

La sesta sezione del Consiglio di Stato rinvia alla Corte alcune questioni interpretative, al fine di accertare se le sanzioni irrogate in tema di pratiche commerciali scorrette, ai sensi della normativa interna (codice del consumo di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) attuativa della direttiva 2005/29/Ce, siano qualificabili alla stregua di sanzioni amministrative di natura penale e, quindi, in violazione del principio del *ne bis in idem*, previsto dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (anche CDFUE).

Tra i passaggi salienti dell'ordinanza si segnala il richiamo alle principali sentenze della Corte di giustizia sul tema e ai relativi approcci interpretativi, oltreché alla connessa rilevanza, sotto vari profili, della disciplina nazionale in tema di "pratiche commerciali" scorrette, con particolare riferimento all'art. 20 del codice del consumo.

Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 7 gennaio 2022, n. 68 – Pres. (ff) Simonetti, Est. Ponte

Autorità amministrative indipendenti - Autorità garante della concorrenza e del mercato – Pratica commerciale scorretta – Sanzioni – Principio del *ne bis in idem* – Criterio di applicazione – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Sono rimesse alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni:

- a) *se le sanzioni irrogate in tema di pratiche commerciali scorrette, ai sensi della normativa interna attuativa della direttiva 2005/29/Ce, siano qualificabili alla stregua di sanzioni amministrative di natura penale;*
- b) *se l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vada interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale che consente di confermare in sede processuale e rendere definitiva una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona giuridica per condotte illecite che integrano pratiche commerciali scorrette, per le quali nel frattempo è stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico in uno stato membro diverso, laddove la seconda condanna sia*

divenuta definitiva anteriormente al passaggio in giudicato dell'impugnativa giurisdizionale della prima sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale;

- c) *se la disciplina di cui alla direttiva 2005/29, con particolare riferimento agli artt. 3 paragrafo 4 e 13 paragrafo 2 lett. e), possa giustificare una deroga al divieto di "ne bis in idem" stabilito dall'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (successivamente incorporata nel Trattato sull'Unione Europea dall' art. 6 TUE) e dell'art. 54 della convenzione di Schengen (1).*

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna il Consiglio di Stato ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia di cui in massima, dubitando della compatibilità con il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea delle sanzioni irrogate in tema di pratiche commerciali scorrette, ai sensi della norma nazionale (art. 20 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206- codice del consumo) attuativa della direttiva 2005/29/Ce.

Nel caso oggetto di giudizio, due società produttrici di autoveicoli hanno impugnato il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) in data 4 agosto 2016, con cui l'Autorità ha condannato in solido le società al pagamento di una sanzione pecuniaria pari a cinque milioni di euro per aver posto in essere una pratica commerciale scorretta ai sensi degli articoli 20, comma 2, 21, comma 1, lettera b), e 23, comma 1, lettera d), del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

Il T.a.r. per il Lazio, sez. I, con sentenza 3 maggio 2019, n. 6920 ha confermato il sopra indicato provvedimento. Avverso la predetta decisione gli originari ricorrenti hanno interposto appello e nell'ambito del relativo giudizio, nel quale hanno anche sollevato dubbi di compatibilità della disciplina con il diritto UE, si è innestato il rinvio pregiudiziale in esame.

Il procedimento confluito nel provvedimento impugnato prende le mosse da alcune circostanziate segnalazioni all'AGCM formulate da quattro associazioni di consumatori. L'Autorità, quindi, ha comunicato alle istanti l'avvio di un procedimento sanzionatorio per

la violazione dei citati artt. 20, comma 2, 21, comma 1, lettera b), 23, comma 1, lett. d), d.lgs. 206 del 2005.

I profili di scorrettezza ipotizzati riguardavano la commercializzazione da parte delle società, sin dal 2009, di veicoli *diesel* nei quali era stato installato software idoneo ad alterare la rilevazione dei livelli di emissione di ossidi di azoto (NOx) dei veicoli durante i *test* per il controllo delle emissioni inquinanti ai fini dell'omologazione. Inoltre, veniva contestata la diffusione di messaggi promozionali che, nonostante l'utilizzo del predetto strumento di alterazione, contenevano indicazioni circa l'attenzione delle società produttrici al livello delle emissioni inquinanti e la conformità dei suddetti veicoli ai parametri di legge relativi alle predette emissioni.

All'esito del procedimento, l'Autorità, con il provvedimento del 4 agosto 2016 ha accertato la pratica commerciale scorretta ipotizzata in sede di avvio istruttorio, irrogando in solido alle società una sanzione pecuniaria di € 5.000.000,00.

