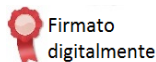




Numero di ruolo pubblicato	:	C-510/23
Numero dell'atto	:	1
Numero di registro	:	1265340
Data di deposito	:	08/08/2023
Data di iscrizione nel registro	:	09/08/2023
Tipo di atto	:	Domanda di pronuncia pregiudiziale
<hr/>		
Riferimento del deposito effettuato tramite e-Curia	:	Atto DC191865
Numero del file	:	1
Autore del deposito	:	D'Urbano Simona (1) (J362965)

Pubblicato il 02/08/2023

N. 13016/2023 REG.PROV.COLL.
N. 10492/2017 REG.RIC.



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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 10492 del 2017, proposto da

Trenitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Piero Fattori, Antonio Lirosi, Salvatore Spagnuolo ed Eugenio Calvelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio legale dell'avv. Antonio Lirosi in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 20;

contro

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, n. 12;

nei confronti

Federconsumatori, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento n. 26700, adottato dall'Autorità il 19 luglio 2017 e notificato a Trenitalia il 3 agosto 2017, con il quale, a conclusione del procedimento PS10578 -

Trenitalia - Sistema di prenotazioni, la società è stata condannata al pagamento di una sanzione pari ad euro 5.000.000, per la presunta attuazione di una pratica commerciale scorretta ingannevole ai sensi degli artt. 20, 21, co. 1, lett. b), e 22 cod. cons.;

- del provvedimento dell'Agcm assunto in data 7 febbraio 2017 e notificato alla società in data 10 febbraio 2017 e di ogni altro atto presupposto, consequenziale o connesso, ancorché non conosciuto, ivi compresa la comunicazione di avvio del procedimento istruttorio, nonché il Provvedimento di rigetto dell'istanza di riesame.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2023 il dott. Matthias Viggiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

A – Illustrazione sommaria dell'oggetto della controversia ed argomenti delle parti

§ 1. Oggetto dell'odierno giudizio è l'impugnazione del provvedimento del 3 agosto 2017, prot. 61547 adottato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (in breve, Agcm) nell'adunanza del 19 luglio 2017.

§ 2. Con l'atto gravato l'Autorità accertava l'esistenza di una pratica commerciale scorretta – vietata ai sensi degli artt. 20, 21, comma 1, lett. b), e 22 decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, c.d. Codice del consumo, in breve cod. cons. – commesso dalla società ricorrente nella commercializzazione dei servizi di trasporto.

§ 3. Appare necessario precisare che Trenitalia è una società pubblica, controllata interamente da Ferrovie dello Stato italiane s.p.a. (il cui capitale è, a sua volta, interamente detenuto dal Ministero dell'economia e delle finanze). Va

ulteriormente sottolineato come la ricorrente sia la principale società di gestione del trasporto ferroviario passeggeri operante in Italia, provvedendo sia ai servizi regionali, sia a quelli a medio e lungo raggio: in particolare, quanto a questi ultimi, vanno distinti i treni *a mercato* (come il servizio Alta velocità) ed i treni del *servizio universale* (tra cui rientrano alcuni treni Intercity).

§ 4. In estrema sintesi, secondo la contestazione formulata dall'Autorità, la società Trenitalia (operando quale professionista ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. b), cod. cons.), nell'offerta del servizio di trasporto passeggeri, avrebbe omesso di rendere evidenti ai consumatori alcune opzioni di viaggio. In particolare, l'utente, procedendo ad una ricerca per l'acquisto dei biglietti ferroviari sul sito *internet* aziendale, sull'app dedicata oppure presso le biglietterie automatiche presenti nelle stazioni, non otterrebbe tutte le possibilità di viaggio: nel dettaglio, il sistema di ricerca restituirebbe principalmente le soluzioni con treni *a mercato*, omettendo le coincidenti soluzioni orarie con treni regionali, maggiormente economiche.

§ 5. Secondo la contestazione, la pratica illecita sarebbe stata avviata nell'anno 2012, ossia al momento della completa implementazione dell'architettura informatica relativa al servizio di consultazione del motore orario per i passeggeri, risultando ancora in corso all'atto di adozione del provvedimento sanzionatorio (luglio 2017), non essendo state reputate sufficienti, ad eliminare i profili di scorrettezza, le modifiche apportate al sistema di ricerca durante l'istruttoria.

§ 6. Conseguentemente, l'Autorità vietava all'impresa la continuazione della pratica, assegnando novanta giorni per individuare le misure necessarie per ottemperare alla menzionata intimazione e – attesa la gravità dell'illecito – irrogava anche una rilevante sanzione pecuniaria.

§ 7. Avverso il predetto provvedimento veniva proposto ricorso deducendo, tra le altre doglianze, la violazione dell'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, avendo l'Autorità avviato il procedimento per l'accertamento dell'illecito consumeristico oltre il termine (perentorio) di novanta giorni previsto dalla citata disposizione, con la conseguente decadenza dal potere di accertare la violazione.

§ 8. Difatti, risulta provato dagli atti del fascicolo di causa che l'Agcm riceveva sin dal 2011 segnalazioni e doglianze da parte di consumatori circa la mancata evidenza delle soluzioni di viaggio che non prevedessero l'acquisto di treni *a mercato*.

