dalle stesse imprese bancarie, poi inquisite, in una procedura di notificazione ex art. 2, 4 e 5 del regolamento.

40 Così M. D'ALBERTI, *La rete europea delle Autorità di concorrenza*, in www.learlab.it, p. 8.

41 Interpreta i poteri della Commissione sulle Autorità nazionali in termini di rapporto di controllo L.F. PACE, *La politica di decentramento del diritto antitrust CE come principio organizzatore del regolamento 1/2003: luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli articoli 81 e 82 TCE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 164 ss.

tali – devono godere di piena autonomia ed indipendenza di giudizio e di valutazione⁴².

D'altro canto, l'esigenza di assicurare, anche nel sistema decentrato, la coerenza e l'uniformità dell'interpretazione del diritto risponde al principio fondamentale di certezza dei rapporti giuridici che implica la prevedibilità delle decisioni.

Il divieto per le autorità nazionali di adottare decisioni in contrasto con una precedente decisione della Commissione può tuttavia trovare una spiegazione coerente. Nel sistema della rete la funzione di applicazione degli articoli 101 e 102 è unica e condivisa tra i diversi centri decisori, europeo e nazionali. Il tratto caratteristico della funzione è rappresentato dal collegamento tra gli atti che ne costituiscono l'esercizio e la concreta attuazione. Il connettivo è rappresentato dal principio di continuità⁴³ per il quale gli atti che costituiscono esercizio della funzione non possono porsi in contraddizione tra di loro e ogni valutazione, che l'amministrazione opera in un momento successivo, trova un condizionamento ed un limite nella valutazione anteriore, rispetto alla quale si deve porre in una linea di necessaria continuità e coerenza.

Il vincolo che una previa decisione della Commissione introduce rispetto alla successiva attività delle amministrazioni nazionali può allora essere interpretato in termini di non contraddizione.

La discrezionalità dell'autorità nazionale non risulta "legata" dal precedente comunitario, bensì incontra in questo un ulteriore limite. In questa ottica la decisione dell'autorità nazionale che contravviene il precedente comunitario può essere contestata sotto il profilo dell'eccesso di potere. Ma il vizio si dovrebbe ritenere avverato nella misura in cui non risulti dimostrato che la diversa applicazione della disciplina della concorrenza non è giustificata dalle peculiarità del caso di specie o alla luce di una più attenta o aggiornata valutazione dei profili di fatto o di diritto.

L'ulteriore dimostrazione della riconducibilità del divieto per le autorità nazionali di adottare decisioni in contrasto con il precedente della Commissione al principio di continuità della funzione amministrativa (in questo caso quella di esecuzione dei divieti sanciti dagli articoli 101 e 102) piuttosto che ad una posizione di supremazia della ammi-

42 Cfr. M. D'ALBERTI, *La rete europea delle Autorità di concorrenza*, cit. il quale critica fortemente la pretesa di attribuire alle decisioni della Commissione un valore di precedente vincolante nei confronti delle decisioni delle Autorità nazionali "in nome di una *stare decisis* amministrativo che non trova riscontri di sorta né nell'ordinamento comunitario, né in altri ordinamenti giuridici". Per l'A. la decisione della Commissione può valere semmai per le Autorità degli Stati membri come *persuasive precedent*, con valore di orientamento interpretativo, e non come *binding precedent*.

43 Per la nozione di funzione vedi F. SATTA, voce *Atto amministrativo* (1), in *Enc. Giur.*, vol. IV, Roma, 1994. L'A. osserva che ciò che è davvero specifico dell'agire amministrativo è l'essere attività continua. L'attività non può in effetti essere concepita frammentariamente, come una mera serie di atti, ma come la somma di essi, parametrati all'interesse generale che ne costituisce lo scopo. Ogni atto e ogni valutazione dell'amministrazione deve "esprimere la coerenza dell'azione amministrativa e quindi realizzare la continuità nella cura dell'interesse assegnato all'amministrazione".

nistrazione europea è data dal carattere circolare della stessa funzione nomofilattica di orientamento interpretativo.

Il principio di continuità opera non solo in senso discendente (dalla Commissione alle autorità nazionali), ma anche in senso ascendente (dalle autorità nazionali alla Commissione). Il regolamento 1/2003 prevede in modo esplicito che le autorità nazionali cooperino alla formazione normativa e giurisprudenziale del diritto della concorrenza tramite la loro partecipazione al comitato consultivo che è la sede nella quale sono discussi casi individuali e problemi generali del diritto comunitario della concorrenza. Peraltro il regolamento 1/2003 rafforza il ruolo del Comitato consultivo e, in particolare, all'interno di esso rafforza il ruolo delle autorità nazionali. Nei procedimenti che si concludono con una decisione della Commissione il Comitato rilascia un parere ad efficacia rinforzata. Per il paragrafo 5, dell'articolo 14, che la Commissione deve tenere nella massima considerazione e ha un obbligo di motivazione specifica nel caso in cui se ne discosti, essendo tenuta ad informare il Comitato stesso delle ragioni del dissenso.