In particolare, l'Autorità ha ritenuto che la condotta in questione: a) è contraria alla diligenza professionale, anche in ragione dell'importanza dell'operatore e del suo posizionamento nel mercato, ai sensi dell'art. 20, comma 2, del codice del consumo in quanto il professionista ha installato sugli autoveicoli diesel EU 5 un sistema di ricircolo dei gas di scarico (il "sistema EGR") illecito e contrario alla normativa comunitaria sulle omologazioni, allo scopo di alterare i risultati dei test sulle emissioni inquinanti previsti dal parametro Euro. In particolare, per quel che riguarda il livello delle emissioni di NOx; b) è scorretta e contraria all'art. 23, comma 1, lettera d), del codice del consumo in quanto - per mezzo dell'installazione del suddetto sistema EGR - il professionista non ha rispettato le condizioni dell'autorizzazione, dell'accettazione o dell'approvazione ricevuta, con riferimento alla procedura di omologazione dei veicoli; c) è ingannevole ai sensi dell'art. 21, comma 1, lettera b), del codice del consumo, in ragione dei *green claims* utilizzati nelle *brochure* pubblicitarie diffuse tramite internet e la rete di concessionari e rivenditori, in presenza dei quali il consumatore è indotto a ritenere di trovarsi di fronte ad un produttore di autoveicoli - tra i maggiori al mondo - con una particolare sensibilità ambientale e una specifica attenzione al

livello delle emissioni inquinanti, per il quale la tutela dell'ambiente rappresenterebbe un obiettivo di primaria importanza.

II. – Dopo aver proceduto alla ricostruzione del quadro normativo rilevante, il Collegio – in relazione ai dubbi circa la compatibilità eurolunitaria della disciplina nazionale – ha osservato che:

- a) fra le censure dedotte assume rilievo, specie in ordine alla richiesta di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, la questione dedotta con il quinto motivo di appello in termini di illegittimità sopravvenuta del provvedimento dell'AGCM per violazione del principio del *ne bis in idem* di cui agli artt. 50 della CDFUE e 54 della convenzione di applicazione dell'accordo di Shengen del 14 giugno 1985 relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, assumendosi che avrebbe errato il Tar nel non ritenere possibile che una pronuncia di un organo giurisdizionale di Stato estero, sia pure aderente all'Unione, possa interferire su un provvedimento precedente di autorità amministrativa indipendente, in specie laddove, come nel caso di specie, divenuto definitivo in epoca anteriore quello qui controverso;
- b) i primi quattro motivi dell'appello sono ritenuti privi di fondatezza; ritenendo condivisibili, per quanto ad un esame non definitivo, le argomentazioni del Giudice di primo grado quanto: (i) alla sufficienza del requisito della coscienza e volontà della condotta *contra legem* della società, senza che occorra la dimostrazione della colpa o del dolo in chi ha commesso l'infrazione; (ii) al fatto storico, incontrovertibile, che la stessa società avesse ammesso e riconosciuto il grave errore a suo tempo commesso; (iii) al fatto che tale errore fosse consistito nell'adozione di un sistema che determinava uno scostamento tra i risultati di emissione allo scarico ottenuti al banco di prova e le condizioni di guida reali; (iv) all'idoneità di tale errore ad inficiare il rapporto di fiducia verso il (e a condizionare il comportamento economico del) singolo consumatore, in particolare in ordine alla attendibilità dei dati tecnici del veicolo e alla sua

sostenibilità ambientale, nel quadro di un illecito che come noto è di pericolo e per il quale è dunque sufficiente la potenziale lesività; (v) alla riconducibilità delle condotte alla previsione di cui all'art. 23, comma 1, lett. d) del codice del consumo italiano di cui al d.lgs. 206/2005, quindi ad un'ipotesi di pratica considerata in ogni caso ingannevole;

c) assume rilevanza – almeno in chiave prudenziale - la questione della prospettata necessità di interrompere il procedimento in corso relativo alla sanzione non ancora divenuta definitiva, in quanto ancora *sub iudice*;

c1) nelle more del giudizio di primo grado, il 13 giugno 2018, una Procura tedesca ha notificato alla società produttrice il provvedimento con il quale ha irrogato a quest'ultima una sanzione pari a 1 miliardo di Euro, all'esito di un procedimento avente ad oggetto la *"manipolazione dei gas di scarico dei motori diesel del gruppo... del tipo EA 189, nonché di veicoli con il motore EA 288 sul mercato statunitense, rispetto ai quali è emerso dalle indagini che le norme sulle emissioni sono state aggirate"*;

c2) tale provvedimento ha accertato una violazione della legge tedesca sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, che sanziona la negligente violazione dell'obbligo di supervisione in attività ed imprese, in relazione alla mancata supervisione sull'installazione di *"meccanismo di commutazione"/"switching logic software"* su 10,7 milioni di veicoli a livello mondiale, compresi i circa 700 mila veicoli venduti in Italia, oggetto del provvedimento impugnato in prime cure, ossia di un meccanismo di riconoscimento del ciclo di prova che è in grado di riconoscere quando un veicolo svolge un *test* sul banco di prova (precedentemente memorizzato nel software) e causa, in corrispondenza nel motore, determinate modalità operative... classificato come un impianto di manipolazione vietato;

c3) la Procura ha altresì accertato che la carente supervisione sullo sviluppo e installazione del *software* di cui sopra è una delle concause di ulteriori violazioni commesse a livello mondiale dalle società tra il 2007 e il 2015, che riguardano la