§ 9. In particolare, in data 24 aprile 2012, un consumatore indirizzava all'Autorità il seguente esposto, che appare opportuno trascrivere: *«La particolarità del motore di ricerca de lefrece.it è che non fornisce indicazioni (nel caso il percorso prescelto necessiti di un cambio di convoglio) su possibili combinazioni che consentano l'utilizzo di soli treni regionali o regionali veloci, indicando unicamente quelle che comprendono treni quali freccia argento o freccia rossa. In tale sito non è consentito (come invece lo era fino a qualche tempo addietro) verificare l'esistenza di soluzioni che escludano quest'ultimi treni di molto più costosi»*.

§ 10. Successivamente, il 4 marzo 2014 veniva segnalato come per il viaggio da Brescia a San Martino Buonalbergo (che prevede necessariamente un cambio alla stazione di Verona porta Nuova) il sito offriva unicamente risultati che imponevano di percorrere la prima tratta con un treno Frecciabianca e non anche con regionali: circostanza che determinava l'incremento del costo del biglietto da € 7,00 a €18,00.

§ 11. Il 16 luglio 2014, invece, veniva segnalato come per il viaggio da Roma a Rimini venisse offerta unicamente la soluzione con cambio a Bologna, nonostante tale percorso (oltre ad essere più oneroso) comportasse un evidente allungamento (in termini di distanza chilometrica percorsa) rispetto alla soluzione con cambio a Falconara Marittima. Lo stesso consumatore, inoltre, indicava di aver riscontrato identiche problematiche nelle soluzioni di viaggio per le tratte Roma-Alessandria, Roma-Napoli, Roma-Firenze e Bologna-Firenze.

§ 12. In seguito, il 22 gennaio 2015, veniva rappresentato all'Autorità come, per raggiungere Venezia da Milano, il sito mostrasse solamente soluzioni con treni ad alta velocità (ossia *a mercato*). Invece, volendo fruire della più conveniente

modalità di spostamento con mezzi regionali, risultava necessario dividere la prenotazione in due tratte separate (Milano-Verona e poi Verona-Venezia).

§ 13. Similmente, in data 4 giugno 2015 l'Autorità di regolazione dei trasporti (Art) trasmetteva una segnalazione pervenutale da un consumatore che lamentava come nella ricerca di una soluzione di viaggio da Milano a Padova il sistema non evidenziasse la pur esistente (e piú economica) opzione con cambio a Verona (conosciuta dal segnalante in quanto abituale frequentatore della tratta), prediligendo piú complessi percorsi con treni ad alta velocità e cambio a Bologna.

§ 14. L'Art inoltrava, il 22 ottobre 2015, un ulteriore esposto giunto presso i propri uffici: in tal caso, il consumatore evidenziava come le soluzioni (e le tariffe) indicate nella ricerca tramite *app* non coincidessero con quelle pubblicizzate sul sito *internet*.

§ 15. Il 5 aprile 2016 l'associazione Federconsumatori, procedendo ad un'autonoma simulazione sul sito, esponeva in una missiva indirizzata all'Agcm come il sito indicasse solo 9 delle 22 soluzioni di viaggio con treni regionali esistenti sulla tratta Bologna-Firenze.

§ 16. Il 28 luglio 2016, un consumatore segnalava come, nel tentativo di acquistare un biglietto tramite macchina emittitrice *self service* per il percorso Roma Termini-Pozzuoli Solfatara, venisse unicamente evidenziata l'opzione con treni ad alta velocità diretti a Napoli centrale (dalla quale poi il consumatore avrebbe dovuto raggiungere autonomamente la stazione di Napoli piazza Garibaldi) e non anche quella con treno regionale e cambio a Villa Literno. Viepiú, la necessaria scissione del viaggio mediante l'acquisto di due distinti biglietti (Roma Termini-Villa Literno e poi Villa Literno-Pozzuoli Solfatara) avrebbe determinato un incremento del costo rispetto a quello che il viaggiatore avrebbe sopportato nell'ipotesi in cui avesse potuto acquistare un unico biglietto regionale da Roma a Pozzuoli (circostanza possibile solo presso le biglietterie tradizionali in stazione).

§ 17. Ricevute le ridette segnalazioni, in data 21 ottobre 2016 l'Agcm acquisiva agli atti un supporto informatico durevole contenente tutte le simulazioni effettuate

(tra il 26 agosto e il 30 settembre 2016) dai propri funzionari nell'acquisto dei biglietti *online* sul sito di Trenitalia.

§ 18. Il successivo 15 novembre 2016, l'Autorità notificava alla società l'atto di avvio del procedimento (PS10578), deliberato nell'adunanza del 9 novembre 2016. Nella medesima giornata si procedeva ad un'ispezione presso la sede aziendale che si concludeva con l'acquisizione di documentazione. Successivamente, veniva disposta altra ispezione presso la sede della società che aveva fornito il sistema informatico di prenotazione. Inoltre, i consulenti dell'impresa avevano modo di accedere in più occasioni al fascicolo istruttorio, presentare impegni (che venivano però rigettati) e memorie difensive. Inoltre, il professionista veniva altresì sentito in audizione. Infine, all'esito della lunga istruttoria, in data 19 luglio 2017 veniva adottato il provvedimento sanzionatorio in questa sede gravato.

