

RECENTE GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA IN MATERIA DI TUTELA DELLA CONCORRENZA¹

Carmine Volpe - presidente aggiunto del Consiglio di Stato

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. I termini nel procedimento antitrust. 3. Intese restrittive della concorrenza. 4. Abuso di posizione dominante. 5. Considerazioni. 6. Rimedi.

1. Introduzione.

La tutela della concorrenza non connota solo il diritto antitrust. Ma è trasversale interessando anche altri settori. Tra i più rilevanti: i contratti pubblici; i servizi pubblici locali; i servizi a rete; le concessioni di beni pubblici e, in particolare, quelle demaniali marittime².

Nell'ambito della tutela della concorrenza la giustizia amministrativa svolge un ruolo importante, che è poi quello svolto in generale nel sindacato sull'esercizio del potere: a) risoluzione delle controversie (compito primario, proprio di ogni giudice, e non sempre ricordato); b) affermazione dei principi; c) indirizzo della successiva attività amministrativa (il che costituisce peculiarità della giustizia amministrativa, poiché spesso le sentenze del giudice hanno bisogno di ulteriore attività da parte dell'amministrazione).

La materia della tutela della concorrenza nel diritto antitrust in Consiglio di Stato è devoluta da sempre alla sesta sezione. Per cui la titolarità della presidenza della

¹ Lo scritto svolge la relazione tenuta nell'VIII Convegno biennale dell'Associazione Antitrust Italiana, dal titolo "Sviluppi e prospettive del diritto della concorrenza europeo e nazionale". Il convegno si è svolto a Firenze il 12 e 13 giugno 2025 e la relazione è intervenuta nel pomeriggio del primo giorno.

² Al riguardo si rimanda alla relazione sull'attività svolta dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel corso del 2024, a cura del presidente Roberto Rustichelli.

sezione non mi consente di parlare liberamente al riguardo, data la mia partecipazione a numerosi collegi che hanno emesso decisioni nella materia. Intendo comunque illustrare, innanzitutto, alcune decisioni del Consiglio di Stato che ritengo di rilievo nell'arco temporale dell'ultimo anno e poi svolgere alcune considerazioni finali di sistema.

L'esame sarà limitato all'applicazione degli artt. 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) in tema, rispettivamente, di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante; norme che costituiscono il cuore della tutela della concorrenza in materia antitrust.

2. I termini nel procedimento antitrust.

2.1. Una prima tematica di rilievo riguarda il termine per l'avvio del procedimento sanzionatorio antitrust. Si tratta della fase preistruttoria che involge la così detta contestazione degli addebiti, da distinguere dalla fase istruttoria vera e propria, che segue e porta alla conclusione del procedimento con la possibile irrogazione di una sanzione pecuniaria.

La comunicazione di avvio del procedimento deve indicare “gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni” (art. 6, comma 3, del D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217), mentre solo al termine della fase istruttoria, che si svolge nel contraddittorio delle parti, viene adottata la così detta CRI (comunicazione delle risultanze istruttorie), con cui si cristallizzano gli addebiti ascritti all'impresa incolpata. A questa fase ne fa seguito un'ulteriore dedicata alle difese finali e, su richiesta delle parti, un'audizione davanti al Collegio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in poi Autorità o AGCM) per giungere, infine, all'adozione del provvedimento che chiude il procedimento.

L'art. 31 della l. 10 ottobre 1990, n. 287 (“Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”), istitutiva dell'Autorità, all'art. 31 prevede 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". Disposizioni tra le quali vi è l'art. 14, comma secondo, della l. n. 689/1981, secondo cui, *"Se non è avvenuta la contestazione immediata per tutte o per alcune delle persone indicate nel comma precedente, **gli estremi della violazione debbono essere notificati agli interessati residenti nel territorio della Repubblica entro il termine di novanta giorni e a quelli residenti all'estero entro il termine di trecentosessanta giorni dall'accertamento**"*.

Al riguardo si è creato un contrasto tra il Consiglio di Stato e il Tar Lazio. Quest'ultimo ritiene che il citato art. 14 non si applichi ai procedimenti di competenza dell'Autorità data la loro specialità. Si applica però comunque un termine entro il quale l'Autorità è tenuta a notificare gli estremi della violazione, che non è quello di novanta giorni di cui all'art. 14 ma un termine da intendersi ragionevole.

Il Consiglio di Stato, invece, ritiene che l'art. 14 vada applicato anche a siffatti procedimenti, in virtù del richiamo espresso da parte dell'art. 31 della l. n. 287/1990, della natura amministrativa e pecuniaria delle sanzioni irrogate, nonché del carattere generale delle norme contenute nella l. n. 689/1981³.

Tuttavia il termine a quo decorre non dal ricevimento, da parte dell'Autorità, della mera notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma dall'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. In questo modo l'accertamento, dal quale decorre il termine, viene ad essere spostato notevolmente in avanti, non potendo lo stesso coincidere, generalmente e necessariamente, con la ricezione di una segnalazione e/o di una denuncia⁴.