richiesta di omologazione, la promozione dei veicoli e la loro vendita al dettaglio. Ulteriori effetti della carente supervisione accertati dalla Procura sono individuati nella commercializzazione e pubblicizzazione dei veicoli interessati che, nonostante la presenza del *software* vietato, sarebbero stati presentati al pubblico quali veicoli con una tecnologia diesel ecologica, ovvero quali veicoli con emissioni particolarmente basse e/o particolarmente “puliti” e contenenti specifici riferimenti a specifiche garanzie in merito al carattere ecologico e al rispetto dell’ambiente;

c4) è stata quindi sanzionata anche la distribuzione e vendita dei veicoli equipaggiati con tale *software* ai clienti finali, per un totale di circa 10,7 milioni di veicoli venduti su base globale menzionando espressamente i circa 700 mila veicoli venduti nel territorio italiano;

c5) è stata quindi irrogata la sanzione pecuniaria massima prevista dalla legge per un totale di 1 miliardo di euro;

- d) l’ordinanza ingiunzione del giudice tedesco è divenuta definitiva il 13 giugno 2018, in quanto l’appellante ha rinunciato al proprio diritto di impugnazione e ha pagato la sanzione il successivo 18 giugno 2018;
- e) il Tar del Lazio non ha attribuito rilevanza alla predetta sopravvenienza, per cui l’appellante ha prodotto alcune decisioni europee che sono giunte a conclusioni opposte (Corte di Cassazione spagnola e Tribunale di primo grado di Bruxelles), che hanno posto fine a procedimenti interni vertenti sulle conseguenze dell’installazione del dispositivo vietato su vetture del gruppo industriale, riconoscendo che esso era stato già sanzionato dalla Procura tedesca per i medesimi fatti nonostante la diversità degli interessi giuridici tutelati dalle norme nazionali e quella tedesca;
- f) in particolare, il Tar del Lazio ha rilevato che la società è stata sanzionata in Germania sulla base esclusiva di una previsione nazionale sulla “responsabilità amministrativa” delle persone giuridiche, che non troverebbe fondamento normativo nella disciplina dell’Unione e che sanziona il mancato adempimento,

da parte dei soggetti aventi posizione apicale all'interno della società, degli obblighi di supervisione e vigilanza volti a prevenire la commissione di illeciti da parte di altri soggetti riconducibili alla società stessa, a differenza di quanto operato dall'AGCM in Italia, mediante un provvedimento di applicazione della disciplina nazionale in materia di pratiche commerciali scorrette;

g) la responsabilità delle persone giuridiche è una realtà giuridica anche del nostro ordinamento e di quello europeo;

h) attesa l'analogia della condotta posta a fondamento del provvedimento adottato dall'autorità regolatoria italiana a quella oggetto di sanzione con la predetta ordinanza ingiunzione tedesca (comprensiva del mercato italiano, imputato in via solidale e meramente consequenziale verso la distributrice italiana), si pone in termini di rilevanza pregiudiziale la questione sollevata con la censura sopra riassunta; a cui si aggiunge il tema della identità soggettiva principale della parte colpita dalle due sanzioni;

i) in relazione ai presupposti del rinvio pregiudiziale:

i1) la questione appare rilevante, in specie con riferimento alla condotta della società già sanzionata per i medesimi fatti con l'ordinanza ingiunzione del giudice tedesco, sulla duplice considerazione che il provvedimento dell'AGCM sembra immune dalle censure dedotte quanto alla sussistenza dell'infrazione ovvero dell'illecito, e che, sul piano delle conseguenze (di tale illecito), l'eventuale estensione della giurisprudenza in tema di *ne bis in idem* potrebbe comportare l'impossibilità di portare a compimento l'*iter* della sanzione ancora controversa nel presente giudizio;

i2) in secondo luogo, le disposizioni di principio evocate dalla appellante sono già state interpretate dalla Corte di giustizia, tuttavia non in termini analoghi alla controversia in esame, in relazione alle sanzioni irrogate avverso pratiche commerciali scorrette;

i3) in terzo luogo, emerge il rischio di divergenti conclusioni proprio laddove, come nel caso di specie, la condotta illecita contestata abbia avuto effetti immediati sull'intero mercato europeo;

j) sul quadro normativo sovranazionale rilevante, sono richiamati:

j1) l'art. 50 della CDFUE, secondo cui *"nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge"*;

j2) l'art. 54 della convenzione di Schengen, secondo cui *"una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita"*;

j3) la direttiva 2005/29, art. 3, paragrafo 4, secondo cui *"In caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici"*; art. 13, paragrafo 2, della medesima direttiva laddove statuisce che *"Stati membri assicurano che, ai fini dell'irrogazione delle sanzioni, si tenga conto dei seguenti criteri, non esaustivi e indicativi, ove appropriati: ...e) sanzioni inflitte al professionista per la stessa violazione in altri Stati membri in casi transfrontalieri in cui informazioni relative a tali sanzioni sono disponibili attraverso il meccanismo istituito dal regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio"*;

k) sul quadro della disciplina nazionale rilevante:

k1) la disciplina applicata dall'Autorità, fa riferimento alle cc.dd. "pratiche commerciali scorrette", che designa le condotte che formano oggetto del divieto generale sancito dall'art. 20 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo), in attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 maggio 2005, n. 2005/29/Ce;