§ 19. Pertanto, secondo la prospettazione di parte ricorrente, la fase pre-istruttoria – ossia il segmento anteriore alla comunicazione dell'avvio del procedimento in cui, senza contraddittorio, l'Autorità raccoglie i primi elementi indiziari al fine di verificare l'effettiva esistenza dell'illecito consumeristico – si sarebbe protratta per oltre quattro anni, durante i quali l'Agcm non avrebbe compiuto alcun atto di verifica delle segnalazioni ricevute. D'altronde, l'acquisizione curata nell'ottobre 2016 dimostrerebbe, sempre nell'ottica della società esponente, la relativa semplicità delle indagini da compiere, corroborando la tesi dell'illegittima inerzia dell'Autorità e, dunque, la violazione dell'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689.

§ 20. Inoltre, denuncia il professionista sanzionato, tale contegno dell'Agcm si porrebbe in palese contrasto con l'art. 6 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) e con l'art. 41 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza), risultando la dilazione temporale lesiva del diritto di difesa della società nonché del legittimo affidamento della parte accusata, che non potrebbe vedersi sottoposta a un procedimento sanzionatorio quando la *notitia criminis* sia risalente a più di novanta giorni prima.

Difatti, seguendo i principi fissati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (i c.d. *Engel criteria*), la sanzione irrogata avrebbe natura (para)penale, con conseguente necessità per l'Autorità di rispettare tutte le doverose garanzie procedurali, tra cui quella relativa all'immediata contestazione della violazione.

§ 21. Conseguentemente, parte ricorrente concludeva chiedendo l'annullamento complessivo dell'atto gravato avendo l'Autorità avviato tardivamente, e quindi illegittimamente, l'istruttoria per l'accertamento della violazione.

§ 22. Si è costituita in giudizio l'Autorità, evidenziando, in relazione alla ragione di doglianza di cui ai paragrafi precedenti, l'inapplicabilità ai procedimenti in tema di tutela dei consumatori del termine decadenziale di novanta giorni, essendo unicamente previsto l'obbligo di avviare l'istruttoria entro un termine *ragionevolmente congruo* decorrente da quando si è avuta contezza dell'illecito (v. Tar Lazio, sez. I, 28 febbraio 2022, n. 2303). Nel caso in esame, ciò sarebbe stato rispettato, attesa la discontinuità e rarefazione delle segnalazioni dei fatti oggetto di indagine, tale da imporre la necessaria e accorta valutazione circa l'effettiva esistenza di una pratica vietata piuttosto che di un disservizio occasionale. D'altronde, l'ultimo atto della pre-istruttoria sarebbe stato posto in essere il 21 ottobre 2016, ossia in un tempo comunque inferiore a 90 giorni rispetto all'apertura del procedimento.

§ 23. All'esito della pubblica udienza del 21 giugno 2023, il Collegio tratteneva la causa per la decisione.

B – *Diritto nazionale applicabile*

§ 24. La principale fonte normativa interna è il decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 «Codice del consumo», di cui si riporteranno gli articoli rilevanti ai fini della decisione.

§ 25. Art. 1. Finalità ed oggetto

«1. Nel rispetto della Costituzione ed in conformità ai principi contenuti nei trattati istitutivi delle Comunità europee, nel trattato dell'Unione europea, nella normativa

comunitaria con particolare riguardo all'articolo 153 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, nonché nei trattati internazionali, il presente codice armonizza e riordina le normative concernenti i processi di acquisto e consumo, al fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti».

§ 26. Art. 27 Tutela amministrativa e giurisdizionale (versione vigente al momento dell'apertura dell'istruttoria)

«1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, di seguito denominata "Autorità", esercita le attribuzioni disciplinate dal presente articolo anche quale autorità competente per l'applicazione del regolamento 2006/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori, nei limiti delle disposizioni di legge.

1-bis. Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze.

2. L'Autorità, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, inibisce la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimina gli effetti. A tale fine, l'Autorità si avvale dei poteri investigativi ed esecutivi di cui al citato regolamento 2006/2004/CE anche in relazione alle infrazioni non transfrontaliere. Per lo svolgimento dei compiti di cui al comma 1

l'Autorità può avvalersi della Guardia di finanza che agisce con i poteri ad essa attribuiti per l'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto e dell'imposta sui redditi. L'intervento dell'Autorità è indipendente dalla circostanza che i consumatori interessati si trovino nel territorio dello Stato membro in cui è stabilito il professionista o in un altro Stato membro.

3. L'Autorità può disporre, con provvedimento motivato, la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette, laddove sussiste particolare urgenza. In ogni caso, comunica l'apertura dell'istruttoria al professionista e, se il committente non è conosciuto, può richiedere al proprietario del mezzo che ha diffuso la pratica commerciale ogni informazione idonea ad identificarlo. L'Autorità può, altresì, richiedere a imprese, enti o persone che ne siano in possesso le informazioni ed i documenti rilevanti al fine dell'accertamento dell'infrazione. Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 14, commi 2, 3 e 4, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 [...]

8. L'Autorità, se ritiene la pratica commerciale scorretta, vieta la diffusione, qualora non ancora portata a conoscenza del pubblico, o la continuazione, qualora la pratica sia già iniziata. Con il medesimo provvedimento può essere disposta, a cura e spese del professionista, la pubblicazione della delibera, anche per estratto, ovvero di un'apposita dichiarazione rettificativa, in modo da impedire che le pratiche commerciali scorrette continuino a produrre effetti.

