

Osservazioni sullo schema di Regolamento sulle procedure istruttorie nelle materie a tutela del consumatore e di pubblicità ingannevole e comparativa

1. Premessa

Lo scorso 21 maggio 2024, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("**Autorità**") ha deliberato l'avvio di una consultazione pubblica sullo schema di "*Regolamento sulle procedure istruttorie nelle materie a tutela del consumatore e di pubblicità ingannevole e comparativa*" ("**Schema di Regolamento**").

L'Associazione Antitrust Italiana ("**AAI**") esprime grande apprezzamento per la decisione dell'Autorità di promuovere un momento di confronto costruttivo con le imprese, i professionisti e gli altri soggetti interessati, consentendo loro di formulare osservazioni e proposte. Tanto più considerata l'evoluzione della disciplina, la sua pervasività e il suo impatto anche economico sui soggetti interessati, si ritiene infatti essenziale che i procedimenti in materia di tutela del consumatore e di pubblicità ingannevole e comparativa si svolgano secondo regole certe, nel pieno rispetto dei canoni della certezza del diritto e della tutela delle garanzie procedurali e dei diritti di difesa delle imprese oggetto dei procedimenti avviati dall'Autorità in questo settore.

In questo senso, la consultazione pubblica rappresenta quindi, ad avviso dell'AAI, un'opportunità per procedere ad una riforma ampia e incisiva delle regole di procedura.

Al contrario, l'impressione che si ricava dall'esame dello Schema di Regolamento sottoposto a consultazione è di una prospettiva limitata ad un semplice aggiornamento del precedente regolamento di procedura al più ampio ambito di fattispecie nelle more attratte dalla competenza dell'Autorità.

Al netto di poche modifiche – quali ad esempio l'estensione del termine per la conclusione del procedimento, in effetti utile ai fini dello svolgimento di un'istruttoria più approfondita, e l'estensione a 20 giorni del termine entro cui le parti possono presentare memorie conclusive e documenti in risposta alla comunicazione della data di conclusione della fase istruttoria (attualmente pari a 10 giorni) – lo Schema di Regolamento restituisce un quadro procedimentale sostanzialmente invariato rispetto al passato.

Sulla base dell'esperienza e della sensibilità maturate negli anni dai propri associati, l'AAI sottolinea come un rinnovamento delle regole che governano lo svolgimento dei procedimenti nella materia della tutela del consumatore sia da tempo auspicato dagli operatori del settore in virtù delle numerose innovazioni legislative intervenute rispetto alla precedente disciplina, ma anche di una prassi applicativa che, anche col contributo

della giurisprudenza, ha notevolmente arricchito la materia. Si tratta, quindi, di cogliere l'occasione di una revisione del regolamento alla luce, da un lato, dell'ampliamento del novero delle competenze attribuite all'Autorità, e delle fattispecie soggette al suo scrutinio (mediante modifiche al Codice del Consumo alla luce delle evoluzioni del mercato e al recepimento della disciplina unionale); dall'altro lato, del rafforzamento dei poteri di cui essa dispone nell'esercizio della propria attività di *enforcement* (con l'introduzione di nuovi poteri di indagine e inibitori) e correlativo inasprimento delle sanzioni applicabili a valle dell'accertamento degli illeciti.

A fronte di una tale, sempre più evidente, afflittività dei procedimenti sanzionatori in materia di tutela del consumatore, l'AAI ritiene sia cogente la necessità di una modifica sostanziale dell'impianto procedimentale esistente, nell'ottica di avvicinarlo quanto più possibile alla corrispondente disciplina applicabile ai procedimenti relativi alle infrazioni delle regole di concorrenza; ciò consentirebbe infatti di garantire una maggiore efficienza ed efficacia dell'azione dell'Autorità nel perseguimento delle proprie funzioni e, al contempo, un'adeguata tutela dei diritti di difesa delle parti.