6. Il problema della asimmetria tra gli ordinamenti e la direttiva 1/2019

In linea con il principio della autonomia procedurale ed organizzativa degli Stati membri, il regolamento 1/2003 aveva riservato espressamente alla legislazione interna la disciplina delle procedure, dei poteri di indagine e dei poteri decisionali.

Questa scelta ha comportato però una "marcata difformità applicativa determinando una tutela della concorrenza sub-ottimale da parte delle autorità meno attrezzate"⁴⁴ e notevoli disparità di trattamento tra le imprese a seconda del contesto giuridico nel quale esse si trovano ad operare⁴⁵.

Ma l'organismo "rete", una volta creato, inevitabilmente risponde ad una logica propria e per il suo buon funzionamento esige una uniformità, strutturale e operativa dei suoi singoli segmenti, o nodi.

La direttiva 2019/1, attuata in Italia con il d.lgs. 185 del 2021, risponde appunto a questa esigenza correggendo l'asimmetria tra ordinamenti, almeno parzialmente e cioè dall'angolo di visuale dell'interesse alla efficace tutela dell'interesse alla concorrenza.

La direttiva completa dunque la disciplina della "rete europea della concorrenza" con l'obbligo degli Stati membri di conformarsi ad un modello uniforme per quanto riguarda i poteri istruttori e decisorii (nonché agli statuti) delle autorità nazionali.

In primo luogo la direttiva impone che gli statuti delle autorità di tutela della concorrenza siano tali da garantire alle autorità indipendenza ed imparzialità: il personale e i com-

⁴⁴ Il giudizio è condiviso da F. Ghezzi e B. Marchetti, *La proposta di direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, p. 1015.

⁴⁵ Questo limite è evidenziato dalla Commissione nella sua relazione sullo stato del diritto della concorrenza presentata al Parlamento e al Consiglio nel 2014.

ponenti dell'organo decisionale delle autorità devono essere scelti attraverso procedure di selezione chiare, trasparenti e previamente regolate dal diritto nazionale; non possono essere soggetti a istruzioni del governo o di altri enti pubblici o privati; ne deve essere garantita l'inamovibilità; devono astenersi dal trattare casi che possano determinare conflitti di interessi per un periodo ragionevole dopo la cessazione dall'incarico.

I poteri di indagine ed ispettivi delle autorità nazionali devono essere efficaci. In particolare, le autorità nazionali devono essere munite del potere di effettuare accertamenti a sorpresa, compreso il diritto di accedere ai locali, di esaminare i libri, di apporre sigilli agli edifici, di interrogare il personale (art. 6); del potere di effettuare accertamenti in locali esterni e di perquisire le abitazioni dei dirigenti, amministratori e membri del personale se vi siano "motivi ragionevoli di sospettare" che qui siano conservati documenti pertinenti (art. 7); del potere di chiedere le informazioni necessarie per l'esame del caso e disporre audizioni obbligatorie di tutti i soggetti che possano fornire informazioni pertinenti ai fini dell'applicazione degli artt. 101 e 102 del Trattato (art. 8 e 9)⁴⁶.

Per quanto riguarda i poteri decisori, deve essere riconosciuto alle Autorità nazionali il potere discrezionale di individuare con atti generali di indirizzo i settori, i mercati o i servizi sui quali intendono concentrare le indagini. Ciò comporta un notevole ampliamento della discrezionalità dell'autorità poiché l'assenza di un interesse prioritario a perseguire determinate fattispecie o a intervenire in determinati settori di mercato può comunque giustificare il rigetto, o il mancato esame, di una denuncia formalmente presentata.

La direttiva prevede poi che alle Autorità sia riconosciuta la possibilità di adottare decisioni che impongano alle imprese qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale, nei limiti del rispetto del principio di proporzionalità il quale esige che il rimedio sia idoneo a far cessare l'infrazione e a ristabilire condizioni di concorrenza incidendo però nella misura minore sull'impresa.

In senso critico si è rilevata la mancanza nella direttiva di una disciplina unitaria altrettanto attenta delle garanzie procedurali.

La carenza si manifesta particolarmente grave proprio nel momento in cui la direttiva obbliga gli stati ad un significativo ampliamento dei poteri istruttori e di indagine delle autorità, con un possibile impatto sui diritti di libertà personale, di domicilio e di corrispondenza dei soggetti indagati.