9. Con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000,00 euro a 5.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione. Nel caso di pratiche commerciali scorrette ai sensi dell'articolo 21, commi 3 e 4, la sanzione non può essere inferiore a 50.000,00 euro [...]

11. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con proprio regolamento, disciplina la procedura istruttoria, in modo da garantire il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione [...]

13. Per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alle violazioni del

presente decreto si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezione I, e negli articoli 26, 27, 28 e 29 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni. Il pagamento delle sanzioni amministrative di cui al presente articolo deve essere effettuato entro trenta giorni dalla notifica del provvedimento dell'Autorità [...] ».

§ 27. La disposizione da ultimo trascritta veniva recentemente modificata dall'art. 263-bis, comma 1, decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, dell'art. 37, comma 1, lett. a), legge 23 dicembre 2021, n. 238 e dell'art. 1, comma 7, decreto legislativo 7 marzo 2023, n. 26. Si riporta solo uno stralcio della modifica piú significativa.

«1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, di seguito denominata "Autorità", esercita le attribuzioni disciplinate dal presente articolo anche quale autorità competente per l'applicazione del regolamento (Ue) 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori e che abroga il regolamento (Ce) n. 2006/2004 nei limiti delle disposizioni di legge [...]».

§ 28. Di rilievo, in forza del rinvio trascritto al § 26 è la legge 24 novembre 1981, n. 689 «Modifiche al sistema penale», che detta la disciplina generale delle sanzioni pecuniarie amministrative.

§ 29. 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»

§ 30. 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 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.

Quando gli atti relativi alla violazione sono trasmessi all'autorità competente con provvedimento dell'autorità giudiziaria, i termini di cui al comma precedente decorrono dalla data della ricezione.

Per la forma della contestazione immediata o della notificazione si applicano le disposizioni previste dalle leggi vigenti. In ogni caso la notificazione può essere effettuata, con le modalità previste dal codice di procedura civile, anche da un funzionario dell'amministrazione che ha accertato la violazione.

Per i residenti all'estero, qualora la residenza, la dimora o il domicilio non siano noti, la notifica non è obbligatoria e resta salva la facoltà del pagamento in misura ridotta sino alla scadenza del termine previsto nel secondo comma dell'art. 22 per il giudizio di opposizione.

L'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione si estingue per la persona nei cui confronti è stata omessa la notificazione nel termine prescritto»

§ 31. 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.

L'interruzione della prescrizione è regolata dalle norme del codice civile».

§ 32. Infine, va osservato che rilevante è anche la delibera Agcm 1° aprile 2015, n. 25411 «Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore», adottata in attuazione dell'art. 27, comma 11, cod. cons., trascritto al § 30.

§ 33. Art. 5 Provvedimenti pre-istruttori

«1. La fase pre-istruttoria può essere chiusa per uno dei seguenti motivi: [...]

f) non luogo a provvedere per sporadiche richieste di intervento relative a condotte isolate ovvero non rientranti tra le priorità di intervento dell'Autorità, in ragione degli obiettivi di razionalizzazione, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. L'Autorità può individuare con apposito atto le priorità di intervento che intende perseguire.

2. Qualora non venga avviato il procedimento nel termine indicato dall'articolo 6, comma 1, la fase pre-istruttoria si intende chiusa con non luogo a provvedere ai sensi della lett. f) del precedente comma. Resta impregiudicata la facoltà dell'Autorità di acquisire successivamente agli atti l'istanza di intervento per procedere d'ufficio ad un approfondimento istruttorio, fondato su elementi sopravvenuti o su una diversa valutazione delle priorità di intervento. A tal fine le Direzioni informano periodicamente il Collegio dei procedimenti definiti ai sensi del presente comma [...].»

§ 34. Art. 6 Avvio dell'istruttoria

«1. Il responsabile del procedimento, valutati gli elementi comunque in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza con l'istanza di intervento di cui all'articolo 4, avvia l'istruttoria al fine di verificare l'esistenza di pubblicità ingannevoli o comparative illecite, di cui al decreto legislativo sulla pubblicità ingannevole, ovvero di pratiche commerciali scorrette, di cui al Codice del Consumo. L'avvio dell'istruttoria è disposto entro il termine di 180 giorni dalla ricezione dell'istanza di intervento e tale termine è interrotto in caso di richiesta di informazioni fino alla ricezione delle stesse.

2. Il responsabile del procedimento comunica l'avvio dell'istruttoria alle Parti e ne informa gli altri soggetti interessati che abbiano presentato istanza di intervento ai sensi dell'articolo 4 [...].»

C – La giurisprudenza in materia

§ 35. Le disposizioni sopra trascritte costituiscono il diritto nazionale applicabile alle procedure istruttorie svolte dall'Agcm per accertare e sanzionare gli illeciti commessi dai professionisti in danno dei consumatori (quali le pratiche commerciali scorrette contestate con il provvedimento oggetto del presente giudizio).

§ 36. In particolare, la questione che si rimette alla Corte di giustizia concerne la compatibilità con l'ordinamento europeo dell'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, per come interpretato nel diritto vivente.