k2) per "pratiche commerciali" - assoggettate al titolo III della parte II del codice del consumo - si intendono tutti i comportamenti tenuti da professionisti che siano oggettivamente "correlati" alla "promozione, vendita o fornitura" di beni o servizi a consumatori, e posti in essere anteriormente, contestualmente o anche posteriormente all'instaurazione dei rapporti contrattuali. La condotta tenuta dal professionista può consistere in dichiarazioni, atti materiali, o anche semplici omissioni;

k3) l'art. 20, comma 2, del codice del consumo prevede in termini generali che una pratica commerciale è scorretta se *"è contraria alla diligenza professionale"* ed *"è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori"*;

k4) la definizione generale di pratiche scorrette è suddivisa in due diverse categorie: le pratiche ingannevoli (di cui agli art. 21 e 22) e le pratiche aggressive (di cui agli art. 24 e 25);

k5) il legislatore nazionale ha inoltre individuato una serie di specifiche tipologie di pratiche commerciali (le c.d. *"liste nere"*) da considerarsi ingannevoli e aggressive (art. 23 e 26, cui si aggiungono le previsioni *"speciali"* di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 21 e all'art. 22-bis), senza che si renda necessario accertare la sua contrarietà alla *"diligenza professionale"* nonché dalla sua concreta attitudine *"a falsare il comportamento economico del consumatore"*;

k6) il carattere ingannevole di una pratica commerciale dipende dalla circostanza che essa non sia veritiera in quanto contenente informazioni false o che, in linea di principio, inganni o possa ingannare il consumatore medio, in particolare, quanto alla natura o alle caratteristiche principali di un prodotto o di un servizio e che, in tal modo, sia idonea a indurre detto consumatore ad adottare una decisione di natura commerciale che non avrebbe adottato in assenza di tale

pratica. Quando tali caratteristiche ricorrono cumulativamente, la pratica è considerata ingannevole e, pertanto, deve essere vietata;

k7) la condotta omissiva - per essere considerata ingannevole - deve avere ad oggetto "informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno" per prendere una decisione consapevole – cfr. art. 22 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 maggio 2005, n. 2005/29/Ce - (per il precedente richiamato nella ordinanza vedi *infra* § o);

l) in relazione ai principi in tema di *ne bis in idem* applicati alla fattispecie in esame:

11) secondo la giurisprudenza europea (vedi *infra* § p), l'art. 50 della CDFUE dev'essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva;

12) nel caso di specie, se la sanzione penale tedesca integra gli estremi della seconda tipologia di pronuncia, quella oggetto della presente controversia sembra qualificabile in termini di sanzione amministrativa pecuniaria di natura "penale" nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato. A quest'ultimo riguardo, infatti, secondo la giurisprudenza europea la sanzione amministrativa ha natura penale laddove, come nel caso di specie, sia proporzionata non al solo danno da risarcire, avendo non soltanto lo scopo di risarcire il danno causato dall'illecito, ma perseguendo anche una finalità repressiva e preventiva, pertanto, natura "penale";

13) nel caso di specie le sanzioni irrogate in termini di pratica commerciale scorretta paiono muoversi in tale ambito, al pari di quelle in materia di concorrenza su cui la Corte di giustizia risulta essersi già espressa. Occorre

pertanto formulare un primo quesito in ordine alla natura della sanzione irrogata, ai fini qui in esame (vedi *infra* § n1);

14) in linea generale, la giurisprudenza europea ha già evidenziato che il principio del *ne bis in idem*, quale sancito all'art. 50 della CDFUE, si applica a violazioni del diritto della concorrenza e vieta che un'impresa sia condannata o perseguita nuovamente a causa di un comportamento anticoncorrenziale per il quale è stata sanzionata o per il quale è stata dichiarata non responsabile da una precedente decisione non più impugnabile. Tale principio mira quindi ad evitare che un'impresa sia nuovamente condannata o perseguita, il che presuppone che tale impresa sia stata condannata o dichiarata non responsabile da una precedente decisione non più impugnabile (vedi *infra* §§ p1 e p2);

15) nel caso di specie, peraltro, il principio appena richiamato non appare risolutivo, sia per la diversità delle sanzioni irrogate (penale in Germania, amministrativa - eventualmente di natura penale - in Italia) sia per la parziale identità del mercato di riferimento, avendo la sanzione penale riguardato sia soggettivamente, sia oggettivamente (avendo compreso nella contestazione le migliaia di auto vendute nel mercato italiano) anche le condotte contestate dall'autorità italiana;

16) ancora in linea generale, la giurisprudenza europea (cfr. *infra* § p3) ha statuito che il principio del *ne bis in idem*, garantito dall'art. 50 della CDFUE conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale;

17) nel caso di specie peraltro, se per un verso la sanzione penale tedesca è divenuta definitiva anteriormente a quella qui controversa, stante la pendenza della presente impugnativa, per un altro verso la CEDU ha statuito che "*l'articolo 4 del Protocollo n. 7 (CEDU) non precludeva lo svolgimento di più procedimenti concorrenti prima della pronuncia della decisione definitiva. Vi sarebbe stata tuttavia violazione se un procedimento fosse proseguito successivamente alla data in cui l'altro*

procedimento si era concluso con decisione definitiva” (per il precedente citato vedi *infra* § p6);