Da più parti si è perciò avvertita la necessità di assicurare un livello di tutela dei diritti

46 In relazione alla ampiezza dei poteri ispettivi, diverse domande di pronuncia pregiudiziale sono state poste alla Corte di Giustizia.: cfr. più ampiamente nel testo cause riunite da C-258/23 a C-260/23, *Imagens Médicas Integradas e a.*; C-132/24, *Apap e a.*; C-195/24, *Blueotter*; C-619/23 *Ronos. e a.*

dei soggetti indagati altrettanto uniforme negli Stati membri⁴⁷.

L'osservazione non è del tutto condivisibile.

L'art. 3, par. 2, della direttiva 1/2019 richiama gli Stati membri a prevedere "garanzie adeguate" del diritto di difesa delle imprese a fronte dei poteri di indagine e sanzionatori delle autorità di tutela della concorrenza. Il livello "adeguato" di tutela, ai sensi dell'art. 3 par. 1, è quello garantito dal diritto dell'Unione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Se dunque manca una disciplina specifica delle garanzie, il livello minimo di tutela al quale gli Stati membri si devono adeguare è quello che risulta dalle fonti richiamate dall'art. 3 siccome interpretate dalla Corte di Giustizia e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁸.

Alcune domande di pronuncia pregiudiziale, sulle quali la Corte di Giustizia ancora non si è pronunciata, sollevano la questione dell'ampiezza dei poteri ispettivi e se il riconoscimento di poteri ispettivi particolarmente ampi previsti nei rispettivi ordinamenti non incida in modo eccessivo sui diritti di libertà riconosciuti dal diritto europeo.

Il Tribunale della concorrenza, regolamentazione e vigilanza, del Portogallo⁴⁹ ha sollevato la questione se l'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce il diritto della persona al rispetto delle proprie comunicazioni, osti ad una disposizione nazionale per la quale, nell'ambito di un'indagine su una presunta violazione dell'articolo 101 TFUE o dell'articolo 102 TFUE, l'autorità nazionale garante della concorrenza può procedere, senza disporre di una previa autorizzazione giudiziaria, al sequestro di messaggi di posta elettronica il cui contenuto sia in relazione con l'oggetto

47 Ancorché In termini critici: H. Andersson, *ECN Plus - Should the New EU Directive Empowering National Competition Authorities be all about Effectiveness?*, intervento alla Conferenza Ascola - Stoccolma 15-17 giugno 2017; M. BOTTA, *The draft Directive on the Powers of National Competition Authorities: the Glass Half Empty and Half Full*, in *European Competition Law Review.*, 2017 e F. Ghezzi - B. Marchetti, *La proposta di direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, cit., p. 1032 ss.

48 Il richiamo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU è esplicito nel 14° considerando della direttiva 1/2019 per il quale "l'esercizio dei poteri conferiti dalla presente direttiva alle ANC, compresi i poteri di indagine, dovrebbe essere soggetto a garanzie adeguate che soddisfino almeno i principi generali del diritto dell'Unione e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, in particolare nell'ambito di procedimenti che potrebbero dar luogo all'irrogazione di sanzioni".

49 Cause riunite da C-258/23 a C-260/23, *Imagens Médicas Integradas e a.*, e le cause C-132/24, *Apap e a.*, e C-195/24, *Blueotter e a.*

dell'ispezione⁵⁰.

Il Tribunale amministrativo della Bulgaria ha presentato una domanda di pronuncia pregiudiziale volta a chiarire i limiti del potere dell'autorità garante della concorrenza di accedere a conversazioni via chat contenute in un'applicazione su computer portatile e trovate nel corso di accertamenti ispettivi presso i locali delle imprese⁵¹.

7. Autonomia procedurale degli Stati membri ed equiparazione delle tutele. Due casi che riguardano l'Italia: il problema dei termini per la comunicazione dell'avvio del procedimento antitrust

Resta fermo il principio della autonomia procedurale degli Stati membri. Ciò implica la eventualità di frizioni nell'adattamento del diritto interno.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento i punti di contrasto che vanno emergendo sono essenzialmente due.

La prima questione, assai rilevante, e, come passiamo subito ad argomentare ancora aperta malgrado siano già intervenute due pronunce della Corte di Giustizia, è quella dei termini del procedimento condotto dalla autorità di tutela della concorrenza.

Il procedimento dell'Autorità, diretto ad accertare illeciti *antitrust* e ad applicare le relative sanzioni, si articola in due fasi: una fase preliminare (cd. preistruttoria) e una successiva fase istruttoria in senso proprio.

Nella fase preistruttoria l'amministrazione, sulla base di segnalazioni, denunce, esposti, notizie o informazioni autonomamente acquisite, procede ad un'indagine preliminare sulla sussistenza dei presupposti per procedere all'avvio dell'istruttoria.