§ 37. Appare opportuno, a questo punto, evidenziare come un primo e più risalente filone della giurisprudenza amministrativa italiana (che giudica della legittimità degli atti, anche sanzionatori, dell'Agcm) non reputava riferibile ai suddetti procedimenti l'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, in ragione della formulazione del rinvio disposto dall'art. 27, comma 13, cod. cons., limitato alle disposizioni «*in quanto applicabili [...] contenute nel capo I, sezione I*»: ciò escluderebbe in radice la possibilità di applicare l'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689 (contenuto nella sezione II del capo I della citata legge).

§ 38. Esemplare, in tal senso è la decisione di Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4392, secondo cui «*non risulta pertinente il richiamo alle disposizioni di cui agli articoli 14, 16 e 18 della l. 24 novembre 1981, n. 689, atteso che le norme in questione sono inapplicabili in relazione al particolare procedimento di accertamento e sanzione per le violazioni di cui alla Parte II, Titolo III del Codice del consumo. Infatti, il comma 13 dell'articolo 27 del Codice (nella formulazione ratione temporis rilevante) stabilisce che “per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alle violazioni del presente decreto si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezione I, e negli articoli 26, 27, 28 e 29 della legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni”. La disposizione in questione rende, quindi, inapplicabili le previsioni procedurali generali di cui agli articoli 14, 16 e 18 della legge n. 689 del 1981, che sono altrove contenute, cioè nel Capo I, Sezione II di quella medesima legge*».

§ 39. Altra argomentazione spesso richiamata dalla giurisprudenza per escludere l'esistenza di un obbligo di immediata contestazione della violazione entro un termine perentorio è ricavabile dalla disciplina del procedimento istruttorio, regolato con delibera Agcm, 1° aprile 2015, n. 25411 (fonte normativa subordinata alla legge) che non prevede alcuna decadenza in caso di tardiva apertura del procedimento (v. Tar Lazio, sez. I, 25 marzo 2019, n. 3945).

§ 40. Tuttavia, nel diritto vivente si è assistito negli ultimi anni ad una netta virata ermeneutica, tanto da poter ora considerare granitico l'orientamento giurisprudenziale che reputa applicabile all'avvio del procedimento istruttorio dell'Agcm il termine di novanta giorni previsto dall'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689 (v. ad esempio Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2022, n. 3925).

§ 41. A tale conclusione si giunge partendo dalla qualificazione para-penale delle sanzioni irrogate dall'Agcm, sia per le violazioni *antitrust* (v. Cons. Stato, sez. VI, 30 marzo 2023, n. 3312) sia per quelle in tema di tutela dei consumatori (v. Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2022, n. 4694), con conseguente obbligatorio rispetto dei principi posti a livello sovranazionale dall'art. 6 Cedu e dall'art. 41 Carta di Nizza, che a loro volta impongono di contestare immediatamente la violazione («*nel più breve tempo possibile*», per usare il linguaggio della Cedu), al fine di garantire la parità delle armi ed evitare che il tempo trascorso possa tornare in danno dell'accusato.

§ 42. Tale approccio, maggiormente garantista nei confronti degli autori delle condotte illecite in danno dei consumatori, determina una lettura rigorosa delle disposizioni concernenti il tempestivo esercizio del potere sanzionatorio, poiché «*il termine per la contestazione delle violazioni amministrative [...] avendo la precisa funzione di garanzia di consentire un tempestivo esercizio del diritto di difesa*» deve considerarsi perentorio (così Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2021, n. 738): ne discende, indi, l'esaurimento (decadenza) del potere sanzionatorio ove non tempestivamente esercitato.

§ 43. Ne consegue che, al fine di non incorrere nella decadenza, l'Agcm deve – entro novanta giorni – formulare l'addebito notificando l'atto di avvio dell'istruttoria: in altre parole, una volta completata la fase pre-istruttoria, l'Autorità è tenuta a contestare (entro il citato breve termine) la violazione, comunicando l'apertura del procedimento. Il *dies a quo*, quindi, non coincide necessariamente con la prima segnalazione dell'illecito, bensì con la conclusione dell'*accertamento* svolto nella fase pre-istruttoria: pertanto, i novanta giorni decorrono una volta completata la raccolta degli elementi fattuali necessari a contestare l'illecito.

§ 44. Ovviamente, l'avvenuta conclusione dell'accertamento costituisce oggetto di valutazione del giudice amministrativo che può verificare se, ad una certa data, potesse ragionevolmente formularsi la contestazione.

§ 45. A conferma che sia quella descritta nei due paragrafi precedenti l'interpretazione consolidata della giustizia amministrativa, può citarsi Cons. Stato, sez. VI, 16 dicembre 2022, n. 10043 che, accogliendo l'impugnazione, annullava il provvedimento sanzionatorio, in ragione della tardiva apertura dell'istruttoria, intervenuta circa due anni dopo l'inoltro all'Autorità di una prima segnalazione da parte dei consumatori (cui seguivano circa ulteriori 35 denunce ogni 6 mesi sulla medesima condotta). Va poi osservato che irrilevante, ai fini della decisione, veniva reputata la circostanza che la pratica commerciale fosse stata considerata (dall'Agcm) ancora in corso al momento dell'adozione del provvedimento sanzionatorio.