³ Ai sensi dell'art. 12 della l. n. 689/1981, *"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"*.

⁴ Si vedano per tutte Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, nn. 3570, 3571 e 3572.

Il Tar Lazio, preso atto del contrasto con il giudice di appello, si è rivolto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) ai sensi dell'art. 267 del TFUE. Con riguardo sia ad un procedimento in materia di abuso di posizione dominante (sez. I, ordinanza, 1 agosto 2023 n. 12962), sia ad un procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette (ordinanza 2 agosto 2023, n. 13016).

Successivamente il Consiglio di Stato ha ritenuto di dovere fare presente alla CGUE la propria diversa posizione. E, con ordinanza della sez. VI, 9 luglio 2024, n. 6057, considerato il differente oggetto del giudizio riguardante un procedimento in materia di intesa restrittiva della concorrenza e che le due citate ordinanze del Tar Lazio muovono da un'interpretazione del diritto nazionale non del tutto coincidente con quella della sezione, ha sollevato il seguente quesito pregiudiziale:

“Se l'art. 101 TFUE osti a una normativa nazionale, quale quella di cui all'art. 14, L. 24 novembre 1981, n. 689, che, ai fini dell'esercizio dei poteri sanzionatori, impone all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di notificare alle imprese interessate il provvedimento di avvio dell'istruttoria, che indica inter alia gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni, entro il termine decadenziale di novanta giorni, ovvero trecentosessanta giorni per le imprese residenti all'estero, decorrente dal momento in cui l'Autorità ha la conoscenza della violazione”.

La CGUE, sui rinvii pregiudiziali del Tar Lazio, si è pronunciata (allo stesso modo) con le sentenze della sez. II, 30 gennaio 2025 nella causa C-511/2023 in tema di abuso di posizione dominante, e nella causa C-510/2023 in ipotesi di pratiche commerciali scorrette.

La Corte, nella sentenza n. 511, ha affermato che:

“L'articolo 4, paragrafo 5, e l'articolo 13, paragrafo 1, della 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, nonché l'articolo 102 TFUE, letti alla luce del principio di effettività, devono essere interpretati nel

sensu che: essi ostano a una normativa nazionale che, nell'ambito di un procedimento diretto all'accertamento di una pratica anticoncorrenziale condotto da un'autorità nazionale garante della concorrenza, da un lato, impone a tale autorità di avviare la fase istruttoria in contraddittorio di tale procedimento, mediante la comunicazione degli addebiti all'impresa interessata, entro un termine di 90 giorni a decorrere dal momento in cui essa viene a conoscenza degli elementi essenziali dell'asserita violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito, e, dall'altro, sanziona l'inosservanza di tale termine con l'annullamento integrale del provvedimento finale di detta autorità in esito alla procedura d'infrazione, nonché con la decadenza dal potere di quest'ultima di avviare una nuova procedura d'infrazione riguardante la stessa pratica.”.

Ne consegue che, secondo la CGUE:

- il principio di effettività comporta che la tutela della concorrenza, rimessa all'autorità competente, non può subire limiti temporali ristretti al suo esercizio;
- il termine entro il quale l'autorità competente deve notificare gli estremi della violazione vi deve essere ma a condizione che sia ragionevole; e non lo è quello di novanta giorni;
- non è detto che la violazione di un termine ragionevole comporti come conseguenza l'illegittimità e/o invalidità del provvedimento e tanto meno la decadenza dal potere di accertare una nuova procedura di infrazione per la stessa violazione.

A questo punto si può osservare che:

- il principio di effettività riguarda anche la tutela giurisdizionale, secondo assiomi comuni al diritto europeo e al diritto costituzionale;
- nell'ordinamento interno tutte le altre procedure sanzionatorie, anche di competenza di autorità indipendenti, sono sottoposte al rispetto di un termine iniziale per l'esercizio del relativo potere, ad eccezione solo delle procedure inerenti l'irrogazione di sanzioni pecuniarie di competenza dell'AGCM;

- il concetto del termine ragionevole non solo è di per sé relativo, essendo incerto il confine tra quello che è ragionevole e quello che non lo è, ma si relaziona anche difficilmente con un altro principio fondamentale del diritto europeo, quale quello della certezza del diritto. Principio che, invece, viene richiamato nelle citate sentenze della CGUE del 2025 in maniera alquanto contraddittoria con il far dipendere il carattere ragionevole o meno del termine dalle specificità della singola controversia sottoposta all'esame del giudice nazionale.

A seguito della pubblicazione della citata sentenza n. 511/2025, il Cancelliere della Corte di Giustizia, con nota del 6 febbraio 2025, ha chiesto al Consiglio di Stato di «precisare alla Corte se, alla luce di tale sentenza, intenda mantenere in essere il suo rinvio pregiudiziale» sollevato con l'ordinanza n. 6057/2024. La sezione VI, con ordinanza 3 marzo 2025, n. 1789, ha confermato il quesito pregiudiziale formulato, evidenziando che:

a) la propria ordinanza di rinvio muove da un'interpretazione del diritto nazionale non del tutto coincidente con quella proposta nell'ordinanza di rinvio del Tar Lazio e sulla quale la Corte di Giustizia si è pronunciata;

b) 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.

