

Camera dei Deputati

Commissioni Riunite Giustizia e Attività Produttive

Schema di Decreto Legislativo recante recepimento della Direttiva (UE) 2020/1828 relativa
alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi

Audizione del Segretario Generale dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato -

Guido Stazi

11 gennaio 2023

Signor Presidente,

ringrazio per l’invito a partecipare all’audizione in oggetto e per l’attenzione rivolta all’Autorità.

Come noto, all’Autorità è affidato il compito di tutelare consumatori in modo trasversale, non solo cioè rispetto ad illeciti posti in essere in singoli settori economici. Ne deriva che tutte le disposizioni normative che ricadono nella sfera di applicazione dello Schema di Decreto (allegato II-septies al Codice del Consumo) potrebbero costituire dei parametri di riferimento anche nell’ambito delle nostre valutazioni.

Ciò premesso, appare rilevante sottolineare come, tanto in Italia, quanto nell’Unione europea, gli illeciti consumeristici hanno fino ad oggi prevalentemente interessato il “lato pubblico”. Sono cioè principalmente le *Public Authorities* che intervengono accertando gli illeciti consumeristici e comminando sanzioni pecuniarie nei confronti dei vari autori (c.d. *public enforcement*).

In effetti, in confronto per esempio con l’ordinamento federale degli Stati Uniti d’America, nell’ordinamento giuridico nazionale le vittime di illeciti consumeristici hanno

maggiori difficoltà ad agire in sede giurisdizionale al fine di ottenere rimedi a carattere risarcitorio o di misure - anche cautelari - di contenuto inibitorio (c.d. *private enforcement*)¹.

La causa principale è apparsa legata all'assenza di efficaci strumenti processuali in grado di controbilanciare la tendenziale inerzia dei consumatori a reagire in relazione a pregiudizi che, presi singolarmente, possono risultare di lieve entità.

L'Autorità non può quindi che accogliere favorevolmente questo tipo di iniziative legislative che mirano a garantire una maggiore effettività dei diritti dei consumatori.

Le azioni rappresentative, se disegnate in modo corretto, possono infatti non solo contribuire a ristabilire una maggiore equità nei rapporti fra consumatori e professionisti, ma anche far emergere nuove tipologie di illeciti. In un'ottica di complementarietà con il *public enforcement*, l'obiettivo dovrebbe essere quello di apprestare un livello ottimale di deterrenza, minimizzando al contempo gli oneri complessivi per il sistema giudiziario e amministrativo. A tal fine, una ricostruzione ottimale del sistema dovrebbe essere ispirata da un principio di coordinamento e di leale collaborazione tra Tribunali e Autorità amministrative. Su questi aspetti vorrei pertanto focalizzare l'attenzione.

Il coordinamento sostanziale

Nella misura in cui lo schema di Decreto potrebbe facilitare per il tramite delle azioni rappresentative lo sviluppo del *private enforcement* degli illeciti consumeristici, un maggiore coordinamento con il *public enforcement* parrebbe necessario.

¹ Esistono tuttavia anche nell'Unione europea degli Stati in cui si è inteso già da tempo facilitare l'aggregazione delle istanze risarcitorie in modo da facilitare anche il *private enforcement* degli illeciti consumeristici. Per esempio è possibile fare riferimento alla legge olandese sulle transazioni collettive nelle c.d. azioni di massa (*Wet collectieve afwikkeling massaschade* o WCAM), entrata in vigore il 27 luglio 2005. Ai sensi di tale legge è infatti previsto che le parti di un accordo transattivo possano richiedere alla Corte di Appello di Amsterdam di dichiarare l'accordo valido per una serie indistinta di soggetti. Se la Corte dichiara l'accordo vincolante, tutte le parti interessate saranno vincolate dall'accordo, a meno che non dichiarino prontamente ed espressamente di volerne essere estromesse (c.d. meccanismo di "opt-out").

La norma dello schema di Decreto che in qualche modo è volta a coordinare i due tipi di intervento è l'articolo 140 septies, comma 7. Tale articolo prevede che entro trenta giorni dalla prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso una istruttoria davanti a una autorità indipendente ovvero un giudizio innanzi al giudice amministrativo.

La norma in esame provvede a regolare la possibilità per il giudice ordinario di sospendere il giudizio dinanzi a sé pendente qualora sui fatti rilevanti ai fini del decidere sia condotta un'istruttoria da parte di un'autorità italiana, quale l'AGCM o la Consob, ovvero sia in corso un giudizio davanti al giudice amministrativo.