§ 46. Quanto al *dies a quo* dal quale conteggiare i novanta giorni, appare opportuno citare un recente pronunciamento giurisprudenziale che costituisce utile parametro per evidenziare le modalità di sindacato del giudice amministrativo sul rispetto del termine decadenziale: nel caso deciso da Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2021, n. 738, infatti, l'Autorità odierna resistente aveva ricevuto delle segnalazioni da parte di alcuni consumatori a far data dal giugno 2015, nonché una nota (il 31 luglio 2015) dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom); sotto la stessa data l'Agcm aveva altresì formulato una richiesta di informazioni al professionista.

A quest'ultima veniva dato riscontro il successivo 2 settembre 2015: questa data assurgeva a *dies a quo* per il calcolo del termine di novanta giorni, atteso che successivamente non era stato compiuto alcun ulteriore atto pre-istruttorio. Conseguentemente, la comunicazione dell'apertura del procedimento veniva reputata intempestiva, essendo stata deliberata il 2 febbraio 2016 (ossia 153 giorni dopo): tale violazione del termine, costituendo un vizio nell'esercizio del potere, determinava l'annullamento in via giurisdizionale del provvedimento sanzionatorio adottato all'esito dell'istruttoria. Va precisato che, anche in questo caso, nessun rilievo assumeva la circostanza che l'Autorità ritenesse la pratica commerciale posta in essere in danno dei consumatori fino al 31 dicembre 2015 (e quindi cessata circa un mese prima dell'apertura dell'istruttoria).

§ 47. Conseguentemente, seguendo l'ermeneusi di cui agli ultimi consolidati arresti giurisprudenziali, può affermarsi come il *dies a quo* fissato per determinare il termine di novanta giorni non sia individuabile *ex ante* in maniera inequivocabile, essendo sempre dipendente dalla completezza degli elementi indicati nella segnalazione, ovvero dagli indizi acquisiti immediatamente dopo. Pertanto, ove dedotta la censura in sede di impugnazione giurisdizionale, il giudice deve procedere ad un giudizio di prognosi postuma, ossia ad immedesimarsi nella posizione dell'Autorità e verificare se gli elementi disponibili in un certo momento fossero o meno sufficienti a formulare la contestazione.

§ 48. Ulteriore evidenza che sia quella descritta nei paragrafi precedenti l'interpretazione consolidata nel diritto vivente è rappresentata da una recente decisione nella quale si è reputata intempestiva l'apertura dell'istruttoria intervenuta circa due anni dopo la prima segnalazione pervenuta all'Autorità da parte di un consumatore. In particolare, veniva evidenziato come «*non può giustificarsi, sul piano della logica e della ragionevolezza, il compimento di una attività di pre-istruttoria che si dilunghi a tal punto, e in termini così consistenti, da finire per essere in contrasto con i parametri fondamentali del diritto Cedu (art.*

6) *non meno che del diritto UE (art. 41 Carta dei diritti fondamentali)*» (così, Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2023, n. 1468).

§ 49. Se tale conclusione, da un punto di vista della ragionevolezza potrebbe anche risultare condivisibile alla luce di una valutazione di congruità della durata della fase pre-istruttoria tipica del sindacato del giudice amministrativo, purtuttavia l'applicazione meccanicistica dell'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, seguendo l'interpretazione descritta, determina che l'eventuale sfioramento (anche solo di un giorno) del termine di contestazione si traduce nell'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento dell'Autorità: la pronuncia del giudice, peraltro, investe sia la sanzione pecuniaria, sia eventuali ulteriori disposizioni (es. ordini di cessazione), ponendo sostanzialmente nel nulla l'operato dell'Agcm.

§ 50. Difatti, la riscontrata tardività determina, sempre secondo la consolidata giurisprudenza, l'assorbimento di ogni altra contestazione, anche nei casi in cui la pratica venga (dall'Agcm) reputata perdurante oltre l'avvio dell'istruttoria: cfr. la pronuncia di Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2022, n. 878, che, sebbene resa in tema di sanzioni *antitrust*, esprime un principio generale, evidenziando come *«la decadenza dell'Autorità dal potere tardivamente esercitato, potrebbe essere assimilata in una qualche misura al vizio di incompetenza [che determina] un'ipotesi di assorbimento legale ovvero obbligatorio di ogni altro vizio dedotto»*.

§ 51. Inoltre, in forza del principio del *ne bis in idem* (sicuramente rilevante ai sensi dell'art. 50 Carta di Nizza, v. Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2021, n. 8620) si determina l'impossibilità di riaprire successivamente una nuova istruttoria per la medesima pratica, anche nelle ipotesi di illecito permanente, ossia per i casi in cui l'impresa non avesse mai interrotto la pratica commerciale scorretta.

D – I motivi del rinvio

§ 52. Chiarito il diritto vivente rilevante, appare dirimente, ai fini della risoluzione della presente controversia, sciogliere il dubbio circa la compatibilità con il diritto eurounitario dell'applicazione dell'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689 alle procedure istruttorie per illeciti in danno dei consumatori.

§ 53. A tal fine si rammenta in primo luogo che la materia di cui è causa costituisce il recepimento nell'ordinamento nazionale delle disposizioni relative alle pratiche commerciali sleali: in particolare, l'art. 27 cod. cons. costituisce attuazione dell'art. 11 direttiva 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005.