La questione ritorna di nuovo innanzi alla sez. VI la quale, con l'ordinanza 14 maggio 2025, n. 4151, si è rivolta ancora una volta alla CGUE, ma partendo da una premessa diversa.

Si premette che, secondo la giurisprudenza unionale, *“la violazione del principio del rispetto del termine ragionevole può giustificare soltanto l'annullamento di una decisione di accertamento di infrazioni adottata all'esito di un procedimento amministrativo fondato sull'articolo 101 o 102 TFUE, qualora sia stato dimostrato*

che tale violazione aveva pregiudicato i diritti della difesa delle imprese interessate (v., in tal senso, sentenze del 21 settembre 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissione, C105/04 P, EU:C:2006:592, punti 42 e 43 nonché del 9 giugno 2016, CEPSA/Commissione, C608/13 P, EU:C:2016:414, punto 61, e del 9 giugno 2016, PROAS/Commissione, C616/13 P, EU:C:2016:415, punto 74)” (Corte di Giustizia dell’Unione europea, VIII Sezione, 28 gennaio 2021, in C-466/19 P, punto 32)”.

Si rimette poi alla CGUE ex art. 267 TFUE una prima questione, già rimessa con l’ordinanza n. 6057/2024⁵, data la specifica richiesta delle parti contrarie a una sospensione impropria del giudizio⁶, e una seconda nuova questione con cui si chiede:

- “Se l’art. 101 TFUE e la Direttiva (UE) 2019/1 debbano essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale che prevede l’annullamento quale conseguenza automatica della violazione del termine ragionevole per l’avvio del procedimento istruttorio, senza che debba essere accertata l’effettiva lesione del diritto di difesa; o, in subordine, se essi ostano ad una normativa nazionale che, in presenza della violazione del termine ragionevole per l’avvio del procedimento istruttorio, onera l’Autorità (e non le imprese) della prova ulteriore che la violazione del predetto termine abbia leso in concreto il diritto di difesa”.

Ossia due domande, una volta accertata la violazione del termine ragionevole per l’avvio del procedimento istruttorio:

a) deve essere accertata anche la violazione del diritto di difesa affinché il potere possa ritenersi esercitato illegittimamente?

⁵ Con cui si era chiesto “Se l’art. 101 TFUE osti a una normativa nazionale, quale quella di cui all’art. 14, L. 24 novembre 1981, n. 689, che, ai fini dell’esercizio dei poteri sanzionatori, impone all’Autorità garante della concorrenza e del mercato di notificare alle imprese interessate il provvedimento di avvio dell’istruttoria, che indica inter alia gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni, entro il termine decadenziale di novanta giorni, ovvero trecentosessanta giorni per le imprese residenti all’estero, decorrente dal momento in cui l’Autorità ha la conoscenza della violazione”.

⁶ Come statuito da Cons. Stato, ad. plen., 22 marzo 2024, n. 4, “(c) la sospensione impropria “in senso lato” va adottata previo contraddittorio ai sensi dell’art. 73, comma 3, c.p.a. e solo se le parti o almeno una di esse non chiedano di poter interloquire davanti la Corte costituzionale, la CGUE, la Plenaria, nel qual caso va disposta una nuova rimessione...”.

b) A chi spetta la prova: a colui il quale agisce in giudizio oppure anche all'Autorità che appella la sentenza del primo giudice che ha accertato la violazione del termine ragionevole (nel senso di fornire la prova contraria)?

Il Consiglio di Stato coglie quindi la diversità tra il diritto nazionale, per il quale ai fini dell'invalidità di un atto è sufficiente la violazione del termine perentorio previsto per il suo esercizio, con il diritto europeo, che richiede qualcos'altro. Ed emergono anche le difficoltà pratiche conseguenti all'esigere una prova pressoché diabolica, quale quella per cui la violazione di un termine abbia comportato la lesione del diritto di difesa.

2.2. Diverso, anche se connesso, è il tema sul termine di conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust.

Mentre il regolamento in materia di pratiche commerciali scorrette fissa il termine di conclusione del procedimento in 180 giorni dalla data di comunicazione dell'avvio, pur non qualificando espressamente lo stesso come perentorio, il regolamento in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza (d.P.R. n. 217/1998⁷) non ha introdotto in via generale e astratta alcun termine di conclusione del procedimento, rimettendone la fissazione, volta per volta, alla valutazione discrezionale dell'organo procedente, in ragione delle caratteristiche e della complessità della vicenda sottoposta al suo esame.

Qui le domande sono duplici:

a) che succede in caso di violazione del termine di conclusione del procedimento fissato dall'Autorità?

c) Quali sono i limiti al potere dell'Autorità di prorogare unilateralmente siffatto termine?