La comunicazione di avvio dell'istruttoria apre la fase istruttoria in contraddittorio con

⁵⁰ L'avv. Generale Medina, nelle sue conclusioni presentate il 20 giugno 2004 ha richiamato la consolidata giurisprudenza per la quale il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali non è una prerogativa assoluta, ma deve essere preso in considerazione in rapporto alla sua funzione nella società e messo in bilanciamento con altri diritti fondamentali nonché il principio di proporzionalità. Pertanto, a tale diritto possono essere apportate delle limitazioni, a condizione che, in conformità all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, esse siano previste dalla legge e rispettino il contenuto essenziale del diritto fondamentale. Pertanto l'autorizzazione giudiziaria preventiva alla perquisizione e al sequestro non è necessaria, ai sensi dell'art. 7 della CEDU, a condizione che il medesimo ordinamento detti "una rigorosa disciplina giuridica dei poteri dell'autorità nazionale garante della concorrenza, nonché garanzie adeguate e sufficienti contro gli abusi e gli atti arbitrari. Simili garanzie devono, segnatamente, assumere la forma di un controllo giurisdizionale *ex post* completo delle misure in questione".

⁵¹ La causa C-619/23, *Ronos*, solleva il problema della ampiezza dei poteri di effettuare accertamenti ispettivi (articolo 6) e dell'ammissibilità delle prove (articolo 32). In particolare la Corte dovrà chiarire se le garanzie costituzionali possano limitare il potere di accedere a conversazioni via chat contenute in un'applicazione su computer portatile e trovate nel corso di accertamenti ispettivi presso i locali delle imprese nella ricerca del giusto equilibrio tra i diritti fondamentali delle imprese e l'obbligo di garantire l'applicazione efficace delle norme antitrust dell'UE..

le imprese, nella quale l'Autorità esercita i suoi penetranti poteri di indagine e al termine della quale adotta la comunicazione delle risultanze istruttorie. Seguono le difese finali, l'eventuale audizione delle parti e l'adozione del provvedimento finale.

Nella comunicazione di avvio dell'istruttoria (art. 6 d.p.r. 217/1998) e nella comunicazione delle risultanze istruttorie (art. 14 d.p.r. 217/1998) è la stessa autorità ad indicare i termini di chiusura delle due diverse fasi.

Sull'individuazione del termine per la chiusura della fase preistruttoria si è aperto un contrasto interpretativo tra Tar e Consiglio di Stato.

Secondo il giudice di appello l'espresso rinvio alle disposizioni della l. 24 novembre 1981 n. 689, in quanto applicabili, disposto dall'art. 31 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, e l'applicabilità a tutti i procedimenti sanzionatori delle disposizioni della l. 689/1981, salvo deroga espressa, comportano la soggezione dei procedimenti condotti dall'AGCM ai termini di cui all'art. 14 della legge n. 689/81⁵².

Varrebbe dunque, per la comunicazione di avvio dell'istruttoria, il termine decadenziale di 90 giorni decorrente dal momento in cui essa viene a conoscenza degli elementi essenziali dell'asserita violazione⁵³.

Il Tribunale amministrativo del Lazio abbraccia invece la tesi dell'inapplicabilità del termine di decadenza di novanta giorni ai procedimenti sanzionatori della AGCM.

Con ordinanza 13016/2023 il giudice di primo grado⁵⁴ ha portato dinanzi alla Corte di Giustizia la questione della conformità del regime particolarmente stringente e rigido

52 Per costante giurisprudenza del Consiglio di Stato, con le norme di principio contenute nel Capo I della l. 24 novembre 1981 n. 689, il legislatore ha voluto esplicitamente assoggettare ad un statuto unico ed esaustivo (e con un medesimo livello di prerogative e garanzie procedurali per il soggetto inciso) tutte le ipotesi di sanzioni amministrative, sia che siano attinenti a reati depenalizzati, sia che conseguano ad illeciti qualificati 'ab origine' come amministrativi, con la sola eccezione delle violazioni disciplinari e di quelle comportanti sanzioni non pecuniarie. Dette disposizioni hanno applicazione generale come sancito dall'art. 12, per il quale le stesse devono essere osservate con riguardo a tutte le violazioni aventi natura amministrativa per le quali è comminata la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di danaro. Tra le norme di principio rientra l'art. 14 che prescrive la preventiva comunicazione del fatto contestato e che questa debba avvenire entro il termine individuato dal legislatore in modo da assicurare, già nella fase del procedimento amministrativo anteriore all'emissione dell'ordinanza-ingiunzione, la tempestiva difesa dell'interessato). Al termine per la contestazione delle violazioni amministrative è pacificamente riconosciuta natura perentoria avendo la precisa funzione di garanzia di consentire un tempestivo esercizio del diritto di difesa. Tra le tante C. Stato. Sez. VI, 5 aprile 2023, n. 3505; Id., 10 febbraio 2023, n. 1468; 4 ottobre 2022, n. 8505; Id., 9 maggio 2022, n. 3570; Id., 21 gennaio 2020, n. 512 e le due ordinanze 9 luglio 2024, n. 6057 e 14 maggio 2025, n. 4151.