La norma limita però il ricorso alla sospensione del processo civile, che può essere disposta dal giudice unicamente all'esito della prima udienza e al solo fine di decidere in merito all'ammissibilità della domanda.

Considerato lo scenario sopra descritto si ritiene tuttavia che, nel rispetto del principio di effettività della tutela e di quello a un giusto procedimento, così come già accade in ambito antitrust, anche in materia di illeciti consumeristici sia auspicabile un coordinamento più stretto tra i descritti strumenti rimediali. Uno spazio di coordinamento che non sia limitato ai profili procedurali, ma esteso anche a quelli probatori e sostanziali.

Facilitando infatti le azioni rappresentative, ciò che più probabilmente potrà in primo luogo accadere è che durante il decorso dell'istruttoria da parte delle competenti Autorità pubbliche, o anche nelle more dell'impugnazione del provvedimento finale innanzi agli organismi deputati a tale sindacato, siano instaurati procedimenti giudiziari ordinari riguardanti identiche questioni di diritto e di fatto. Questo potrebbe comportare il moltiplicarsi da parte degli enti rappresentativi di istanze di accesso agli atti dell'Autorità nonché di richieste di

partecipazione ai procedimenti dell’Autorità. Si tratta chiaramente di un costo ulteriore per la nostra attività, potenzialmente anche in grado di comprometterne il buon andamento.

Si potrebbe allora riflettere sulla necessità che si massimizzino i benefici derivanti dagli sforzi già profusi da parte delle Autorità amministrative nell’indagine dei comportamenti devianti.

L’auspicio quindi potrebbe essere quello che si ripeta quanto accaduto con il recepimento della Direttiva 2014/104/UE che ha inteso facilitare le azioni di risarcimento danni in materia antitrust². Penso dunque, per esempio, all’introduzione di una norma analoga all’articolo 7 del D. Lgs. n. 3 del 2017, il quale prevede che si ritiene definitivamente accertata la violazione antitrust constatata dall’Autorità e non più soggetta a impugnazione³. D’altronde, oltre al rischio di decisioni contrastanti, se gli attori in sede civile fossero nuovamente chiamati a dimostrare l’illiceità delle condotte al fine di ottenere il risarcimento dei danni, i costi processuali di tali azioni di seguito resterebbero inevitabilmente alti, rendendo troppo oneroso l’accesso alla giustizia.

È un tema chiaramente delicato. Ma in effetti, nella misura in cui la stessa evoluzione del controllo giurisprudenziale (si ricorda la vecchia distinzione ormai abbandonata tra controllo debole e forte⁴) sugli atti dell’AGCM in tema di illeciti antitrust si sta verificando anche

² Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea, in G.U.U.E. del 5.12.2014 L 349.

³ “*Ai fini dell’azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell’autore, la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell’autorità garante della concorrenza e del mercato di cui all’articolo 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, non più soggetta ad impugnazione davanti al giudice del ricorso, o da una sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato. Il sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima. Quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l’esistenza del danno. 2. La decisione definitiva con cui una autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza costituisce prova, nei confronti dell’autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove. 3. Le disposizioni del presente articolo lasciano impregiudicati le facoltà e gli obblighi del giudice ai sensi dell’articolo 267 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea”.*

⁴ Dicotomia da tempo superata dal Consiglio di Stato (cfr. Sez. VI, 16 dicembre 2014, n. 6050).

nei confronti dei provvedimenti dell’Autorità in tema di illeciti consumeristici, non ritengo che vi possano essere grossi rischi, ma solo possibili vantaggi economici (risparmi di costo), nel fatto che le valutazioni compiute da un’Autorità amministrativa, una volta superato il vaglio giurisdizionale, non vengano replicate più volte⁵.

Differente è ovviamente la questione se la sentenza dell’Autorità giudiziaria ordinaria possa vincolare in qualche modo l’Autorità amministrativa chiamata a sanzionare eventualmente lo stesso comportamento, in quanto è chiaro che il giudicato farà stato soltanto tra le parti, indipendentemente dall’accertamento dell’illiceità o meno della condotta.

Sempre nell’ottica di evitare inutili sovrapposizioni tra *public* e *private enforcement*, un’altra opzione che si potrebbe considerare è quella di ritenere sospeso il termine prescrizione di cui all’articolo 140-duodecies dello Schema di Decreto a partire dalla data in cui l’Autorità ha avviato un’istruttoria in relazione alla violazione della normativa consumeristica cui si riferisce l’azione rappresentativa⁶.