18) emergono dubbi sull'idoneità, quantomeno *in parte qua*, della sanzione penale irrogata in Germania ad essere efficace, proporzionata e dissuasiva anche in relazione alle condotte sanzionate in Italia. In proposito la Corte di giustizia UE ipotizza in ambito tributario la possibilità del cumulo delle sanzioni amministrative e penali nel caso di omesso versamento di imposte, ma condiziona tale cumulo alla verifica che gli effetti che si determinano non risultino eccessivi rispetto alla gravità del reato commesso e che, perseguendo un interesse generale, non violi il principio di proporzionalità (vedi *infra* § p5);

19) la fattispecie oggetto della presente controversia si caratterizza per la irrogazione delle due diverse sanzioni da parte di autorità distinte, appartenenti a differenti Stati membri; pur a fronte della analogia delle condotte contestate, aventi ad oggetto la commercializzazione e pubblicizzazione di autoveicoli dotati di sistemi antiinquinamento alterati;

110) la normativa nazionale di cui al procedimento principale sembra consentire, nella prospettazione accolta dal Tar e contestata in appello, di consolidare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale, ai sensi dell'articolo 50 della CDFUE, nei confronti di un soggetto per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato per le quali è già stata pronunciata a suo carico una condanna penale definitiva. Pertanto si pone la seconda questione, oggetto del secondo quesito, se un simile concorso e cumulo di procedimenti e di sanzioni possa costituire una limitazione del diritto garantito dal principio dettato dal predetto art. 50 (vedi *infra* § n2);

111) la giurisprudenza europea ha altresì dichiarato che una limitazione del principio del *ne bis in idem* garantito dall'art. 50 della Carta può essere giustificata sulla base dell'art. 52, paragrafo 1, della medesima, secondo cui eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla stessa Carta

devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà;

112) nel caso di specie, si pone pertanto l'ulteriore questione, oggetto del terzo quesito, se le norme del codice del consumo applicate, attuative della direttiva 2005/29 e miranti alla tutela del consumatore, possano quindi rilevare ai sensi del predetto art. 52 (vedi *infra* § n3). La giurisprudenza europea ha individuato una serie di requisiti sulla cui base possono essere ammesse eventuali limitazioni dell'art. 50 citato. - In particolare, esse devono tendere ad un obiettivo di interesse generale tale da giustificare il cumulo sanzionatorio; - devono essere previste da regole chiare e precise, tali cioè da rendere prevedibile il ricorso al doppio binario sanzionatorio; - devono garantire un coordinamento tra procedimenti, in modo da limitare il più possibile gli oneri supplementari che il ricorso ad un simile sistema può generare; - devono rispettare il principio di proporzionalità della pena;

113) nella specie l'AGCM ha inteso sanzionare i comportamenti contestati in ordine al mercato italiano, sanzionando peraltro anche la "casa madre" per fatti che in seguito sono risultati posti a base della sanzione irrogata nello Stato di appartenenza. Manca tuttavia una regola chiara e certa nel senso di rendere prevedibile il doppio binario, anche in considerazione del fatto che altrimenti opinando le società istanti potrebbero essere chiamate a rispondere dei fatti in tutti i paesi europei; non è previsto alcun coordinamento fra i procedimenti indicati; in tema di proporzionalità, infine, nel caso di specie alla gravità della condotta contestata si accompagna una sanzione irrogata nella misura massima in entrambi i casi;

114) in relazione alle caratteristiche di fondo del giudizio amministrativo italiano, una pronuncia di accoglimento del ricorso sarebbe giustificata dall'illegittimità originaria del provvedimento impugnato, che nel caso di specie, almeno sotto il profilo del *ne bis in idem*, non sarebbe in discussione, dal momento

che alla data di adozione del provvedimento dell'AGCM del 2016 nessuna altra sanzione era stata ancora mai applicata nei confronti delle società produttrici.

III. – Per completezza, si consideri quanto segue:

m) sulla nozione e sulla casistica in materia di pratiche commerciali scorrette, aggressive, ingannevoli, si veda:

m1) Cons.-Stato, sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385 (in *Foro it.*, 2021, III, 377 con nota di PALMIERI), secondo cui non costituisce pratica commerciale scorretta l'iniziativa che per i suoi caratteri non sia ricompresa fra quelle contemplate negli art. 23 e 26 cod. consumo, che non abbia né carattere ingannevole, né carattere aggressivo e che non sia riconducibile alla norma sussidiaria di chiusura di cui all'art. 20, 2° comma, stesso codice. L'autore della nota, trae spunto dalla decisione (che richiama il nuovo testo dell'art. 10 *bis* della l. 241/90, introdotto dall'art. 12, 1° comma, lett. e, d.l. 16 luglio 2020 n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120), per osservare, che secondo la tesi del "*one shot temperato*", l'amministrazione, dopo una sentenza di annullamento, sarebbe tenuta ad esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per sempre, tutte le questioni che ritenga rilevanti, e non potrebbe successivamente tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili prima non esaminati, a meno che non siano rappresentati da fatti nuovi;