53 Secondo la costante giurisprudenza citata, per l'individuazione del dies a quo "deve farsi riferimento non alla mera notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma all'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita implicante il riscontro (allo scopo di una corretta formulazione della contestazione) della sussistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti".

54 T.A.R. Lazio, sez. I, ord. 2 agosto 2023, n. 13016

dei termini disposto dall'art. 14, l. 689/1981 con i requisiti fissati dal diritto dell'Unione. Pur rientrando la materia nell'autonomia procedurale degli Stati membri, una siffatta disciplina si porrebbe in contrasto con i principi di effettività e di equivalenza. Inoltre il termine decadenziale non sarebbe coerente con il potere, che deve essere riconosciuto alle autorità ai sensi dell'art. 4, paragrafo 5 della direttiva 2019/1, di stabilire le proprie priorità investigative.

Di poco successiva l'ordinanza di rinvio del Consiglio di Stato⁵⁵ che solleva il medesimo quesito movendo da una interpretazione opposta del quadro normativo.

In certo modo, la Corte di Giustizia è stata chiamata a risolvere una divergenza nella interpretazione del diritto nazionale interna alla giurisdizione amministrativa.

Nelle due sentenze del 30 gennaio 2025⁵⁶ e 15 gennaio 2026⁵⁷, la Corte di Giustizia sottolinea l'assenza di una normativa specifica dell'Unione che disciplini i termini procedurali in materia di accertamento delle infrazioni e di imposizione di sanzioni da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza.

L'ampia autonomia procedurale degli Stati membri incontra tuttavia un limite nei principi di effettività e di equivalenza nonché il potere, che deve essere riconosciuto alle autorità ai sensi dell'art. 4, paragrafo 5 della direttiva 2019/1, di stabilire le proprie priorità investigative. L'ampio margine di discrezionalità che deve essere riconosciuto alle autorità nazionali garanti della concorrenza di attribuire un diverso grado di priorità alle denunce ad esse indirizzate e di fissare le sue priorità di indagine è incompatibile con la fissazione di termini rigidi del procedimento antitrust e/o di sue singole fasi.

55 C. Stato, sez. VI, ord. 9 luglio 2024, n. 6057, confermata con ord. 3 marzo 2025, n. 1789 a seguito della pubblicazione della sentenza 30 gennaio 2025, sul rinvio pregiudiziale del Tar. La seconda ordinanza sottolinea come la Corte di Giustizia non sembra avere tenuto conto delle peculiarità del procedimento sanzionatorio italiano e cioè la distinzione tra la 'comunicazione di avvio dell'istruttoria', a cui soltanto si applica l'art. 14 della l. n. 689/1981, e la successiva fase di 'comunicazione delle risultanze istruttorie', nonché il momento a partire dal quale decorre il suddetto termine di novanta giorni. Il dies a quo per il computo del termine di decadenza non coincide con la data in cui l'Autorità ha ricevuto la mera segnalazione dell'illecito concorrenziale, ma dal giorno (evidentemente ampiamente successivo) in cui, a seguito delle indagini preliminari svolte in via officiosa dall'Autorità questa ha accertato la sussistenza dei presupposti per procedere all'avvio dell'istruttoria vera e propria, in contraddittorio.

56 Corte di giustizia, (Seconda Sezione), 30 gennaio 2025, C510/23, *Trenitalia*, resa su rinvio pregiudiziale sollevato con, e Corte di Giustizia, (Seconda Sezione) 30 gennaio 2025, C- 511/23, *Caronte & Tourist SpA c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2025:42 resa su rinvio pregiudiziale sollevato dal C. Stato, sez. V, con ordinanza 1° agosto 2023, n. 12962.

57 Corte di Giustizia, (Decima Sezione) 15 gennaio 2026, C-588/24, *Imballaggi Piemontesi s.r.l. c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, EU:C:2026:14.

Il principio di certezza del diritto,⁵⁸ coniugato con il principio di effettività nella applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, è perciò soddisfatto purché l'accertamento dell'illecito si concluda in un arco di tempo "ragionevole". Il criterio della ragionevolezza del termine implica il riconoscimento di un margine di discrezionalità alla Autorità quanto alla durata del procedimento e alla possibilità di disporre la proroga. L'una e l'altra devono essere calibrate dall'autorità che conduce il procedimento in considerazione della complessità del caso di specie, del numero di parti coinvolte⁵⁹ nonché del diverso grado di priorità che alle denunce ad essa indirizzate l'autorità voglia attribuire⁶⁰.

