

Piero Fattori*

Comunicazione delle risultanze istruttorie e pratiche commerciali scorrette (pcs)

1. Che cos'è la comunicazione delle risultanze istruttorie (CRI)? È un istituto procedurale tipico della disciplina *antitrust*, di matrice comunitaria. In estrema sintesi, si tratta di un atto, imputabile agli Uffici, trasmesso alle parti in prossimità della chiusura della fase istruttoria, che ricapitola gli accertamenti svolti e contiene l'indicazione dei fatti essenziali su cui l'Autorità intende fondare la decisione finale e formula con chiarezza e precisione le infrazioni attribuite alle parti, ivi compresa l'intenzione di irrogare una sanzione e la durata della relativa infrazione. In tal modo si colma il *gap* fra provvedimento di avvio dell'istruttoria, dove le infrazioni sono spesso delineate in modo necessariamente sommario, e il provvedimento finale, dove le valutazioni dell'Autorità sono esposte analiticamente. La comunicazione delle risultanze istruttorie, pertanto, «*crystallizza*» la posizione dell'Autorità, che non può tenere in considerazione fatti che non sono stati contestati adeguatamente alle imprese nella comunicazione e sui quali esse non abbiano avuto modo di difendersi pienamente. L'istituto è quindi funzionale alla garanzia dei diritti di difesa delle imprese ed assume un particolare rilievo ai fini di realizzare un contraddittorio veramente efficace.

2. La mancata comunicazione delle risultanze istruttorie non vizia il procedimento in materia di pcs. Come è noto, la giurisprudenza amministrativa in materia di pcs (fra le altre, Tar Lazio, 30421/2010; Tar Lazio, 395/2011; CdS, 4905/2010) ha escluso che la mancanza della CRI costituisca un vizio del diritto di difesa sulla base di una serie di argomentazioni. Sintetizzando, il giudice:

- ha riconosciuto che i procedimenti in materia di pcs risultano caratterizzati da una maggiore complessità degli accertamenti istruttori rispetto a quelli intesi a reprimere la pubblicità ingannevole e comparativa;
- ha affermato che, salvo i casi di condotte "tipizzate" (artt. 23 e 26 del Codice del Consumo), incombe all'Autorità di individuare con precisione nella comunicazione di avvio del procedimento le azioni, omissioni e/o dichiarazioni ritenute ingannevoli e/o aggressive ed ha precisato che il riferimento all'"oggetto del procedimento" (art. 6 del Reg. proc. istr.) non può esaurirsi nel mero richiamo delle norme di cui si ipotizza la violazione;
- ha stabilito, tuttavia, che rimane prerogativa dell'Autorità quella di prospettare un ampio spettro d'indagine in sede di avvio, poiché un maggior grado di dettaglio sarebbe esigibile solo nella fase conclusiva del procedimento. A supporto di questa posizione, il giudice ha richiamato l'orientamento della Cassazione civile (sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935), secondo cui il principio del contraddittorio, in sede amministrativa, postula solo che prima dell'adozione della sanzione sia effettuata la contestazione dell'addebito e siano valutate le eventuali controdeduzioni dell'interessato. Più in particolare, l'autorità procedente ha l'obbligo di porre a base della contestazione medesima, "il nucleo del fatto contestato, inteso nella sua fenomenologia obiettiva e subiettiva e non anche nella definizione giuridica ivi conferitagli".
- infine, ha sempre escluso che la lacuna procedimentale evidenziata nei ricorsi abbia concretamente leso il diritto di difesa delle parti (nel nucleo essenziale delineato dalla Cassazione civile), in assenza di modifiche dei "capi di imputazione", e considerando che le imprese si erano di regola difese a tutto campo, dando prova di aver ben compreso il contenuto degli addebiti mossi.

3. La posizione del giudice amministrativo: una scelta di "normalizzazione". La posizione assunta dalla giurisprudenza, nel ricondurre il procedimento in materia di pcs alla disciplina generale del procedimento sanzionatorio (l. n. 689/81) ha legittimato quindi la sussistenza di due differenti quadri normativi in relazione a due discipline di mercato - *antitrust* e pcs - che hanno ad oggetto condotte di impresa, in presenza di poteri istruttori omogenei in capo all'Autorità.

Si tratta, a mio modo di vedere, di una posizione non convincente. Molto più condivisibile mi sembra quell'altra linea di sviluppo giurisprudenziale che ha sancito (con riferimento alle istruttorie dell'Autorità per accertare eventuali violazioni dei co. 2-bis, 2-ter e 2-*quater* dell'art. 8 della legge *antitrust*) il principio secondo cui il procedimento della legge *antitrust* - con la sua particolare scansione e la presenza della CRI - ha natura tendenzialmente generale in relazione all'accertamento di tutti gli illeciti concorrenziali, in quanto la complessità tecnica e l'entità economica delle questioni coinvolte richiedono aspetti procedurali di maggiore garanzia, sotto il profilo della completezza e ampiezza della difesa, rispetto a quelli esistenti nella disciplina generale della l. n. 689/1981 (Cons. St. 08-03-2010 n. 1307), riservando l'utilizzo della procedura ex l. 689/81 ai casi di accertamento della mera violazione degli obblighi di comunicazione in materia di separazione societaria, analogamente a quanto avviene in caso di mancata ottemperanza agli obblighi di comunicazione preventiva in materia di concentrazione. In tali casi, infatti, il procedimento ha carattere

** Avvocato, *partner* Studio Legale Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners.

esclusivamente sanzionatorio, con *ratio* e presupposti comuni ai procedimenti diretti alla mera applicazione di una pena pecuniaria agli illeciti amministrativi (TAR Lazio 9-08-2010, n. 30460) e l'illecito da accertare si connota per una minore complessità.

4. Utilità della CRI nell'ambito della procedura in materia di pcs. E' evidente che non solo in materia *antitrust*, ma anche nel caso delle pratiche commerciali scorrette vengono spesso in rilievo condotte di particolare complessità, a fronte delle quali sarebbe opportuno dettagliare con maggiore precisione i singoli addebiti ad esito dell'*iter* istruttorio, il quale ultimo può talvolta determinare un diverso apprezzamento degli stessi nella loro originaria formulazione. In altri termini, può ben avvenire (*rectius*: è spesso avvenuto) che nel corso del procedimento alcuni addebiti perdano di consistenza o vengano addirittura meno e altri assumano invece una maggiore pregnanza. In mancanza di un sintetico documento ricognitivo finale da parte dell'Autorità, le imprese si vedono costrette ad una difesa estesa ed indifferenziata su ogni possibile profilo, con potenziali effetti pregiudizievoli sul livello di approfondimento della difesa rispetto alle singole contestazioni. Ciò è tanto più vero in quei casi ad elevata complessità e problematicità che avrebbero, se non imposto, quanto meno suggerito una puntualizzazione degli addebiti. Si pensi, esemplificativamente, ai casi in cui: i) la contestazione riguardava elementi tecnici di particolare complessità, eventualmente anche con attribuzione al professionista dell'onere della prova; ii) sono venute in rilievo questioni giuridiche inedite (ad esempio nel caso della portabilità dei mutui) iii) sono emerse delicate problematiche di coordinamento tra disciplina consumeristica e discipline settoriali (in materia TLC, credito, energia) iv) si è realizzato un concorso di soggetti nell'illecito con ripartizione delle responsabilità in capo a più imprese.

5. Conformazione della CRI nei procedimenti in materia di pcs. L'orientamento allo stato prevalente che esclude la necessità della CRI nei casi di pcs sembra invero dettato dal - invero comprensibile e ragionevole - intento di non appesantire eccessivamente un procedimento che necessita di speditezza e flessibilità. A fronte delle esigenze (altrettanto legittime) sopra evidenziate di migliorare l'efficacia del contraddittorio e garantire adeguatamente i diritti della difesa, si ritiene che sarebbe perseguibile (e preferibile) un bilanciamento degli interessi in campo. Si potrebbe in proposito immaginare di adottare una forma semplificata di CRI che si limiti a specificare (con un grado di dettaglio variabile a seconda della reale complessità del caso) i rilievi mossi con la comunicazione di avvio e ad indicare gli elementi istruttori di supporto (in particolare documentali) raccolti nel corso del procedimento. Potrebbe viceversa evitarsi che, analogamente ai procedimenti *antitrust*, alla memoria di risposta alla CRI segua il contraddittorio orale innanzi all'Autorità, con il relativo onere preparatorio a carico degli Uffici.