⁷ Che, ai sensi dell'art. 2, comma 1, si applica ai procedimenti in materia di intese, abusi di posizione dominante e concentrazioni.

Il Consiglio di Stato, sez. VI, con ordinanza 26 agosto 2024, n. 7243, ritenendo preliminarmente non perentorio il detto termine, ha sottoposto alla CGUE il seguente quesito ex art. 267 TFUE:

“se gli articoli 41 e 47 CDFUE e l’art. 46 CEDU ostino ad una disciplina quale quella nazionale che, in materia di vigilanza su intese restrittive della libertà di concorrenza, ai fini dell’esercizio dei poteri sanzionatori e fermo restando l’esercizio dei poteri conformativi, non prevede espressamente la natura perentoria del termine di conclusione del procedimento fissato dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato con la comunicazione di contestazione degli addebiti, consentendo all’Autorità di prorogare unilateralmente il detto termine di conclusione, con atti di proroga motivati, al sopravvenire di circostanze che determinano un ampliamento oggettivo o soggettivo dell’accertamento”.

Successivamente, in un’intesa restrittiva della concorrenza e con riguardo alla fase istruttoria, il Consiglio di Stato (sez. VI, 13 novembre 2024, n. 9104) ha ritenuto non violato il termine ragionevole del procedimento, collegandosi anche a quanto affermato nella citata ordinanza n. 7243/2024.

Ciò in quanto:

- nella specie il *“procedimento si è esaurito nel termine stabilito dall’Autorità, che deve ritenersi congruo in considerazione della complessità degli accertamenti svolti; inoltre, non è irrilevante evidenziare come l’estensione temporale dello stesso sia stata determinata dalla necessità di effettuare approfondimenti istruttori alla luce delle difese delle parti”*;

- la giurisprudenza della Sezione ha chiarito che *“il termine di conclusione del procedimento potrebbe considerarsi, in ipotesi, perentorio solo nel senso che il dies ad quem, ove ragionevolmente differito, non possa essere disatteso, “ma non anche nel senso che il termine originariamente indicato debba essere necessariamente osservato, con esclusione di un motivato differimento, pena la decadenza dall’esercizio del potere sanzionatorio”* (Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanza 26 agosto 2024, n.

7243, con conseguente irrilevanza per la presente controversia - ove, tra l'altro, è propriamente contestata la tardiva contestazione finale dell'illecito e non la perentorietà del termine del procedimento istruttorio - della questione pregiudiziale rimessa dalla Sezione con tale ordinanza)>>;

- “la violazione del principio del rispetto del termine ragionevole può giustificare soltanto l'annullamento di una decisione di accertamento di infrazioni adottata all'esito di un procedimento amministrativo fondato sull'articolo 101 o 102 TFUE, qualora sia stato dimostrato che tale violazione aveva pregiudicato i diritti della difesa delle imprese interessate” (Corte di Giustizia dell'Unione europea, VIII Sezione, 28 gennaio 2021, in C-466/19, punto 32 e giurisprudenza ivi indicata; nella giurisprudenza della Sezione, si veda: Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2023, n. 10914; Id., 22 dicembre 2023, n. 11134). Nel caso di specie, non vi è stata alcuna deduzione né tanto meno evidenza in ordine al pregiudizio che la dedotta eccessiva durata della fase istruttoria avrebbe determinato sui diritti di difesa delle appellanti”.

Melis re perpensa, sull'ultima problematica la questione è stata poi rimessa alla CGUE con l'ordinanza della sezione n. 4151/2025⁸.

Così che, al momento, l'intera tematica dei termini nel procedimento antitrust è all'esame della CGUE.

3. Intese restrittive della concorrenza.

3.1. In tema di intese restrittive della concorrenza contrarie all'art. 101 del TFUE, sono intervenute tre recenti sentenze della sezione VI con riguardo a un'intesa avente la finalità di condizionare gli esiti delle gare per la fornitura di contatori idrici attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti.

⁸ Citata alla fine del paragrafo 2.1.

Si tratta delle sentenze 8 aprile 2025, n. 2979, 23 aprile 2025, n. 3517 e 24 aprile 2025, n. 3530, ad oggetto lo stesso provvedimento dell'Autorità impugnato con separati ricorsi da varie imprese sanzionate, che hanno affermato gli stessi principi.

Molte sono state le questioni affrontate, in tema di:

- tardività nell'avvio dell'istruttoria;
- prova dell'intesa;
- individuazione del mercato rilevante;
- *parental liability presumption*: presunzione iuris tantum e compatibilità con il principio di personalità della responsabilità;
- presupposti per la qualificazione dell'intesa come unica e continuata;
- qualificazione dell'intesa per oggetto;
- quantificazione della sanzione.

Di rilievo le affermazioni (nella sentenza n. 3517/2025) con riguardo:

a) a prescrizione e illecito permanente.

