

LA COMUNICAZIONE DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO

Giuseppe Rossi

Professore associato di diritto comparato nell'Università IULM – Milano
Avvocato del Foro di Milano

FONTI

Normative

La comunicazione di avvio del procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette è disciplinata dall'art. 27, comma 3, Codice del consumo, la cui parte rilevante prevede che:

“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 ...”.

In materia di pubblicità ingannevole e comparativa nei rapporti tra professionisti la disposizione primaria di riferimento è rappresentata dall'art. 8, d.lgs. 145/07, dall'identico testo.

Regolamentari

A livello regolamentare, la comunicazione di avvio del procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette è disciplinata dall'art. 6 del regolamento di cui alla delibera AGCM n. 17589, del 15 novembre 2007, a tenore del quale:

“1. Il responsabile del procedimento, valutati gli elementi comunque in suo possesso e quelli portati a sua conoscenza con la richiesta di intervento di cui all'art. 5, avvia l'istruttoria al fine di verificare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette di cui al Codice del Consumo.

2. Il responsabile del procedimento comunica l'avvio dell'istruttoria, ai sensi dell'articolo 27, comma 3, del Codice del Consumo, al professionista e ai soggetti che abbiano presentato richiesta di intervento ai sensi dell'art. 5.

3. Nella comunicazione di cui al comma 2 sono indicati l'oggetto del procedimento, il termine per la sua conclusione, l'ufficio e la persona responsabile del procedimento, l'ufficio presso cui si può accedere agli atti, la possibilità di presentare memorie scritte o documenti ed il termine entro cui le memorie e i documenti possono essere presentati”.

L'omologa delibera n. 17590 in materia di procedimenti in tema di pubblicità ingannevole e comparativa nei rapporti tra professionisti reca identica previsione.

NATURA E FUNZIONE

La comunicazione di avvio del procedimento è un atto endo-procedimentale, non impugnabile in via autonoma, per difetto di immediata capacità lesiva di diritti od interessi legittimi dei soggetti destinatari, ma esclusivamente quale atto presupposto, contestualmente all'impugnazione del provvedimento che definisce il procedimento, od all'impugnazione del provvedimento cautelare.

Essa è volta a rendere noto, ad alcuni soggetti qualificati, l'avvio del procedimento amministrativo in materia di pratiche commerciali scorrette, ed eventualmente del sub-procedimento volto all'emanazione di un provvedimento cautelare, allo scopo di consentire a tali soggetti l'esercizio delle loro facoltà partecipative.

Benché l'art. 27, comma 11, cod. consumo preveda che l'Autorità, nel disciplinare il procedimento, debba garantire l'osservanza del "contraddittorio", tale termine deve essere inteso non nel senso tecnico-processuale, bensì nella differente, e più limitata, accezione di partecipazione procedimentale, ossia di facoltà dei soggetti interessati di apportare all'Amministrazione, soggetto che cumula i poteri istruttori-conoscitivi e deliberanti, ogni contributo ritenuto necessario ai fini della conoscenza e della valutazione dei fatti.

Nel procedimento dinanzi all'Autorità non vi sono domande in senso processuale, cui non possono essere equiparate le contestazioni mosse nella comunicazione di avvio del procedimento, né oneri probatori gravanti sulle parti; l'Autorità ha il compito di acquisire, attraverso le parti private od esercitando i propri poteri conoscitivi, adeguati elementi di fatto, idonei a consentirle una valutazione in diritto congruamente motivata.

La comunicazione di avvio del procedimento è atto del responsabile del procedimento, individuato ai sensi dell'art. 3 del regolamento procedimentale; dunque, la comunicazione di avvio del procedimento, a differenza di quanto avviene in sede applicativa della l. 10 ottobre 1990, n. 287, non richiede alcun preventivo vaglio ad opera del Collegio dell'Autorità.

INDISPENSABILITÀ DELLA COMUNICAZIONE DI AVVIO DEL PROCEDIMENTO

L'art. 7, l. 241/90 (legge generale sul procedimento amministrativo) prevede che l'avvio del procedimento debba essere comunicato ai soggetti interessati soltanto "ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento". Il comma 2 del medesimo articolo consente all'Amministrazione di adottare provvedimenti cautelari "anche prima dell'effettuazione delle comunicazioni" di avvio del procedimento.

La disciplina del procedimento per pratiche commerciali scorrette è speciale e derogatoria rispetto alla l. 241/90, che può applicarsi soltanto in via residuale. Le citate disposizioni della l. 241/90, dunque, non trovano applicazione, in presenza di una disciplina specifica della comunicazione di avvio del procedimento presso l'AGCM.