m2) Cons. Stato, sez.VI n. 2631 del 2021 (in *Foro it.*, 2021, III, 325 con nota di DAVOLA – PARDOLESI), la quale osserva che costituisce pratica sleale, perché ingannevole, lo sfruttamento, ad opera del gestore di un *social network*, dei dati personali, che l'utente abbia reso disponibili al fine di poter fruire gratuitamente dei servizi offerti dalla piattaforma, mercé la trasmissione a terzi per l'utilizzazione a fini commerciali, senza che di tale impiego sia data all'interessato compiuta informazione, idonea a far comprendere che, a fronte dei vantaggi connessi al servizio, si realizza l'automatica profilazione del cliente e

l'acquisizione delle informazioni così elaborate da parte di un numero indefinito di operatori per indefiniti scopi commerciali;

m3) T.a.r. per il Lazio, sez. I, 17 settembre 2013, n. 8313 (in *Foro it.*, *Rep.* 2014, voce *Concorrenza(disciplina)*, n. 356:

m4) in particolare sui caratteri della condotta ingannevole si veda Corte di giustizia UE, sezione II, 12 maggio 2011, C-122/10 *Konsumentombudsmannen c. Ving Sverige AB* (in *Foro It.*, 2011, IV, 335) citata nella ordinanza in commento, che al punto 24 osserva come la condotta omissiva - per essere considerata ingannevole - deve avere ad oggetto "*informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno*" per prendere una decisione consapevole (art. 22 direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 maggio 2005, n. 2005/29/Ce). "*Solo una pratica commerciale che sia stata precedentemente qualificata come invito all'acquisto rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 7, n. 4, della direttiva 2005/29, mentre tutte le pratiche commerciali, compresi gli inviti all'acquisto, sono disciplinate dall'art. 7, nn. 1, 2, 3 e 5 di tale direttiva. L'invito all'acquisto, definito all'art. 2, lett. i), di detta direttiva, deve contenere un novero di informazioni chiave, elencate all'art. 7, n. 4, della medesima direttiva, di cui il consumatore ha bisogno per prendere una decisione consapevole di natura commerciale. In assenza di tali informazioni, che quest'ultima disposizione qualifica come rilevanti, un invito all'acquisto si considera ingannevole e quindi sleale, come emerge dagli artt. 5, n. 4, e 7 della direttiva 2005/29*";

n) in tema di applicazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, si veda:

n1) Corte di giustizia UE, sez. VIII , 25 febbraio 2021, C-857/19, *Slovak Telekom a.s. c. Protimonopolný úrad Slovenskej republiky* (in www.curia.europa.eu), citata nella ordinanza in commento, secondo cui il principio del *ne bis in idem* non trova applicazione quando un'impresa è perseguita e sanzionata separatamente e in modo indipendente da un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro e dalla Commissione europea per violazioni dell' articolo 102 TFUE relative a mercati di prodotto o mercati geografici distinti o quando un'autorità

garante della concorrenza di uno Stato membro è privata della sua competenza in applicazione dell'art. 11, par. 6, prima frase, del regolamento (CE) n. 1/2003;

n2) Corte di giustizia UE, sez. IV, 4 marzo 2020, C-10/18, *Mowi ASA, già Marine Harvest ASA, Bergen (Norvegia) c. Commissione europea*, (in www.curia.europa.eu), secondo cui il principio del *ne bis in idem* deve essere rispettato nei procedimenti diretti all'irrogazione di ammende in materia di diritto della concorrenza. Detto principio vieta che un'impresa venga nuovamente condannata o perseguita per un comportamento anticoncorrenziale per il quale sia stata sanzionata o dichiarata non responsabile da una precedente decisione non più impugnabile;

n3) sempre in linea generale la Corte di giustizia UE, sez. IV, 3 aprile 2019, C-617/17 - *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie* (in *Rivista di diritto dei media*, 3/2019 settembre, "Big data e "tutele convergenti" tra concorrenza, GDPR e Codice del consumo" di S.GOBATO, pag. 159) ha statuito che un'autorità nazionale garante della concorrenza può infliggere una sanzione a un'impresa, nell'ambito di un'unica decisione, per violazione del diritto interno e del diritto dell'Unione senza che ciò costituisca una violazione del principio del *ne bis in idem*. Le autorità nazionali competenti devono però garantire che le ammende siano applicate nel rispetto del principio di proporzionalità;

n4) Corte di giustizia UE, grande sezione, 20 marzo 2018, C-537, *Garlsson Real Estate SA, in liquidazione, Magiste International SA c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, (in www.curia.europa.eu), citata nella ordinanza in commento, secondo cui "63. Alla luce di tutte le precedenti considerazioni, occorre rispondere alla questione posta dichiarando che l'articolo 50 della Carta dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato

commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva”;