La Corte ha pure ribadito che la sanzione per il superamento del termine ragionevole di durata del procedimento non può consistere nella caducazione del provvedimento finale. L'annullamento può essere disposto solo ove la parte ricorrente fornisca la prova della effettiva lesione del diritto di difesa. Questa risulterebbe dimostrata solo nel caso in cui la possibilità di esercitare adeguatamente il diritto di difesa sia stata compromessa da una durata eccessiva del procedimento⁶¹.

La posizione della Corte di Giustizia è netta, ma non del tutto convincente.

I principi di effettività e di certezza del diritto sono in effetti declinati solo dall'angolo di visuale dell'interesse alla concorrenza.

Della effettività della tutela dell'interesse delle parti incise può in effetti dubitarsi nel

58 "Il principio della certezza del diritto impone agli Stati membri di istituire una disciplina in materia di termini sufficientemente precisa, chiara e comprensibile che consenta a tutti gli attori coinvolti di conoscere con esattezza la portata degli obblighi loro imposti dalle norme di cui trattasi e di regolarsi di conseguenza", v. Corte di Giustizia, 30 gennaio 2025, punto 49. Sul punto conformi: Id. 11 dicembre 2012, *Commissione/Spagna*, C-610/10, EU:C:2012:781, punto 49; Id. 3 giugno 2021, *Jumbocarry Trading*, C-39/20, EU:C:2021:435, punto 48; Id. 7 marzo 2024, *Die Länderbahn e a.*, C-582/22, EU:C:2024:213, punto 66.

59 Corte di Giustizia, 13 giugno 2013, *HGA e a./Commissione*, da C-630/11 P a C-633/11 P, EU:C:2013:387, punto 82.

60 Ai sensi del considerando 23 della direttiva 2019/1 nonché dell'articolo 4, paragrafo 5, della medesima direttiva 2019/1, alla Autorità di tutela della concorrenza deve essere attribuito il potere di definire le proprie priorità in modo che esse possano usare efficacemente le loro risorse e concentrare sulla prevenzione e sulla cessazione delle condotte anticoncorrenziali nel mercato interno che ritengono maggiormente meritevoli di attenzione.

61 Corte di Giustizia, 28 gennaio 2021, *Qualcomm e Qualcomm Europe/Commissione*, C-466/19, punto 32, EU:C:2021:76; Id. 29 settembre 2011, *Elf Aquitaine/Commissione*, C-521/09, punti 129 e 130, EU:C:2011:620. Vedi anche le conclusioni dell'avv. Generale Pikamäe nelle cause riunite C-511/23 - *Caronte & Tourist* e C-510/23 - *Trenitalia*, per il quale "la garanzia di un termine ragionevole non è un fine in sé, bensì rappresenta un corollario dei diritti della difesa. Pertanto, il superamento del termine ragionevole può comportare l'illegittimità di una decisione amministrativa solo se ha provocato una violazione concreta dei diritti della difesa. La Corte ha sottolineato in più occasioni che l'onere della prova di detto danno grava sull'impresa che fa valere una violazione dei suoi diritti e che tale onere deve essere soddisfatto in maniera specifica e non mediante semplici affermazioni generali"

momento in cui essa è subordinata ad una prova che è ben difficile fornire⁶².

Inoltre esigere il rispetto di un termine ragionevole, anziché di un termine certo, significa spostare la discrezionalità nel *quando* dalla autorità amministrativa alla autorità giudiziaria cui sarebbe rimessa una valutazione caso per caso.

La questione dei termini rimane aperta.

Il Consiglio di Stato ha disposto un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

L'ordinanza sottolinea la particolare struttura del procedimento sanzionatorio italiano nel quale il termine di cui all'art. 14 della l. 689/1981 vale esclusivamente per l'atto di apertura del procedimento antitrust con il quale l'autorità contesta la commissione dell'illecito e indica gli elementi essenziali del presunto illecito.

Detto termine decorre inoltre non già dalla prima segnalazione dell'illecito, "bensì dall'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita, implicante il riscontro (allo scopo di una corretta formulazione della contestazione)"⁶³.

Inoltre la disciplina italiana non compromette l'efficacia nella applicazione del diritto della concorrenza. Il termine di decadenza, essendo stabilito con riguardo ai procedimenti di irrogazione di sanzioni pecuniarie ed essendo diretto a garantire il diritto di difesa dell'incolpato nell'ambito di tali procedimenti, si applica esclusivamente con riferimento all'esercizio della potestà sanzionatoria. Ciò significa che il procedimento antitrust può ben andare avanti e concludersi con un provvedimento che accerta la condotta anticoncorrenziale e ne ordina la cessazione⁶⁴.

