

Publicato il 09/07/2024

**N. 06057/2024 REG.PROV.COLL.
N. 08838/2022 REG.RIC.**



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 8838 del 2022, proposto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Amazon Italia Services S.r.l., Amazon.Com, Inc., Amazon Services Europe S.À R.L., Amazon Europe Core S.À R.L., Amazon Eu S.À R.L., rappresentati e difesi dagli avvocati Marcello Clarich, Giuliano Fonderico, Cristoforo Osti, Alessandra Prastaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Marcello Clarich in Roma, viale Liegi, 32;

Apple Inc., Apple Distribution International Limited, Apple Italia S.r.l., rappresentati e difesi dagli avvocati Nico Moravia, Gian Luca Zampa, Alessandro Di Giò, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Nico Moravia in Roma, via

Barberini, 86; Digitech di Giovinazzo Maria Francesca, Srl I.T. Store, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 12507/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio di Amazon Italia Services S.r.l., di Amazon.Com, Inc., di Amazon Services Europe S.À R.L., di Amazon Europe Core S.À R.L., di Amazon Eu S.À R.L. e visto l'appello incidentale dalle medesime proposto;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Apple Inc., di Apple Distribution International Limited e di Apple Italia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2024 il Cons. Stefano Lorenzo Vitale e uditi per le parti l'Avvocato dello Stato Giorgio Santini e gli avvocati Nico Moravia, Gian Luca Zampa, Marcello Clarich, Giuliano Fonderico, Cristoforo Osti e Alessandra Prastaro;

A. L'INTESA ANTICONCORRENZIALE CONTESTATA AD APPLE ED AMAZON ED IL PROVVEDIMENTO DELL'AGCM

1. Con provvedimento del 16 novembre 2021 n. 29889 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito "Autorità" o "AGCM"), all'esito del procedimento n. I-842 – Vendita prodotti Apple e Beats su Amazon marketplace, ha accertato che le società odierne appellanti hanno posto in essere un'intesa anticoncorrenziale in violazione dell'art. 101 **TFUE** rappresentata da una clausola del contratto stipulato nel 2018 tra Apple e Amazon che aveva riservato la vendita di prodotti Apple/Beats (prodotti Apple), tramite il marketplace di Amazon, ai soli c.d. Apple Premium Resellers (la categoria di rivenditori che, all'interno del sistema di distribuzione di Apple, soddisfa i più alti standard di qualità ed investimenti).

2. Ad avviso dell'AGCM, questa limitazione sul marketplace integra una violazione della concorrenza sia per oggetto, con la riduzione del numero di rivenditori terzi presenti in un canale di distribuzione rilevante in assenza dell'adozione di un sistema di selezione basato su criteri qualitativi e non discriminatori, che per effetto, comportando una riduzione del numero di rivenditori terzi, della quantità di prodotti Apple venduti su Amazon.it da parte di rivenditori terzi, degli sconti e, infine, la cessazione delle vendite transfrontaliere di prodotti Apple su Amazon.

L'AGCM ha, inoltre, ritenuto inapplicabile sia il Regolamento UE n. 330/2010, concernente l'esenzione dal divieto ex art. 101(1) **TFUE** di categorie di accordi verticali e pratiche concordate (VBER), sia l'eccezione prevista dallo stesso art. 101(3) **TFUE**.

3. Pertanto, con il provvedimento menzionato, l'Autorità ha ordinato alle società di porre immediatamente fine ai detti comportamenti distorsivi della concorrenza e di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata e, nello specifico, di rimuovere e/o modificare dette clausole contrattuali, “individuando forme distributive che consentano, agli operatori che legittimamente esercitano l'attività di commercializzazione dei prodotti a marchio Apple e Beats genuini, di accedere al marketplace Amazon.it e di utilizzare i servizi di intermediazione di tale marketplace in maniera non discriminatoria rispetto ad Amazon e agli altri venditori di prodotti Apple e Beats ammessi in Amazon.it, secondo i criteri oggettivi di indole qualitativa, applicati indistintamente e non discriminatori, al tempo stabiliti per le vendite di prodotti Apple e Beats”.

4. Altresì, con il medesimo provvedimento, l'Autorità ha condannato le società Apple Italia s.r.l., Apple Inc. e Apple Distribution (di seguito “società del gruppo Apple”), in solido tra loro, al pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria pari a 134.530.405 € poi rettificata, a seguito di correzione di un errore materiale, in 114.681.657 €, nonché ha condannato Amazon Italia Services s.r.l., Amazon.com inc., Amazon Services Europe s. à

r.l., Amazon Europe Core s. à r.l. e Amazon Eu s. à r.l. (di seguito “le società del gruppo Amazon”), in solido tra loro, al pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria pari a 68.733.807 €.

B. IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

5. Il provvedimento è stato impugnato, con distinti ricorsi, dalle società del gruppo Apple (ricorsi iscritti ai nn. 685, 686 e 687 del 2022) e dalle società del gruppo Amazon (ricorso n.r.g. 761 del 2022), che hanno chiesto l’annullamento del provvedimento medesimo.