n5) Corte di giustizia UE, grande sezione, 20 marzo 2018, C-524/15 (in www.curia.europa.eu nonché in www.diritto.it, 11 febbraio 2021, “*Ne bis in idem: lineamenti ed evoluzione giurisprudenziale*” di V.DROSI), ha affermato che l’articolo 50 della CDFUE non osta ad una normativa nazionale in forza della quale è possibile avviare procedimenti penali a carico di una persona per omesso versamento dell’imposta sul valore aggiunto dovuta entro i termini di legge, qualora a tale persona sia già stata inflitta, per i medesimi fatti, una sanzione amministrativa definitiva di natura penale ai sensi del citato art. 50, purché siffatta normativa sia volta ad un obiettivo di interesse generale tale da giustificare un simile cumulo di procedimenti e di sanzioni, vale a dire la lotta ai reati in materia di imposta sul valore aggiunto;

n6) C.E.D.U., 27 novembre 2014, n. 7356/10, *Lucky Dev c. Svezia*, par. 58 (in *Guida all’articolo 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, 2019, su www.echr.coe.int nonché in www.europeanpapers.eu, 2017 con nota di G. CALAFIORE) in cui è stato ribadito che il divieto del *ne bis in idem* opera sia con riferimento a due procedimenti consecutivi ove il secondo segua ad un primo già divenuto definitivo, sia in presenza di due procedimenti paralleli, quando uno di essi si concluda con un provvedimento definitivo;

o) sulla natura penale della sanzione applicata, rilevante ai fini della individuazione del rispetto del principio del *ne bis in idem*, si veda:

o1) Corte europea dei diritti dell’uomo, 27 febbraio 1980, n. 6903/1975, *Deweer* (in www.hudoc.echr.coe.int e in B. NACAR, “*I termini e la ragionevole durata del processo penale*”, Torino, 2012, pag. 104, nonché in C. MARINELLI, “*Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*”, Torino, 2016, pag. 58), citata nella sentenza in commento, che, al fine di evitare quella che è stata definita la “truffa delle etichette”, impone di guardare al di là dell’inquadramento formale e di individuare la realtà della procedura in

questione. Di modo che assume rilievo la circostanza che la previsione sanzionatoria si rivolga ad una generalità di soggetti, non sia, quindi, una sanzione disciplinare, abbia contenuto afflittivo ed una funzione deterrente;

o2) Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 marzo 2014, *causa Grande Stevens e altri c. Italia* - Ricorsi nn. 18640 del 10, 18647 del 10, 18663 del 10, 18668 del 10 e 18698 del 10 - (in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 1, 2014, 1053 ss. "Il caso grande Stevens contro Italia: le sanzioni CONSOB alla prova dei principi CEDU" di M.ALLENA, 1; in *Diritto penale contemporaneo*, 3-4, 2014, 201, "Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano" di G. DE AMICIS; in *Diritto penale e processo*, 12, 2014, 82 ss, "Corte europea dei diritti dell'uomo e ne bis in idem: la crisi del doppio binario sanzionatorio" di B. LAVARINI) secondo cui il principio del *ne bis in idem* trova applicazione in considerazione del carattere punitivo delle sanzioni irrogabili dalle Autorità amministrative indipendenti. Sotto il profilo formale, non presentano carattere penale gli illeciti sanzionati da norme che, come ad esempio la l. 287 del 1990 o il Codice del consumo, perseguono la tutela di interessi diversi, quali appunto la tutela della concorrenza e dei consumatori, non riconducibili alla sfera penale. Nondimeno, le ammende irrogate dall'AGCM possiedono, in sostanza carattere penale, in quanto perseguono il duplice obiettivo di prevenire e di reprimere le condotte illecite realizzate dalle imprese, mediante l'irrogazione di sanzioni di carattere punitivo;

p) sui criteri per individuare le sanzioni amministrative di carattere punitivo, sul principio del *ne bis in idem*, sui rapporti fra procedimento e sanzione amministrativa e penale e sui c.d. *Engel criteria*, si veda:

p1) Corte cost., 30 aprile 2021, n. 84 (in *Foro it.*, 2021, I, 2279 con nota di A.PALMIERI), ha sancito che "è incostituzionale l'art. 187 quinquiesdecies d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, 2° comma, lett. b), l. 18 aprile 2005 n. 62, nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per

un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato". Nella nota citata si osserva che la decisione segue tre precedenti sentenze (Corte cost. 5 dicembre 2018, n. 223, in *Foro it., Rep.* 2019, voce *Intermediazione e consulenza finanziaria*, n. 111, con nota di F. MAZZACUVA; *idem*, 21 marzo 2019, n. 63, in *Foro it.*, 2019, I, 2662, con nota di A.PALMIERI; *idem*, 10 maggio 2019, n. 112, in *Foro it.*, 2019, I, 3422, con nota di richiami di A.PALMIERI) in cui la Consulta si è trovata al cospetto di sanzioni amministrative a carattere punitivo (ovvero di natura sostanzialmente penale), alle quali ha ritenuto di estendere, anche in virtù dei ripetuti pronunciamenti in materia della Corte Edu, alcune garanzie che caratterizzano le sanzioni dichiaratamente penali, quali il divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius*; la retroattività della *lex mitior*; la proporzionalità della sanzione all'effettiva gravità dell'illecito.