Ulteriori meccanismi volti a raggiungere un maggiore livello coordinamento.

Anche nel caso in cui non ci si trovi di fronte a procedimenti giudiziari in sede civile simultanei o consequenziali a quello amministrativo, la coordinazione tra i giudici nazionali e

⁵ Già prima del recepimento della Direttiva 2014/104/UE sulle azioni di risarcimento danni in materia antitrust, secondo i consolidati principi della Suprema Corte gli atti del procedimento, in esito al quale l’Agcm aveva accertato la sussistenza dell’illecito anticoncorrenziale ed irrogato una sanzione ad una determinata impresa, erano considerati costituire una prova privilegiata quando non una presunzione, del danno patito dal singolo consumatore/utente. Cfr. ex multis Corte di Cassazione, sentenza del 6 luglio 2015 n. 13890. Allo stato attuale, seppure in tema di pubblicità ingannevole, l’orientamento della Cassazione, espresso a sezioni Unite (Cass. Sez. un. n. 794/2009), era invece che il provvedimento dell’Autorità potesse tutt’al più fornire al giudice indicazioni in ordine alla natura astrattamente ingannevole della pubblicità.

⁶ Cfr. in senso analogo la disposizione contenuta nell’articolo 8, comma 2, del D.lgs. n. 3/2017, il quale recita: “*La prescrizione rimane sospesa quando l’autorità garante della concorrenza avvia un’indagine o un’istruttoria in relazione alla violazione del diritto della concorrenza cui si riferisce l’azione per il diritto al risarcimento del danno. La sospensione si protrae per un anno dal momento in cui la decisione relativa alla violazione del diritto della concorrenza è divenuta definitiva o dopo che il procedimento si è chiuso in altro modo.*”

l'Autorità potrebbe essere ottenuta attraverso ulteriori modifiche normative e meccanismi procedurali.

Una coerente applicazione della normativa in materia di illeciti consumeristici potrebbe essere facilitata attraverso il ricorso a meccanismi simili a quelli già previsti sempre in ambito antitrust dall'art. 15, comma 1, del Reg. CE n. 1 del 2003 o dagli articoli 4, comma 5, e 17, comma 3 del D. Lgs. n. 3/2017.

La prima norma, lo si ricorda, prevede che la Commissione europea sia tenuta a fornire assistenza ai giudici nazionali che ne facciano richiesta in relazione a giudizi aventi a oggetto questioni sussumibili all'interno degli art. 81 e 82 CE (ora 101 e 102 TFUE). Tale assistenza può consistere non solo nello scambio di informazioni, ma anche nel rilascio di pareri in merito a questioni inerenti l'applicazione del diritto antitrust (art. 15.1).

Quanto alle previsioni introdotte dal D.lgs. n. 3/2017, si ricorda che esse hanno codificato un processo di assistenza dell'Autorità alle Corti - su richiesta delle Corti e a discrezionalità dell'Autorità - sia nella fase della delimitazione degli ordini del giudice di accesso agli atti dell'Autorità⁷ che nella fase di determinazione dell'ammontare del danno⁸.

Parimenti, si potrebbe valorizzare il ruolo dell'Autorità quale *amicus curiae* prevedendo, così come accade ai sensi dell'art. 15.3 del regolamento CE n. 1 del 2003, o ai sensi dell'articolo

⁷ La Direttiva 2014/104/UE ha inteso salvaguardare l'effettività del *public enforcement*. Il rischio, infatti, è quello di compromettere lo svolgimento dell'attività istituzionale. In particolare la preoccupazione è che la possibile divulgazione delle ammissioni fatte da coloro che presentano richiesta di trattamento favorevole possa avere un effetto negativo sulla qualità delle loro dichiarazioni o addirittura dissuadere coloro che abbiano commesso un'infrazione dal presentare una richiesta di partecipare al programma di clemenza. Pertanto, l'articolo 6, comma 7, della Direttiva aveva previsto la possibilità per le Corti di richiedere l'assistenza delle Autorità antitrust nell'accertamento della natura delle informazioni come effettivamente attinenti a programma di clemenza e a proposte di transazione e quindi inclusi nella c.d. *black list*. Tale articolo è stato recepito compiutamente dall'articolo 4, comma 5, del D.Lgs. 3/2017.