Con tutti i ricorsi le società hanno articolato plurime censure con cui si è contestata l’esistenza dell’illecito ascritto alle società, si sono lamentate violazioni procedurali nonché l’erronea quantificazione delle sanzioni.

6. Il TAR ha riunito i vari ricorsi e li ha accolti, annullando il provvedimento impugnato, ritenendo fondati i motivi riguardanti i lamentati vizi formali del procedimento, relativi alla violazione del termine per l’avvio del procedimento e dei termini a difesa, ed assorbendo le restanti censure.

Quanto alla censura relativa alla violazione del termine di avvio del procedimento sanzionatorio, prospettata dalle sole società del gruppo Amazon, il TAR, dando conto dei diversi orientamenti giurisprudenziali formati in materia, ha ritenuto che non operi nei procedimenti *antitrust* il termine decadenziale di cui all’art. 14, L. n. 689/1981, in ragione della “assoluta peculiarità dei procedimenti *antitrust*, che sommano una pluralità di attività, non solo di applicazione della sanzione pecuniaria ma anche di accertamento dell’illecito e di inibizione alla cessazione degli effetti. Non si può, pertanto sostenere che all’AGCM sia precluso, in forza dell’applicazione di termini decadenziali, l’esercizio del potere di avviare un’istruttoria e accertare un illecito *antitrust*, al fine di ripristinare le condizioni di legalità nel mercato interessato”.

Ferma la ritenuta non applicabilità dell’art. 14 cit., il primo giudice ha ritenuto che in base ai principi di cui alla L. n. 241/1990, interpretati anche in base all’art. 6 CEDU e all’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione

europea, la durata della fase preistruttoria dei procedimenti *antitrust* deve essere “ragionevole” e che “ciò che rileva, quale termine iniziale, non è la notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma l'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita; conoscenza a sua volta implicante il riscontro, anche ai fini di una corretta formulazione della contestazione, dell'esistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti”.

Nel caso di specie, il giudice di primo grado ha ritenuto che la durata della fase preistruttoria non sia stata ragionevole dal momento che la segnalazione della società Digitech, da cui ha preso le mosse il procedimento, è pervenuta all'Autorità il 22 febbraio 2019 mentre la notifica dell'avvio dell'istruttoria è intervenuta il 21 luglio 2020, sicché sono decorsi circa 17 mesi dalla denuncia al momento dell'avvio del procedimento e “in tale periodo non risulta che l'Agcm abbia compiuto verifiche di qualsivoglia natura”.

7. Altresì, il TAR ha ritenuto fondata la censura, formulata sia dalle società del gruppo Apple che dalle società del gruppo Amazon, concernente la violazione del diritto di difesa a causa del termine eccessivamente ridotto assegnato alle parti per le proprie osservazioni conclusive (profilo non rilevante ai fini della presente ordinanza).

C. IL GIUDIZIO DI APPELLO

8. L'Autorità ha proposto appello avverso la sentenza di primo grado contestando entrambe le ragioni poste a sostegno della pronuncia.

9. Per quanto riguarda il termine di durata della fase preistruttoria, la difesa erariale censura la sentenza di primo grado laddove ha accolto il motivo di ricorso proposto dalle società del gruppo Amazon e svolge ampie e articolate difese con cui deduce che:

- alla presunta violazione del principio della durata ragionevole della fase preistruttoria non viene fatta corrispondere la lesione di alcun interesse legittimo, differenziato e qualificato, delle società ricorrenti in primo grado, rispetto al quale individuare un bene della vita meritevole di tutela;

- la pronuncia del TAR viola il principio di proporzionalità essendo stata adottata una misura (l'annullamento del provvedimento) non necessaria né tanto meno proporzionata rispetto alla tutela dell'interesse che con la medesima si intendeva salvaguardare;
- in assenza di una norma che preveda espressamente la decadenza dal potere di avviare un'istruttoria, e quindi di censurare l'illecito accertato, regolandone tassativamente i presupposti temporali, non è possibile assoggettare a un termine decadenziale il procedimento mediante il quale tale potere viene esercitato;
- la violazione di un termine ragionevole può determinare l'annullamento di un provvedimento sempre ove tale conseguenza sia espressamente prevista dalla legge e solo se e quando l'impresa interessata abbia dimostrato di aver subito un pregiudizio al diritto di difesa proprio in ragione del tempo impiegato per avviare e concludere un'indagine nei suoi confronti (Corte di giustizia, 21 settembre 2006, *Gebied*, C105/04);
- nel caso di specie, non è stata evidenziata, né tantomeno provata, alcuna specifica limitazione del diritto di difesa da parte di Amazon;
- nemmeno può ravvisarsi nell'art. 14 della L. n. 689/1981 una valida base normativa ai fini dell'individuazione di un termine decadenziale e l'applicazione dell'art. 14 cit. ai procedimenti *antitrust*, con il conseguente annullamento del provvedimento che reca oltre alla sanzione anche l'inibitoria della condotta lesiva dell'interesse pubblico alla tutela dei mercati, si tradurrebbe in un'eccessiva e ingiustificata obliterazione della funzione pubblica di ripristino delle condizioni di legalità nel mercato interessato esercitata mediante tali procedimenti (l'Autorità avanza nell'atto di appello tali deduzioni “nella prospettiva che l'appellata Amazon riproponga il motivo corrispondente, dedotto nel ricorso di primo grado”);
- il TAR non ha dato una lettura corretta delle attività svolte dall'Autorità nel corso della fase pre-istruttoria, dal momento che i documenti acquisiti consistono in svariati elementi che sono apparsi dirimenti per l'avvio

dell'istruttoria e rappresentano l'esito finale dell'attività di indagine svolta internamente dall'Autorità;