La partecipazione a un'intesa anticoncorrenziale, costituita dall'aver preso parte a varie gare con intento spartitorio, rappresenta un illecito permanente e la prescrizione inizia a decorrere per tutti dalla fine dell'accordo collusorio a prescindere dalla partecipazione delle imprese alle singole gare;

b) all'individuazione del mercato rilevante.

- “...il mercato di riferimento va individuato solo dopo aver stabilito l'esistenza della intesa anticoncorrenziale.

. ...l'Autorità ha correttamente individuato il mercato rilevante nell'insieme di quei lotti sui quali all'interno del più ampio mercato delle procedure pubbliche di affidamento della fornitura di contatori idrici per acqua fredda, l'intesa oggetto del presente giudizio pareva essere stata conclusa tra le imprese sanzionate”;

c) alla quantificazione della sanzione.

“Non è fondata la censura con cui l’appellante lamenta che, ai fini della quantificazione della sanzione, non si poteva considerare l’importo di gare non aggiudicate dall’appellante: ciò è consentito dal punto 18 delle Linee Guida in materia di quantificazione della sanzione, fermo restando che la sanzione non può comunque superare il 10% del fatturato dell’impresa”.

La sentenza n. 2979/2025 approfondisce il tema della *parental liability presumption*.

Si riporta il passo di interesse: <<Giova in proposito ricordare che la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea ha, da tempo, costruito, sulla scorta della *single economic unit theory*, un **peculiare meccanismo di imputazione dell’illecito antitrust che si traduce in una notevole semplificazione dell’onere probatorio gravante a carico dell’Autorità**.

Esso riposa sulla considerazione che alla società (holding) che esercita su altra un’influenza determinante consentendo di determinare il comportamento assunto nel mercato dalla controllata stessa (o comunque di prendere contezza dell’altrui condotta e di assumere iniziative correttive) risulta direttamente imputabile l’infrazione alle norme in materia di concorrenza dell’Unione che si ritiene abbia commesso la controllata (cfr., ex multis, Corte di Giustizia Ue, 29 marzo 2011, nelle cause C-201/09 P e C-216/09 P; Corte di Giustizia Ue, 27 aprile 2017, nella causa C-516/15).

Detta influenza dominante, peraltro, si presume, salva prova contraria, nell’ipotesi in cui l’attività illecita sia posta in essere da una società il cui capitale è interamente (o quasi interamente) detenuto dalla controllante (Corte di Giustizia UE, 27 aprile 2017, causa C-516/15 P Id., 20 gennaio 2011, causa C-90/09 P).

Deve aggiungersi che, a meno che non venga smentita, detta presunzione “implica che l’esercizio effettivo di un’influenza determinante da parte della società madre sulla propria controllata si considera dimostrato” permettendo di “ritenere la

prima società responsabile del comportamento della seconda, senza necessità di produrre una qualsivoglia prova supplementare” sicché “l’applicazione della presunzione di esercizio effettivo di un’influenza determinante non è subordinata alla produzione di indizi supplementari relativi all’esercizio effettivo di un’influenza della società madre” (Corte di Giustizia UE, 21 gennaio 2021, causa C-595/18 che riprende la sentenza del 26 ottobre 2017, Global Steel Wire e a./Commissione, C457/16 P e da C459/16 P a C461/16 P, non pubblicata, EU:C:2017:819, punti 85 e 86).

Trattasi, dunque, di una presunzione iuris tantum autosufficiente a fondare l'imputazione dell'illecito alla controllante ma vincibile attraverso la dimostrazione che, nel caso concreto, non sia stata effettivamente spiegata alcuna influenza dominante (con inversione della relativa prova a carico della controllante)>>⁹.

Quanto alla denunciata eccessiva durata del procedimento, collegandosi in parte alla giurisprudenza della CGUE (si veda quanto detto al paragrafo 2.1.), la sezione VI osserva (con la sentenza n. 2979/2025) che *...nel caso in esame, le parti appellanti non hanno comunque svolto alcuna specifica deduzione in ordine al pregiudizio che l'asserita eccessiva durata del procedimento (anche in conseguenza della menzionata estensione soggettiva) avrebbe determinato sui propri diritti di difesa.*

3.2 La sezione VI, con la sentenza 13 novembre 2024, n. 9104, ha esaminato il provvedimento sanzionatorio con cui l’Autorità aveva accertato che le condotte poste in essere da alcune società - volte a coordinare la partecipazione e il contenuto delle offerte economiche nelle procedure di gara indette dalla Lega Serie A per

⁹ Nello stesso senso, da ultimo, CGUE 13 febbraio 2025 in causa C-393/23: “L'articolo 8, punto 1, del regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che: esso non osta a che, in caso di domande volte a far sì che una società madre e la sua società figlia siano condannate in solido a risarcire il danno subito a causa della commissione, da parte della società figlia, di un'infrazione alle regole di concorrenza, il giudice del domicilio della società madre investito di tali domande si fondi, per stabilire la propria competenza internazionale, sulla presunzione secondo cui, quando una società madre detiene direttamente o indirettamente la totalità o la quasi totalità del capitale di una società figlia che ha commesso un'infrazione alle regole di concorrenza, essa esercita un'influenza determinante su tale società figlia, purché i convenuti non siano privati della possibilità di avvalersi di indizi probatori che suggeriscano che tale società madre non deteneva direttamente o indirettamente la totalità o la quasi totalità del capitale di detta società figlia oppure che tale presunzione dovrebbe comunque essere confutata”.

l'assegnazione dei diritti TV per la visione delle competizioni di calcio nei territori diversi dall'Italia – avevano integrato un'intesa restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 101 del TFUE.