L'art. 27, comma 3, cod. consumo, e l'identico art. 8, d.lgs. 145/07 prevedono che l'apertura dell'istruttoria debba essere comunicata "in ogni caso", e quindi anche ove sussistano esigenze di celerità tali da rendere necessaria l'emanazione di provvedimenti cautelari.

L'art. 9 del regolamento procedimentale consente al Collegio dell'AGCM di "disporre con atto motivato la sospensione in via provvisoria della pratica commerciale anche senza acquisire le

memorie delle parti quando ricorrano particolari esigenze di indifferibilità dell'intervento": la previsione regolamentare, tuttavia, va letta alla luce della citata previsione dell'art. 27, comma 3, cod. consumo, con la conseguenza per cui il provvedimento cautelare *inaudita altera parte* potrà essere notificato al destinatario, al limite, contestualmente alla comunicazione di avvio del procedimento, ma non in assenza della medesima.

FORMA E TERMINI

L'art. 14, l. 689/81, in tema di "contestazione e notificazione" nei procedimenti volti all'irrogazione di sanzioni amministrative non fa parte del capo I, sez. I di tale legge, le cui disposizioni sono richiamate, "in quanto applicabili", dall'art. 27, comma 13, cod. consumo.

Non si applicano, quindi, né il principio di immediatezza della contestazione, né il termine di novanta giorni dall'accertamento previsti dall'art. 14 citato.

La disciplina del procedimento presso l'AGCM non prevede termini specifici per la comunicazione, che può avere luogo entro il termine di prescrizione dell'illecito oggetto di sanzioni amministrative, di cui all'art. 28, l. 689/81, espressamente richiamato dall'art. 27, comma 13, cod. consumo.

Per la medesima ragione sopra esposta, non si applicano le previsioni dell'art. 14, l. 689/81 in tema di forma della notificazione/ comunicazione dell'atto di avvio del procedimento sanzionatorio; in assenza di disposizioni specifiche nella disciplina procedimentale speciale, di norma la comunicazione di avvio del procedimento viene trasmessa mediante lettera raccomandata a/r, anche anticipata a mezzo fax con richiesta di conferma di ricezione. Nel caso in cui abbiano luogo ispezioni presso il professionista, la comunicazione di avvio del procedimento è, di prassi, comunicata immediatamente prima dell'avvio dell'ispezione, in una con il provvedimento collegiale che autorizza l'ispezione stessa.

SOGGETTI DESTINATARI

L'art. 7, l. 241/09 individua i destinatari dell'atto di avvio del procedimento in tutti i soggetti nei cui confronti il provvedimento possa produrre effetti diretti, nonché nei soggetti cui potrebbe derivarne pregiudizio, se individuati o facilmente individuabili.

La disciplina speciale del procedimento presso l'Autorità indica, invece, in modo specifico i destinatari della comunicazione di avvio del procedimento.

L'art. 27, comma 3, cod. consumo prevede, infatti, che l'avvio dell'istruttoria sia comunicato al "professionista"; inoltre, con disposizione ricalcata dalla previgente disciplina in materia di pubblicità ingannevole di cui al d.lgs. 74/92, la norma stabilisce che al "proprietario del mezzo che ha diffuso la pratica commerciale" possa essere richiesta ogni informazione atta ad identificare il "committente".

La nozione di "professionista" presenta un certo margine di indeterminatezza, quanto meno in alcune ipotesi di possibili pratiche scorrette. In materia di pubblicità ingannevole e/o non trasparente, ad esempio, non è chiaro se essa includa l'autore del messaggio, od il mezzo che lo

diffonde, cui potrebbe essere imputato il concorso doloso o colposo nella pratica realizzata dal committente.

Il previgente regolamento di cui al d.P.R. 626/96, all'art. 5, prevedeva, in effetti, che l'avvio del procedimento in tema di pubblicità ingannevole o comparativa scorretta dovesse essere comunicato "al committente del messaggio pubblicitario e, se conosciuto, al suo autore, nonché al richiedente".

Nella prassi, quanto meno nei casi di pubblicità non trasparente il mezzo e l'autore del messaggio sono destinatari di comunicazione di avvio del procedimento.

Allo stesso modo, la nozione di "professionista" destinatario della comunicazione di avvio del procedimento può comprendere il rivenditore o distributore, ove siano ravvisabili profili di concorso dei medesimi nella pratica scorretta posta in essere dal produttore di un bene, o dal fornitore di un servizio.