L'AAI ritiene, quindi, che sarebbe opportuno un intervento più incisivo dell'Autorità volto a promuovere un nuovo assetto procedimentale equilibrato e adeguato mediante l'enunciazione in maniera chiara ed esaustiva dell'oggetto dell'accertamento che si intende effettuare sin dall'avvio del procedimento (nei confronti del professionista coinvolto così come anche dei terzi interessati, mediante la pubblicazione del provvedimento di avvio); garantendo un contraddittorio chiaro ed efficace (ad esempio con la previsione della facoltà per le imprese di essere sentite in audizione davanti al Collegio; e l'introduzione di meccanismi di confronto rafforzati per gli aspetti di natura tecnica o comunque caratterizzati da specificità, come la stima del pregiudizio economico patito dai consumatori).

Inoltre, un riordino della fase del procedimento relativa alla presentazione di impegni da parte del professionista, in cui il termine di 45 giorni si rivela talvolta troppo breve, consentirebbe ai professionisti di avere una chiara rappresentazione degli addebiti formulati dagli Uffici e, quindi, di proporre impegni efficaci e soddisfacenti per la rimozione dei profili di illiceità contestati.

Sarebbe auspicabile anche una migliore definizione della fase di ottemperanza, che è attualmente priva di regolamentazione e lascia ampi margini di incertezza ai professionisti destinatari dei provvedimenti sanzionatori. Infine, i profili relativi alla quantificazione delle sanzioni dovrebbero essere soggetti a minore arbitrarietà, se possibile mediante l'adozione di specifiche linee guida così come avvenuto nel settore della tutela della concorrenza, così da ancorare le sanzioni ai criteri maggiormente certi, o quanto meno prevedibili, recentemente indicati dal legislatore nel contesto del recepimento della Direttiva Omnibus.

Sulla scorta, quindi, di questa più ampia e se consentito, ambiziosa prospettiva, nelle sezioni che seguono si formuleranno osservazioni e proposte dettagliate rispetto allo Schema di Regolamento, che l'AAI auspica l'Autorità riterrà utili e vorrà considerare alla luce delle esigenze sin qui rappresentate, anche considerato il rilievo sempre più centrale e di maggior incisività che gli interventi in materia di tutela del consumatore sono destinati ad acquisire nel tempo.

*

2. Procedimento con Impegni (Art. 10)

Lo Schema di Regolamento non innova di molto la precedente procedura in materia di Impegni. Le uniche proposte di modifica sembrano avere un carattere meramente formale, limitandosi a rendere autovincolanti prassi già in atto.

Diversamente, si auspica maggiore attenzione nei confronti di un istituto fondamentale, che, come ha dimostrato anche la prassi applicativa, è utile a garantire tanto la speditezza e celerità del procedimento avviato, che la rapida interruzione del comportamento illecito riscontrato, nell'interesse primario dei consumatori, ma anche delle imprese, nonché dell'Autorità nella gestione dei casi sottoposti alla sua attenzione.

La strutturale funzionalità degli Impegni a correggere in tempi brevi il comportamento scorretto del professionista, indirizzando la sua condotta commerciale anche per il futuro e stabilendo in alcuni casi misure compensative per il passato, lo rende uno strumento prezioso per assicurare idonei livelli di tutela ai consumatori sul mercato.

Per tale ragione, è fondamentale che il professionista sia messo nelle condizioni di conoscere, sin dall'inizio del procedimento, se possa effettivamente avvalersi di tale istituto.

In questo senso, non sembra in linea con il suddetto obiettivo aver previsto al comma 2, lettera c), dell'articolo 10 dello Schema di Regolamento, l'*"interesse ad accertare la violazione contestata"* quale causa espressa di rigetto degli impegni.

Se l'Autorità avesse effettivamente tale interesse, in singole fattispecie, il professionista dovrebbe esserne edotto già nella Comunicazione di Avvio. Quella che oggi, nello Schema di Regolamento, si configura come una causa di rigetto degli impegni presentati dal professionista non può giungere all'esito del confronto – a volte molto lungo – sulle misure proposte.

Questa è, infatti, una valutazione, che sarebbe opportuno svolgere sin dall'inizio, nell'interesse degli stessi consumatori a che il procedimento, omettendo la fase degli Impegni, si chiuda nel più breve tempo possibile, consentendo al professionista di impostare – sulla base dell'articolata istruttoria confluita nella CRI e poi nel

provvedimento finale – l’attuazione, in sede di ottemperanza, delle misure necessarie a riparare le irregolarità accertate.