La sentenza approfondisce diversi profili del procedimento antitrust, con importanti chiarimenti in merito alle garanzie procedurali e alla distinzione tra tipologie di intese anticoncorrenziali. I principali punti di rilievo sono:

a) in tema di principio di corrispondenza tra contestazione e sanzione e ipotesi di violazione.

Si afferma che *“il principio di necessaria corrispondenza tra addebito contestato e addebito posto a fondamento della sanzione, può ritenersi violato soltanto qualora l'Autorità deduca circostanze nuove, non preventivamente sottoposte a contraddittorio, implicanti una diversa valutazione dei fatti addebitati”*; nel caso di specie, i fatti storici oggetto dalla prima e della seconda c.r.i. *“sono essenzialmente i medesimi ed è mutata la sola qualificazione, in base a tali fatti, dell'illecito antitrust, ravvisandosi un'unica intesa trilaterale, piuttosto che due intese”* (Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 giugno 2022, n. 4649; Id., 13 giugno 2022, n. 4779), ed è stato, comunque, *assicurato l'esercizio del diritto di difesa*”.

b) Sulla distinzione tra intese restrittive della concorrenza “per oggetto” e “per effetto”.

Si ribadisce che la distinzione tra intese restrittive per oggetto o per effetto rileva sul piano degli elementi costitutivi dell'illecito e comporta un regime probatorio diverso. *“Infatti, nel primo caso, non occorre dimostrarne gli effetti sulla concorrenza al fine di qualificarle come «restrizione della concorrenza», ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, T.F.U.E., in quanto – secondo la valutazione prognostica del legislatore – siffatti comportamenti sono, di per sé, dannosi per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, in quanto determinano riduzioni della produzione e aumenti dei prezzi, dando luogo ad una cattiva allocazione delle risorse a detrimento, in particolare, dei consumatori* (C.G.U.E., 19 marzo 2015, causa C-286/13, punto 115;

Id., 26 novembre 2015, causa C-345/14, punto 20); per contro, qualora non sia dimostrato l'oggetto anticoncorrenziale di un accordo o di una pratica concordata, occorre esaminare i suoi effetti al fine di fornire elementi comprovanti che il gioco della concorrenza è stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo sensibile (C.G.U.E., 26 novembre 2015, causa C-345/14, punto 17)".

Concludendosi nel senso che i cartelli nelle gare costituiscono sempre intese restrittive per oggetto.

4. Abuso di posizione dominante.

4.1. La sezione VI, con la sentenza 5 giugno 2024, n. 5054, ha annullato una sanzione pecuniaria per abuso di posizione dominante a carico della Federazione italiana sport equestri (FISE) per mancanza di prova.

Ciò poiché “appaiono condivisibili i rilievi di parte appellante dove ha dedotto che non è emersa la prova che la stessa rivesta una posizione nel mercato così perimetrato, in assenza di una effettiva analisi della ripartizione di tale mercato, specie sotto il profilo economico, dovendosi anticipare sin da ora che il potere regolatore dell'appellante non appare idoneo ad incidere direttamente su ogni segmento del mercato così come individuato dall'Autorità, non potendosi così ritenere idonea e completa l'indagine svolta dall'Autorità”.

4.2. Con sentenza 27 giugno 2024, n. 5664, la sezione VI ha riconosciuto esente dalle censure dedotte l'accertato abuso di posizione dominante di una società, per avere ritardato o rifiutato di fornire informazioni necessarie ai fini della realizzazione della procedura competitiva per il nuovo affidamento dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano.

Di interesse la definizione della nozione di abuso di posizione dominante, laddove si statuisce come nella specie la “condotta si è sostanziata nel mancato o, comunque, ritardato riscontro alle richieste di informazioni essenziali per la gara (e,

quindi, per l'apertura del mercato alla concorrenza). Pertanto, deve convenirsi con la ricostruzione operata dal Giudice di primo grado, il quale ha, in sostanza, evidenziato l'idoneità della condotta a pregiudicare - ritardandone la realizzazione - il confronto concorrenziale attraverso mezzi diversi dal merito”.

In sostanza la società sanzionata aveva inficiato il programma della Provincia di Bolzano di aprire il mercato alla concorrenza e, determinando un ritardo nell'indizione della gara, aveva cagionato un danno alle dinamiche competitive estendendo sul piano temporale la propria posizione di monopolio.