L'autore prosegue osservando che i giudici di Lussemburgo hanno sottolineato che l'art. 14, par.3, della direttiva 2003/6/Ce (applicabile *ratione temporis*) e l'art. 30, par. 1, lett. b), del regolamento (Ue) 596/2014 devono essere interpretati nel senso che essi consentono agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica, che, nell'ambito di un'indagine svolta nei suoi confronti dall'autorità competente in base a tale direttiva o regolamento, si rifiuti di fornire a tale autorità risposte che possano far emergere la propria responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la propria responsabilità penale (vedi *infra* § r2).

In tal modo il diritto al silenzio, riconosciuto all'imputato nel procedimento penale e, in quanto strettamente connesso al diritto di difesa, meritevole di copertura costituzionale, viene esteso alla persona coinvolta in un procedimento amministrativo che può preludere all'irrogazione di sanzioni amministrative di natura punitiva o addirittura di sanzioni penali. Tale soluzione trova fondamento nell'art. 24 Cost. e nelle fonti sovranazionali richiamate dall'ordinanza di rimessione (art. 14 del patto internazionale relativo ai diritti civili e politici; art. 6

CEDU; art. 47 della CDFUE) e valorizzate dalla Corte di giustizia (fatta eccezione per la prima dell'elenco testé indicato);

p2) Corte di giustizia UE, grande sezione, 2 febbraio 2021, C-481/19, *Lenaerts Saffjan Pikamäe DB c. Consob*, (in *Foro it.*, 2021, IV, 389 con note di MILONE e DE MARZO), secondo cui l'art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6/Ce del parlamento europeo e del consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato), e l'art. 30, par. 1, lett. b), del regolamento (Ue) 596/2014/Ue del parlamento europeo e del consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/Ce e le direttive 2003/124/Ce, 2003/125/Ce e 2004/72/Ce della commissione, letti alla luce degli art. 47 e 48 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che essi consentono agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica, la quale, nell'ambito di un'indagine svolta nei suoi confronti dall'autorità competente a titolo di detta direttiva o di detto regolamento, si rifiuti di fornire a tale autorità risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale;

p3) Corte cost., 28 luglio 2020, n. 171 (in *Foro it.*, 2020, I, 3705 con nota di P.CERBO) che si è pronunciata sulla q.l.c. sollevata dal Consiglio di Stato della disposizione modificativa dell'art. 15 l. 287/90 relativo alle sanzioni amministrative in materia *antitrust*, “*nella parte in cui non prevede la retroattività della norma più favorevole introdotta dalla novella legislativa*”. La Corte ha escluso l'operatività del principio della retroattività *in mitius*, perché nella vicenda esaminata si era già formato il giudicato interno sulla individuazione della norma sanzionatoria applicabile: in tale contesto, la sopravvenienza di norme più favorevoli non avrebbe comunque consentito di superare l'intangibilità del giudicato, poiché le sanzioni amministrative pecuniarie — a differenza di quelle penali — non coinvolgono valori costituzionali primari come la libertà personale;

detto altrimenti, un'eventuale declaratoria di incostituzionalità non avrebbe potuto produrre alcun effetto nel giudizio *a quo*, nel quale il Consiglio di Stato si era già pronunciato in via definitiva sulla disposizione sanzionatoria applicabile al caso di specie (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864, in *Foro it., Rep.* 2010, voce *Concorrenza (disciplina)*, n. 131);

p4) Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands*, §§ 81 e 82, (in www.hudoc.echr.coe.int nonché in E. NICOSIA *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 84 ss., "Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo" con nota di F.VIGANÒ,) con la quale sono individuati tre criteri, attraverso i quali è possibile determinare la natura penale delle misure adottate dalle autorità amministrative (la qualificazione giuridica interna, secondo la quale "occorre anzitutto sapere se le previsioni che definiscono l'illecito in questione appartengono, secondo il sistema legale dello Stato resistente, alla sfera del diritto penale, disciplinare o entrambi assieme"; la natura sostanziale dell'illecito commesso e, in particolare, lo scopo afflittivo-deterrente della norma e la generalità, intesa come astratta riferibilità a tutti i cittadini; il grado di severità della pena che rischia la persona interessata);

q) in tema di retroattività della *lex mitior* e proporzionalità della sanzione all'effettiva gravità dell'illecito, si richiama Cons. di Stato, sez. V, ordinanza 26 aprile 2021, n. 3299 (in *Foro amm.* 2021, 613 (m) nonché oggetto della News US n. 51 del 3 giugno 2021) con la quale è stata sollevata la q.l.c. - tuttora pendente - in relazione agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., dell'art. 93, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, nel combinato disposto con l'art. 216 dello stesso codice dei contratti pubblici, nella parte in cui preclude l'applicabilità della più favorevole disciplina sanzionatoria sopravvenuta, che prevede l'escussione della cauzione provvisoria solo a valle dell'aggiudicazione e, dunque, solo nei confronti dell'aggiudicatario di una procedura ad evidenza pubblica, anziché (come prevedeva il previgente

art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006) nei confronti degli altri concorrenti pur non aggiudicatari.