

N. 02791/2024REG.PROV.COLL.

N. 08184/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8184 del 2019, proposto da Volkswagen Group Italia S.p.A., Volkswagen Aktiengesellschaft, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Tommaso Salonico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Associazione Cittadinanza Attiva Onlus, non costituito in giudizio;

e con l'intervento di

ad

opponendum:

Codacons (Coordinamento delle Associazioni A Tutela dei Diritti degli Utenti e dei Consumatori), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e

difeso dagli avvocati Gino Giuliano e Carlo Rienzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 06920/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

Visto l'atto di intervento *ex art. 97 c.p.a.* del Codacons;

Visto il decreto n. 1221/2019 di autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali previsti dai decreti del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 22 dicembre 2016 e n. 127 del 16 ottobre 2017;

Visto il decreto n. 673/2020 di autorizzazione all'accesso al fascicolo telematico da parte di Codacons;

Vista l'ordinanza collegiale n. 68/2022 con la quale la Sezione ha formulato domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea;

Vista la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 14 settembre 2023, nella causa C-27/22;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 febbraio 2024 il Consigliere Davide Ponte e uditi, per le parti, gli avvocati Tommaso Salonic, l'avvocato dello Stato Francesco Sclafani e l'avvocato Maria Cristina Tabano, per delega dell'avvocato Carlo Rienzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A. PREMESSA IN FATTO E SVOLGIMENTO DEL GIUDIZIO.

1. Con ricorso depositato in data 9.10.2019 Volkswagen Group Italia S.p.A. e Volkswagen Aktiengesellschaft (di seguito anche “le appellanti” o “le Società del Gruppo Volkswagen” o anche solo “Volkswagen”) hanno appellato la sentenza n. 6920/2019, con la quale il T.A.R. per il Lazio – sede di Roma (Sezione Prima) ha respinto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, proposto avverso il provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. 26137 adottato nell'adunanza del 4 agosto 2016 (di seguito indicato anche solo come “provvedimento”).

2. Con tale provvedimento l'Autorità ha, in primo luogo, deliberato che aveva costituito una pratica commerciale scorretta ex artt. 20, comma 2, 21, comma 1, lett. b), e 23, comma 1, lett. d), del D.Lgs. n. 206/2005 (di seguito anche “Codice del Consumo”) la commercializzazione da parte di Volkswagen di autoveicoli diesel sul mercato italiano (con codice identificativo EA189 EU 5), a partire dall'anno 2009 e fino al settembre 2015, la cui omologazione era stata ottenuta attraverso l'utilizzo di un software nella centralina di controllo del motore, cosiddetto “impianto di manipolazione” o “defeat device”, in grado di far sì che il comportamento del veicolo fosse diverso durante i test di banco per il controllo delle emissioni rispetto al normale utilizzo su strada. L'Autorità ha evidenziato come fosse emerso che Volkswagen aveva, infatti, installato un sistema di ricircolo dei gas di scarico negli autoveicoli del Gruppo con motorizzazione diesel EA 189 Euro 5 (denominato sistema “EGR”) in grado di operare in due distinte modalità a seconda che l'autoveicolo si trovasse in una situazione di test di banco sui rulli ovvero nella normale guida su strada; secondo l'A.G.C.M. tale sistema era stato in grado di fornire un valore delle emissioni NOx [monossido di azoto che, unitamente al CO (monossido di carbonio), HC (idrocarburi incombusti) e Particolato costituiscono l'insieme dei parametri facenti parte del sistema di omologazione “EURO”; cfr. nota

8 del provvedimento] - nella modalità di funzionamento che si attivava durante i test di banco - più basso di quello riscontrabile nella modalità che si attivava nel normale utilizzo su strada del veicolo; tale sistema era, infatti, in grado di riconoscere quando la vettura si trovava sui rulli in un ciclo di controllo delle emissioni NEDC in vigore [New European Driving Cycle – nuovo ciclo di guida, costituito dalla ripetizione di quattro cicli “urbani” ad una velocità massima di 50 km/h, e di uno extraurbano - “Extra-Urban driving cycle” - alla velocità massima di 120 km/h; cfr. nota 9 del provvedimento], impostando il sistema di ricircolo dei gas di scarico in maniera tale da fornire un risultato delle emissioni NOx più basso di quello risultante nel normale utilizzo su strada. In sostanza, secondo l’Autorità il sistema “EGR” sarebbe stato in grado di ridurre l’efficacia del sistema di controllo delle emissioni inquinanti; l’utilizzo di questo impianto di manipolazione - non consentito dalle norme comunitarie – avrebbe, quindi, permesso ai veicoli di ridurre i valori delle emissioni inquinanti NOx in sede di prove di omologazione, alterandone i risultati. In ultimo, per l’Autorità avevano assunto rilevanza – alla luce di questa condotta - le informazioni pubblicitarie rese dai professionisti in relazione ai vanti ecologici dei veicoli e alle indicazioni circa la conformità degli stessi ai parametri concernenti le emissioni inquinanti e ambientali. Ritenuta la pratica sopra indicata scorretta, l’Autorità ha irrogato in solido alle Società del Gruppo Volkswagen una sanzione pecuniaria pari a 5.000.000.00 (cinquemilioni/00) di euro.

3. Le odierne appellanti hanno impugnato il provvedimento dinanzi al T.A.R. per il Lazio – sede di Roma, articolando cinque motivi di ricorso. Con successivo ricorso per motivi aggiunti, le Società hanno dedotto un vizio sopravvenuto del provvedimento, consistente nella violazione del principio del ne bis in idem, in ragione dell’ordinanza-ingiunzione emessa dalla Procura di Braunschweig, con la quale era stata irrogata a Volkswagen una sanzione pecuniaria per negligente violazione dei propri obblighi di supervisione e controllo in relazione allo sviluppo

e installazione - da parte di taluni dipendenti della Società - di un “meccanismo di commutazione”/“switching logic software” (qualificato come impianto di manipolazione vietato) su oltre dieci milioni di veicoli a livello mondiale e per le ulteriori condotte connesse. In subordine, le Società hanno chiesto di ridurre la sanzione irrogata dall’Autorità, in applicazione della previsione di cui all’art. 56 della Convenzione di Schengen.

4. Il T.A.R. per il Lazio – sede di Roma ha respinto il ricorso, come integrato da motivi aggiunti, con motivazioni che saranno illustrate nel corso della disamina dei motivi di appello.

5. Le Società del Gruppo Volkswagen hanno proposto ricorso in appello, affidato a sei motivi. Hanno, inoltre, chiesto a questo Consiglio di sottoporre alla Corte di Giustizia dell’Unione alcune questioni pregiudiziali (ff. 49-50 del ricorso in appello).

6. Con ordinanza n. 68/2022 la Sezione – premesso di ritenere prive di apprezzabili elementi di fondatezza le censure dedotte con i primi quattro motivi di ricorso in appello (v. punto 1.4) – ha formulato alla Corte di Giustizia dell’Unione europea una serie di quesiti pregiudiziali (v., infra, sezione “G” della presente sentenza).

7. Con sentenza del 14.9.2023, emessa nella causa C-27/22, la Corte di Giustizia ha reso i chiarimenti pregiudiziali richiesti dalla Sezione (v., ancora, sezione “G” della presente sentenza).

8. In vista dell’udienza pubblica del 15.2.2024, le Società del gruppo Volkswagen e il Codacons hanno depositato memorie conclusionali. L’Autorità e le appellanti hanno depositato memorie di replica. Dopo la discussione delle parti la causa è stata trattenuta in decisione.

B. SULL’AMMISSIBILITA’ DEL’INTERVENTO IN GIUDIZIO DEL CODACONS.

9. Preliminarmente il Collegio deve verificare d’ufficio l’ammissibilità dell’intervento ex art. 97 c.p.a. spiegato dal Codacons, trattandosi di questione relativa all’esatta

individuazione dei soggetti legittimati a contraddire in giudizio [cfr.: Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 27 aprile 2015, n. 5, punto 5.3, lettera a), punto i], e, quindi, di coloro nei cui confronti la presente sentenza viene resa.

9.1. Sul punto si osserva che la previsione di cui all'art. 97 c.p.a. consente di intervenire in giudizio - con atto notificato a tutte le parti - a chi vi ha interesse. La giurisprudenza di questo Consiglio ha chiarito come sia, comunque, necessario verificare non solo l'interesse ma anche la legittimazione ad intervenire, da valutare alla luce dei nessi sostanziali tra situazioni soggettive protette (cfr.: Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 3 luglio 2017, n. 3). Nel caso di specie, il Codacons risulta iscritto nell'elenco di cui all'art. 137 del Codice del Consumo ed è ente associativo esponenziale che persegue, ex aliis, la finalità di tutelare l'interesse legittimo collettivo dei consumatori (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 2 gennaio 2020, n. 6; v, anche, Cassazione civile, Sezioni unite, 9 gennaio 2024, n. 786). La generale posizione protetta in forza di questi criteri di qualificazione risulta, poi, differenziata in relazione al concreto potere amministrativo esercitato dall'Autorità che, come spiegato in precedenza, ha accertato la sussistenza di una pratica commerciale scorretta e, quindi, di una situazione lesiva degli interessi dei consumatori. In ultimo, sussiste l'ulteriore condizione costituita dall'interesse ad intervenire (sulla distinzione tra legittimazione ed interesse, cfr., Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 dicembre 2021, n. 22, le cui statuizioni sul punto hanno portata generale), consistente, nel caso di specie, nell'ottenere una pronuncia di reiezione dell'appello che, nella prospettiva dell'interveniente, risulta funzionale ad assicurare tutela diretta all'interesse collettivo dei consumatori e rappresenta, comunque, un rilevante tassello per le eventuali azioni di tutela che l'ordinamento conferisce ai consumatori singolarmente considerati.

C. SUL PRIMO MOTIVO DI RICORSO IN APPELLO: LA QUALIFICAZIONE DELLA CONDOTTA QUALE PRATICA

COMMERCIALE SCORRETTA EX ART. 20, COMMA 2, DEL CODICE DEL CONSUMO.

10. Entrando in medias res si prende l'abbrivio dal primo motivo di ricorso in appello, rubricato: "Insufficiente controllo giurisdizionale. Violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato. Erronea, insufficiente e contraddittoria motivazione della sentenza in ordine al primo motivo di ricorso ("violazione e falsa applicazione dell'art. 20, comma 2, del codice del consumo con riferimento alla commercializzazione dei veicoli interessati. eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione, manifesto errore di valutazione nonché per falso supposto in fatto")".