4.3. La sez. VI, con la sentenza 13 novembre 2024, n. 9138, ha confermato l'impianto accusatorio dell'Autorità che aveva accertato un abuso di posizione dominante di una società realizzato mediante una strategia unitaria volta "a ostacolare lo sviluppo della concorrenza tra infrastrutture di rete fissa, anche con la scelta di soluzioni tecnologiche subottimali" al fine di escludere una società nuova entrante dal relativo mercato.

In particolare con il provvedimento impugnato l'Autorità aveva accertato che:

a) la società era dominante nei mercati rilevanti dei servizi di accesso alla rete fissa a banda larga e UBB all'ingrosso (“mercato wholesale”) e delle telecomunicazioni al dettaglio su rete fissa a banda larga e UBB (“mercato retail”), entrambi di dimensione geografica nazionale;

b) le condotte contestate erano tutte parte di un'unica strategia escludente di abuso della regolazione pubblica, diretta a escludere l'altra società dal relativo mercato in violazione dell'art. 102 TFUE;

c) la società in posizione dominante avrebbe mirato solo a ostacolare lo svolgimento delle gare, creando un clima di incertezza che ha rallentato di tre mesi l'esito della prima gara.

4.4. Infine di rilievo la recente sentenza della sezione VI 9 aprile 2025, n. 3058, i cui capisaldi possono rinvenirsi nella definizione dei contorni della figura di abuso di

posizione dominante e nella ritenuta possibilità di irrogare una sanzione pecuniaria simbolica (nella specie di mille euro).

Si afferma che:

- costituisce abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE la condotta posta in essere da società appartenenti ad un gruppo che, approfittando della peculiare posizione caratterizzata dalla presenza del gestore monopolista della rete e da un'impresa ferroviaria verticalmente integrata, pongono in essere una complessiva strategia caratterizzata dalla trattazione parallela e unitaria di questioni di competenza del gestore della rete e della verifica dei relativi vantaggi per l'impresa ferroviaria verticalmente integrata, al fine di assecondare il pur legittimo disegno politico – amministrativo di interlocutori istituzionali di potenziamento del servizio ferroviario (nella specie, mediante investimenti per la elettrificazione di tratte), ma agevolando l'affidamento del servizio senza gara per la durata massima prevista, impedendo una concorrenza per il mercato;

- sussiste abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE allorquando vi siano elementi tangibili che consentano di dimostrare che la condotta illecita ha avuto la capacità concreta di incidere sul mercato, nel caso di specie precludendo la concorrenza mediante l'affidamento diretto del servizio di trasporto ferroviario regionale (in assenza, quindi, di confronto competitivo) per la durata massima prevista dall'ordinamento con conseguente chiusura del mercato di riferimento;

- è legittima – anche in caso di qualificazione come grave della condotta di abuso di posizione dominante – l'irrogazione di una sanzione pecuniaria simbolica ove l'autorità abbia accertato che la condotta complessiva abbia, comunque, determinato un beneficio sociale ed economico per il territorio e per i consumatori, nella specie consistente nell'adeguamento infrastrutturale della rete che, di riflesso, ha inciso sul servizio di trasporto.

5. Considerazioni.

All'exkursus, seppure parziale, della recente giurisprudenza amministrativa in tema di concorrenza antitrust, conseguono alcune considerazioni.

È evidente che la materia è di per sé complessa. In quanto tale, avrebbe bisogno di semplificazioni, da parte di tutti i protagonisti; che sono il legislatore, europeo e nazionale, la giurisprudenza della CGUE e dei giudici nazionali, le autorità nazionali competenti, le imprese interessate.

Alcune difficoltà conseguono alla circostanza che la normativa da applicare è di derivazione eurounitaria, in via immediata o indiretta attraverso le norme di recepimento del diritto europeo.

Di qui il continuo colloquio del giudice nazionale con la CGUE. Alcune volte nemmeno immediato, ma a seguito di ripensamenti. Il che è di ausilio alla uniforme e corretta applicazione del diritto europeo ma incide negativamente sui tempi dei giudizi.

Il rinvio alla CGUE dovrebbe risolvere problemi.

Ma spesso ne crea altri. Sia per il linguaggio adoperato dalla Corte di Giustizia, non sempre di immediata comprensibilità, sia per l'affermazione di principi astratti e lontani dal caso concreto la cui applicazione pratica viene demandata al giudice nazionale. Il quale a sua volta si trova in difficoltà, sia nella intellegibilità dei principi affermati sia nella loro riconducibilità alla fattispecie concreta da risolvere.

Ho sentito dire, in un precedente intervento, “anche la Corte di Giustizia sbaglia”.

Il che mi pare lapalissiano. Si tratta pur sempre di giudici, che sono esseri umani e non sono infallibili. E poi “la giustizia non fa parte di questo mondo”.

È vero, invece, che, con riguardo alla Corte di Giustizia, gli errori possono avere una rilevanza dirompente. Infatti, i principi di diritto affermati dalla stessa costituiscono diritto immediatamente operante negli ordinamenti giuridici degli Stati

membri; con la conseguenza che il diritto interno che non si conforma ai detti principi va disapplicato, così come i provvedimenti amministrativi che li violano sono solo per questo illegittimi e quindi invalidi. È così evidente perché un principio errato possa avere effetti dirompenti nel sistema normativo.