§ 54. Quest'ultima disposizione europea impone agli Stati membri di assicurare l'esistenza di «*mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali*»: orbene, in nessun punto della direttiva viene previsto un termine perentorio per l'avvio dell'istruttoria, né esso appare indicato nelle altre norme a tutela dei consumatori.

§ 55. D'altronde, va tenuto a mente che l'attività dell'Autorità, specie nei casi di indagini condotte nei confronti dei maggiori *player* di mercato (si pensi, per tutti, alle *big tech*), risulta assai complessa, dovendo procedere già nella fase pre-istruttoria ad una serie notevole di verifiche, indipendentemente dalla completezza della segnalazione, per poter formulare correttamente la contestazione.

§ 56. Quest'ultima osservazione schiude evidenti parallelismi coi provvedimenti (e coi procedimenti) sanzionatori adottati dall'Agcm in tema di violazioni *antitrust*. Su queste ultime, come è noto, la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi evidenziando come l'autorità competente (in particolare, la Commissione europea) è tenuta a concludere il procedimento (inteso come fase pre-istruttoria ed istruttoria vera e propria) entro un *termine ragionevole* (v. Corte giust. Ue, 15 ottobre 2002, causa C-254/99 ECLI:EU:C:2002:582). Tale principio va evidentemente applicato analogicamente al settore della tutela consumeristica, atteso che l'opera di armonizzazione in tema di pratiche commerciali sleali è finalizzata alla «*tutela diretta [degli] interessi economici dei consumatori [nonché alla] tutela indiretta [...] dei rispettivi concorrenti [garantendo] una concorrenza leale*» nel mercato (v. considerando n. 8 direttiva 2005/29/Ce).

§ 57. Pertanto, considerato che le procedure istruttorie dell'Agcm presentano

oggettive difficoltà, appare evidente che la rigorosa imposizione di un termine decadenziale, ai sensi dell'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, possa ostacolare l'attività a tutela dei consumatori, con rischio di pregiudizi alla corretta applicazione del diritto nazionale e sovranazionale in materia, in contrasto con la citata norma eurounitaria.

§ 58. Va osservato, invero, che l'accertamento dell'Agcm non si esaurisce nella verifica della ricorrenza o meno di un fatto unisussistente (es. un'omissione ovvero il possesso di un requisito), bensì si compone della presa di conoscenza di una serie complessiva di azioni, omissioni e fatti, dai quali inferire una condotta (di regola protratta nel tempo) da qualificare giuridicamente mediante un procedimento di sussunzione in una fattispecie astratta caratterizzata dalla descrizione del precetto tramite concetti normativi non rigidamente definibili, nonché spesso riferibili ad altre scienze non esatte (es., per rimanere nel caso in esame, la rilevanza delle informazioni *«di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale»*, perifrastica che rimanda alla scienza economica e alla razionalità dell'*homo oeconomicus*).

§ 59. Si aggiunga, inoltre, come la rigorosa applicazione dell'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, potrebbe incidere anche sull'autonomia dell'Autorità: invero, risulta palese che l'imposizione di un termine decadenziale di novanta giorni si traduce, nella pratica, nell'obbligo di avviare le istruttorie secondo un criterio meramente cronologico, comprimendo così la discrezionalità che caratterizza l'operato dell'Agcm (su cui il giudice amministrativo in ogni caso eserciterebbe il proprio sindacato). Viepiú, l'Autorità sarebbe costretta a portare avanti in parallelo una pluralità di procedimenti che, per il loro numero, potrebbero compromettere il buon esito delle indagini, lasciando sostanzialmente impunte alcune pratiche sleali.

§ 60. In merito a quest'ultimo punto va dato atto come il citato regolamento sulle procedure istruttorie relative agli illeciti in tema di diritti dei consumatori già preveda all'art. 5, comma 1, lett. f), delibera Agcm 1° aprile 2015, n. 25411 la

possibilità che l'Autorità si pronunci con un atto di «*non luogo a provvedere per sporadiche richieste di intervento relative a condotte isolate ovvero non rientranti tra le priorità di intervento dell'Autorità, in ragione degli obiettivi di razionalizzazione, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa*». Nondimeno, tale fonte normativa è subordinata alla legge, non potendo quindi considerarsi una deroga alla disposizione primaria rappresentata dall'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689.

§ 61. Ciò posto in relazione alla decisione discrezionale di avviare l'istruttoria, vanno precisate alcune ulteriori circostanze che si reputano utili, al fine di rendere completa l'illustrazione della problematica sottoposta alla Corte di giustizia.

§ 62. In primo luogo, va evidenziato come la riconducibilità delle sanzioni irrogate dall'Agcm al campo para-penalistico (secondo i citati *Engel criteria*) determina come logica conseguenza il rispetto delle garanzie, anche procedurali, di cui all'art. 6 Cedu e art. 41 Carta di Nizza. In particolare, tra i principi del *fair trial* vi è sicuramente l'obbligo, per l'autorità pubblica, di concludere celermente il procedimento, attivando il prima possibile il contraddittorio con il sanzionando al fine di consentirgli un'adeguata difesa. Tuttavia, va osservato come l'art. 14 legge 24 novembre 1981, n. 689, applicato nel diritto vivente nei modi descritti, si spinga oltre, determinando una vera e propria presunzione assoluta di lesione del diritto di difesa del professionista, collegata allo spirare del termine decadenziale. Difatti, nel diritto vivente non è mai stata reputata necessaria la prova dell'effettivo pregiudizio patito dal tardivo avvio del procedimento istruttorio.