10.1. Con tale motivo le appellanti hanno censurato il capo di sentenza con il quale il T.A.R. ha respinto il primo motivo del ricorso introduttivo (la cui rubrica era integrata dalla seguente proposizione, non riprodotta dalle appellanti: "Primo Motivo: erronea qualificazione della condotta contestata come violazione della diligenza professionale idonea a falsare il comportamento economico dei consumatori"). Nell'alveo di tale motivo le Società del Gruppo Volkswagen avevano dedotto che:

i) l'installazione del "Sistema EGR" sulle tipologie di vetture in questione non era oggetto di contestazione, ma era mancata la dimostrazione del profilo doloso della condotta e dello scopo – da essa perseguito - di alterare i risultati dei test sulle emissioni, dato che non risultava dimostrato che, senza tale sistema, i test non sarebbero stati superati ugualmente; inoltre, non avrebbero potuto avere valore probatorio i comunicati stampa diffusi da Volkswagen in cui si era dato atto solo dello scostamento di valori tra emissioni sul "banco" e condizioni ordinarie di marcia, né il riconoscimento del "grave errore" commesso, che era stato accompagnato dall'annuncio di attività in atto per fare chiarezza sui valori di NOx per i motori in questione;

- ii) non era stato provato il livello di difformità delle emissioni di NO_x con i valori di riferimento, soltanto presunto, anche nelle conclusioni del KBA (Kraftfahrt-Bundesamt, Autorità tedesca responsabile delle omologazioni), ma non puntualmente misurato, anche in considerazione della difficile replicabilità dei test di laboratorio su strada;
- iii) i dati contenuti nel certificato di conformità e nella carta di circolazione non potevano essere ritenuti idonei a falsare il comportamento dei consumatori, non integrando una comunicazione commerciale ex art. 18 del Codice del Consumo, ed essendo consegnati solo dopo l'acquisto della vettura;
- iv) i dati sulle emissioni di NO_x non erano stati oggetto di comunicazione al pubblico e non potevano, quindi, essere ritenuti informazioni rilevanti per orientare l'acquisto e "accreditarsi", dato anche che la Direttiva 1999/94/CE limitava gli obblighi di trasparenza comunicativa solo alle emissioni di CO₂ e al consumo di carburante, e il Regolamento CE n. 715/2007 imponeva informazioni sul NO_x, da fornire preventivamente solo all'industria - e non ai consumatori - sui futuri "valori limite" delle emissioni stabiliti per i veicoli omologati "Euro 6";
- v) l'azione dell'Autorità – muovendo dalla qualificazione dell'illecito come di pericolo – si era basata su una mera presunzione in ordine al comportamento economico del consumatore e non su un approfondito accertamento istruttorio in merito, non potendosi tenere conto delle segnalazioni pervenute dalle associazioni di consumatori e dai privati, perché parti attrici in giudizi risarcitori avviati contro la stessa Volkswagen, fermo restando, inoltre, che non vi erano state contrazioni delle vendite di veicoli nuovi o usati del gruppo, né vi era stato un deprezzamento delle vetture, come illustrato in specifiche tabelle sui dati di vendita;
- vi) la non idoneità della pratica contestata ad incidere sul comportamento economico dei consumatori era stata confermata anche dagli organi inquirenti penali investiti della vicenda (Procura di Gorizia e Procura di Trento), che avevano ritenuto

i presunti artifici privi di efficienza causale nel determinare il consenso dell'acquirente, visto che i consumatori stessi avevano dichiarato che la decisione sull'acquisto non era stata influenzata dal livello di emissioni del mezzo.

10.2. Il T.A.R. ha respinto le censure osservando che:

i) l'installazione del sistema "EGR" era stata parte integrante della contestazione, come emergeva dai paragrafi 2, lettera a), 70, 71 e 72 del provvedimento, ove si era fatto riferimento alla vendita di oltre settecentomila veicoli su cui "risult[ava] installato" l'illegittimo impianto di manipolazione, precisando, inoltre, che la condotta era stata ritenuta contraria alla diligenza professionale e idonea a falsare il comportamento dei consumatori, "intendendosi per obbligo di diligenza violato quello di avere installato sugli autoveicoli il richiamato sistema senza osservare il normale grado di competenza e attenzione ragionevolmente da attendersi da uno dei maggiori produttori mondiali";

ii) assumeva rilievo il Regolamento UE 715/2007, che imponeva ai costruttori di dimostrare i requisiti per l'omologazione dei veicoli nuovi e anche il rispetto dei limiti di NOx (180mg/km, per i veicoli "euro 5");

iii) non aveva rilievo la circostanza relativa all'omessa individuazione di un comportamento doloso (nella forma del dolo specifico), in quanto il provvedimento aveva contestato l'assenza della diligenza da attendersi da un costruttore leader di mercato, "ammessa dalla stessa società costruttrice", che aveva fatto riferimento – in un comunicato stampa – ad un "grave errore" sul punto;

iv) in ogni caso, andava considerato il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa che riteneva sufficiente la coscienza e volontà della condotta attiva od omissiva, senza che fosse necessario dimostrare il dolo o la colpa;

v) non era in contestazione il valore di NOx in quanto tale ma la sussistenza di un sistema che consentiva di manipolare i relativi dati, facendo sì che essi fossero diversi

“al banco” rispetto alla normale marcia su strada, indipendentemente dal valore effettivo riscontrabile;

vi) d’altro canto, la stessa Volkswagen aveva ammesso di aver commesso un grave errore compromettendo il rapporto di fiducia con i consumatori e tale profilo assumeva rilievo dirimente ai fini della consumazione dell’illecito consumeristico, perché è proprio la “fiducia” nel marchio, soprattutto se altamente consolidato come nel caso di specie, ad indurre a scelte di mercato determinate, “fidandosi” il consumatore della posizione e della tradizione del professionista di settore;

vii) non erano convincenti le tesi di Volkswagen secondo cui i dati contenuti nel certificato di conformità e nella carta di circolazione in merito al rispetto dei dati di emissione non avrebbero potuto influenzare il consumatore in quanto acquisiti solo dopo l’acquisto, considerato che era stata l’inattendibilità dei dati divulgati a essere stata oggetto di sanzione, sotto forma di carente diligenza e di vantaggio acquisito al momento del “primo contatto” con il consumatore attraverso “claims” inneggianti alla tutela ambientale;

viii) era chiaro che i dati precisi sarebbero stati rilevabili dal consumatore solo dopo l’entrata in possesso della documentazione e sulla base di approfondimenti lasciati all’iniziativa del singolo, ma era proprio l’induzione al previo acquisto, sulla base di affermazioni non corroborate da dati tecnici immediatamente verificabili dal compratore, che era stata oggetto dell’accertamento e della sanzione dell’A.G.C.M.;

ix) non era condivisibile la dedotta irrilevanza del sistema “ERG” sulle scelte del consumatore, che Volkswagen aveva sostenuto evidenziando come dichiarazioni di opposto tenore provenissero da parte interessate in quanto attrici in giudizi civili risarcitori, sia perché tali dichiarazioni non erano inattendibili, sia in quanto non aveva rilievo l’assenza di calo del dato di vendita, risultando plausibile che le vendite fossero proseguite una volta conosciuto il rimedio della sostituzione del sistema “EGR” e attuata la sostituzione nei veicoli;

x) non potevano assumere rilievo le conclusioni di alcuni organi inquirenti penali italiani stante la diversità dei presupposti tra reato di truffa e illecito consumeristico.

10.3. Le appellanti hanno contestato il capo della sentenza con plurime censure di seguito esaminate.

10.3.1. Con una prima censura le appellanti hanno dedotto che il T.A.R. avrebbe ommesso di esercitare un sindacato intrinseco sugli atti dell'Autorità, non compiendo un'autonoma valutazione delle prove documentali fornite. In particolare, le appellanti hanno evidenziato di aver chiesto di accertare che il comportamento doloso constatato nel provvedimento al par. 72 ("i professionisti hanno deliberatamente installato sugli autoveicoli diesel EA 189 EU 5 del Gruppo un sistema di ricircolo del gas di scarico illecito") e gli scopi che secondo l'Autorità le appellanti avevano inteso conseguire ("allo scopo di alterare i risultati dei test sulle emissioni inquinanti previsti dal parametro Euro, in particolare per quello che riguarda il livello delle emissioni NOx") non erano stati suffragati da elementi di prova, ma, al contrario, smentiti dalle evidenze documentali, considerato anche che i comunicati stampa e l'ammissione di aver commesso un grave errore non erano elementi sufficienti per ritenere integrato un dolo specifico, né sarebbero stati, in ogni caso, dimostrati gli scopi che avrebbero mosso la condotta. Inoltre, il T.A.R. avrebbe ommesso di verificare come l'Autorità tedesca si fosse limitata ad accertare l'installazione di un sistema "EGR" non consentito dall'art. 5, par. 2, del Regolamento CE 715/2007, senza accertare il livello delle emissioni NOx che sarebbe stato registrato in sua assenza, e, quindi, senza affermare che i test "NEDC" non sarebbero stati superati senza di esso. Non sarebbero state, altresì, valutate dal T.A.R. le evidenze contrarie, costituite, in primo luogo, dai risultati di un test condotto dalla rivista specializzata "Quattroruote" su una delle vetture prodotte dal gruppo Volkswagen dotata di motorizzazione EA189, i quali avevano dimostrato che: i) sia in presenza che in assenza del sistema "EGR" vietato, il valore delle

emissioni NOx prodotte dai veicoli sarebbe stato al di sotto dei limiti per la classe di omologazione “Euro 5”; ii) sia il Certificato di Conformità che il Certificato di Omologazione dell'autovettura utilizzata nel test avevano riportato un valore di NOx sostanzialmente allineato al valore registrato durante il ciclo “NEDC” utilizzato per lo svolgimento del test. Secondo le appellanti il T.A.R. non avrebbe spiegato le ragioni della non rilevanza di tale accertamento che avrebbe, invece, smentito le conclusioni dell’Autorità (par. 70 del provvedimento), e che non sarebbe stato contestato in giudizio, con conseguente applicazione della regola di cui all’art. 64, comma 4, c.p.a.

10.3.2. Con una seconda censura le appellanti hanno dedotto la contraddittorietà della sentenza che non avrebbe valutato la non incidenza di tali livelli di emissioni NOx in relazione al comportamento del consumatore, come accertato anche dalla Procura della Repubblica di Gorizia e condiviso dal G.I.P. del medesimo Tribunale (documenti n. 23 e n. 52 del fascicolo delle appellanti), e dal Tribunale civile di Ravenna (documento n. 50 del fascicolo delle appellanti), proprio in relazione alla normativa di riferimento contenuta nel Codice del Consumo. Sul punto, le appellanti hanno richiamato anche il Regolamento UE n. 2016/427, con cui è stata introdotta la nuova procedura di prova “RDE”, proprio in considerazione del riconosciuto strutturale superamento delle emissioni NOx generate durante la guida su strada rispetto alle emissioni misurate col “NEDC”; circostanza che confermerebbe come la precedente disciplina non avrebbe garantito, in ogni caso, corrispondenza tra le misurazioni. In sostanza, secondo le appellanti il T.A.R. non avrebbe erroneamente colto la mancata dimostrazione dell’idoneità della pretesa pratica contraria alla diligenza professionale a “falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore”, limitandosi a far riferimento alla natura di pericolo dell’illecito che, tuttavia, esonera dalla prova del danno ma non dalla verifica di idoneità della pratica a falsare il comportamento economico del consumatore:

situazione che postulerebbe la conoscenza da parte dello stesso del livello di emissioni NOx accertato in sede di omologazione prima dell'acquisto, oppure dell'incidenza sulle caratteristiche del veicolo di tale diverso valore. Entrambe queste circostanze si sarebbero dovute escludere, atteso che nessuna Autorità aveva revocato l'omologazione Euro 5 delle vetture interessate o posto limitazioni alla loro circolazione e che il KBA aveva confermato che, a seguito dell'aggiornamento tecnico, le prestazioni dei veicoli non avevano subito variazioni e che i dati relativi al consumo di carburante ed alle emissioni di CO2 originariamente indicati dal costruttore erano stati confermati (come evidenziato anche dal Tribunale di Ravenna). In ultimo, le appellanti hanno osservato come la rilevanza attribuita dall'A.G.C.M. e dal T.A.R. al livello delle emissioni NOx nel condizionare la scelta di acquisto del consumatore sarebbe stata contrastante con l'irrilevanza che sia il legislatore europeo che quello nazionale avevano attribuito a tale informazione nell'indirizzare le scelte di acquisto dei consumatori (Direttive 1999/94 e 1999/37 e Decreto M.I.T. del 19.11.04, su cui le appellanti si sono incentrate al par. 2.2 della parte in fatto del ricorso in appello).