D'altro canto, la preventiva trasmissione della comunicazione di avvio del procedimento è necessaria affinché un qualsiasi destinatario delle misure inibitorie e/o sanzionatorie contenute nel provvedimento conclusivo possa esercitare le proprie facoltà partecipative, e, dunque, affinché il provvedimento stesso possa considerarsi legittimamente adottato nei suoi confronti.

L'art. 6 del regolamento procedimentale prevede che la comunicazione di avvio del procedimento sia trasmessa, oltre che al "professionista", ai "soggetti che abbiano presentato richiesta di intervento ai sensi dell'art. 5"; si tratta dei "soggetti od organizzazioni aventi interessi", che possono richiedere l'intervento dell'Autorità, ai sensi dell'art. 5 del regolamento. Peraltro, in materia l'Autorità, a differenza di quanto avveniva nella vigenza della precedente disciplina di cui al d.lgs. 74/92, può attivarsi anche d'ufficio.

Nelle ipotesi di pluralità di segnalanti, che possono essere anche decisamente numerosi, nei casi di pratiche commerciali ad elevata diffusione, di prassi la trasmissione della comunicazione di avvio del procedimento ha luogo soltanto nei confronti di segnalanti "qualificati", come le associazioni di tutela dei consumatori, salva la possibilità, da parte di soggetti non destinatari di tale comunicazione, di intervenire nel procedimento in corso, ai sensi dell'art. 10 del regolamento procedimentale, purché "portatori di interessi" rispetto all'oggetto del procedimento medesimo.

Da notare che l'art. 8, comma 3, l. 241/90 prevede che, qualora i destinatari dell'atto di avvio del procedimento siano in numero tale da rendere la comunicazione personale impossibile o particolarmente gravosa, l'Amministrazione debba rendere comunque noti i contenuti di tale atto mediante "forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dall'Amministrazione medesima".

Nella prassi dell'Autorità, non sono previste forme di pubblicità delle comunicazioni di avvio del procedimento, salvi casi di particolare interesse, su cui vengono, talvolta, diffusi comunicati stampa che riferiscono circa l'avvio dell'istruttoria. A questo proposito, va osservato che se, da un lato, la mancata pubblicità può incidere sull'effettivo esercizio delle facoltà partecipative da parte dei soggetti interessati, d'altro canto la proliferazione degli apporti partecipativi, soprattutto provenienti da soggetti portatori di interessi identici, può difficilmente essere idonea ad apportare elementi conoscitivi utili, aggravando, al tempo stesso, il carico di lavoro dell'Ufficio.

PROFILI OGGETTO DI CONTESTAZIONE

L'art. 6 del regolamento procedimentale prevede che la comunicazione di avvio debba indicare "l'oggetto" del procedimento; identico termine è utilizzato dall'art. 8, l. 241/90, mentre la l. 689/81 richiede sia contestata la "violazione".

Nella prassi, l'Ufficio, riferendosi genericamente, quali elementi di prova, alle segnalazioni prevenute od a "elementi acquisiti", indica i principali elementi di fatto delle condotte contestate, e cita le norme di cui ravvisa la violazione.

Considerata la funzione, sopra esposta, della comunicazione di avvio del procedimento, la completezza o meno della stessa, sotto il profilo dell'indicazione dell'oggetto, va valutata in considerazione della sua idoneità a consentire ai destinatari l'esercizio delle facoltà partecipative.

A questo proposito, la giurisprudenza amministrativa mostra un'evoluzione, legata ai cambiamenti normativi.

Nella vigenza del d.lgs. 74/02, il TAR Lazio riteneva, infatti, che la comunicazione di avvio del procedimento dovesse indicare "con precisione ... il solo messaggio, o i profili dello stesso, oggetto dell'indagine al fine di mettere in grado l'operatore pubblicitario di potere partecipare proficuamente all'istruttoria" (cfr. TAR Lazio, sez. I, 2737/06).

Questo orientamento si spiega in considerazione del fatto che il d.lgs. 74/92 disciplinava, in sostanza, una sola fattispecie, quella della pubblicità ingannevole (cui si è aggiunta quella della pubblicità comparativa scorretta); il codice del consumo, viceversa, come la fonte europea da cui deriva, prevede un'ampia ed articolata serie di fattispecie eterogenee, che possono ricorrere anche in modo cumulativo rispetto ad una medesima condotta del professionista: un medesimo procedimento, in altri termini, può riguardare la comunicazione relativa ad un dato servizio, le condizioni contrattuali, le vicende modificative od estintive del rapporto professionista – consumatore etc.