Da segnalare anche che con una recentissima ordinanza⁶⁵ la sesta sezione del Consiglio di Stato ha - per così dire - inserito la Corte costituzionale nel dialogo aperto con la Corte di Giustizia.

L'ordinanza si appella alla c.d. teoria dei controlimiti per la quale la prevalenza del diritto internazionale generale e del diritto europeo nelle materie di competenza dell'Unione europea in ragione delle limitazioni di sovranità cui lo Stato italiano ha acconsentito ai sensi dell'art. 11 Cost., non può in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale.

Per costante giurisprudenza della Corte costituzionale la soggezione delle sanzioni

⁶² La prova per la quale la violazione del termine ha comportato la lesione del diritto di difesa è una "prova diabolica" per C. VOLPE, *Recente giurisprudenza amministrativa in materia di tutela della concorrenza*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2025.

⁶³ C. Stato, sez. VI, 14 maggio 2025, n. 4151.

⁶⁴ Vedi anche C. Stato, sez. VI, 9 luglio 2024, n. 6057, punto 49 in motivazione "laddove l'Autorità decada dalla possibilità di esercitare il potere di irrogare sanzione pecuniaria, non rispettando detto termine decadenziale, potrà nondimeno esercitare gli ulteriori poteri che le sono attribuiti, e segnatamente quello di diffida".

⁶⁵ C. Stato, sez. VI, 30 giugno 2026, n. 5167.

amministrative al principio di legalità impone non solo la predeterminazione "ex lege di rigorosi criteri di esercizio del potere, della configurazione della norma di condotta la cui inosservanza è soggetta a sanzione, della tipologia e della misura della sanzione stessa e della struttura di eventuali cause esimenti", ma deve modellare anche la formazione procedimentale del provvedimento afflittivo con specifico riguardo alla scansione cronologica dell'esercizio del potere"⁶⁶.

L'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare l'art. 14 l. n. 689/1981, che discende dalla citata giurisprudenza della Corte di giustizia, si pone perciò in contrasto con norme fondamentali della nostra costituzione.

8. (segue) il problema della immediata impugnabilità dell'ordine di ispezione

Una seconda questione aperta è quella della impugnabilità dell'ordine di ispezione.

Come sopra argomentato, l'impugnabilità dinanzi ai giudici europei dell'ordine di ispezione adottato dalla Commissione è espressamente prevista dal diritto europeo, sulla scorta di una risalente e costante giurisprudenza della Corte di giustizia. Il sindacato dei giudici europei si estende alla verifica della necessità dell'ispezione laddove il controllo preventivo della autorità giudiziaria nazionale – se previsto – investe la non arbitrarietà e la proporzionalità del modo di esercizio del potere di indagine rispetto all'oggetto degli accertamenti.

Nel nostro ordinamento, una autorizzazione preventiva della autorità giudiziaria è necessaria solo nel caso in cui le ispezioni siano svolte in locali, terreni e mezzi di trasporto esterni all'impresa⁶⁷. Per le ispezioni nei locali dell'impresa l'autorizzazione preventiva

66 Tra le tante vedi C. Cost., 12 luglio 2021, n. 151, punti 5 e 6 in motivazione: "la previsione di un preciso limite temporale per la irrogazione della sanzione 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. Inoltre, 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 PA di cui all'art. 97 Cost. Alla peculiare finalità del termine per la formazione del provvedimento nel modello procedimentale sanzionatorio corrisponde una particolare connotazione funzionale del termine stesso. Mentre nel procedimento amministrativo il superamento del limite cronologico prefissato dall'art. 2 della legge n. 241 del 1990 per l'esercizio da parte della pubblica amministrazione delle proprie attribuzioni non incide ex se, in difetto di espressa previsione, sul potere (sentenze n. 176 del 2004, n. 262 del 1997), in quanto il fine della cura degli interessi pubblici perdura nonostante il decorso del termine, la predefinizione legislativa di un limite temporale per la emissione della ordinanza-ingiunzione *il cui inutile decorso produca la consumazione del potere stesso risulta coesistente ad un sistema sanzionatorio coerente con i parametri costituzionali sopra richiamati*".

67 Ciò è quanto prevede l'art. 10, comma 2bis del d.p.r. 30 aprile 1998, n. 217 "Regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato".

non è richiesta. Al tempo stesso l'ordine di ispezione è ritenuto atto endoprocedimentale privo di una autonoma efficacia lesiva e perciò non impugnabile⁶⁸. Eventuali vizi nella acquisizione delle prove possono essere fatti valere in sede di impugnazione del provvedimento finale. Detti vizi non comportano la nullità dell'intero procedimento, ma l'inutilizzabilità degli elementi di prova raccolti illegittimamente.