- il regime di decadenza individuato dal TAR compromette l'effettiva ed efficace attuazione delle norme *antitrust* da parte dell'Autorità in ragione della complessità degli accertamenti che l'Autorità deve condurre e, al riguardo, l'Autorità, per il caso in cui il giudice di appello non dovesse condividere le tesi esposte nell'atto di gravame, chiede che venga sollevata una questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE;

- al momento dell'avvio del procedimento vigeva un orientamento giurisprudenziale di segno opposto a quello che si è andato solo successivamente affermando e, pertanto, laddove il giudice dovesse ritenere che l'Autorità sia decaduta dal proprio potere sanzionatorio, si dovrebbe applicare la dottrina dell' "overruling".

10. L'Autorità ha contestato, inoltre, il capo della sentenza del TAR che ha accolto il motivo di ricorso, formulato sia dalle società del gruppo Amazon che dalle società del gruppo Apple, con cui si lamentava il termine inadeguato accordato alle medesime per replicare alla Comunicazione delle risultanze istruttorie (per brevità si omette di riportare il contenuto delle deduzioni svolte sul punto dall'Autorità, non essendo rilevanti ai fini della presente ordinanza).

11. Le società appellate hanno riproposto i motivi di censura avanzati con il ricorso di primo grado e rimasti assorbiti nella sentenza del TAR.

12. Altresì, le società del gruppo Amazon hanno proposto appello incidentale in ordine al capo della sentenza che ha ritenuto che la durata della fase pre-istruttoria non sia stata ragionevole, censurando la pronuncia "in considerazione del fatto che la Sentenza non ha accolto il primo motivo di ricorso proposto da Amazon nella parte in cui eccepisce la violazione del termine di 90 giorni di cui all'art. 14 della l. n. 689/1981". Con tale appello incidentale, affidato ad un unico motivo, le società del gruppo Amazon

sostengono che alla fase pre-istruttoria del procedimento *antitrust* debba applicarsi il termine decadenziale previsto dall'art. 14, L. n. 689/1981.

13. Le parti hanno depositato memorie ex art. 73 c.p.a., insistendo nelle proprie deduzioni.

14. All'udienza del 6 giugno 2024, a seguito della discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

D. LE NORME COMUNITARIE RILEVANTI

15. L'art. 101 del **TFUE** prevede che:

«1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:

a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;

b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;

c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;

d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;

e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi. (...).»

16. La Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più

efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, non applicabile *ratione temporis* alla presente fattispecie, prevede che:

- considerando n. 14: *«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. Tali garanzie comprendono il diritto a una buona amministrazione e il rispetto dei diritti di difesa delle imprese, di cui una componente essenziale è il diritto di essere sentiti. In particolare, le ANC dovrebbero informare le parti oggetto dell'indagine in merito agli addebiti mossi nei loro confronti a norma dell'articolo 101 o 102 TFUE sotto forma di una comunicazione degli addebiti o di una misura simile prima di adottare una decisione che constata un'infrazione e le stesse parti dovrebbero avere la possibilità di far conoscere in modo efficace il loro punto di vista su tali addebiti prima dell'adozione di una tale decisione. Le parti alle quali sono stati comunicati addebiti riguardo a una presunta infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE dovrebbero avere il diritto di accedere al relativo fascicolo delle ANC, per poter esercitare efficacemente il proprio diritto di difesa. (...) Oltre a ciò, conformemente al diritto a una buona amministrazione, gli Stati membri dovrebbero garantire che, nell'applicare gli articoli 101 e 102 TFUE, le ANC svolgano i procedimenti entro tempi ragionevoli, tenendo conto delle specificità di ciascun caso. Tali garanzie dovrebbero essere concepite in modo da trovare il giusto equilibrio tra il rispetto dei diritti fondamentali delle imprese e l'obbligo di garantire l'applicazione efficace degli articoli 101 e 102 TFUE».

- considerando n. 70: *«Al fine di garantire l'applicazione efficace degli articoli 101 e 102 TFUE da parte delle ANC, è necessario prevedere norme funzionali in materia di termini di prescrizione. In particolare, in un sistema di competenze parallele, è opportuno sospendere o interrompere i termini nazionali di prescrizione per la durata del procedimento dinanzi alle ANC di un altro Stato membro o alla Commissione. Tale sospensione o interruzione non dovrebbe impedire agli Stati membri di mantenere o introdurre termini di prescrizione assoluti, purché la durata di tali limitazioni assolute non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione efficace degli articoli 101 e 102 TFUE».*

- art. 3 (“Garanzie”), par. 3: *«Gli Stati membri provvedono a che i procedimenti istruttori delle autorità nazionali garanti della concorrenza siano svolti in tempi ragionevoli.*

Gli Stati membri provvedono a che, prima di adottare una decisione ai sensi dell'articolo 10 della presente direttiva, le autorità nazionali garanti della concorrenza adottino una comunicazione degli addebiti».