10.4. Il motivo è infondato per le ragioni di seguito esposte.

10.5. Osserva, in primo luogo, il Collegio come non siano pienamente conferenti le sentenze di questo Consiglio richiamate nell'incipit del motivo in esame. Le decisioni n. 595/2008 e n. 515/2007 si riferiscono, infatti, alle valutazioni tecniche compiute dall'Autorità nell'accertamento di intese anticoncorrenziali e non riguardano, quindi, il tema delle pratiche commerciali scorrette. In ogni caso, le valutazioni – anche di carattere propriamente tecnico - condotte dall'Autorità nel caso di specie sono esenti dai vizi dedotti dalle parti appellanti. Va, infatti, considerato come sia stato sorretto da plurime evidenze il comportamento consistente nell'installazione di un sistema di ricircolo del gas di scarico illecito e sia stata, altresì, dimostrata la rilevanza di tale

comportamento rispetto al parametro normativo di riferimento, costituito dalla previsione di cui all'art. 20, comma 2, del Codice del Consumo.

10.6. Procedendo con ordine si osserva come l'installazione di un software nella centralina di controllo del motore (cosiddetto "impianto di manipolazione" o "defeat device"), in grado di differenziare il comportamento del veicolo in caso di impiego dello stesso nei test di banco per il controllo delle emissioni rispetto al normale impiego su strada (modalità EGR 1 e modalità ERG 0; cfr., paragrafo 27 del provvedimento) sia stata provata da plurimi elementi che è necessario ripercorrere anche per la rilevanza degli stessi per ulteriori punti della presente sentenza.

10.6.1. Difatti, simile condotta è stata provata:

i) dall'accertamento compiuto dalla Environmental Protection Agency degli U.S.A. (par. 2 e nota 2 del provvedimento; doc. n. 25 del fascicolo istruttorio); in particolare, nella "notice" l'Autorità statunitense ha evidenziato che "il risultato dei test effettuati su alcuni veicoli diesel Volkswagen destinati al mercato americano [aveva indicato] valori delle emissioni NOx derivanti dal normale utilizzo su strada fino a 40 volte superiori a quelli riscontrabili nei test di banco" (cfr.: nota n. 13 del provvedimento; sottolineatura nel testo del Collegio);

ii) dalle comunicazioni del KBA (l'Autorità federale dei trasporti tedesca) alle Autorità di omologazione europee, con le quali si era confermata l'esistenza a bordo dei veicoli di "dispositivi di manipolazione", fornendo una lista di codici identificativi dei motori interessati dal sistema, montati su diversi marchi del gruppo Volkswagen (Volkswagen, Audi, Seat, Skoda), e si era evidenziato di aver preso visione delle proposte di interventi tecnici presentate dal costruttore al fine di ripristinare la conformità dei veicoli ai tipi a suo tempo omologati (doc. n. 70 del fascicolo istruttorio);

iii) dall'ordinanza del 15 ottobre 2015, con la quale il KBA aveva stabilito che il sistema "EGR" – con la duplice modalità sopra indicata - costituiva un impianto di manipolazione vietato ai sensi dell'art. 3, par. 10, e dell'art. 5, par. 2, del Regolamento n. 715/2007, con la conseguenza che i veicoli su cui era stato installato tale elemento progettuale non rispettavano i requisiti per il riconoscimento dell'omologazione ai sensi del Regolamento n. 715/2007, e dovevano ritenersi non conformi alla normativa vigente, e che, inoltre, le omologazioni CE rilasciate dovevano ritenersi illegittime (doc. n. 61 del fascicolo istruttorio; sottolineatura nel testo del Collegio);

iv) dall'ordine impartito dal KBA con l'ordinanza di cui alla precedente lettera iii), con cui si era imposto a Volkswagen di rimuovere il software da tutti i veicoli e di adottare misure idonee a "ripristinare la legalità" (nel testo originale integrale: "Das Kraftfahrt-Bundesamt vertritt die Auffassung, dass es sich bei der in diesen Fahrzeugen verwendeten Software um eine unzulässige Abschalteneinrichtung handelt. VW wird in dem Bescheid vom Kraftfahrt-Bundesamt auferlegt, die entsprechende Software aus allen Fahrzeugen zu entfernen und geeignete Maßnahmen zur Wiederherstellung der Vorschriftsmäßigkeit zu ergreifen"; cfr.: nota n. 17 del provvedimento), e, in applicazione dell'art. 25, par. 2 del regolamento tedesco sull'omologazione degli autoveicoli e dell'art. 30 della Direttiva 2007/46/CE, si erano disposti dei requisiti integrativi a posteriori "all'originaria omologazione con lo scopo di porre fine alla situazione di illegittimità mediante la rimozione dell'impianto di manipolazione vietato e di assicurare che il produttore [ponesse] in essere misure volte a garantire il rispetto dei limiti delle emissioni relativi alle omologazioni rilasciate" (par. 32 del provvedimento).

10.6.2. Oltre a questi accertamenti e misure provenienti da organi pubblici, la condotta è stata provata facendo riferimento a comportamenti e attività della stessa Volkswagen, richiamando:

- i) il comunicato successivo alle contestazioni dell'EPA con cui si era, chiaramente, ammessa l'installazione del sistema [“Discrepancies relate to vehicles with Type EA 189 engines, involving some eleven million vehicles worldwide. A noticeable deviation between bench test results and actual road use was established solely for this type of engine. Volkswagen is working intensely to eliminate these deviations through technical measures. The company is therefore in contact with the relevant authorities and the German Federal Motor Transport Authority (KBA - Kraftfahrtbundesamtl)”] (par. 3 e 4 del provvedimento);
- ii) la richiesta ai concessionari e ai rivenditori italiani di sospendere, in via cautelativa, la consegna e la rivendita di autoveicoli equipaggiati con il motore turbodiesel contrassegnato dal codice EA 189 (par. 5 del provvedimento);
- iii) i comunicati stampa del 3 novembre 2015 (con i quali si era fatto riferimento alle possibili irregolarità commesse dal gruppo nella determinazione dei valori delle emissioni di CO₂ per l'omologazione dei veicoli), e del 13 novembre 2015, con cui era stata diffusa la lista dei veicoli i cui consumi e le cui emissioni sarebbero state superiori ai valori dichiarati in sede di omologazione (par. 7 del provvedimento);
- iv) l'effettuazione di una campagna di richiamo per circa settecentomila veicoli con motorizzazione diesel EA 189 venduti in Italia nel periodo 2009 – 2015 (par. 33 del provvedimento);
- v) il piano di azione proposto al KBA a seguito dell'accertamento compiuto dalla medesima Autorità.

10.7. Accertata la sussistenza di questa specifica condotta, occorre saggiarne il rilievo alla luce della specifica disposizione che l'Autorità ha ritenuto violata, considerando, altresì, gli ulteriori elementi ritenuti integranti il precetto legale e anche al fine di verificare se l'accertamento compiuto avesse necessitato di ulteriori tasselli probatori e sia smentito dalle evidenze indicate da Volkswagen.

10.8. Prima di procedere a tale disamina occorre tratteggiare, pour en abrégé e con riserva delle ulteriori integrazioni necessarie, il quadro normativo di riferimento.

10.8.1. A tal fine si osserva che l'espressione "pratiche commerciali scorrette" designa le condotte che formano oggetto del divieto generale sancito dall'art. 20 del Codice del Consumo, in attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, n. 2005/29/CE. Per "pratiche commerciali" si intendono tutti i comportamenti – sia commissivi che omissivi - tenuti da professionisti che siano oggettivamente "correlati" alla "promozione, vendita o fornitura" di beni o di servizi a consumatori e posti in essere anteriormente, contestualmente o anche posteriormente all'instaurazione dei rapporti contrattuali [v. art. 2, par. 1, lett. d), della direttiva]. La condotta tenuta dal professionista può consistere in dichiarazioni, atti materiali, o anche semplici omissioni.

10.8.2. Quanto ai criteri in applicazione dei quali deve stabilirsi se una determinata pratica commerciale sia o meno "scorretta", l'art. 20, comma 2, del D.Lgs. n. 206/2005 stabilisce, 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".

10.8.3. Nella trama normativa, la definizione generale si scompone, poi, in due diverse categorie di pratiche scorrette: le pratiche ingannevoli (di cui agli art. 21 e 22) e le pratiche aggressive (di cui agli art. 24 e 25). Il legislatore ha, inoltre, analiticamente individuato una serie di specifiche tipologie di pratiche commerciali (le c.d. "liste nere") da considerarsi sicuramente 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), in relazione alle quali non è necessario accertare la loro contrarietà alla

“diligenza professionale” nonché dalla sua concreta attitudine “a falsare il comportamento economico del consumatore” (cfr.: Corte di Giustizia dell’Unione europea, 23 aprile 2009, cause riunite C-261/07 e C-299/07; Id., 14 gennaio 2010, causa C-304/08; Id., 19 giugno 2019, causa C-628/17).

10.8.4. In ultimo si osserva che il carattere ingannevole di una pratica commerciale dipende dalla circostanza che essa non è veritiera in quanto contenente informazioni false o che, in linea di principio, ingannano o possono ingannare il consumatore medio, in particolare, quanto alla natura o alle caratteristiche principali di un prodotto o di un servizio; in tal modo, tale pratica è idonea a indurre detto consumatore ad adottare una decisione di natura commerciale che non avrebbe adottato in assenza della stessa. Quando tali caratteristiche ricorrono cumulativamente, la pratica è considerata ingannevole e, pertanto, vietata.

10.9. Individuati in termini generali i presupposti per ritenere una pratica commerciale scorretta, si osserva, in primo luogo, come sia priva di fondamento l’affermazione delle appellanti che hanno evidenziato la carenza di quel dolo specifico che sarebbe a fondamento del provvedimento impugnato. Sul punto, l’attenzione delle Società si è incentrata sulle proposizioni contenute nei paragrafi 72 e 74 del provvedimento, che, nella loro prospettiva, avrebbe asserito la sussistenza di un dolo specifico di Volkswagen (f. 21 del ricorso in appello), la quale avrebbe “deliberatamente” installato il sistema di riciclo per “superare i test NEDC” e, inoltre, per “accreditarsi livelli di emissione NOx inferiori ai valori reali”.

10.10. Simile ricostruzione omette, tuttavia, di considerare come sia la fattispecie normativa e non il provvedimento di accertamento dell’Autorità a fungere da selettore delle condotte vietate, ed è, pertanto, la fattispecie che deve essere osservata per verificare se la stessa esiga, oltre, alla realizzazione degli elementi obiettivi, la presenza di uno scopo ulteriore verso cui deve tendere la volontà del soggetto agente, al fine di fondare un’autonoma tutela (nei casi in cui la presenza di tale

componente soggettiva sia il discrimine che conferisce rilevanza al fatto tipico per il diritto punitivo; cfr., ad esempio, nel settore penale, artt. 416 e art. 501 c.p.), o in funzione di specializzazione della tutela già conferita (cfr., ad esempio, art. 630 e art. 289-bis c.p., rispetto alla previsione di cui all'art. 605 c.p.).