Questa ricchezza di fattispecie rende necessaria una maggiore puntualità della comunicazione di avvio del procedimento, che deve essere tale da consentire, quanto meno, la compiuta individuazione delle fattispecie di cui è ravvisata la violazione.

Secondo il TAR Lazio, la comunicazione deve contenere quanto meno "gli elementi essenziali per consentire un efficace e completo contraddittorio" (sez. I, sent. 4490/09), e comunque deve identificare le singole fattispecie di pratiche scorrette, ingannevoli od aggressive, di cui è contestata la violazione; in particolare, è stato ritenuto in parte illegittimo il provvedimento che aveva ravvisato la violazione (anche) del divieto di pratiche aggressive, nonostante la comunicazione di avvio del procedimento menzionasse soltanto la violazione del divieto di pratiche ingannevoli (sez. I, sent. 1733/11).

Sia la prassi dell'Autorità, sia la giurisprudenza amministrativa concordano nel ritenere che l'argomentazione in diritto sia un aspetto che caratterizza la fase conclusiva del procedimento, vale a dire il provvedimento, più che non la fase di avvio; di conseguenza, la comunicazione di avvio si

limita ad indicare le norme di cui è ravvisata la violazione, senza alcuna argomentazione atta a chiarire le ragioni in diritto per cui i fatti contestati sono ritenuti riconducibili alle norme stesse.

Ciò fa sì che, nell'arco del procedimento, le argomentazioni in diritto ad opera delle parti private siano ridotte al minimo, anche allo scopo di salvaguardare possibili temi da sollevare in sede di impugnazione giurisdizionale avverso il provvedimento conclusivo; il fatto che le questioni di diritto rimangano pressoché assenti dal procedimento, ed emergano solo con il provvedimento conclusivo, da un lato impoverisce il procedimento stesso, e dall'altro costituisce un forte incentivo alle impugnazioni giurisdizionali.

SUB-PROCEDIMENTO CAUTELARE

Nel caso di sub-procedimento cautelare, la comunicazione di avvio del procedimento contiene una parte *ad hoc*, che indica le modalità di svolgimento ed i termini del sub-procedimento, nonché i possibili profili di *fumus* e *periculum*, dando luogo quasi ad una sorta di provvedimento cautelare *in nuce*. L'indicazione di tali profili è, d'altro canto, necessaria considerata l'estrema brevità dei termini del procedimento cautelare. Allo scopo di consentire l'esercizio delle facoltà partecipative, quanto meno in alcuni casi con la comunicazione di avvio del procedimento è trasmessa copia della segnalazione, ove questa contenga elementi significativi; per la già ricordata brevità dei termini, infatti, il professionista destinatario di contestazione non avrebbe, altrimenti, modo di avere conoscenza dei contenuti della segnalazione tramite l'ordinario strumento rappresentato dall'accesso agli atti del procedimento.

ESTENSIONI SOGGETTIVE E/O OGGETTIVE DEL PROCEDIMENTO

L'estensione soggettiva e/o oggettiva del procedimento può avere luogo qualora emergano nuovi elementi, anche apportati da nuovi soggetti, che possano fondare nuove contestazioni. Si tratta di istituto che non costituisce oggetto di una puntuale disciplina normativa o regolamentare.

L'art. 7, comma 3 del regolamento procedimentale si limita a prevedere la possibilità di proroga del termine di conclusione del procedimento, fino ad massimo di sessanta giorni, con provvedimento motivato del Collegio, in caso di "estensione soggettiva od oggettiva".

La proroga del termine, d'altro canto, è una mera eventualità, poiché non sempre l'estensione del procedimento comporta la necessità della medesima. Dunque, l'estensione soggettiva e/o oggettiva del procedimento, come la comunicazione di avvio, è atto del responsabile del procedimento, non sottoposto ad alcun vaglio del Collegio.

Nella prassi, l'estensione soggettiva e/o oggettiva viene comunicata alle parti private già destinatarie di comunicazione di avvio del procedimento, nonché ad eventuali nuovi soggetti (segnalanti e/o professionisti) mediante atto di contenuto analogo all'originaria comunicazione di avvio del procedimento, ove si indicano i nuovi fatti e le nuove violazioni contestate.

In ogni caso, dovrà essere garantito a tutti i soggetti destinatari, compresi coloro che entrano *ex novo* nel procedimento, il compiuto esercizio delle facoltà partecipative, nei relativi termini.