Altra criticità è data dall'eccessiva lunghezza dei provvedimenti sanzionatori dell'Autorità e degli atti giudiziari inerenti la loro impugnazione.

Non risulta osservato l'art. 3, comma 2, c.p.a., che si trova nel capo I del titolo I del libro primo che tratta dei "Principi generali" della giurisdizione amministrativa, secondo cui: *"Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica, secondo quanto disposto dalle norme di attuazione"*. Ossia la sinteticità è obbligo del giudice e delle parti.

È anche vero però che, allorquando si impugna un provvedimento dell'Autorità che si compone di più, o poco meno, di 100 pagine (situazione abbastanza usuale nei provvedimenti sanzionatori in tema di intese anticoncorrenziali e di abusi di posizione dominante), è difficile pretendere da chi agisce in giudizio il rispetto del principio di sinteticità.

Inoltre, nei processi amministrativi avverso le decisioni sanzionatorie più rilevanti dell'Autorità è di prassi il terzo e il quarto grado. Il contenzioso non si conclude con la sentenza del Consiglio di Stato, ma continua con la revocazione per errore di fatto di fronte allo stesso giudice e con il ricorso in Cassazione per eccesso di potere giurisdizionale. Con esito che per la gran parte dei casi non è favorevole ai ricorrenti.

In alcuni casi, ad es. quando si dispone che la sanzione vada rideterminata, il contenzioso continua, essendo necessaria ulteriore attività amministrativa, e si sposta sulla quantificazione.

Le criticità aumentano allorquando alcuni ricorsi adottano una particolare tecnica espositiva con riguardo ai motivi di appello. I motivi vengono numerati, ma

nell'ambito dell'esposizione del singolo motivo numerato vengono ad essere svolte ulteriori specifiche censure a loro volta progressivamente numerate nell'ambito dello stesso numero del motivo (ad esempio 1.1; 1.2; 1.3; 1.4; 2.1; 2.2; 2.3; 2.4; 2.5; 3.1; 3.2; 3.3; 3.4; 3.5; 3.6; ecc.).

Tutto ciò rende particolarmente difficile la redazione della sentenza, la quale, se non esamina tutto quello che viene svolto all'interno dei numeri e sotto numeri dei motivi, è a rischio di ricorso per revocazione causa omissione di pronuncia. Diviene oltremodo difficilmente esigibile da parte del giudice il rispetto dell'obbligo di sinteticità.

La verità è che il diritto amministrativo non si attaglia del tutto ai procedimenti antitrust, poiché essi:

a) vivono di regole proprie e in gran parte mutate dal diritto e dalla giurisprudenza europei;

b) si distanziano dal modello del procedimento amministrativo ideato dalla l. 7 agosto 1990, n. 241;

c) il modello che si percepisce è molto più vicino al processo penale, data anche la natura "penale" delle sanzioni antitrust.

Assumono rilevanza problemi inerenti la prova dell'illecito e/o della violazione, e l'accertamento della colpevolezza¹⁰.

Allo stesso modo la funzione tipica del giudice amministrativo, che è quella di sindacare l'esercizio del potere e, nell'ipotesi di potere discrezionale, di accertare il rispetto dei limiti alla discrezionalità attraverso il sindacato sull'eccesso di potere, si dissolve nel giudizio sulla legittimità dei provvedimenti antitrust dell'AGCM. Laddove divengono determinanti la violazione del diritto europeo, della legge e delle regole dei peculiari procedimenti amministrativi. Mentre invece manca la verifica dell'eccesso di

¹⁰ Ai sensi dell'art. 3, comma 1, della l. n. 689/1981, "Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa".

potere e di quelle che sono le sue figure sintomatiche, essenziale presidio alla legittimità dell'esercizio del potere discrezionale. Qual'è senza dubbio quello esercitato dall'AGCM nell'irrogazione delle sanzioni antitrust.

6. Rimedi.

Quali rimedi?

Non è semplice individuarne.

Innanzitutto semplificare:

a) a livello normativo, ma non dipende da noi operatori del diritto;

b) a livello amministrativo (procedimentale), ad opera specialmente delle amministrazioni deputate ai controlli antitrust, anche nella redazione di provvedimenti finali che potrebbero essere più snelli, semmai facendo riferimento ad atti ulteriori dell'istruttoria;

c) a livello processuale, anche senza norme. Ad es. con udienze dedicate e tematiche in cui si possano approfondire specifici aspetti complessi della controversia antitrust.

Con una premessa; che l'ultima ipotesi presuppone la riduzione dimensionale degli atti difensionali, perché altrimenti si rischia solo di appesantire la trattazione senza alcun vantaggio né per le parti né per i giudici.

E poi, da parte dei giudici, incominciare a rimettere meno alla CGUE, cercando di risolvere le questioni con modalità diverse.