10.11. Operando tale verifica è agevole constatare come la sussistenza di un dolo specifico non sia richiesta dalla previsione di cui all'art. 20, comma 2, del Codice del Consumo che, al contrario, prescinde sia dalla prova di una perdita o di un danno effettivamente subito che dalla necessità di evidenze in ordine all'intenzionalità da parte del professionista (v. art. 11, par. 2, ultimo capoverso, della direttiva 2005/29/CE). Lo conferma anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ritiene priva di "alcuna rilevanza la natura asseritamente non intenzionale della condotta" (Corte di Giustizia dell'Unione europea, 16 aprile 2015, causa C-388/13). Pertanto, non era onere dell'Autorità provare un elemento soggettivo del fatto tipico che la previsione legale non richiede. Del resto, l'accertamento operato dall'Autorità sul punto non è stato, propriamente, rivolto a tale aspetto. La tesi delle appellanti è stata elaborata estrapolando frammenti da un discorso integralmente incentrato sulla verifica della diligenza professionale dell'operatore. Infatti, è in relazione agli obblighi di diligenza degli operatori che l'Autorità ha inserito le proposizioni indicate dalle Società, stigmatizzando, in sostanza, l'installazione di un sistema di ricircolo dei gas di scarico contrario alla normativa sulle omologazioni dei veicoli. Condotta che, certamente, può ritenersi contraria al "normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori" [arg. ex art. 2, par. 1, lett. h), della direttiva 2005/29/CE].

10.11.1. Osserva, inoltre, il Collegio che la diligenza è un concetto eminentemente elastico atteso che, come evidenziato da autorevole dottrina civilistica in relazione alla previsione di cui all'art. 1174 c.c., il parametro legislativo indicato per la

valutazione del comportamento non è fissato una volta per tutte e a priori, ma deve declinarsi nelle diverse situazioni, e, inoltre, “per diversità deve intendersi non soltanto quella discendente dal variare delle fattispecie, ma anche quella che può derivare dal trascorrere del tempo”. In relazione alla fattispecie di riferimento, deve osservarsi come “l’obiettivo principale della legislazione in materia di omologazione dei veicoli è assicurare che i veicoli nuovi, i componenti e le entità tecniche immessi in commercio forniscano un elevato livello di sicurezza e di protezione dell’ambiente” (considerandum n. 13 della Direttiva 2007/46/CE). La normativa di settore è, quindi, finalizzata ad imporre peculiare competenza, attenzione e perizia ai costruttori dei veicoli, anche in considerazione dei valori involti, che, come spiegato, risiedono nella sicurezza e nella tutela delle esigenze ambientali. Quest’ultimo aspetto ha, poi, acquisito progressiva importanza nel corso del tempo anche nel settore del consumo, ove, come osservato nel provvedimento impugnato e come emergerà valutando la strategia commerciale di Volkswagen sul punto, le valutazioni dei consumatori non sono più adiafore, ossia indifferenti, alle esigenze ambientali. Inoltre, Volkswagen costituisce un costruttore storico di automobili che, nel tempo, è divenuto “uno dei principali operatori a livello mondiale nel settore automobilistico” (par. 1 del provvedimento).

10.11.2. L’installazione di un software come quello in precedenza descritto nella centralina dei motori risulta, quindi, una condotta radicalmente distante dalla diligenza, competenza, attenzione e perizia che è ragionevole attendersi da un operatore di un simile livello, anche in ragione delle finalità che la normativa in tema di omologazione intende perseguire.

10.11.3. Del resto, questa condotta è stata diffusamente stigmatizzata da diverse Autorità giurisdizionali e, in particolare, dal Bundesgerichtshof, nella decisione del 25 maggio 2020, VI ZR 252/19, che, a prescindere dalle considerazioni civilistiche non rilevanti in questa sede, ha evidenziato, in modo netto, come “in termini valoriali,

equivale ad una frode diretta e dolosa degli acquirenti di veicoli il caso in cui, nel quadro di una decisione strategica presa durante lo sviluppo del motore, un produttore di automobili sfrutti intenzionalmente l'ingenuità e l'affidamento degli acquirenti di veicoli per ottenere le omologazioni dei veicoli tramite inganno intenzionale dell'Ufficio federale dei trasporti automobilistici e quindi per immettere sul mercato i veicoli in tal modo viziati" [massima a) della decisione]. Senza intendere far proprie del Collegio le valutazioni giuridiche della condotta (che dipendono dal sistema giuridico di riferimento), il dato di interesse della decisione è costituito dalla disamina degli elementi fattuali che rilevano per la verifica della (non) diligenza dell'operato della Società e per l'incidenza sul comportamento del consumatore.

10.11.4. Infatti, l'organo giurisdizionale tedesco ha evidenziato, ex aliis, che:

i) "nell'interesse della standardizzazione e dell'armonizzazione del mercato interno, della sicurezza stradale e della tutela della salute e dell'ambiente, il mercato dei veicoli a motore è caratterizzato da un elevato livello di regolamentazione in materia di omologazione e immatricolazione dei veicoli, requisiti tecnici per i veicoli a motore, procedure di approvazione e prove che devono essere effettuate dai servizi tecnici, [cfr., art. 1 e ss. del Regolamento 715/2007/CE, art. 1 e ss. della direttiva 2007/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 settembre 2007, che istituisce un quadro per l'omologazione dei veicoli a motore e dei rimorchi degli autoveicoli, così come dei sistemi, dei componenti e delle entità tecniche separate per tali veicoli, artt. 1 e ss. del regolamento (CE) n. 385/2009 della Commissione del 7 maggio 2009 che sostituisce l'allegato IX della direttiva 2007/46/CE, artt. 1 ss. EG-FGV, artt. 1 e ss. FZV]; vi è anche un significativo squilibrio nella conoscenza (tecnica) dei produttori di veicoli e degli acquirenti per quanto riguarda il funzionamento dei veicoli fabbricati e commercializzati. Pertanto, gli acquirenti ignari dei veicoli difettosi, non potendo comprendere né tanto meno controllare il rispetto dei relativi requisiti legali dovevano fare affidamento sul fatto che

[Volkswagen] avesse ottemperato ai requisiti legali; allo stesso tempo, alla luce degli obblighi di [Volkswagen] ai sensi dei Regolamenti summenzionati e in particolare per quanto riguarda il processo di omologazione, era loro consentito fare affidamento su ciò” (punto 24 della decisione);

ii) “l'acquirente di un veicolo - indipendentemente dal fatto che lo acquisti nuovo o usato - presuppone ingenuamente il rispetto dei requisiti pertinenti come una cosa ovvia. Ciò vale anche per l'acquirente di auto usate il cui veicolo ha già una prima immatricolazione (art. 6, par. 3, primo periodo FZV), e in cui era presente (art. 6. Par. 1, CE-FGV) il certificato di conformità rilasciato dal titolare dell'omologazione CE per ciascun veicolo corrispondente all'omologato, ai sensi dell'articolo 18 in combinato disposto con l'allegato IX della direttiva 2007/46/CE. Nell'ambito della decisione strategica presa durante lo sviluppo del motore di ottenere l'omologazione ingannando fraudolentemente la KBA e immettendo poi sul mercato i veicoli con tali difetti, Volkswagen ha sfruttato in modo mirato l'ingenuità e la fiducia degli acquirenti dei veicoli” (par. 25, parte prima della decisione).

10.11.5. Non smentisce le considerazioni sin qui effettuate la deduzione delle appellanti, secondo le quali l'Autorità tedesca si sarebbe limitata “ad accertare l'installazione di un Sistema EGR non consentito dall'art. 5.2 del Regolamento CE 715/2007 (per cui si rinvia al § 2.3 della parte in fatto), senza accertare il livello delle emissioni NOx che sarebbe stato registrato in sua assenza, sicché non [avrebbe] concluso che i test NEDC non sarebbero stati superati in tal caso”.

10.11.5.1. Osserva, invero, il Collegio come la condotta rilevante ed ex se (ampiamente) sufficiente per affermare la violazione degli obblighi di diligenza professionale e la potenziale incidenza sul comportamento del consumatore sia l'aver posto in essere una condotta chiaramente vietata dal Regolamento n. 715/2007 (che, in linea con l'ulteriore quadro normativo di riferimento, vieta l'uso di impianti di manipolazione che riducono l'efficacia di sistemi di controllo delle

emissioni), e di aver, al contempo, celato tale sistema ai consumatori, enfatizzando, al contrario, le caratteristiche “ambientali” dei veicoli. Il punto di esiziale rilievo non è, quindi, l’ipotetico superamento dei test anche in caso di mancata installazione del sistema (che, del resto, non risulta messo in discussione da Volkswagen dinanzi alla competente Autorità tedesca dei trasporti), quanto proprio l’installazione del sistema “EGR”, che era in grado di riconoscere quando la vettura si trovava sui rulli in un ciclo di controllo delle emissioni “NEDC”, mantenendo il sistema in modalità EGR 1 per tutta la durata del test, con un risultato delle omissioni NO_x che – a prescindere da un esito conforme ai limiti – era, comunque, più basso di quello ottenibile in modalità EGR 0, che, invece si attivava nel normale utilizzo del veicolo su strada. Pertanto, i valori riscontrati nei test concretamente eseguiti erano, comunque, difforni da quelli reali e contrastanti, come si esporrà anche nel prosieguo, con i “claims” che avevano vantato il rispetto all’ambiente di veicoli nei quali era installato un meccanismo vietato proprio da una regolamentazione finalizzata anche alla tutela ambientale.

10.12. Alla luce delle considerazioni sin qui esposte risulta privo di rilievo probatorio l’articolo sulla rivista “Quattroruote” nel novembre del 2016, che, per le appellanti, avrebbe provato come il valore delle emissioni sarebbe rimasto inalterato. Infatti, il tema rilevante è – come spiegato – costituito dall’installazione del sistema vietato e non dalla soglia di emissioni che si sarebbe ipoteticamente raggiunta anche senza il dispositivo, e, inoltre, nella non aderenza al reale (il comportamento della vettura su strada) dei risultati raggiunti, proprio in ragione del “defeat device” installato. Incentrandosi su quest’ultimo aspetto si nota come il test dimostri, invero, che la soglia di emissioni raggiunta con il sistema illecito è stata inferiore a quella misurata dopo l’aggiornamento della centralina (105,9 mg/km prima, e 132,3 mg/km dopo la rimozione del sistema, con incremento del 25,1 %, secondo i dati di tale articolo; non hanno rilievo, invece, le emissioni a caldo che, nello stesso corpo dell’articolo,

si evidenzia essere un sistema di misurazione non previsto dalla normativa Euro 5; v.: f. 4 del documento). Inoltre, non può omettersi di evidenziare come tale verifica non ha, in ogni caso, la valenza probatoria che le parti intendono assegnarle, trattandosi di un test su un'unica vettura, non proveniente da un soggetto pubblico o, comunque, da un soggetto munito istituzionalmente delle specifiche competenze richieste in materia, e, quindi, non idoneo a costituire una valida e significativa evidenza in un accertamento come quello oggetto del presente giudizio.

10.13. Parimenti infondate sono le deduzioni con le quali le appellanti hanno dedotto l'inidoneità della pratica ad accreditarsi presso i consumatori indicando valori di emissione inferiore ai dati reali (ff. 22 ss. del ricorso in appello). Infatti, questa tesi si sostanzia nella scissione tra i valori di emissione Nox e i generali "claims" sulla vocazione ambientale dei veicoli, non considerando che la scorrettezza della pratica commerciale non dipende dal livello di dettaglio della comunicazione rivolta al consumatore (che ridurrebbe la disamina sulla scorrettezza della pratica ad un'analisi vero/falso sui singoli elementi della comunicazione commerciale), ma dalla idoneità della comunicazione complessiva a falsare il comportamento del consumatore, considerato che il bene giuridico tutelato è la libertà di autodeterminarsi dello stesso, il quale, per agire consapevolmente e liberamente, deve disporre di informazioni veritiere e corrette. Nel caso di specie, ciò che è risultato non veritiero e non correttamente rappresentato non solo i singoli valori di emissioni ma l'indicazione generale diffusa da Volkswagen che aveva vantato i propri veicoli come rispettosi delle esigenze ambientali. Indicazione poi smentita dalla condotta accertata atteso che quei singoli valori – che sono, comunque, parte integrante del generale messaggio ai consumatori – erano stati artefatti dal dispositivo montato e si erano sostanziati in una comunicazione non veritiera e non corretta al consumatore, il quale – in considerazione della notorietà e dall'affidabilità del marchio – non aveva neppure ragioni per dubitare della

complessiva veridicità del vanto ambientale dei veicoli proposto dalla casa automobilistica. Del resto, il parametro di riferimento dell'art. 20, comma 2, del Codice, è il consumatore medio ed è, quindi, sulla condotta sul mercato di questo che deve vagliarsi la capacità di incidenza della pratica posta in essere dall'operatore. Nel caso di specie, i "claims" ambientali hanno ingenerato nel consumatore medio un affidamento – per dirla con le parole del Bundesgerichtshof richiamate supra - sulle caratteristiche di rispetto dell'ambiente dei veicoli, che postulava la serietà e affidabilità delle verifiche effettuata in sede di omologazione, stante la già decretata finalità di tali operazioni anche all'accertamento del rispetto delle esigenze ambientali.