- art. 29 (“Norme relative ai termini di prescrizione in materia di irrogazione di ammende e di penalità di mora”), par. 1: *«Gli Stati membri provvedono affinché i termini di prescrizione per l'irrogazione di ammende o di penalità di mora da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza a norma degli articoli 13 e 16 siano sospesi o interrotti per la durata dei procedimenti istruttori dinanzi alle autorità nazionali garanti della concorrenza di altri Stati membri o alla Commissione per un'infrazione riguardante lo stesso accordo, la stessa decisione di un'associazione di imprese, pratica concordata o altra condotta vietata dall'articolo 101 o 102 TFUE (...) La durata di tale sospensione o interruzione lascia impregiudicati i termini di prescrizione assoluti previsti dal diritto nazionale».*

E. LE NORME NAZIONALI RILEVANTI

17. La legge 24 novembre 1981, n. 689, recante *«Modifiche al sistema penale»*, detta la disciplina generale in materia di sanzioni pecuniarie amministrative, stabilendo, per quanto qui interessa, quanto segue:

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

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

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

commessa la violazione [...]»;

18. La legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante «*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*», nella versione *ratione temporis* vigente, prevede, per quanto qui di interesse, quanto segue:

- art. 12 (“*Poteri di indagine*”): «*1. L’Autorità, valutati gli elementi comunque in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza da pubbliche amministrazioni o da chiunque vi abbia interesse, ivi comprese le associazioni rappresentative dei consumatori, procede ad istruttoria per verificare l’esistenza di infrazioni ai divieti stabiliti negli articoli 2 e 3 [...]»;*

- art. 14 (“*Istruttoria*”): «*1. L’Autorità, nei casi di presunta infrazione agli articoli 2 o 3, notifica l’apertura dell’istruttoria alle imprese e agli enti interessati. I titolari o legali rappresentanti delle imprese ed enti hanno diritto di essere sentiti, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, nel termine fissato contestualmente alla notifica ed hanno facoltà di presentare deduzioni e pareri in ogni stadio dell’istruttoria, nonché di essere nuovamente sentiti prima della chiusura di questa. 2. L’Autorità può in ogni momento dell’istruttoria richiedere alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell’istruttoria; disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato; disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell’istruttoria [...]»;*

- art. 15 (“*Diffide e sanzioni*”) «*1. Se a seguito dell’istruttoria di cui all’articolo 14 l’Autorità ravvisa infrazioni agli articoli 2 o 3, fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l’eliminazione delle infrazioni stesse. Nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell’infrazione, dispone inoltre l’applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria in misura fino al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida [...]»;*

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

19. Il d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217, recante «Regolamento in materia di procedure istruttorie [...] dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato», per quanto qui rileva, prevede quanto segue:

- art. 6 (“Avvio dell'istruttoria”): «1. Il collegio, nei casi di presunta infrazione agli articoli 2, comma 2, 3 e 6, comma 1, della legge, valutate le proposte degli uffici, delibera sull'avvio dell'istruttoria di cui all'articolo 14 della legge. [...] 3. Il provvedimento di avvio dell'istruttoria deve indicare gli elementi essenziali in merito alle presunte infrazioni, il termine di conclusione del procedimento, il responsabile del procedimento, l'ufficio dove si può prendere visione degli atti del procedimento, nonché il termine entro il quale le imprese e gli enti interessati possono esercitare il diritto di essere sentiti di cui all'articolo 14, comma 1, della legge. 4. Il provvedimento di avvio dell'istruttoria è notificato alle imprese e agli enti interessati, nonché ai soggetti che ai sensi dell'articolo 12, comma 1, della legge, avendo un interesse diretto, immediato ed attuale, hanno presentato denunce o istanze utili all'avvio dell'istruttoria. [...]».

- art. 7 (“Partecipazione all'istruttoria”): «1. Possono partecipare all'istruttoria: a) i soggetti ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'articolo 6, comma 4; b) i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché le associazioni rappresentative dei consumatori, cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato ed attuale dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa e che facciano motivata richiesta di intervenire entro trenta giorni dalla pubblicazione nel bollettino del provvedimento di avvio dell'istruttoria. 2. I soggetti che partecipano all'istruttoria hanno facoltà di: a) presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri; b) accedere ai documenti, ai sensi dell'articolo 13. 3. I soggetti ai quali è stato notificato il provvedimento di avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'articolo 6, comma 4, hanno diritto di essere sentiti ai sensi dell'articolo 14, comma 1, della legge”. 4. Nel corso delle audizioni i soggetti interessati possono comparire in persona del proprio rappresentante legale oppure di procuratore speciale munito di apposita documentazione giustificativa del potere di rappresentanza. Essi possono altresì farsi assistere da consulenti di propria fiducia, senza tuttavia che l'esercizio di tale facoltà comporti la sospensione dell'audizione».

- art. 8 (“Poteri istruttori”) «1. I poteri istruttori di cui all'articolo 14, comma 2, della legge, sono esercitati a decorrere dalla notifica del provvedimento di avvio dell'istruttoria alle imprese e agli enti interessati, anche contestualmente alla notifica stessa. Nel caso che l'apertura dell'istruttoria sia stata notificata ad una pluralità di soggetti, i relativi poteri possono essere esercitati nei confronti di ciascuno di essi dal ricevimento della notifica loro indirizzata. 2. Gli uffici possono sentire, al fine di integrare l'istruttoria, ogni altra persona, impresa o ente, verbalizzando le informazioni raccolte. 3. Degli accertamenti svolti nel corso delle procedure istruttorie è in ogni caso informato il collegio. 4. Ai sensi dell'articolo 54, comma 4, della legge 6 febbraio 1996, n. 52, l'Autorità può avvalersi della collaborazione della Guardia di finanza».

F. IL QUESITO PREGIUDIZIALE

20. Come sopra esposto, il primo giudice ha ritenuto di accogliere il motivo di ricorso proposto dalle società del gruppo Amazon, non ritenendo applicabile l'art. 14 su menzionato, ma ritenendo eccessiva e irragionevolmente lunga la durata della fase pre-istruttoria.

Al di là della incertezza interpretativa di far riferimento alla “eccessiva” durata, o alla irragionevolezza della stessa, rileva, come accennato, il motivo riproposto riguardante la applicazione dell'art. 14 alla fase pre-istruttoria dei procedimenti in questione.

Il Collegio ritiene di sottoporre alla Corte di giustizia un quesito pregiudiziale, ex art. 267 TFUE, in ordine all'interpretazione del diritto unionale con riguardo alla durata della fase pre-istruttoria dei procedimenti *antitrust* condotti dall'Autorità nazionale. Si precisa che la presente questione attiene unicamente al termine di svolgimento della fase pre-istruttoria e non riguarda la durata della successiva fase istruttoria ovvero la durata complessiva del procedimento.

21. Il quesito che di seguito si espone appare rilevante al fine di decidere in ordine alle censure mosse, sia dall'appello principale dell'Autorità che dall'appello incidentale promosso da Amazon, avverso il capo della sentenza

del TAR che ha annullato il provvedimento dell'Autorità ritenendo che la fase pre-istruttoria non si sia conclusa entro un termine ragionevole.

22. In ordine alla questione interpretativa che si pone, non constano precedenti specifici del Giudice europeo e, pertanto, il Collegio ritiene vi siano i presupposti per sollevare la questione ex art. **267 TFUE**.

23. Si segnala che davanti alla Corte di giustizia pendono due analoghe questioni pregiudiziali, riguardanti il termine di conclusione della fase pre-istruttoria dei procedimenti condotti dall'AGCM, sollevate dal TAR Lazio (sez. I, ord. 1° agosto 2023 n. 12962, con riguardo ad un procedimento in materia di abuso di posizione dominante; Id., ord. 2 agosto 2023, n. 13016, con riguardo ad un procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette). Tuttavia, considerato il differente oggetto dell'odierno giudizio, che riguarda un procedimento in materia di intesa restrittiva della concorrenza, e considerato che le due citate ordinanze del TAR Lazio muovono da un'interpretazione del diritto nazionale non del tutto coincidente con quella di questa Sezione e che di seguito si espone, il Collegio ritiene di dover sollevare nel presente giudizio un quesito pregiudiziale.

24. Nella disciplina italiana *antitrust* l'avvio del procedimento istruttorio volto all'accertamento di eventuali violazioni del diritto della concorrenza è preceduto da una fase pre-istruttoria nella quale l'AGCM, sulla base di segnalazioni, denunce, esposti, notizie o informazioni autonomamente acquisite, procede in via officiosa a una indagine di tipo preliminare per verificare la sussistenza dei presupposti per procedere all'avvio dell'istruttoria (è questa la valutazione di cui all'inciso del primo comma dell'art. 12, L. n. 287/1990). Qualora l'Autorità ravvisi una "presunta infrazione" (art. 14, comma 1, L. n. 287/1990), delibera di procedere all'istruttoria finalizzata a verificarne l'esistenza, notificandone l'apertura alle imprese e agli enti interessati (art. 14, L. n. 287/1990; art. 6, D.P.R. n. 217/1998).

25. Il legislatore nazionale non ha espressamente disciplinato entro quale termine debba concludersi tale fase pre-istruttoria e ciò ha determinato il

sorgere di diversi orientamenti interpretativi.

Sul punto, la Sezione ha già in precedenza tracciato la linea interpretativa che ritiene più aderente al dettato normativo in materia (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 ottobre 2022, n. 8503, di cui si citano nel prosieguo ampi stralci; Id. 9 maggio 2022 nn. 3570, 3571, 3572; Id., 8 febbraio 2022 n. 878; Id., 25 gennaio 2021 n. 738).