La tutela che il nostro ordinamento riconosce, che è dunque rinviata alla impugnazione del provvedimento finale sanzionatorio, al quale solo si riconosce efficacia lesiva, è ritenuta insufficiente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

La lacuna è evidenziata in più pronunce dalla Corte EDU sia con riferimento alle ispezioni tributarie⁶⁹ che con riferimento alle ispezioni condotte da autorità di tutela della concorrenza⁷⁰.

Due i principi fondamentali enunciati dalla Corte. In primo luogo, la tutela del domicilio e della corrispondenza, ovvero dei diritti tutelati dall'art. 8 della CEDU non riguarda solo il domicilio privato ma riguarda anche i locali dell'impresa.

Inoltre, secondo la Corte tale tutela non implica necessariamente un controllo *ex ante* della autorità giudiziaria. L'autorizzazione preventiva può non essere prevista nell'ordinamento interno senza che ciò concreti una violazione dell'art. 8 CEDU.

Se manca il controllo *ex ante* è però necessario un controllo *ex post* sull'atto che ha autorizzato l'ispezione e ne ha stabilito le modalità operative. Tale atto deve dunque essere motivato e il controllo deve essere devoluto alla autorità giudiziaria o comunque ad una autorità terza ed imparziale.

Il controllo giurisdizionale *ex post* – argomenta la Corte – non può essere rinviato al momento della impugnazione del provvedimento finale e dunque dell'atto che irroga la sanzione, o dell'atto impositivo, rispetto al quale l'autorizzazione è considerata un documento preparatorio. Una siffatta tutela è ritenuta insufficiente per il suo carattere eventuale, cioè attivabile in quanto l'atto impositivo o l'atto che irroga la sanzione sia adottato, e perché comunque interviene a notevole distanza di tempo dal momento della lesione. Laddove un ricorso effettivo deve poter essere attivato entro un termine ragionevole.

L'idea della Corte EDU è che il diritto al rispetto del domicilio esiga una qualche forma di verifica immediata della legittimità della autorizzazione (della autorità amministrativa) prima che l'ispezione sia completata se l'individuo o l'impresa soggetti al controllo ritengono che questo sia svolto sulla base di presupposti o con modalità non conformi alla legge.

⁶⁸ Da ultimo T.A.R. Lazio, 4 maggio 2026, n. 8214.

⁶⁹ Corte EDU, 6 febbraio 2025, caso *Italgomme Pneumatici s.r.l. c. Italia*; Id. 8 febbraio 2026, *Ferrieri e Bonassisa c. Italia*; 5 marzo 2026, *Edilsud 2014 c. Italia*.

⁷⁰ Corte EDU, 18 marzo 2025, *Groupe Société Générale c. Romania*.

Questa giurisprudenza riapre una questione risalente e cioè se in capo alle parti del procedimento siano individuabili o meno diritti suscettibili di essere lesi già nel corso di questo e dunque bisognevoli di una tutela immediata⁷¹. L'interrogativo si scontra con una giurisprudenza granitica che esclude l'immediata lesività degli atti interni del procedimento quale è l'ordine di ispezione.

Nel momento in cui le autorità nazionali sono collegate nella rete e tenute alla reciproca collaborazione tale orientamento potrebbe vacillare.

Nel sistema della rete ben può verificarsi che l'ispezione sia condotta da funzionari di uno stato membro e nel territorio di quello stato su richiesta della autorità della concorrenza di un altro stato membro. Con la conseguenza che gli eventuali vizi dell'ispezione condotta su richiesta della nostra Autorità nazionale potrebbero essere fatti valere immediatamente, se l'ordinamento della Stato nel quale l'ispezione si svolge lo prevede diversamente da quanto verrebbe ad accadere se l'ispezione fosse condotta all'interno dello Stato.

Resta dunque da vedere se la forza uniformante della rete, oltre alla autorevolezza della giurisprudenza della Corte EDU, non impongano un significativo cambio di passo.

⁷¹ Per la tesi favorevole a riconoscere la possibilità di una immediata efficacia lesiva, e dunque l'immediata impugnabilità, degli atti che vanno a ledere le garanzie delle parti del procedimento A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004. In particolare sull'ordine di ispezione dell'AGCM, F. GHEZZI - B. MARCHETTI, *La proposta di direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, cit., 1032 ss., l'impugnazione immediata degli atti ispettivi potrebbe essere introdotta non solo in ragione del carattere autonomamente lesivo di tali atti, ma anche come antidoto efficace all'ingresso nella rete di prove invalidamente raccolte suscettibili poi di condizionare negativamente la legittimità della decisione finale. In tal senso anche M. DE BELLIS, *I poteri ispettivi dell'amministrazione europea*, Giappichelli, 2021.