10.14. Infatti (e come si esporrà più diffusamente anche nel prosieguo), i veicoli del gruppo Volkswagen erano stati oggetto di specifici messaggi pubblicitari nei quali vi erano diversi claims "riguardanti i vanti ecologici e le indicazioni circa la conformità [degli] autoveicoli ai parametri concernenti le emissioni inquinanti e ambientali". Questa strategia commerciale aveva trovato (e trova ancora oggi) giustificazione della crescente sensibilità ambientale che si riverberava (e riverbera) anche nelle scelte di consumo; come puntualmente accertato dall'Autorità "la competizione nei diversi mercati avviene anche attraverso la rivendicazione di caratteristiche e innovazioni di prodotto diretti a preservare la natura e l'ambiente (i cosiddetti green claims)" (par. 75 del provvedimento). In sostanza, al consumatore erano stati inviati dei chiari messaggi promozionali, incentrati sul rispetto dell'ambiente degli autoveicoli prodotti; questi messaggi provenivano non da un qualsiasi operatore, ma da una impresa leader nella produzione mondiale degli autoveicoli, che poteva farsi vanto dell'affidabilità delle proprie auto. Ora, è proprio sulla fiducia che la Volkswagen aveva incentrato il messaggio pubblicitario diffuso "a tutto pagina" sui maggiori quotidiani nazionali e sulle testate giornalistiche a partire dalla metà di ottobre 2015, riconoscendo di aver "commesso un grave errore"; tale grave errore

è stato individuato da Volkswagen nell'aver "compromesso il rapporto di fiducia che da sempre ci lega", e la Società aveva, altresì, dichiarato di star lavorando con le autorità competenti e di non volersi fermare "fino a quando non avremo conquistato pienamente la vostra fiducia" (v. testo del messaggio contenuto nella nota 49 del provvedimento impugnato). In sostanza, questo messaggio ha colto anche il punto giuridico di rilevanza esiziale in relazione al rapporto con il consumatore. Infatti, ciò che è stato, correttamente, accertato è che un'impresa leader nel settore della produzione delle auto, sulla cui correttezza i consumatori avevano riposto fiducia, aveva, in realtà, installato un sistema di alterazione dei valori delle emissioni, che disvelava, pertanto, la non esattezza delle generali informazioni fornite con i "green claims", idonei ad incidere sul comportamento economico dei consumatori. Ciò rende, logicamente, non rilevanti neppure i riferimenti alle Direttive 1999/94 e 1999/37 e al Decreto del M.I.T. del 19 novembre 2004 (illustrati al par. 2.2. della parte in fatto del ricorso in appello), che sono ancora calibrate sulle informazioni relative al livello delle emissioni NO_x, non considerando la complessiva condotta sopra indicata (f. 25 del ricorso in appello).

10.15. In questa contesto – correttamente accertato dall'Autorità – non assume, quindi, rilievo il fatto che il consumatore solo quando diviene acquirente viene in possesso della carta di circolazione e del certificato di conformità del veicolo (dove sono riportati valori di emissioni inquinanti difformi da quelli reali), trattandosi di un aspetto ulteriore rispetto a quello dell'oggetto dell'illecito consumeristico che, come spiegato, si era già realizzato proponendo un prodotto affidabile anche dal punto di vista ambientale (incidendo, quindi, sulle scelte dei consumatori, anche in ragione delle differenze in termini di consumi; v. comunicato della stessa Volkswagen del 13 novembre 2015; doc. n. 47 del fascicolo istruttorio), vantando, quindi, delle caratteristiche difformi rispetto a quelle reali.

10.16. Le argomentazioni sin qui articolate consentono di apprezzare, inoltre, la non rilevanza delle ulteriori evidenze indicate dalle appellanti.

10.16.1. Il riferimento è, in primo luogo, alla richiesta di archiviazione (parziale) della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Gorizia, che inoltre:

i) risulta relativa ad un'imputazione di truffa ex art. 640 c.p., e, quindi, ad un reato che presuppone la sussistenza di un danno; differente, quindi, dalla fattispecie operante nel caso di specie che, come correttamente esposto dal T.A.R., sanziona anche condotte meramente potenziali e, comunque, prescinde dal danno (v., supra, punto 10.11);

ii) effettua la valutazione di efficienza causale della condotta con specifico riferimento all'incidenza degli artifici e raggiri nella determinazione del consenso della persona offesa (Cassazione penale, 27 marzo 1999, n. 11441, citata al f. 1 della richiesta di archiviazione), e, quindi, alla specifica fattispecie incriminatrice, con la conseguenza che tale accertamento non può risultare rilevante per l'illecito all'attenzione del Collegio, ove la regola di riferimento non contiene un omologo presupposto per la sua operatività;

iii) risulta calibrata non sul consumatore medio – come l'illecito ex art. 20, comma 2, del Codice del Consumo – ma sul consumatore singolo, persona offesa nel procedimento penale, facendo, altresì, specifico riferimento alle motivazioni che lo avrebbero spinto all'acquisto del mezzo, come risultanti nelle sommarie informazioni testimoniali dell'8 aprile 2016 (v. doc. n. 23 delle produzioni di Volkswagen).

10.16.2. Omologhe considerazioni valgono:

i) per il relativo decreto di archiviazione del G.I.P. presso il Tribunale di Gorizia che, tra l'altro, afferma l'intervenuta prescrizione del fatto di reato e stigmatizza le dichiarazioni non “connotate da sufficienti specificità ed univocità” rese dal

denunciante (doc. n. 52 delle produzioni di Volkswagen), incentrandosi, quindi, su un aspetto peculiare di quel giudizio;

ii) per l'istanza di archiviazione della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento che, ancora, riguarda l'aspetto (essenziale della fattispecie di cui all'art. 640 c.p.) del danno – irrilevante, invece, in questa sede –, e, che, tra l'altro, indaga in relazione ai consumi e alle prestazioni del veicolo e, quindi, al diverso comportamento “su strada”, che è, tuttavia, estraneo alla contestazione operata dall'Autorità (doc. n. 22 delle produzioni di Volkswagen).

10.16.3. Non si rinviene neppure una smentita dell'accertamento dell'Autorità nelle motivazioni della decisione del Tribunale civile di Ravenna. In relazione a tale sentenza va, in primo luogo, ribadito come si tratti – anche in questo caso – dell'accertamento legato ad un consumatore individuale e non al consumatore medio di cui all'art. 20, comma 2, del Codice del Consumo. Come evidenziato di recente da autorevole dottrina civilistica, “il fatto in sé che una pratica commerciale risulti scorretta e, quindi, vietata ai sensi degli artt. 20 ss. c. cons. se ne agevola senz'altro la qualificazione come condotta irrispettosa del dovere di buona fede [...] – non importa, tuttavia, per ciò solo che essa debba considerarsi sempre e comunque fonte di un obbligo risarcitorio nei confronti del consumatore (si pensi, ad esempio, alla pratica commerciale che – pur risultando scorretta, in quanto, come si esprime l'art. 20, comma 2, c. cons., idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta – nel caso di specie non abbia però minimamente inciso sulla decisione di natura commerciale di un consumatore concreto che risulti dotato di maggior avvedutezza e/o esperienza rispetto a quello medio); occorrerà pur sempre, ai fini della risarcibilità del danno lamentato dal consumatore, la dimostrazione che la pratica commerciale scorretta posta in essere dal professionista, si è, in concreto, effettivamente tradotta, ai danni dello stesso, in una lesione del suo diritto

all'autodeterminazione". In sostanza, le conclusioni raggiunte in una concreta controversia civilistica di risarcimento del danno non sono dirimenti per escludere il carattere scorretto della pratica; e, per converso, il carattere scorretto della pratica non è da sola sufficiente a riconoscere la fondatezza di un rimedio risarcitorio, operando ulteriori regole in questo caso e, in particolare, le previsioni generali del codice civile in materia di responsabilità.

10.16.3.1. Operata questa generale premessa il Collegio può, comunque, soffermarsi sulla concreta decisione osservando che:

i) la domanda concretamente svolta in quel caso era stata di risarcimento dei danni "conseguenti alla responsabilità contrattuale ovvero extracontrattuale per avere manomesso il software di gestione dei gas di scarico installati sull'autovettura Seat Ibiza targata [...] acquistata" dall'attore;

ii) la domanda si era, quindi, incentrata sulle informazioni specifiche legate ai livelli di emissioni di ossido di azoto, e, quindi, su una condotta non sovrapponibile a quella oggetto dell'accertamento dell'Autorità:

iii) il Giudice ha respinto la domanda facendo riferimento all'incidenza di tale aspetto sulla concreta decisione di acquisto, prendendo, quindi, come necessario punto di riferimento la valutazione del consumatore-attore, e non anche la potenziale incidenza sul consumatore medio ex art. 20, comma 2, del Codice del Consumo;

iv) il Giudice ha ritenuto che, "normalmente, e nel caso in esame non è stata fornita prova contraria, i livelli di emissioni di gas di scarico prodotti dagli autoveicoli non rientrano tra i criteri che guidano i consumatori nella loro scelta di acquisto dell'autovettura", operando, quindi, una valutazione fondata su un presunto dato di normalità (non sorretto, comunque, da evidenze) e sulla mancanza di una "prova contraria", da intendersi, invero, come prova del fatto costitutivo a carico dell'attore ex artt. 2043 c.c. e 2967 c.p.a., legata, quindi, alle concrete attività processuali delle parti in quel giudizio.

10.17. In ultimo, non assumono rilievo le deduzioni relative alla valenza del livello delle emissioni Nox nella normativa unionale ed interna, dovendosi ribadire come integri la previsione di cui all'art. 20, comma 2, del Codice del Consumo la pratica commerciale consistente nell'installazione di un device che, nell'alterare i dati relativi alle emissioni, ha costituito sia una condotta non diligente di un operatore primario del mercato, che una condotta – correlata ai claims ambientali - idonea a falsare le scelte del consumatore medio, che aveva, invece, riposto – come affermato dalla stessa Volkswagen – fiducia nei prodotti dalla stessa commercializzati come attenti e rispettosi delle esigenze ambientale e rilevatisi, poi, non conformi alle ragioni di quel vanto. Né assume il rilievo che le appellanti intendono il Regolamento (UE) 2016/427 della Commissione del 10 marzo 2016 che modifica il regolamento (CE) n. 692/2008 riguardo alle emissioni dai veicoli passeggeri e commerciali leggeri (Euro 6), considerato, in particolare, che tale Regolamento è stato emanato dopo la risoluzione del Parlamento europeo del 27 ottobre 2015 sulla misurazione delle emissioni nel settore automobilistico [2015/2865(RSP)], che era stata occasionata proprio dalle vicende del gruppo Volkswagen (v. considerandum “A” della risoluzione).