26. La Sezione ritiene che le norme di principio contenute nel Capo I della L. n. 689/1981 siano tendenzialmente di applicazione generale, dal momento che, in base all'art. 12 della legge medesima, devono essere osservate con riguardo a tutte le violazioni aventi natura amministrativa per le quali è comminata la sanzione del pagamento di una somma di danaro.

L'intento del legislatore è stato quello di assoggettare ad uno statuto unico ed esaustivo (e con un medesimo livello di 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.

27. La preventiva comunicazione e descrizione sommaria del fatto contestato con l'indicazione delle circostanze di tempo e di luogo sono volte ad assicurare la difesa dell'interessato in sede procedimentale e il termine fissato per la contestazione delle violazioni ha natura perentoria.

28. L'ampia portata precettiva è esclusa soltanto alla presenza di una diversa regolamentazione da parte di una fonte normativa, pari ordinata, che per il suo carattere di specialità si configuri idonea ad introdurre una deroga alla norma generale e di principio. Infatti, l'art. 31 della L. n. 287/1990 prevede l'applicazione delle norme generali di cui alla L. n. 689/1981 "*in quanto applicabili*" e, a propria volta, il regolamento in materia di procedure istruttorie dell'Autorità (D.P.R. n. 217/1998) non reca l'indicazione di alcun termine per la contestazione degli addebiti, e quindi non può far ritenere "diversamente

stabilita" la scansione procedimentale e, quindi, inapplicabile il termine di cui all'art. 14, L. n. 689/1981 (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 luglio 2018 n. 4211).

29. Del resto, per varie altre autorità indipendenti talora sono le stesse leggi che ne regolano l'esercizio dei poteri sanzionatori ad imporre l'osservanza di un termine per la contestazione delle violazioni al soggetto incolpato, talvolta derogando rispetto al termine fissato dall'art. 14 della L. n. 689/1981 (cfr. art. 45, comma 5, D.lgs. n. 93/2011, per l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente; art. 195, comma 1, D.lgs. n. 58/1998, per la Banca d'Italia e la Commissione Nazionale per la Società e la Borsa, con riguardo alle sanzioni amministrative previste nel titolo II del Capo V del D.lgs. n. 58/1998 cit.; art. 19-quinquies, D.lgs. n. 252/2005, per la Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione).

Di conseguenza, esigenze di complessiva coerenza dell'ordinamento impongono all'interprete di ritenere che il legislatore, non avendo nel presente caso previsto un diverso termine, abbia ritenuto applicabile quello stabilito dall'art. 14 della L. n. 689/1981 (salva la possibilità per il legislatore di intervenire in futuro sulla materia e prevedere specifici termini di svolgimento della fase pre-istruttoria dei procedimenti *antitrust*).

30. Il Collegio non ignora che sovente il giudice di primo grado ha offerto una diversa valutazione interpretativa e, anche nel presente giudizio, ha escluso l'applicabilità dell'art. 14 della L. n. 689/1981 ai procedimenti *antitrust*.

31. Tuttavia, l'interpretazione fatta propria dalla Sezione deve ritenersi preferibile rispetto a quella sposata dal TAR, alla luce dell'interpretazione sistematica sopra esposta nonché in quanto orientata dalla sicura ascendenza costituzionale del principio di tempestività della contestazione, posto a tutela del diritto di difesa, quale corollario della natura sostanzialmente penale delle sanzioni *antitrust* e della conseguente applicabilità alla presente fattispecie dei principi fondamentali del diritto punitivo (tra cui il diritto ad un "fair trial" ex art. 6 CEDU).

32. Deve precisarsi che il decorso del termine di cui dall'art. 14, L. n. 689/1981 è ricollegato non già alla data di commissione della violazione, bensì al tempo di accertamento dell'infrazione. Si fa riferimento non alla mera notizia del fatto ipoteticamente sanzionabile nella sua materialità, ma all'acquisizione della piena conoscenza della condotta illecita, implicante il riscontro (allo scopo di una corretta formulazione della contestazione) della sussistenza e della consistenza dell'infrazione e dei suoi effetti. Ne discende la non computabilità del periodo ragionevolmente occorso, in relazione alla complessità delle singole fattispecie, ai fini dell'acquisizione e della delibazione degli elementi necessari per una matura e legittima formulazione della contestazione (cfr. Cass. civ., Sez. II, 13 dicembre 2011 n. 26734 e 21 aprile 2009, n. 9454).

33. Il giudice avanti al quale è eccepita la tardività della contestazione, dunque, ha il potere/dovere di sindacare la congruità del tempo impiegato dall'amministrazione procedente per pervenire all'accertamento dell'illecito, sia sotto il profilo della effettiva utilità degli atti istruttori compiuti ai fini dell'accertamento, sia sotto il profilo della diligenza osservata al fine di assicurare la tempestività dell'accertamento.

34. Peraltro, con riferimento ai procedimenti finalizzati a sanzionare gli illeciti *antitrust*, i principi sopra richiamati debbono essere applicati tenendo presente la particolare articolazione di tali procedimenti, i quali sono caratterizzati dal fatto che l'AGCM, nella disciplina *ratione temporis* vigente, ha il potere di esercitare specifici poteri istruttori, particolarmente invasivi, solo dopo aver adottato un provvedimento di formale avvio del procedimento, il quale deve già contenere una contestazione dell'illecito.

35. Reputa il Collegio che l'atto rispetto al quale deve essere verificata l'osservanza del termine indicato all'art. 14, L. n. 689/1981 deve essere identificato, nei procedimenti istruttori *antitrust*, con l'atto di avvio della istruttoria indicato dall'art. 14 della L. n. 287/1990 e dall'art. 6 del D.P.R. n. 217/1998, e ciò per la ragione che tale atto, dovendo contenere "gli elementi

essenziali in merito alle presunte infrazioni" e dovendo porre i destinatari in grado di presentare, in ogni stadio dell'istruttoria, le proprie difese, da esporre in audizione o in memorie scritte o pareri, deve necessariamente enunciare anche la contestazione dell'illecito.

36. Premesso quanto sopra, è evidente che l'accertamento dei fatti sotteso all'avvio della istruttoria, *ex art. 14, L. n. 287/1990*, non può compendiarsi in attività estremamente complesse, per la semplice ragione che l'attività istruttoria vera e propria - *id est*: le richieste di informazioni e documenti, le ispezioni, le perizie, le analisi statistiche ed economiche, le consultazioni di esperti, di cui agli artt. 9 e segg. D.P.R. n. 217/1998 - può essere posta in essere solo dopo la notifica alle parti interessate del provvedimento che dà avvio alla istruttoria (art. 14, comma 1, L. n. 287/1990; art. 8, comma 1, D.P.R. n. 217/1998).

Si inferisce da ciò che: a) prima di tale momento l'Autorità può porre in essere solo indagini di "pre-istruttoria", comunque di natura diversa da quelle indicate agli artt. 8 e segg. D.P.R. n. 217/1990; b) l'accertamento dei fatti sotteso alla contestazione dell'illecito, contenuto nell'avvio della istruttoria, è solo quello che si traduce nella acquisizione degli elementi necessari e sufficienti per ipotizzare, a livello di *fumus*, l'esistenza di una infrazione e di individuare i possibili responsabili.

37. Con specifico riferimento ai casi in cui un procedimento istruttorio sia avviato a seguito di una segnalazione pervenuta all'AGCM, si può desumere, dall'art. 13, L. n. 287/1990, che, tendenzialmente, dal momento in cui la segnalazione perviene all'AGCM decorre il termine per la contestazione dell'illecito, salvo che la segnalazione sia "incompleta" o "non veritiera".

38. Così ricostruito il quadro normativo nazionale, e ferme restando le valutazioni in fatto che dovranno essere compiute con riguardo al caso di specie, il Collegio ritiene di dover sottoporre alla Corte di giustizia un quesito interpretativo al fine di verificare la compatibilità di tali previsioni nazionali con il diritto comunitario.

39. Ad avviso del Collegio, il diritto comunitario non osta a previsioni nazionali del tipo descritto dal momento che, in assenza di specifiche disposizioni sul punto del legislatore europeo [non contenute nemmeno nel Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, che disciplina la materia], gli Stati membri, in ragione della loro autonomia procedurale, sono liberi di prevedere dei termini di durata della fase pre-istruttoria purché non irragionevoli e purché non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'attuazione del diritto comunitario.

40. La circostanza che, per i procedimenti *antitrust* condotti dalla Commissione europea, non sia previsto un termine di decadenza per l'avvio della procedura formale, non significa che, in base ai principi di effettività e di equivalenza, il diritto nazionale non possa accordare maggior tutela, anche attraverso la previsione di un tale termine per i procedimenti condotti dall'Autorità nazionale.

41. Utili indicazioni interpretative possono trarsi altresì dalla direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, pur non applicabile *ratione temporis* al presente caso, che prevede l'obbligo per le autorità nazionali di trasmettere agli incolpati la comunicazione degli addebiti (art. 3, comma 3) e non prescrive un termine entro cui la stessa debba essere inviata, precisando che i procedimenti *antitrust* devono essere soggetti a garanzie adeguate che soddisfino “almeno” i principi generali del diritto dell'Unione e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (considerando n. 14). Pertanto, rimane aperta per gli Stati membri la possibilità di fissare garanzie maggiori rispetto a quelle stabilite dal diritto comunitario.

42. La medesima Direttiva 2019/1 cit., del resto, stabilisce che i procedimenti *antitrust* debbano concludersi “entro termini ragionevoli”, dovendosi “trovare il giusto equilibrio tra il rispetto dei diritti fondamentali delle imprese e l'obbligo di garantire l'applicazione efficace degli articoli 101 e 102 **TFUE**” (considerando n. 14).

43. La Direttiva medesima ammette che gli Stati membri stabiliscano dei termini di prescrizione “assoluti” del procedimento (considerando n. 70 e art. 29), ossia termini massimi non valicabili, non passibili di interruzione o sospensione, così confermando, *mutatis mutandis*, che il diritto europeo non osta alla previsione, nel diritto interno, di termini massimi, purché la durata di tali limitazioni assolute non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’applicazione efficace degli articoli 101 e 102 **TFUE**.

44. Alla luce di quanto si è detto sino ad ora, il termine fissato dal legislatore italiano (art. 14, L. n. 689/1981) per l’invio della contestazione degli addebiti non appare irragionevole, non rende eccessivamente difficile l’*enforcement* del diritto europeo e realizza un giusto contemperamento tra tale ultimo interesse e le esigenze di tutela del diritto di difesa dei soggetti incolpati.

45. Il termine, così come interpretato nei sensi sopra esposti, è di per sé ragionevole: l’Autorità deve comunicare ai soggetti incolpati gli “elementi essenziali” della presunta violazione entro novanta giorni (ovvero trecentosessanta giorni per i soggetti che risiedono all’estero), e tale termine decorre dalla conoscenza della condotta illecita da parte dell’Autorità medesima, come si è sopra esposto.

46. La finalità della disciplina è quella di consentire alle imprese di difendersi adeguatamente nel corso del procedimento, venendo messe tempestivamente a conoscenza degli addebiti loro rivolti e potendo così esercitare adeguatamente i propri diritti di difesa che devono essere garantiti a fronte delle possibili sanzioni pecuniarie che l’Autorità potrà loro comminare e che hanno natura sostanzialmente penale ai sensi dell’art. 6 CEDU.

47. Al tempo stesso, il termine anzidetto non compromette l’*enforcement* del diritto europeo, anche considerato che tale termine riguarda la fase istruttoria del procedimento durante la quale, come si è detto, l’Autorità può svolgere solamente attività preliminari, dal momento che, anche a tutela del diritto di difesa, gli accertamenti più complessi possono svolgersi solo successivamente.

48. Inoltre, successivamente all’invio della contestazione degli addebiti, laddove emergano nuovi elementi prima non conosciuti dall’Autorità, la medesima può estendere la contestazione soggettivamente ovvero oggettivamente (così come avvenuto anche nel caso di specie, dove l’AGCM, con delibera del 23 febbraio 2021, n. 28593, ha esteso l’oggetto dell’istruttoria).

49. Non da ultimo, il Collegio osserva che i provvedimenti che l’Autorità può adottare sono plurimi e rispondono a diverse finalità, affiancandosi a quella prettamente sanzionatoria quella di “cura dei mercati”: in presenza di accertate condotte anticoncorrenziali, l’Autorità anzitutto adotta una “diffida”, ossia un ordine con cui impone la cessazione dell’infrazione e dei suoi effetti e ne vieta la reiterazione in futuro e, solo eventualmente, in presenza di “infrazioni gravi”, a tale diffida possono aggiungersi anche sanzioni pecuniarie (è quanto prevede l’art. 15, L. n. 287/1990 nella versione *ratione temporis* vigente, e successivamente novellato dalla L. n. 185/2021 al fine di rendere più incisivi i poteri sul punto attribuiti all’Autorità). Il Collegio ritiene che il termine di decadenza fissato dall’art. 14, L. n. 689/1981, essendo stabilito con riguardo ai procedimenti di irrogazione di sanzioni pecuniarie ed essendo diretto a garantire il diritto di difesa dell’imputato nell’ambito di tali procedimenti, si applichi esclusivamente con riferimento all’esercizio della potestà sanzionatoria (si veda, *mutatis, mutandis*, con riferimento alla garanzia del *ne bis in idem* con riguardo alle sanzioni irrogate dall’AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette, la sentenza di questa Sezione 22 marzo 2024, n. 2791, §§17-18). Pertanto, laddove l’Autorità decada dalla possibilità di esercitare tale potere, non rispettando detto termine decadenziale, potrà nondimeno esercitare gli ulteriori poteri che le sono attribuiti, e segnatamente quello di “diffida”.

50. In conclusione, il Collegio invita la Corte di giustizia, ex art. **267 TFUE**, a pronunciarsi sul seguente quesito:

“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”.

51. In attesa della pronuncia della Corte di giustizia, il Collegio dispone, ai sensi dell’art. 79, comma 1, c.p.a., la sospensione del presente processo, riservando alla sentenza definitiva ogni pronuncia, anche in merito alle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), riservata ogni ulteriore decisione in rito e nel merito sugli appelli come in epigrafe indicati:

- a) rinvia alla Corte di giustizia dell’Unione europea le questioni pregiudiziali indicate in motivazione;
- b) ordina alla Segreteria della Sezione di trasmettere alla medesima Corte copia conforme all’originale della presente decisione, nonché copia integrale del fascicolo di causa;
- c) dispone, nelle more della pronuncia della Corte di giustizia dell’Unione europea, la sospensione del presente giudizio;
- d) riserva alla sentenza definitiva ogni pronuncia in ordine alle spese e ai compensi del presente giudizio.

Sergio De Felice, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere

Stefano Lorenzo Vitale, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Lorenzo Vitale

IL PRESIDENTE
Sergio De Felice

IL SEGRETARIO