Secondo l’AAI, pertanto, l’Autorità dovrebbe precisare fin da subito, sulla base delle censure sollevate con la Comunicazione di Avvio, che non accetterà impegni nel caso di specie, avendo *“interesse ad accertare la violazione contestata”*. Tale ipotesi, quindi, non dovrebbe configurarsi come una causa di rigetto degli impegni, ma come una condizione preventivamente comunicata di impresentabilità degli stessi.

Non vi è dubbio che, in particolare oggi, con il sostanziale aumento del massimo edittale della sanzione applicabile in caso di pratiche commerciali scorrette, maggiore chiarezza già nella fase iniziale della procedura, che consenta di presentare impegni che possono essere ritenuti idonei, è più che mai necessaria. Il ricorso all’istituto degli Impegni rappresenta, infatti, una scelta decisiva per le imprese non solo per sfuggire al pagamento della sanzione ma anche per prevenire tutte le conseguenze rilevanti che la comminazione della stessa comporta sulla posizione del professionista sul mercato e nel suo rapporto con i consumatori.

In questo senso, è doveroso ricordare che le pratiche commerciali individuate dall’Autorità come potenzialmente scorrette o aggressive non nascono generalmente con l’intento di ingannare il consumatore al fine di conseguire un vantaggio economico, ma si inseriscono in un rapporto commerciale complesso che può presentare, marginalmente, elementi di potenziale illegittimità e su cui si intrecciano rapporti e *partnership* con terzi professionisti.

L’impresa, quindi, ha tutto l’interesse a comprendere esattamente e affrontare compiutamente le problematiche riscontrate per conformare la propria attività e mantenere un proficuo rapporto con i propri clienti.

Ciò premesso, ove invece il ricorso alla procedura di Impegni fosse ritenuta di per sé ammissibile dall’ Autorità, il professionista dovrebbe essere messo in grado di ricorrervi in modo quanto più possibile consapevole, con beneficio sia per l’impresa – che in caso di loro accoglimento, eviterebbe la comminazione di una sanzione, ora più afflittiva – sia per l’Autorità e, infine, per i consumatori, potendo il professionista individuare rapidamente le misure più adeguate a correggere in modo efficace e mirato la propria condotta per il futuro, intervenendo in modo proporzionato con misure eventualmente compensative anche su eventuali danni già cagionati.

Per raggiungere tali risultati il contenuto della Comunicazione di Avvio del procedimento rappresenta un presupposto imprescindibile, necessario a garantire, senza eccezioni, una esposizione circostanziata delle condotte e delle relative contestazioni.

Ciò anche se si considera, come anticipato nelle premesse, che per comprendere e valutare le contestazioni ed elaborare una proposta efficace da sottoporre all'Autorità, il termine – rimasto di fatto invariato – di 45 giorni potrebbe non essere sufficiente. Questo proprio nei casi in cui sarebbe necessario avviare fin da subito un confronto con l'Autorità per comprendere esattamente la natura e la *ratio* degli addebiti ricevuti.

Sempre al fine di rendere possibile la presentazione di impegni, in linea con le contestazioni contenute nella Comunicazione di Avvio del procedimento, potrebbe essere prevista e disciplinata una fase di interlocuzione iniziale con gli Uffici subito dopo la Comunicazione di Avvio, conclusa la quale, potrebbe iniziare a decorrere il termine per la presentazione della proposta di impegni da parte del professionista.

Tale iniziale confronto renderebbe, inoltre, ancora più celere e trasparente anche la successiva fase di confronto – di fatto prevista al comma 2, lettera c) dell'articolo in esame e riferibile ad una valutazione già di merito dell'Autorità sulla proposta di impegni presentata dal professionista.

Il confronto con l'Autorità in questa fase costituirebbe un momento fondamentale, sia per il professionista, al fine di, eventualmente, reindirizzare il suo intervento sia per l'Autorità, per raggiungere l'obiettivo finale di assicurare la libertà e autodeterminazione del consumatore nelle sue scelte di acquisto.