10.18. In definitiva, il primo motivo di ricorso può respingersi in quanto infondato.

D. SUL SECONDO MOTIVO DI RICORSO IN APPELLO: LA QUALIFICAZIONE DELLA CONDOTTA QUALE PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA EX ART. 23, COMMA 1, LETT D) DEL CODICE DEL CONSUMO.

11. Con il secondo motivo le Società del Gruppo Volkswagen hanno dedotto l'erroneità della sentenza di primo nella parte in cui ha respinto il secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio, con il quale le odierne appellanti avevano dedotto la violazione e falsa applicazione della previsione di cui all'art. 23, comma 1, lett. d), del Codice del Consumo, osservando che:

- i) l'Autorità aveva ritenuto che le dichiarazioni riportate dal costruttore sul certificato di conformità (peraltro non destinato al pubblico prima dell'acquisto) e in pubblicità erano state contrarie a quanto disposto dalla norma, ma tale affermazione non aveva fondamento in quanto l'obbligo pubblicitario riguardava solo l'indicazione delle informazioni tecniche sulle emissioni di CO₂, secondo la richiamata Direttiva 1999/94/CE;
- ii) esulava dalle competenze dell'Autorità verificare se l'omologazione fosse riconoscibile o meno in presenza dell'impianto vietato, di cui, peraltro, non vi era obbligo di dichiarazione alle autorità tecniche competenti;
- iii) era inconferente la deduzione dell'Autorità – secondo la quale Volkswagen non aveva rispettato le normative vigenti – in quanto riconducibile ad una sola pubblicità del giugno 2015 per un modello del marchio “Skoda”, peraltro effettuata con caratteri molto piccoli;
- iv) il KBA aveva provveduto a disporre requisiti integrativi all'omologazione che erano stati osservati, permettendo di proseguire nell'omologazione stessa, mai revocata, e, inoltre, era stato fornito – all'esito dell'intervento – un bene corrispondente ai desiderata degli acquirenti.

11.1. Il T.A.R. ha respinto il motivo, esaminandolo, congiuntamente al terzo. In relazione a tali due motivi Il T.A.R. ha osservato che:

- i) non avevano rilievo i dati del consumo di NO_x non comunicati al consumatore in quanto oggetto dell'accertamento era stato il comportamento caratterizzato da carente diligenza per l'adozione di un sistema vietato, secondo la conclusione del KBA, che aveva indotto le autorità competenti a rilasciare la specifica “omologazione” e, di conseguenza, a indurre il consumatore a ritenere corretta la relativa pratica e la messa in vendita dei veicoli secondo i dettami della normativa, anche europea, applicabile;

- ii) tale circostanza era stata comprovata dalla omologazione integrativa rilasciata solo in seguito alla rimozione del “sistema EGR”, anche nei confronti dei veicoli già venduti e, successivamente, “richiamati”;
- iii) era infondato quanto esposto in relazione ai messaggi pubblicitari, non essendo dirimente il mancato esplicito richiamo alle emissioni NOx o agli effetti dati dalla presenza del vietato “sistema EGR”, in considerazione dei “claims” ambientali relativi al prodotto, e anche in ragione della necessità di assicurare una informazione veritiera sin dal primo contatto con il consumatore;
- iv) in relazione alla rappresentazione grafica solo nell’ultima pagina del catalogo relativo a un modello a marchio “Skoda” sul rispetto delle caratteristiche ambientali, e con caratteri grafici di ridotta dimensione, andava considerata la necessità di assicurare informazioni complete e corrette e con modalità graficamente chiare e comprensibili, per cui proprio l’utilizzo di caratteri grafici di piccole dimensioni, o non usuali, avrebbe potuto indurre il consumatore a non consultarne integralmente il contenuto del documento, e proprio per questo a dare per assunto il rispetto della normativa ambientale comunque richiamata a “vanto” del “gruppo”, anche in ragione del “claim” del “gruppo Skoda”, che aveva evocato la propria capacità di svilupparsi “in maniera sostenibile, agendo responsabilmente nei confronti dell’ambiente e facendo tutto il possibile per muoversi in questa direzione, con un profondo rispetto per la vita e per la natura”;
- v) le diverse espressioni utilizzate, sfruttando la crescente sensibilità etica per le tematiche ambientali, avevano avuto la piena attitudine a ingenerare nei consumatori una ragionevole aspettativa di trovarsi di fronte ad un produttore che aveva la tutela dell’ambiente come uno dei suoi primari obiettivi e verso la quale era orientata la sua strategia produttiva, facendo sì che i consumatori potessero ritenere di scegliere veicoli con emissioni aventi un impatto ambientale particolarmente basso e non

veicoli dotati di dispositivi illeciti per eludere le normative sulle emissioni inquinanti, indipendentemente dai valori specifici finali;

vi) non avevano rilievo le deduzioni secondo le quali le condizioni dell'omologazione continuavano a essere rispettate, dato che era stata la mancata corrispondenza tra il grado di diligenza nel verificare le emissioni e il profilo di azienda "leader" nel rispetto dell'ambiente a essere stata oggetto di accertamento e sanzione;

vii) non era in discussione l'attenzione generale di Volkswagen per le tematiche ambientali, essendo in contestazione la specifica circostanza relativa all'uso di informazioni pubblicitarie volte ad accreditarsi avanti al consumatore come costruttore attento alle tematiche ambientali, che si erano scontrate con l'assenza di diligenza nel verificare se erano stati installati elementi idonei ad alterare i valori di emissione rilevabili e ciò era da considerarsi sufficiente ai fini della violazione prevista nel Codice del Consumo, dato che i "claims" pubblicitari non erano corrispondenti alla situazione reale, ove l'Autorità Federale dei Trasporti tedesca aveva rilevato che l'installazione del "sistema EGR" aveva reso i veicoli diesel interessati non conformi alle omologazioni di cui alla Direttiva 2007/46/CE, e tenuto conto che il controllo delle emissioni costituiva un elemento primario, soprattutto ai fini dell'omologazione del modello di veicolo, riferito non solo alle emissioni di CO₂ ma, come detto, anche di NO_x;

viii) non potevano trovare ingresso le ulteriori indicazioni in ordine all'effettiva conformità ai valori di NO_x in punto di marcia, in considerazione di quanto accertato dall'Autorità tedesca e all'omessa richiesta di riesame dei risultati ivi conseguiti;

ix) la circostanza che l'Autorità avesse escluso la stessa rilevanza della condotta per i "professionisti", ai sensi del distinto D.Lgs. n. 145/2007, attestava come l'Autorità

avesse individuato nel consumatore medio il soggetto che aveva maggiormente risentito della condotta sanzionata.

11.2. Le Società del Gruppo Volkswagen hanno dedotto l'erroneità del capo di sentenza riferito al secondo motivo per le ragioni che saranno di seguito esaminate.

11.3. Prima di procedere a tale disamina occorre evidenziare come l'Autorità abbia ravvisato nella condotta di Volkswagen la violazione della previsione di cui all'art. 23, comma 1, lett. d), del Codice del Consumo che considera pratica ingannevole “asserire, contrariamente al vero, che un professionista, le sue pratiche commerciali o un suo prodotto sono stati autorizzati, accettati o approvati, da un organismo pubblico o privato o che sono state rispettate le condizioni dell'autorizzazione, dell'accettazione o dell'approvazione ricevuta”.

11.3.1. Tale disposizione riproduce, in sostanza, la previsione di cui all'allegato I della Direttiva 2005/29/CE, che elenca le “pratiche commerciali in ogni caso sleali”, e inserisce tra quelle ingannevoli: “asserire che un professionista (incluse le sue pratiche commerciali) o un prodotto è stato approvato, accettato o autorizzato da un organismo pubblico o privato quando esso non lo sia stato o senza rispettare le condizioni dell'approvazione, dell'accettazione o dell'autorizzazione ricevuta”. Una simile pratica scorretta è vietata “in ogni caso”, e, quindi, a prescindere sia dalla conformità o meno alla diligenza professionale che dalla idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio, trattandosi, in sostanza, di una pratica ritenuta in re ipsa scorretta (cfr., ex multis, Corte di Giustizia U.E., 23 aprile 2009, causa riunite C-271/07 e C-299/07; Id., 14 gennaio 2010, causa C-304/08; v., inoltre, considerandum n. 17 della Direttiva).

11.4. Le appellanti hanno ritenuto la loro condotta non ascrivibile alla previsione sopra indicata, osservando, in primo luogo, come il provvedimento si fosse basato sulla violazione del divieto di installazione dell'impianto di manipolazione e non sulla dimostrazione di avere asserito falsamente che le auto interessate avessero ottenuto

L'omologazione o avessero rispettato le condizioni dell'omologazione. Secondo le appellanti la disposizione di cui all'art. 23 del Codice del Consumo sarebbe volta a proteggere il consumatore che intende effettuare l'acquisto di un bene dall'ingannevole asserzione dell'esistenza di un'autorizzazione inesistente o del rispetto delle condizioni cui è subordinata l'autorizzazione ricevuta, mentre, nel caso di specie, l'Autorità si era riferita alle condizioni per il rilascio dell'autorizzazione, sostituendosi, in tal modo, all'Ente competente e giungendo a valutazioni opposte da quelle alle quali tale ente era pervenuto.

11.4.1. La censura è infondata. La tesi di fondo delle appellanti muove dalla non operatività della regola di cui all'art. 23, comma 1, lett. d), del Codice del Consumo in quanto non sarebbe stato falsamente comunicato di aver ottenuto l'omologazione o di aver rispettato le condizioni dell'omologazione. In sostanza, non sarebbe stato possibile affermare la sussistenza di una pratica ingannevole in quanto non sarebbero state effettuate comunicazioni in merito al contenuto delle omologazioni. Invero, il Collegio ha, in precedenza, chiarito come la funzione dell'omologazione sia quella di assicurare che i veicoli nuovi, i componenti e le entità tecniche immessi in commercio forniscano un elevato livello di sicurezza e di protezione dell'ambiente. L'omologazione riguarda, pertanto, anche le caratteristiche del veicolo sotto il profilo della tutela ambientale; di conseguenza, la genuinità e serietà dei test di omologazione del veicolo costituiscono un tassello rilevante per poter predicare che la vettura sia in grado di assicurare il rispetto delle esigenze ambientali, nonché la misura di tale osservanza. Di conseguenza, l'installazione di un dispositivo che, in sostanza, migliora le prestazioni del sistema di controllo delle emissioni durante le procedure di omologazione, fornendo, quindi, dati non reali, realizza una condotta che, oltre a risultare illecita rispetto alle specifiche previsioni legate all'omologazione dei veicoli (accertate dalla competente KBA), rivela, altresì, quale pratica ingannevole considerato che i plurimi "green claims" del gruppo Volkswagen

non possono non considerarsi comprensivi anche del rispetto delle regole previste per l'omologazione del veicolo, e, quindi, per la verifica di idoneità dello stesso alla salvaguardia delle esigenze ambientali. In sostanza, ove il costruttore effettui la promozione del veicolo realizzato quale mezzo con determinate caratteristiche dell'ambiente, non può ritenersi che tale dichiarazione non ricomprenda anche la regolarità delle procedure che attestano tali requisiti. L'aver installato un sistema nella centralina di controllo del motore che ha inciso sul funzionamento di controllo delle emissioni riducendone l'efficacia (v., sul punto, Corte di Giustizia dell'Unione europea, 17 dicembre 2020, causa C-693/18) e l'aver, al contempo, promosso le caratteristiche ambientali dei veicoli prodotti che tali sistema montavano costituisce, quindi, una pratica ingannevole in quanto questo messaggio – a prescindere dal livello di dettaglio della comunicazione - si è, comunque, fondato su caratteristiche del veicolo non reali, in quanto la stessa genuinità, affidabilità e serietà del procedimento di omologazione è stata alterata e, con essa, la stessa conformità del veicolo all'omologazione rilasciata.