§ 63. Al contempo, va rilevato come, nella pratica, non risulti necessariamente lesiva del diritto di difesa delle imprese una tardiva contestazione dell'illecito: difatti, salvo i casi specifici in cui venga dimostrata l'impossibilità di sottoporre all'Autorità un elemento di prova, va osservato che per tutta la fase pre-istruttoria le aziende traggono (o potrebbero trarre) un vantaggio competitivo dalla commissione dell'illecito.

§ 64. Va poi osservato che proprio la natura *lato sensu* penale della sanzione giustifica l'esistenza di una fase «segreta» (ossia condotta senza contraddittorio) durante la quale l'Autorità è chiamata a raccogliere tutti gli elementi necessari per procedere alla contestazione: infatti, limitare la fase pre-istruttoria ad accertamenti sommarî comporta un'irragionevole compressione dell'azione dell'Autorità che, gravata dell'onere della prova, potrebbe non riuscire a ricostruire in maniera corretta e completa l'illecito.

§ 65. Inoltre, anticipare eccessivamente l'apertura del procedimento aumenta il rischio che l'Agcm non acquisisca gli elementi di prova utili a suffragare l'ipotesi d'incolpazione. Difatti, va tenuto a mente che quanto più completa è la conoscenza della vicenda fattuale da parte dell'Agcm prima dell'avvio del procedimento, tanto meno invasiva sarà la fase istruttoria: effettivamente, atti come le ispezioni potranno essere eseguiti dall'Autorità in maniera mirata, essendo già noto l'obiettivo del controllo; viceversa, ove l'Agcm fosse costretta ad aprire il procedimento prima ancora di aver compiutamente inquadrato la vicenda fattuale, inevitabilmente dovrà procedere ad una sorta di *pesca a strascico* durante l'istruttoria in contraddittorio, acquisendo indistintamente tutti gli elementi in qualche modo collegati all'attività del professionista con notevoli «aggravi» per ambedue le parti (da un lato l'Autorità avrà più materiale da verificare, dall'altro l'impresa vedrà maggiormente pregiudicata la propria attività).

§ 66. Quanto al tema della tutela del legittimo affidamento, va ribadito (v. § 47) che il *dies a quo* per il calcolo del termine decadenziale non è rigido, ma dipende da fattori contingenti in relazione al singolo caso (es. la completezza o meno dell'esposto), sicché esso non appare neppure garantire adeguatamente i soggetti sanzionati, potendo il loro affidamento essere in realtà la conseguenza dell'assenza di segnalazioni o di un accertamento preistruttorio non concluso.

§ 67. In una prospettiva speculare, viene spesso argomentato come l'inerzia dell'Agcm determinerebbe un *vulnus* agli interessi pubblici alla cui cura essa è preposta, sicché il termine sarebbe posto anche al fine di sollecitare un pronto

intervento repressivo, evitando così il consolidarsi dell'affidamento dell'impresa.

§ 68. Tuttavia, l'applicazione di un termine decadenziale per l'avvio del procedimento istruttorio, a fronte di condotte illecite ancora in corso, appare, per certi versi, contraddittoria ed illogica, atteso che determina una sostanziale impossibilità per l'Autorità di reprimere fatti illeciti che continuano ad offendere l'interesse pubblico che la medesima autorità è istituzionalmente deputata a curare.

§ 69. Infine, in relazione all'esigenza di certezza del diritto va osservato come l'ordinamento italiano già preveda, proprio onde evitare contestazioni che sopraggiungano dopo un tempo eccessivamente lungo, un diverso termine di prescrizione quinquennale dalla cessazione della condotta illecita (v. art. 28 legge 24 novembre 1981, n. 689).

E – *La questione pregiudiziale rimessa alla Corte di giustizia dell'Unione europea*

§ 70. Alla luce della precedente esposizione, pertanto, appare necessario a questo Tribunale, pur non essendo giudice di ultima istanza, rimettere la seguente questione alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 Tfue:

«Se l'art. 11 direttiva 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, letto alla luce dei principi di tutela dei consumatori ed effettività dell'azione amministrativa, debba essere interpretato nel senso che osti a una normativa nazionale, quale quella discendente dall'applicazione dell'art. 14 l. 24 novembre 1981, n. 689 – come interpretata nel diritto vivente – che impone all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di avviare il procedimento istruttorio per l'accertamento di una pratica commerciale scorretta (sleale) entro un termine decadenziale di novanta giorni, decorrente dal momento in cui l'Autorità ha la conoscenza degli elementi essenziali della violazione, potendo questi ultimi esaurirsi nella prima segnalazione dell'illecito».

§ 71. Pertanto, alla luce di quanto esposto, in attesa del pronunciamento pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 Tfue, della Corte di giustizia dell'Unione europea, va sospeso interinalmente il presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima)

- a) rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione al paragrafo § 70;
- b) ordina alla Segreteria della Sezione di trasmettere alla medesima Corte copia conforme all'originale della presente ordinanza, 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 del presente giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Francesca Petrucciani, Consigliere

Matthias Viggiano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Matthias Viggiano

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO