



Associazione per i Diritti degli Utenti e Consumatori

Sede nazionale: Via Cavour 68 - 50129 Firenze

Tel 055.290606 - Fax 055.2302452

Email: assistenza@aduc.it - Web: www.aduc.it

Camera dei deputati

Commissione X (Attività produttive, commercio e turismo)

Audizione in relazione alla proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno (COM(2017) 142 final)

Abstract

Con il presente contributo Aduc - Associazione per i diritti degli utenti e consumatori, propone alcune valutazioni sulla proposta di direttiva in commento, formulando alcuni rilievi critici e proponendo possibili soluzioni correttive. Le disposizioni per le quali appare opportuna una modifica riguardano la previsione del potere delle ANC di respingere le denunce pervenute che non riguardino gli obiettivi individuati dalle autorità stesse come prioritari; l'entità massima delle ammende comminabili; la legge applicabile agli atti istruttori compiuti in cooperazione fra ANC di Stati membri diversi; l'esecuzione transfrontaliera delle decisioni che comminano ammende e le relative norme applicabili, e il coordinamento fra l'accessibilità agli atti istruttori disciplinata all'art. 29 e la Direttiva 2014/104/UE, recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 3 del 2017. Il timore dell'Aduc, con riferimento a questo ultimo punto è che il mancato esplicito coordinamento fra le due norme indebolisca significativamente il private enforcement della tutela della concorrenza. Aduc condivide appieno l'emanazione della proposta direttiva e auspica che sia di stimolo per l'armonizzazione delle normative interne e del rafforzamento dei poteri istruttori e sanzionatori delle ANC anche nel diverso settore di competenza delle autorità in materia di tutela del consumatore.

Osservazioni

Con il presente contributo Aduc - Associazione per i diritti degli utenti e consumatori, intende formulare alcune valutazioni sulla “proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno” (COM(2017) 142 final) (d'ora innanzi per brevità “proposta di direttiva”), delle quali auspica possa tenersi conto nella formazione della posizione delle autorità italiane sulla stessa.



Associazione per i Diritti degli Utenti e Consumatori

Sede nazionale: Via Cavour 68 - 50129 Firenze

Tel 055.290606 - Fax 055.2302452

Email: assistenza@aduc.it - Web: www.aduc.it

Le intese restrittive della concorrenza sono un forte ostacolo all'equilibrio di mercato e si riverberano direttamente sui consumatori causando una determinazione artificiosa dei prezzi di beni e servizi.

Il consumatore inevitabilmente subisce le intese restrittive della concorrenza, non avendo alcuno strumento diretto ed efficace per poterle contrastare, così come non hanno concrete ed attuali possibilità di contrasto le associazioni dei consumatori, che possono segnalare alle autorità nazionali garanti per la concorrenza (ANC) il sospetto dell'esistenza di una intesa restrittiva, ma che difficilmente potranno fornire elementi probatori decisivi all'autorità stessa.

L'esperienza italiana dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha dimostrato che, nonostante l'impegno profuso, i suoi poteri istruttori e sanzionatori sono insufficienti per una significativa attività di contrasto alle intese distorsive del mercato. La tabella che segue, tratta dal sito istituzionale dell'Autorità, fornisce le statistiche sui procedimenti istruttori degli ultimi sei anni (<http://www.agcm.it/attivita-e-procedimenti/dati-aggregati-attivita-amministrativa.html>).

Antitrust a portata di mano

Statistiche sull'attività svolta

	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Concentrazioni	532	459	80	45	51	52
Istruttorie	5	6	2	4	7	5
- di cui vietate	1	-	1	-	-	-
- di cui autorizzate con condiz. (2)	3	5	-	1	4	3
- di cui ritirate	-	-	-	-	1	-
Intese (3)	8	4	8	15	13	7
- di cui violazioni	5	4	6	5	12	6
- di cui ritirate	-	-	-	-	-	-
- di cui concluse con accettazione degli impegni	2	-	-	8	1	1
Abuso di posizione dominante (3)	7	9	5	4	3	3
- di cui violazioni	4	5	2	1	1	1
- di cui concluse con accettazione degli impegni	3	3	1	1	2	2
Separazione societaria (4)	5	12	8	4	4	1
Istruttorie	2	5	1	2	4	1
- di cui violazioni	2	5	1	2	4	1
Inottemperanza all'obbligo di notifica delle concentrazioni	8	6	4	-	2	2
Inottemperanza alla diffida	-	-	1	1	-	1
Indagini conoscitive	-	1	4	3	2	5
Attività di segnalazione e consultiva (5)	110	110	93	61	89	83
Diritti sportivi	5	1	2	3	2	2
Tutela Consumatore (6)	204	95	94	136	105	104
- di cui violazioni	143	78	79	99	70	80
Inottemperanza	15	24	8	8	18	7
Clausole vessatorie	-	-	14	15	-	3
Rating di legalità			95	188	1211	1795
- di cui attribuiti			90	182	1078	1580
- di cui rinnovati			-	-	41	70
- di cui incrementati			-	-	18	54
- di cui revocati			-	-	7	7
- di cui dinieghi			5	6	66	84

1. Da aprile 1995 non vengono più comunicate le operazioni di concentrazione che avvengono tra imprese non indipendenti.

2. A seguito di modifica degli accordi o con condizioni imposte dall'Autorità.

3. Sono considerati i soli procedimenti istruttori.

4. Art. 8, c. 2, L. 287/90, Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati.

5. Abrogati, dal 12 gennaio 2006, dalla legge 262/2005.

6. Pratiche scorrette, pubblicità ingannevole e diritti dei consumatori. Sono considerati solo i procedimenti istruttori.

garantire

indagine

in materia

le ANC.

efficacia

to più la

imprese

enti più

cittadino

rticolato



Associazione per i Diritti degli Utenti e Consumatori

Sede nazionale: Via Cavour 68 - 50129 Firenze

Tel 055.290606 - Fax 055.2302452

Email: assistenza@aduc.it - Web: www.aduc.it

CAPO III (Indipendenza e risorse)

ART. 4 (Indipendenza)

Con riferimento all'art. 4 della proposta di direttiva, si concorda sulla *ratio* e le modalità adottate per garantire l'indipendenza delle ANC da ingerenze politiche e fonti esterne. Desti però forti perplessità il contenuto dell'art. 4 che, riconosciuto il potere delle autorità di definire le proprie priorità, al successivo comma 2 lett. e) prevede che *“nella misura in cui tali autorità sono tenute a prendere in considerazione le denunce formalmente depositate, esse hanno il potere di respingere tali denunce a motivo del fatto che non le considerano prioritarie”*.

Ad avviso della scrivente associazione tale previsione, in primo luogo, **conferisce alle ANC una discrezionalità troppo ampia, poiché non limitata in via preventiva dal legislatore e sottratta ad un eventuale controllo giurisdizionale successivo.**

Dalla formulazione della norma ne deriverebbe che la stessa (e fondata) denuncia potrebbe, in un determinato momento storico, essere archiviata in quanto non ritenuta una priorità, mentre se presentata - ad esempio - un anno dopo potrebbe condurre all'avvio di un procedimento istruttorio.

Pare evidente che un così ampio potere discrezionale di “archiviazione” della denuncia - non già per inammissibilità o infondatezza della stessa - indebolisca fortemente, anche solo in via astratta e teorica, i principi di trasparenza, imparzialità ed efficace tutela della concorrenza sul mercato e dei diritti dei cittadini consumatori posti a fondamento delle norme UE in materia di concorrenza.

Ancora, **si tratta a nostro avviso di facoltà che rischia di minare l'indipendenza dell'autorità stessa, poichè i governi nazionali possono imporre priorità di azione, così limitandone e condizionandone dall'esterno l'operato.** Si legge infatti nel considerando 17 della proposta di direttiva (che motiva questa facoltà sulla base di una più efficace azione): *“il potere delle ANC di organizzare l'ordine di priorità dei loro procedimenti di applicazione non pregiudica il diritto di un governo di uno Stato membro di comunicare alle autorità nazionali garanti della concorrenza orientamenti di politica generale o sulle priorità che riguardino procedimenti specifici di applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE”*.

Coniugare il potere di respingimento di una denuncia alle priorità del governo è, a nostro avviso, contrario allo spirito della legislazione europea in materia di concorrenza e all'indipendenza dell'autorità che questo stesso articolo si prefigge invece di rafforzare. Al contrario, proprio al fine di evitare possibili pressioni sull'autorità da parte di soggetti direttamente o indirettamente coinvolti o interessati alla



Associazione per i Diritti degli Utenti e Consumatori

Sede nazionale: Via Cavour 68 - 50129 Firenze

Tel 055.290606 - Fax 055.2302452

Email: assistenza@aduc.it - Web: www.aduc.it

denuncia, conferire un simile potere indebolirebbe l'attività dell'autorità perché potenzialmente crea zone grigie di discrezionalità difficilmente controllabili.

Per questo motivo si suggerisce l'eliminazione della lett. e) dall'art. 4.

Capo V (Ammende e penali di mora)

ART. 12 (Ammende irrogate alle imprese e associazioni di imprese)

La precisazione che segue attiene principalmente all'uniformità redazionale dell'art. 12 che al comma 1, nello stabilire la possibilità per le ANC di comminare ammende per le violazioni di cui agli artt. 101 e 102 TFUE, si riferisce ad “ammende efficaci, proporzionate e dissuasive”.

Il comma 2 del medesimo articolo riguarda invece le sanzioni per comportamenti ostruzionistici tenuti nella fase istruttoria del procedimento e fa riferimento ad “*ammende efficaci, proporzionate e dissuasive [...] in proporzione al loro fatturato totale*”.

Il successivo art. 14, nello stabilire l'entità massima dell'ammenda, fa riferimento a “*un livello non inferiore al 10% del suo fatturato mondiale realizzato nell'esercizio sociale precedente la decisione*”.

Una applicazione letterale dei due articoli, sulla base del principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* potrebbe suggerire ai legislatori nazionali la possibilità di vincolare la sanzione al fatturato nei soli casi di violazioni istruttorie e non anche in caso di provvedimenti di condanna.

Per maggior chiarezza ed uniformità redazionale si suggerisce quindi di riformulare l'ultima parte dell'art. 12 comma 1 come segue: “*ammende efficaci, proporzionate e dissuasive stabilite in proporzione al loro fatturato totale, alle imprese e associazioni di imprese quando [...]*”.

ART. 14 (Importo massimo dell'ammenda)

L'art. 14 individua l'importo massimo dell'ammenda comminabile fissandolo ad un “*livello non inferiore al 10% del suo fatturato mondiale realizzato nell'esercizio sociale precedente la decisione*”. Trattandosi di massimi edittali, e tenuto conto dell'effetto deterrente che la proposta di direttiva si prefigge di ottenere, si ritiene preferibile non utilizzare come riferimento l'ultimo esercizio sociale precedente alla decisione quanto piuttosto un livello “*non inferiore al 10% del fatturato più elevato realizzato negli ultimi 5 anni di esercizio*”. In questo modo si potrebbero escludere eventuali condizionamenti del



Associazione per i Diritti degli Utenti e Consumatori

Sede nazionale: Via Cavour 68 - 50129 Firenze

Tel 055.290606 - Fax 055.2302452

Email: assistenza@aduc.it - Web: www.aduc.it

fatturato strumentali all'esistenza del procedimento stesso.

CAPO VII (Assistenza reciproca)

ART. 23 (Cooperazione tra le autorità garanti della concorrenza)

L'art. 23 della proposta di direttiva dispone affinché, in caso di accertamenti istruttori richiesti da una autorità nazionale ed effettuati da autorità di altro Stato membro, i funzionari dell'autorità richiedente possano assistere agli accertamenti e “*parteciparvi attivamente esercitando i poteri di cui agli articoli 6 e 7*”. Si tratta di norma di sicura utilità procedimentale che tuttavia può essere resa ancora più efficace prevedendo che, qualora il diritto nazionale dell'autorità richiedente riconosca alla stessa poteri di indagine ulteriori rispetto a quanto previsto agli artt. 6 e 7, essi siano applicabili all'accertamento istruttorio richiesto all'autorità adita. In questo modo, l'autorità adita diventa in modo pressochè totale *longa manus* dell'autorità richiedente, e ciò anche nel caso in cui la legislazione nazionale dell'autorità adita riconosca alla stessa minori poteri istruttori.

ART. 25 (Richieste di esecuzione delle decisioni che impongono ammende o penalità di mora)

Con riferimento al comma 3 dell'art. 25, secondo il quale: “*L'autorità richiedente può presentare una richiesta di esecuzione soltanto quando la decisione che ne permette l'esecuzione nello Stato membro richiedente è definitiva e non può essere più impugnata con mezzi ordinari*”, si rappresenta che una simile formulazione potrebbe procrastinare intollerabilmente l'esecuzione poiché, soprattutto negli Stati membri nei quali non è rispettata la ragionevole durata dei processi – fra questi l'Italia – l'impugnazione dei provvedimenti dell'autorità potrebbe essere proposta anche al solo fine strumentale di ritardare il pagamento dell'ammenda.

Esemplificando nell'ambito dell'ordinamento italiano, l'esperimento dei rimedi giurisdizionali interni (TAR e Consiglio di Stato) comporta notoriamente tempi lunghi, con la conseguenza che subordinare l'esecuzione dell'ammenda all'estero alla definitività della decisione indebolirebbe sia la funzione sanzionatoria in sé dell'ammenda che l'effetto deterrente *pro futuro*.

Del resto, sempre rimanendo in Italia, i provvedimenti dell'AGCM sono immediatamente esecutivi salvo sospensiva che l'organo giurisdizionale può concedere sussistendone i presupposti di *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Qualora il provvedimento non venga cautelatamente sospeso dall'organo



Associazione per i Diritti degli Utenti e Consumatori

Sede nazionale: Via Cavour 68 - 50129 Firenze

Tel 055.290606 - Fax 055.2302452

Email: assistenza@aduc.it - Web: www.aduc.it

giurisdizionale, la riscossione forzosa delle sanzioni pecuniarie prosegue. Data questa premessa, se la norma venisse approvata ne deriverebbe che l'esecuzione coattiva nei confronti dell'impresa condannata potrebbe essere legittimamente condotta in Italia ma non in altro Stato membro, poiché per l'esecuzione all'estero occorrerebbe attendere la definitività della condanna.

Sarebbe, per concludere sul punto, auspicabile una diversa formulazione della norma che faccia riferimento, in relazione alla sussistenza del “titolo esecutivo” per procedere, alla legislazione dello Stato membro richiedente: *“L'autorità richiedente può presentare una richiesta di esecuzione soltanto quando la decisione che ne permette l'esecuzione nello Stato membro richiedente è, secondo il diritto interno, immediatamente esecutiva”*.

Con riferimento al comma 4 dell'art. 25, a mente del quale: *“Le questioni relative ai termini di prescrizione sono disciplinate dalle norme di legge in vigore nello Stato membro richiedente”*, si rappresenta quanto segue.

La *ratio* delle disposizioni relative alla competenza normativa nazionale in sede di assistenza e cooperazione per la notifica degli addebiti, delle decisioni e per l'esecuzione di queste ultime è finalizzata a consentire la reciproca assistenza limitando al massimo l'ingerenza sull'ordinamento interno nazionale. In ragione di ciò, la proposta di direttiva prevede sinteticamente che:

- la notifica e l'esecuzione seguono le norme dell'ordinamento dello Stato membro adito;
- la prescrizione segue le norme dell'ordinamento dello Stato membro richiedente;
- le controversie sulla legittimità della decisione seguono le norme dell'ordinamento dello Stato membro richiedente;
- le controversie sulla notifica e sull'esecuzione seguono le norme dell'ordinamento dello Stato membro adito.

Se dunque la proposta di direttiva intende, come pare, separare nettamente la fase di generazione e conclusione del procedimento – che seguirà le norme dello Stato membro che procede – e gli aspetti relativi alla notifica ed esecuzione – che invece seguiranno le norme dello Stato membro adito – non si comprende perché, con riferimento ai termini di prescrizione dell'azione esecutiva, debbano essere applicate le norme dello Stato richiedente. Trattandosi di tematica di centrale interesse per l'efficacia delle norme UE in materia di concorrenza, si suggerisce – laddove sia ritenuto preferibile il criterio della



Associazione per i Diritti degli Utenti e Consumatori

Sede nazionale: Via Cavour 68 - 50129 Firenze

Tel 055.290606 - Fax 055.2302452

Email: assistenza@aduc.it - Web: www.aduc.it

semplificazione e armonizzazione normativa – che all'esecuzione transfrontaliera delle ammende si applichino i termini di prescrizione dello Stato membro adito; qualora invece – come riteniamo auspicabile – si preferisca dare più ampia garanzia di successo all'azione esecutiva transfrontaliera, si applichi la normativa che prevede il termine prescrizionale più lungo fra quello previsto nell'ordinamento dello Stato membro richiedente e quello previsto nell'ordinamento dello Stato membro adito.

CAPO IX (Disposizioni generali)

ART. 29 (Limiti all'uso delle informazioni)

Desti infine significative perplessità la formulazione dell'art. 29 recante le disposizioni in materia di utilizzabilità degli atti del procedimento al di fuori dello stesso.

Per meglio comprendere la doglianza è necessaria una breve premessa. L'attività di applicazione a livello pubblico del diritto della concorrenza (“*public enforcement*”) riservata – per quanto qui concerne – alle ANC si completa con il cosiddetto “*private enforcement*” (l'applicazione a livello privato del diritto della concorrenza), vale a dire con il diritto al risarcimento del danno che l'applicazione dell'intesa restrittiva della concorrenza ha cagionato ai cittadini consumatori. Tale diritto è garantito a livello comunitario dal cd. effetto diretto degli articoli del Trattato e successivamente disciplinato dalla Direttiva 2014/104/UE, che ha introdotto norme uniformi volte a favorire le azioni di risarcimento da parte di imprese e consumatori che lamentino di aver sofferto un danno in conseguenza di intese anticoncorrenziali e abusi di posizione dominante.

La direttiva è stata recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 3 del 2017 che, in primo luogo, vincola il giudice alla decisione definitiva dell'Antitrust (di conseguenza non sarà necessario un ulteriore accertamento dell'esistenza della condotta anticoncorrenziale) e, secondariamente, facilita l'onere probatorio dell'attore, intervenendo sul tema della accessibilità (e produzione in giudizio) delle prove contenute nel fascicolo di indagine delle autorità di concorrenza della UE.

Uno dei punti più deboli dell'attuale disciplina europea in tema di tutela della concorrenza è rappresentato dalla totale separazione che esiste fra applicazione a livello pubblico delle norme e ricadute sul privato. Quando anche infatti l'intesa illecita viene scoperta e sanzionata, le ricadute concrete sui singoli cittadini consumatori avranno una qualche valenza solo *pro futuro* e nessuna valenza per il passato.

Ciò per vari motivi: da una parte in ragione dei tempi fra l'ideazione e attuazione dell'intesa,



Associazione per i Diritti degli Utenti e Consumatori

Sede nazionale: Via Cavour 68 - 50129 Firenze

Tel 055.290606 - Fax 055.2302452

Email: assistenza@aduc.it - Web: www.aduc.it

l'apertura di un procedimento antitrust e la definitività della sanzione; dall'altra a causa della posizione di totale debolezza del consumatore nell'intraprendere personalmente un'azione giudiziaria finalizzata al risarcimento del danno per motivi di antieconomicità per il singolo della proposizione dell'azione, per le lungaggini dell'iter giudiziario, per il gravoso regime probatorio. Similmente può dirsi delle forme "associative" di giustizia attualmente praticabili in Italia: la class action come oggi formulata nel nostro ordinamento è, nella sostanza, lettera morta e le azioni "di fatto" collettive, vale a dire le azioni giudiziarie introdotte da un numero ampio di soggetti contro una stessa controparte risentono ovviamente dell'impossibilità di raggiungere con le proprie forze un onere della prova soddisfacente.

Data questa premessa, e con questi limiti che pur permangono, la direttiva 2014/104/UE ha comportato significativi vantaggi, appunto sia sull'accertamento dell'illegittimità dell'intesa, che una volta effettuato dall'Autorità non è più sindacabile innanzi al giudice, sia a livello probatorio.

Stupisce e preoccupa allora, tornando alla proposta di direttiva in esame, la formulazione dell'art. 29, comma 1, secondo il quale: "*Le informazioni raccolte sulla base delle disposizioni di cui alla presente direttiva dovrebbero essere utilizzate esclusivamente per lo scopo per il quale sono acquisite*". Una simile formulazione confligge evidentemente con il contenuto della direttiva 2014/104/UE (che mai viene menzionata né nell'articolato né nei considerando della stessa) in relazione all'accesso agli atti a fini probatori e, di fatto, appare come un tentativo di "fare marcia indietro" restringendone significativamente la portata, conseguenza che a nostro avviso deve essere scongiurata.

Per questo motivo si suggerisce la seguente diversa formulazione dell'art. 29, comma 1: "*Fatta salva l'applicazione della direttiva 2014/104/UE, le informazioni raccolte sulla base delle disposizioni di cui alla presente direttiva dovrebbero essere utilizzate esclusivamente per lo scopo per il quale sono acquisite*".

Considerazioni conclusive

Ad avviso della scrivente associazione, l'emanazione della presente proposta di direttiva è auspicabile, oltre che per i motivi sintetizzati in premessa, anche perchè sarebbe di stimolo per il rafforzamento di quegli stessi poteri nel settore della tutela del consumatore e quindi essere preludio all'emanazione di ulteriore direttiva che contenga previsioni simili con riferimento ai poteri delle ANC nei procedimenti in materia di pubblicità ingannevole, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti e clausole vessatorie. Si tratta di attività delle ANC di fondamentale



Associazione per i Diritti degli Utenti e Consumatori

Sede nazionale: Via Cavour 68 - 50129 Firenze

Tel 055.290606 - Fax 055.2302452

Email: assistenza@aduc.it - Web: www.aduc.it

importanza per una tutela efficace dei diritti dei consumatori che, nonostante il crescente impegno dell'AGCM nel settore, sono di fatto vanificate dagli oggettivi limiti ai poteri di indagine, alla cooperazione fra le diverse autorità nazionali e soprattutto ai poteri sanzionatori delle ANC. Nell'ordinamento italiano, ad esempio, il massimo edittale della sanzione che l'AGCM può comminare nei procedimenti di cui si tratta ammonta ad euro 5.000.000 (art.1, comma 6, del Decreto Legislativo 21 febbraio 2014, n 21), importo massimo che l'associazione ritiene assolutamente inadeguato ad una efficace funzione deterrente e sanzionatoria.

Firenze, 19 luglio 2017

per Aduc

avv. Emanuela Bertucci