11.4.2. In ragione di quanto esposto, deve ritenersi esente dai vizi denunciati il provvedimento dell'Autorità che, inoltre, non ha inteso sostituirsi alla valutazione tecnica compiuta dagli Enti competenti, ma, al contrario, si è limitato a prendere atto delle decisioni del KBA, che, come in precedenza ricordato, aveva stabilito l'illiceità del sistema "EGR" e la non conformità dei veicoli all'omologazione rilasciata. Non vi è stata, quindi, alcuna sovrapposizione alle prerogative e competenze di altri organi, ma, esclusivamente, l'apprezzamento della condotta tenuta alla luce del disposto di cui all'art. 23, comma 1, lett. d), del Codice del Consumo. Né è seriamente asseribile che i veicoli dovevano ritenersi conformi in quanto sottoposti ad un successivo intervento di disinstallazione dell'impianto di manipolazione, senza alcuna revoca delle precedenti omologazioni. Va, infatti, considerato come l'Autorità federale dei Trasporti abbia, comunque, imposto dei

requisiti integrativi per eliminare il dispositivo e, comunque, concordato con Volkswagen un piano d'azione finalizzato proprio a conformare i veicoli, imponendo requisiti integrativi a posteriori; operazione che postula, sul piano logico e tecnico, la riscontrata difformità.

11.4.3. Del resto, sul punto risulta utilmente evocabile quanto affermato dal Bundesgerichtshof, in quanto organo giurisdizionale a conoscenza del sistema legale tedesco che è stato applicato dal KBA. La Corte ha evidenziato “l'uso del dispositivo di spegnimento non autorizzato poteva indurre l'Autorità di omologazione a imporre una restrizione o un divieto di circolazione ai sensi dell'art. 5, par. 1, del FZV, poiché il veicolo, a causa del dispositivo di spegnimento che violava l'art. 5, par. 2, del Regolamento 715/2007/CE, non corrispondeva al tipo approvato” (art. 3, par. 1, secondo periodo, FZV)”. Per la Corte, poteva lasciarsi aperta la questione se ciò fosse possibile solo nel caso di precedente revoca dell'omologazione; “ciò infatti era in via di principio possibile anche in questo caso ai sensi dell'art. 25, par. 3, nn. 1 e 2 CE-FGV in combinato disposto con l'articolo 48 della Legge sul procedimento amministrativo”. Inoltre, “in base a tali regolamenti, la KBA può revocare in tutto o in parte un'omologazione illegale, soprattutto se viene accertato che i veicoli con un certificato di conformità non corrispondono al tipo omologato o che i veicoli rappresentano un rischio significativo per la sicurezza stradale, sicurezza pubblica, salute o ambiente”, e a ciò non osta l'affidamento della parte, che aveva ottenuto l'omologazione “durch arglistige Täuschung”, e, cioè, con quello che la Corte chiama un inganno fraudolento. In ultimo, la Corte ha osservato: “quali possibili misure – anche limitate nel tempo e nel luogo - le autorità avrebbero adottato nel caso in cui fosse stato scoperto l'uso dell'impianto di manipolazione inammissibile non poteva essere previsto in anticipo alla luce dell'inganno fraudolento avvenuto, dell'elevato numero di veicoli coinvolti, che nel loro insieme hanno causato notevoli danni aumento delle emissioni di ossidi di azoto, e

dell'imprevedibile quadro normativo di riferimento". Ora, anche in tal caso non rilevano le qualificazioni del Bundesgerichtshof (che, come già spiegato, dipendono dal sistema giuridico di riferimento e che non sono, quindi, fatte proprie dal Collegio), ma la disamina condotta sugli aspetti giuridici relativi alla possibilità di revoca dell'omologazione, che, secondo quanto esposto dalla Corte, il KBA avrebbe, comunque, potuto assumere. Inoltre, è lo stesso organo giurisdizionale tedesco a ritenere l'omessa revoca dell'omologazione dato non rilevante nella vicenda, in quanto ciò che importa è l'aspetto sostanziale, costituito dalla non rispondenza di quella omologazione al tipo approvato e, quindi, alla illegittimità di tale omologazione. Del resto, l'adozione di una misura più mite rispetto alla revoca dell'omologazione o al divieto di circolazione è questione rimessa al KBA e non sindacabile ma neppure rilevante per questo Giudice, per il quale è sufficiente il dato sostanziale della discrasia tra l'omologazione concessa e i dati del reale successivamente accertati.

11.5. Parimenti infondata è la censura con la quale le appellanti hanno stigmatizzato quanto affermato dal Giudice di primo grado, secondo cui se era vero che dopo l'intervento di sostituzione del software i consumatori avevano ottenuto un bene conforme, andava, comunque, considerato che il consumatore avrebbe potuto non acquistare il bene se avesse saputo della necessità del richiamo del veicolo. Secondo le appellanti il T.A.R. avrebbe predicato, in tal modo, un'omissione informativa, che era stata ipotizzata nell'atto di avvio del procedimento dell'Autorità, ma poi esclusa dal provvedimento impugnato.

11.5.1. Osserva il Collegio che la questione relativa all'ipotetico comportamento del consumatore è priva di rilievo atteso che, come spiegato in apertura della presente sezione, la previsione di cui all'art. 23, comma 1, lett. d), del Codice del Consumo (riproduttiva di omologa regola inserita nell'allegato I della Direttiva 2005/29/CE) non richiede la verifica dell'idoneità della pratica a falsare il comportamento del

consumatore medio. Non ha rilievo, quindi, cosa il consumatore avrebbe, in ipotesi, deciso di fare se avesse saputo dell'installazione di un meccanismo illecito, trattandosi di un aspetto non rilevante per l'integrazione della fattispecie di riferimento. Inoltre, la dedotta osservanza della prescrizione di cui all'art. 37 della Direttiva 46/2007/CE (che obbliga a fornire all'utente/consumatore solo le informazioni tecniche approvate dall'autorità di omologazione) è affermazione che non tiene conto della non veridicità dei dati in ragione della manipolazione del sistema e, quindi, della sottoposizione del veicolo ad una procedura di omologazione la cui serietà e affidabilità è stata, come già evidenziato, falsata. Per questa ragione non è neppure conferente il richiamo all'ordinanza del Tribunale di Venezia (doc. n. 3 del fascicolo delle appellanti), della quale le Società del gruppo Volkswagen hanno, del resto, menzionato un segmento che il Giudice ha inserito, in realtà, nella parte di ricostruzione in fatto della vicenda (v. f. 5 del provvedimento), e che è, quindi, privo di rilevanza neppure sotto il profilo dell'accertamento ivi effettuato.

11.6. Le appellanti hanno, inoltre, dedotto che non sarebbe stata chiarita la rilevanza del certificato di conformità in quanto documento destinato al M.I.T. e non al consumatore, né le ragioni della non veridicità dell'affermazione ivi contenuta, secondo cui il veicolo sarebbe stato “conforme sotto tutti gli aspetti al tipo descritto nell'omologazione”.

11.6.1. Le censure sono infondate. Le dichiarazioni contenute nel certificato di conformità hanno come termine di riferimento il tipo descritto in una procedura di omologazione che, come accertato, è risultata falsata dal sistema installato sui veicoli. Di conseguenza, l'esito non veritiero della procedura di omologazione falsa anche i certificati di conformità che riguardano la corrispondenza ad un tipo comunque non conforme al reale. Ipotizzare un diaframma tra omologazione e certificato di conformità tale per cui la prima sarebbe invalida (per le ragioni spiegate dal KBA) e il secondo scevro da vizi perché, comunque, attestante la conformità ai dati

dell'omologazione risulta un'operazione scorretta sia sul piano logico che su quello tecnico. Se i dati riportati nell'omologazione erano stati alterati dal sistema "ERG", allora anche la stessa dichiarazione presentata, successivamente, al M.I.T. risultava affetta dai medesimi vizi che si sostanziano in una rappresentazione non veritiera delle caratteristiche del veicolo in esame.

11.6.2. Lo conferma anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo la quale "l'illiceità di un impianto di manipolazione di cui è munito un veicolo a motore, scoperta dopo l'omologazione CE per tale veicolo, può rimettere in discussione la validità di tale omologazione e, per estensione, quella del certificato di conformità che doveva certificare che tale veicolo, appartenente alla serie del tipo omologato, soddisfaceva tutti gli atti regolamentari al momento della sua produzione" (Corte di Giustizia dell'Unione europea, 21 marzo 2023, causa C-100/21).

11.6.3. Questa affermazione risulta particolarmente rilevante in quanto resa in un giudizio nel quale la Corte ha esaminato i riflessi sulla posizione del singolo consumatore, affermando che l'art. 18, paragrafo 1, l'articolo 26, paragrafo 1, e l'articolo 46 della direttiva 2007/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 settembre 2007, che istituisce un quadro per l'omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli (direttiva quadro), come modificata dal regolamento (CE) n. 385/2009 della Commissione, del 7 maggio 2009, in combinato disposto con l'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 715/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2007, relativo all'omologazione dei veicoli a motore riguardo alle emissioni dai veicoli passeggeri e commerciali leggeri (Euro 5 ed Euro 6) e all'ottenimento di informazioni sulla riparazione e la manutenzione del veicolo, devono essere interpretati nel senso che essi tutelano, oltre agli interessi generali (sottolineatura del Collegio), gli interessi particolari del singolo acquirente di un

veicolo a motore nei confronti del costruttore di quest'ultimo qualora tale veicolo sia munito di un impianto di manipolazione vietato, ai sensi di quest'ultima disposizione. La portata della decisione rilevante per questo segmento della presente sentenza risiede, quindi, nella pluridirezionalità delle regole in materia di omologazione e certificazione che non si esauriscono nel rapporto tra il costruttore e Autorità competenti ma sono funzionali a verifiche di sicurezza e di protezione dell'ambiente che riguardano, quindi, tanto la collettività quanto il consumatore (ponendosi tali regole - come statuito dalla Corte - anche a fondamento della richiesta di risarcimento del danno formulata dal singolo consumatore). Posta questa premessa, ne è, con ogni evidenza, necessario corollario l'affermazione di rilevanza delle certificazioni non conformi al vero per i consumatori complessivamente considerati, i quali hanno acquistato un veicolo postulando – sia per l'affidabilità della Società alla quale si è fatto in precedenza cenno che per i plurimi “green claims” veicolati – il rispetto delle regole sull'omologazione.

