

BIENNIAL CONFERENCE **VIII** CONVEGNO BIENNALE

AAI
ASSOCIAZIONE ANTITRUST
ITALIANA

ISTITUTO DEGLI INNOCENTI
FIRENZE

8-9 GIUGNO
JUNE
2023

I PRINCIPALI SVILUPPI
NEL DIRITTO DELLA
CONCORRENZA DELL' UNIONE
EUROPEA E NAZIONALE

MAIN DEVELOPMENTS
IN EUROPEAN
AND ITALIAN
COMPETITION LAW

TUTELA DEL CONSUMATORE – IL NUOVO IMPIANTO SANZIONATORIO E LE CONSEGUENZE CHE NE DERIVANO

Firenze, 8 Giugno 2023

Francesco Anglani, BonelliErede

PREMESSA

- ❖ Una delle maggiori critiche da sempre mosse all'impianto normativo posto a tutela dei consumatori riguarda il regime sanzionatorio, spesso ritenuto **insufficiente**.
- ❖ La disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette è, infatti, da sempre stata caratterizzata da un **trattamento sanzionatorio significativamente inferiore** rispetto alle violazioni della normativa *antitrust*.
- ❖ Tale regime ha indotto molte imprese a **concentrare i propri sforzi di compliance verso altre discipline** che le espongono a dei rischi economici assai più significativi come, ad esempio, la normativa *antitrust* e quella *privacy* (quest'ultima, peraltro, proprio contestualmente all'incremento al 4% del massimo edittale introdotto dal GDPR).
- ❖ Con l'obiettivo di **aumentare l'efficacia deterrente** e far sì che le imprese prestino particolare attenzione anche al rispetto del Codice del Consumo, il legislatore europeo prima (Direttiva 2019/2061) e italiano poi (d.lgs. 26/2023) ha inasprito significativamente le sanzioni in materia.

IL NUOVO REGIME SANZIONATORIO

- ❖ Per le pratiche commerciali scorrette il massimo edittale passa da 5 milioni di Euro:
 - a **10 milioni di Euro**, sia per la violazione principale sia per l'eventuale inottemperanza; o
 - al **4% del fatturato** in caso di «violazioni transfrontaliere» ossia quelle che «*abbiano arrecato, arrechino o possano arrecare un danno*» ai consumatori che risiedano in almeno 2 Stati membri ulteriori rispetto a quello in cui ha avuto origine l'illecito (cfr. art. 3 del Reg. 2017/2394).

- ❖ È presto per capire come l'Autorità intenderà la nozione di «violazione transfrontaliera», ma è verosimile che **saranno diversi i casi in cui il rischio sanzionatorio sarà pari al 4%**, visto:
 - che sempre più spesso le società di grandi dimensioni operano in più Paesi adottando *business model* analoghi; e
 - il crescente interesse dell'AGCM a scrutinare settori che facilmente si prestano a violazioni transfrontaliere, quali – oltre a quelli in cui operano i GAFAM – anche quelli che tradizionalmente si focalizzavano sui canali fisici e che oggi, a fronte della digitalizzazione dei mercati, adottano politiche commerciali pan-europee (si pensi, ad esempio ai settori della moda, delle prenotazioni alberghiere, dei viaggi aerei, *etc*).

L'ESIGENZA DI UNA TUTELA RAFFORZATA

- ❖ Il significativo inasprimento delle sanzioni previste per le violazioni del Codice del Consumo ha riportato alla ribalta il dibattito sulla loro **natura penale**, già acclarata per quelle *antitrust* sin dal noto caso Menarini.
- ❖ Lo scorso 30 marzo, nell'ambito di un quesito pregiudiziale relativo al caso Dieselgate, l'A.G. **Sánchez-Bordona** ha ritenuto che «*una sanzione amministrativa (...) conseguente alla realizzazione di pratiche commerciali scorrette, il cui importo può raggiungere EUR 5 milioni, abbia natura sostanzialmente penale*» (causa C-27/22 - Volkswagen Group Italia e Volkswagen Aktiengesellschaft).
- ❖ Ad ogni modo, a fronte del sostanziale innalzamento dei massimi edittali, **non vi è oggi più alcun dubbio** sul fatto che le istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette abbiano natura penale e richiedano pertanto un rafforzamento delle garanzie procedurali attualmente previste.



Quali i possibili interventi?

LE POSSIBILI MODIFICHE AL PROCEDIMENTO

- ❖ Già nel 2020, l'AAI ha formulato alcune proposte di riforma delle regole procedurali in materia di pratiche commerciali scorrette che, oggi, sono quanto mai attuali. Si potrebbe in particolare:
 - prevedere la **pubblicazione del provvedimento di avvio dell'istruttoria**, sia al fine di garantire agli interessati di valutare un possibile intervento, sia al fine di consentire ai terzi di comprendere nel dettaglio le preoccupazioni dell'AGCM e modificare di conseguenza la propria politica commerciale in un'ottica di piena *compliance*;
 - intervenire sui **tempi** dell'istruttoria **allineandoli a quelli in materia antitrust** e ciò con riferimento a tutte le fasi (presentazione degli impegni, risposta alla CRI e termine di conclusione del procedimento);
 - introdurre una **vera e propria CRI** che, diversamente dall'attuale Comunicazione del termine del procedimento, sia sottoposta al vaglio preventivo del Collegio e contenga tutti gli elementi dell'accusa e i criteri di quantificazione dell'eventuale sanzione;
 - prevedere l'adozione da parte dell'AGCM di **linee guida dedicate al calcolo della sanzione** che potrebbero dare utili indicazioni sui criteri che saranno seguiti in sede di quantificazione e potrebbero altresì prevedere una speciale attenuante connessa all'adozione di un programma di *compliance* dedicato.

RIFLESSIONI SULLA FASE DI OTTEMPERANZA

- ❖ L'incremento da 5 a 10 milioni di Euro del massimo edittale previsto per i casi di inottemperanza suggerisce di ripensare anche alcuni aspetti della relativa procedura.
- ❖ Ad oggi, infatti, tale fase è caratterizzata da una **totale deregolamentazione** nell'ambito della quale, dopo il deposito della relazione di ottemperanza da parte dell'impresa, l'AGCM:
 - invia, anche diversi mesi dopo, una lettera di presa d'atto (lasciando nel frattempo l'impresa nell'incertezza sulla legittimità del suo modello di *business*); oppure
 - nel caso ritenga insufficienti le misure proposte, avvia direttamente un'istruttoria per inottemperanza senza alcuna previa interlocuzione formale con l'impresa interessata.
- ❖ Molto spesso però l'avvio di un'istruttoria per inottemperanza si traduce in un'iniziativa:
 - spesso **inutile** poiché occupa per mesi le risorse dell'AGCM in delle lunghe e articolate istruttorie che il più delle volte si risolvono a pochi giorni dall'avvio con l'adozione da parte delle imprese indagate delle ulteriori misure richieste; e
 - ingiustamente **punitiva** visto che sottopone l'impresa ad un complesso procedimento che la espone a degli ulteriori danni di immagine e a dei significativi rischi sanzionatori.
- ❖ Occorrerebbe riflettere sulla possibilità di disciplinare la **fase intermedia** prevedendo l'obbligo dell'AGCM di:
 - confermare l'idoneità delle misure adottate entro tempi certi; oppure
 - nel caso in cui le ritenga inadeguate, indicare dettagliatamente le ulteriori misure ritenute necessarie riservando l'avvio del procedimento di inottemperanza al solo caso in cui l'impresa si rifiuti di adeguarsi.