Nell'ottica di assicurare, nell'interesse di tutte le parti coinvolte nel procedimento, il buon esito della procedura di Impegni una volta avviata, sarebbe opportuno sottoporre ad un'interlocuzione formale anche la discussione sulla prima proposta di impegni.

Tale fase, che presupporrebbe la non manifesta inammissibilità degli impegni (sulla falsariga di quanto avviene nei procedimenti *antitrust*, quando si avvia il *market test*), dovrebbe essere volta a esplorare la valutazione preliminare dell'Autorità sulle misure proposte.

Ed ancora, è bene che l'art. 10 dello Schema di regolamento preveda che, in caso di accettazione degli impegni da parte dell'Autorità, la decisione possa essere adottata per un periodo di tempo determinato (come previsto specularmente in materia di concorrenza; v. art. 14-ter, co. 1, della Legge 10 ottobre 1990 n. 287).

In merito, infine, al contenuto del provvedimento di rigetto degli impegni, si ritiene che lo stesso – quando fondato sulla inidoneità delle misure proposte – dovrebbe contenere, sia pur in sintesi, i motivi di tale inidoneità, tenuto conto della specificità delle singole misure oggetto di valutazione, nonché i “suggerimenti” forniti e non accolti nella fase di interlocuzione con il professionista.

La trasparenza su questo aspetto consentirebbe anche una più equa valutazione del contributo offerto dal professionista nelle fasi interlocutorie successive alla

presentazione della proposta che – seppure non idoneo a fondare una decisione di accettazione degli impegni per le motivazioni espressamente enunciate nel provvedimento – dovrebbe essere comunque supportato e sempre valorizzato in sede di determinazione della relativa sanzione.

*

3. *Diritto al contraddittorio pieno ed effettivo (Art. 5.3, Art. 11, Art. 13, Art. 17.1)*

A seguito della sentenza della Corte di Giustizia UE nel caso C-27/22 del 12 settembre 2023 (Volkswagen c. Agcm) è oramai pacifico che la sanzione amministrativa pecuniaria prevista dal Codice del Consumo, irrogata a un professionista in materia di tutela dei consumatori per pratiche commerciali sleali, benché sia qualificata come sanzione amministrativa dalla normativa nazionale, ha natura di sanzione penale nell'accezione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Una fondamentale conseguenza di questo inquadramento è la necessità di garantire un equo processo e dunque – tra l'altro – il pieno rispetto dei diritti di difesa già nel corso del procedimento amministrativo.

In particolare, ai sensi dell'Articolo 41 della Carta (*"Diritto ad una buona amministrazione"*), ogni individuo ha diritto di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio. La Corte di Giustizia ha avuto modo di affermare l'assolutezza di tale diritto di difesa, tanto che la sua violazione non potrebbe essere giustificata dalla mera possibilità per l'interessato di essere sentito in sede di reclamo, a meno che dal reclamo non consegua automaticamente la sospensione dell'atto adottato dall'amministrazione (sentenza della Corte nei casi C-129 e C-130/13 del 3 luglio 2014).

Lo Schema di Regolamento disciplina, all'articolo 13, le audizioni nel contesto dei relativi procedimenti amministrativi, prevedendo che, laddove necessario ai fini della raccolta o della valutazione degli elementi istruttori o su richiesta di una parte, il responsabile del procedimento, possa – ma non debba – disporre che le parti o i terzi siano sentiti in apposite audizioni presiedute dal responsabile o facente funzione.

Lo Schema di Regolamento, quindi, non ripropone le più ampie garanzie riconosciute all'interessato, ad esempio, in materia *antitrust*, laddove è previsto il diritto – e non una mera possibilità – per i soggetti interessati di essere sentiti dinanzi al Collegio, deputato ad assumere la decisione finale. Il diritto all'audizione è, infatti, un canone in larga parte presente nei procedimenti di fronte alle autorità amministrative. Si pensi, all'allegato A alla Delibera n. 136/06/CONS ss.mm., che prevede espressamente il diritto dell'interessato ad essere audito dinanzi al responsabile del procedimento nel contesto di procedimenti sanzionatori dinanzi all'AGCOM o la Deliberazione ARERA

243/2012/E/com che disciplina – se richiesta – l'audizione degli interessati dinanzi al Collegio dell'Autorità, garantendo in pieno il rispetto del principio del contraddittorio.