⁸ L'articolo 14, comma 3, del D.Lgs., che recepisce l'art. 17, comma 3, della Direttiva 2014/104/UE recita: "Il giudice può chiedere assistenza concorrenza formulando specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno. Salvo che l'assistenza risulti non appropriata in relazione alle esigenze di salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza, l'autorità garante presta l'assistenza richiesta nelle forme e con le modalità che il giudice indica sentita l'autorità medesima". Si immagina quindi un ruolo di assistenza e di orientamento dell'Autorità, che non assomiglia in alcun modo a quello del consulente tecnico d'ufficio (che infatti non potrà richiedere l'assistenza dell'Autorità).

4 comma 7 del D.lgs. n. 3/2017 in materia di proporzionalità degli ordini del giudice di esibizione documentale⁹, che quest'ultima possa formulare di propria iniziativa osservazioni alle giurisdizioni nazionali. Ciò sempre al fine di garantire una coerente applicazione delle norme in materia di illeciti consumeristici.

D'altronde questo tipo di cooperazione richiederebbe, per essere effettiva, solo l'implementazione di un meccanismo efficace di scambio di informazioni circa la pendenza del processo o della presentazione di istanze di ostensione documentale. Al riguardo si rileva però che l'articolo 140-undecies dello schema di Decreto non prevede che l'Autorità venga informata dagli enti legittimati delle azioni rappresentative che hanno deciso di intentare¹⁰. Come accaduto con il D. Lgs. 3/2017, si potrebbe così prevedere espressamente che il giudice sia tenuto a informare la medesima Autorità delle richieste di esibizione, disponendo la trasmissione degli atti che ritiene a tal fine rilevanti.

In un'ottica di sistema, i vantaggi sostanziali che tali meccanismi informativi potrebbero determinare in termini di diminuzione dei possibili contrasti valutativi sono, evidentemente, molto superiori ai loro costi.

⁹ L'articolo 4, comma 7, del D.lgs. 3/2017 recita: “Quando l'Autorità garante della concorrenza intende fornire il proprio parere sulla proporzionalità della richiesta di esibizione può presentare osservazioni al giudice. Al fine di consentire all'autorità garante della concorrenza di esercitare la facoltà di cui al periodo precedente, il giudice informa la medesima autorità delle richieste di esibizione, disponendo la trasmissione degli atti che ritiene a tal fine rilevanti. Le osservazioni dell'autorità sono inserite nel fascicolo d'ufficio a norma dell'articolo 96 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile”. Si veda al riguardo anche il Considerandum 30 della Direttiva 2014/104/UE, dal quale sembra evincersi che in questa fase l'ambito di “intervento amicus curiae” possa essere così circoscritto esclusivamente ai documenti contenuti nel fascicolo dell'autorità. Letteralmente, l'ultimo capoverso del Considerandum 30 prevede che “Gli Stati membri dovrebbero poter istituire un sistema in base al quale un'autorità garante della concorrenza sia informata delle richieste di divulgazione delle informazioni qualora la persona che richiede la divulgazione o la persona alla quale è richiesta la divulgazione sia coinvolta nell'indagine di tale autorità relativa alla presunta violazione, fatte salve le norme nazionali sulle procedure senza contraddittorio”.

¹⁰ Ai sensi dell'articolo 140-undecies dello schema di Decreto, gli enti legittimati indicano le azioni rappresentative che hanno deciso di intentare, lo stato di avanzamento e i relativi esiti solo sul proprio sito web e al Ministero delle Imprese e del Made in Italy che le pubblica sul proprio sito.

Oltre agli spunti di riflessione offerti, penso poi possa essere auspicabile e opportuno istituire su questi temi un tavolo di lavoro comune, così come a suo tempo fu fatto in occasione del recepimento della citata Direttiva 2014/104/UE. Il problema d'altronde si pone ormai non più solo a livello nazionale, ma anche a livello europeo. In effetti le normative in materia di protezione dei consumatori, così come quelle in materia antitrust, sono ormai sostanzialmente armonizzate e sempre più gli illeciti consumeristici hanno effetti transfrontalieri. In una prospettiva di *enforcement* degli illeciti consumeristici sempre più policentrica, il coordinamento a livello non solo nazionale, ma anche sovranazionale, sarà sempre più necessario al fine di evitare dannosi fenomeni di *ne bis in idem*.

Vi ringrazio per l'attenzione.