Quanto previsto dallo Schema di Regolamento sembra quindi peccare nel garantire un contraddittorio "pieno", non prevedendo il diritto ad essere sentiti dinanzi all'organo deputato ad adottare il provvedimento finale. La disposizione non appare, per queste ragioni, neanche al passo con l'evoluzione dei principi generali del diritto comunitario, i quali si orientano verso una garanzia più accentuata del diritto al contraddittorio: l'art. 41 della Carta di Nizza, nel garantire le istanze ad una "buona amministrazione", prevede infatti *"il diritto di ogni persona ad essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio"*. Inoltre, anche una lettura sostanzialistica del principio di cui all'art. 6 della CEDU porta ad un'equiparazione tra "giusto processo" e "giusto procedimento", tutelando la posizione soggettiva passiva dell'interessato.

Nell'ottica, dunque, di poter garantire il rispetto di un contraddittorio pieno ed effettivo e di una compiuta difesa delle parti interessate dai procedimenti dell'Autorità, stante la predetta natura penale della sanzione, oltre che del suo significativo inasprimento a seguito delle modifiche introdotte dal D.Lgs. 7 marzo 2023 n. 26, l'AAI ritiene che lo Schema di Regolamento debba essere rivisto tenendo conto dei seguenti significativi rilievi:

- i. sia necessario introdurre il diritto ad essere sentiti dal Collegio e che, quindi, l'audizione non sia rimessa alla sola discrezionalità del responsabile del procedimento;
- ii. la comunicazione dell'avvenuta archiviazione o chiusura del procedimento preistruttorio (art. 5, co. 3, dello Schema del Regolamento) non può ridursi ad una mera *"facoltà"* dell'Autorità, bensì dovrebbe essere una comunicazione tassativamente prevista, oltre che motivata, quantomeno quando vi è l'espressa richiesta da parte dei soggetti interessati;
- iii. sia necessario introdurre nell'art. 11 dello Schema di Regolamento un termine entro cui i soggetti terzi possono fare motivata richiesta di intervento (come anche già previsto in materia di concorrenza, v. art. 7, co. 1, lett. b), del Decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n. 217, recante *"Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato"*);
- iv. la comunicazione di chiusura dell'istruttoria, di cui all'art. 17, co. 1, dello Schema del Regolamento, non può limitarsi ad essere una mera *"sintesi delle principali evidenze raccolte"*, non potendosi altrimenti formulare compiute argomentazioni difensive prima dell'eventuale provvedimento finale.

In relazione al punto i. sopra indicato, l'Associazione segnala che questa esigenza, estremamente sentita dalle imprese e dai professionisti che le assistono nei vari procedimenti, è stata di recente espressa in maniera cristallina dal Consiglio di Stato, nella sentenza del Consiglio di Stato n. 05716/2024 resa nel caso Publiacqua, sul presupposto che proprio la non previsione della *“audizione dell’interessato innanzi al Collegio”* comporta la mancanza completa di *“quella immediatezza che costituisce, nei procedimenti penali e, più in generale, nei procedimenti finalizzati alla irrogazione di sanzioni “afflittive”, elemento caratterizzante e garanzia di difesa”*. Il giudice amministrativo nella citata pronuncia, data la carenza della previsione di un’audizione innanzi al Collegio, ha espressamente *“atto del fatto che il procedimento disciplinato dal Regolamento approvato con delibera dell’Autorità n. 25411 del 1° aprile 2015 presenta delle criticità che sono incompatibili con la natura afflittiva di alcune delle sanzioni irrogabili per violazione di sanzioni consumeristiche)”*.

*

4. Impianto sanzionatorio

Anche considerati, come delineato, la natura penale delle sanzioni ed il loro inasprimento in termini di massimo edittale, l'AAI auspica fortemente che l'Autorità voglia predisporre, all'interno dello Schema di regolamento o con comunicazione separata, linee guida specifiche in materia di sanzioni che siano dedicate a coprire tutte le possibili ipotesi in ambito di tutela del consumatore, in linea con quanto previsto in materia di concorrenza (v. Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n.25152 – *“Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità in applicazione dell’articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90”*).