11.7. Le appellanti hanno, inoltre, richiamato un passaggio della motivazione del Tribunale di Ravenna, nella quale il Giudice ha evidenziato quanto segue: “Ebbene, all'esito delle verifiche eseguite sul funzionamento del sistema EGR installato sugli autoveicoli equipaggiati con motori diesel EA 189 Euro 5 commercializzati in Europa, nessuna delle autorità investite (secondo la rispettiva competenza esclusiva ex normativa europea) della questione inerente le emissioni di NOx ha disposto la revoca di alcuna delle omologazioni dei motori diesel EA 189 né l'applicazione di restrizioni all'utilizzo degli autoveicoli né alcuna revisione della classe di appartenenza. Ancora, nessuna delle competenti autorità di omologazione ha inoltre accertato l'esistenza di eventuali difformità dei valori delle emissioni di NOx prodotte dagli autoveicoli de quibus rispetto a quelli certificati in sede di omologazione, nè ha tanto meno ritenuto che il funzionamento del sistema EGR comportasse alcun rischio per la sicurezza degli autoveicoli equipaggiati con motori

diesel EA 189 Euro 5. In particolare, il Ministero dell'Industria spagnolo non ha rilevato alcuna violazione dei limiti di emissione stabiliti dalla normativa comunitaria per l'omologazione né ha revocato l'omologazione rilasciata per gli autoveicoli a marchio Seat corrispondenti a quello di proprietà dell'attore né ha imposto restrizioni alla loro circolazione o modifiche della loro classe di appartenenza, così confermando che gli stessi presentano tutte le caratteristiche idonee a soddisfare i bisogni dell'acquirente e a servire all'uso al quale sono destinati".

11.7.1. Osserva il Collegio come rispetto a tale pronuncia valgano, in primo luogo, le considerazioni già esposte nella precedente sezione, alle quali, pertanto, si rinvia.

11.7.2. Inoltre, si evidenzia come il tema della mancata revoca delle autorizzazioni, evocato anche da giurisprudenza straniera (cfr., di recente, Cour d'appel de Bordeaux, 9 novembre 2023, 22/05651, secondo la quale: "il n'est pas démontré ni même allégué que cette homologation aurait été retirée. De même n'apparaît-il pas qu'une menace quelconque de retrait d'homologation aurait plané sur le modèle du véhicule en question"), non sia rilevante, atteso che, come esposto richiamando anche l'opinione del Bundesgerichtshof, la precedente omologazione è stata, comunque sottoposta ad integrazioni da parte del KBA, adottando, quindi, una misura funzionale ad ottenere la reale conformità dei veicoli. Di conseguenza, il dato centrale non è costituito dalla perdurante valenza formale dell'omologazione ma dalle integrazioni sostanziali che sono state richieste dall'Autorità competente e che, come già spiegato, postulano la non conformità della precedente omologazione.

11.7.3. In secondo luogo, le difformità nei valori di emissioni è stata accertata dalla Environmental Protection Agency degli U.S.A., e, come affermato, è il necessario presupposto logico e giuridico del provvedimento del KBA nella parte in cui ha imposto dei requisiti integrativi a posteriori all'originaria omologazione. Inoltre, la tesi di Volkswagen si sostanzia nel negare che tale dispositivo di manipolazione

avesse avuto l'effettiva capacità di alterare i dati delle emissioni, ma questa tesi risulta priva di credibilità considerato che:

i) non è stata affermato il carattere inoffensivo del dispositivo dinanzi all'organo competente ne è stata formulata un'istanza di riesame delle decisioni assunte che, come spiegato, avevano come presupposto logico e tecnico la capacità di alterazione di tale dispositivo;

ii) gli stessi comunicati di Volkswagen avevano fatto riferimento ad una “noticeable deviation between bench test results and actual road use was established solely for this type of engine”;

iii) i successivi comunicati stampa del 3 novembre 2015 avevano ancora fatto riferimento ad irregolarità nella determinazione dei valori delle emissioni di CO₂ per l'omologazione dei veicoli e, inoltre, era stata diffusa una lista di veicoli i cui consumi e le cui emissioni sarebbero state superiore ai valori dichiarati in sede di omologazione (par. 7 del provvedimento);

iv) l'inoffensività del dispositivo risulta smentita da recente giurisprudenza civile la quale, occupandosi di una controversia risarcitoria, ha, comunque, affermato quanto segue: “l'accordo stragiudiziale raggiunto nella Repubblica federale di Germania, con cui sono stati riconosciuti indennizzi rapportati al valore dei veicoli, non inferiori a 600 milioni di euro, non è logicamente spiegabile partendo dal presupposto di un comportamento inoffensivo della casa automobilistica rispetto al singolo consumatore. Così come è inverosimile che il defeat device non condizionasse il livello di emissioni nocive di NO_x, non è parimenti verosimile che VW AG abbia accettato una transazione comportante un ingente impegno economico a fronte d'inesistenti pregiudizi per gli acquirenti” (Corte d'Appello di Venezia, 16 novembre 2023, n. 2341).

11.7.4. In ultimo, in relazione alla decisione del Ministro dell'Industria spagnolo (evocata dal Tribunale di Ravenna) il Collegio osserva come la sentenza non abbia,

invero, indicato gli estremi del provvedimento e, quindi, non vi sono elementi per verificare se si tratti di documento in atti e quale sia il relativo contenuto. Laddove si trattasse del documento n. 12 delle appellanti, è agevole notare come questo provvedimento si collochi nella medesima direzione già tracciata dal KBA, autorizzando le modificazioni necessarie per integrare l'omologazione e, quindi, non smentica ma, al contrario, confermi, sin qui è stato esposto.

11.8. Le considerazioni articolate consentono di respingere le ulteriori censure delle appellanti. Osserva, infatti, il Collegio che:

i) l'ingannevolezza del messaggio contenuto in una pubblicità di una vettura del marchio "Skoda" è solo un tassello della già decretata pratica ingannevole complessiva accertata dall'Autorità con provvedimento in parte qua condiviso dal Collegio, con la conseguenza che, affermata l'integrazione della fattispecie di cui all'art. 23, comma 2, lett. d), del Codice del Consumo in considerazione dei generali "green claims" di Volkswagen, ciò vale, a fortiori, ove il messaggio di conformità alla normativa vigente sia stato così chiaro e univoco come nel caso di Skoda (ff. 27-28 del ricorso in appello);

ii) la necessità di dimostrare l'incidenza della pratica commerciale scorretta in esame sul comportamento del consumatore è già stata esclusa dal Collegio, con argomentazioni alle quali si rinvia evitando inutili duplicazioni (f. 28 del ricorso in appello);

iii) alcun rilievo assume la dedotta applicazione dei rimedi di cui all'art. 130 del Codice del Consumo che riguarda azioni dirette a ripristinare il danno arrecato ad un singolo consumatore e non incide, quindi, sul potere di accertare una pratica commerciale ingannevole da parte dell'Autorità pubblica a tal fine deputata.

11.9. In definitiva, anche il secondo motivo di ricorso in appello deve essere respinto in quanto infondato.

E. SUL TERZO MOTIVO DI RICORSO IN APPELLO: LA QUALIFICAZIONE DELLA CONDOTTA QUALE PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA EX ART. 21, COMMA 1, LETT B), DEL CODICE DEL CONSUMO.

12. Con il terzo motivo le appellanti hanno dedotto l'erroneità del capo di sentenza con il quale il T.A.R. ha respinto il terzo motivo del ricorso introduttivo, relativo all'applicazione nel caso di specie della previsione di cui all'art. 21, comma 1, lett. b), del Codice del Consumo. Le motivazioni del Giudice di primo grado sul motivo sono già state illustrate al precedente punto 11.1 della presente sentenza, a cui, pertanto, si rinvia.

12.1. Prima di esaminare le censure delle appellanti si evidenzia come la previsione di cui all'art. 21, comma 1, lett. b), del Codice del Consumo, considera “ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso” ove le informazioni siano relative alle “caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto”.

12.2. In relazione alla decretata sussunzione della pratica posta in essere da Volkswagen nella fattispecie tratteggiata al precedente punto, le appellanti hanno evidenziato, in primo luogo, l'erroneità della sentenza di primo grado che avrebbe

riconosciuto come Volkswagen non avesse diffuso messaggi pubblicitari che facevano riferimento alle emissioni NOx o agli effetti derivanti dalla presenza del “sistema EGR”, ma avrebbe, altresì, ritenuto la circostanza non rilevante stante la necessità di assicurare – sin dal primo contatto con il consumatore - una corretta e trasparente informazione sul prodotto; pertanto, la somministrazione di solo alcune delle informazioni essenziali sarebbe suscettibile di integrare una pratica commerciale scorretta. Le appellanti hanno dedotto come una simile configurazione della pratica dovesse, invero, integrare la previsione di cui all’art. 22 del Codice del Consumo e non la regola indicata dall’Autorità, trattandosi di una omissione informativa.

12.2.1. Le censure non sono condivisibili per due ordini di ragione.

12.2.2. In primo luogo, il segmento della sentenza del T.A.R. riportato dalle appellanti si riferisce ad una considerazione più ampia che il Giudice di primo grado ha svolto, osservando quanto segue: “Il fatto che tali messaggi non contengano espliciti richiami alle emissioni NOx o agli effetti dati dalla presenza del vietato “sistema EGR” non appare dirimente, in considerazione della rilevanza che può assumere, nel settore della vendita degli autoveicoli, la presentazione del modello con le modalità che sono oggetto di esame istruttorio e con la natura “scorretta e grave” della medesima: la gravità della condotta contestata risiede, nel caso di specie, nella possibilità che una tale pratica commerciale si diffonda nell’ambito di un settore merceologico che tocca una vastissima platea di consumatori e che fa del rispetto ambientale in generale un punto di distinzione dalla concorrenza”. In sostanza, il T.A.R. ha stigmatizzato la possibilità di pubblicizzarsi come rispettosi delle esigenze ambientali veicoli nei quali sia stato, però, installato un meccanismo come quello contestato a Volkswagen; ipotesi, invero, non remota, come conferma la copiosa giurisprudenza – anche straniera - in materia (cfr., ex aliis, la sentenza del Tribunale amministrativo dello Schleswig-Holstein, sez. III, 20 febbraio 2023, in proc. n. 3 A

113/18, relativa ad altro marchio automobilistico, con numerosi richiami ad altra giurisprudenza). Nel contesto di questa riflessione il T.A.R. ha inserito, poi, le proposizioni contestate dalle appellanti sugli obblighi di informazione completa e trasparente sin dal primo contatto; affermazioni che sono state, quindi, riferite al caso di specie solo per enfatizzare la gravità della condotta, senza costituire elementi costitutivi dell'illecito concretamente contestato.

12.2.3. In secondo luogo, occorre, comunque, evidenziare come il T.A.R. abbia ritenuto non “dirimente” la mancata indicazione delle emissioni NOx o degli effetti dati dalla presenza del sistema “EGR”, ma tale affermazione deve essere, correttamente, letta nel suo riferimento ad una menzione esplicita, che, tuttavia, non significa estranea ai contenuti dei messaggi. Il Collegio ha, infatti, già chiarito – con argomentazioni che, in filigrana, si rinvengono anche in questo segmento della sentenza di primo grado – come i plurimi “green claims” del gruppo Volkswagen non potevano non considerarsi comprensivi anche del rispetto delle regole previste per l'omologazione del veicolo, e, quindi, dei livelli di emissione NOx, che sono parte della verifica di idoneità dello stesso alla salvaguardia delle esigenze ambientali. In sostanza, ove il costruttore effettui la promozione del veicolo realizzato quale mezzo con determinate caratteristiche attente alle esigenze dell'ambiente, non può ritenersi che tale dichiarazione non ricomprenda anche la regolarità delle procedure che attestano tali requisiti, e, quindi, è da ritenersi ingannevole un messaggio che contrasti con la condotta posta in essere, consistente, come spiegato, nell'aver installato un sistema nella centralina di controllo del motore che ha inciso sul funzionamento di controllo delle emissioni riducendone l'efficacia.

12.2.4. Questo aspetto deve essere ulteriormente approfondito, verificando i messaggi in questione e misurandone il carattere ingannevole alla luce della condotta sopra descritta.

12.2.5. Sul punto la disamina dell’Autorità ha preso l’abbrivio da una considerazione generale, non contestata dalle appellanti, né, invero, contestabile trattandosi di un fatto notorio (inteso come un “fatto conosciuto da un uomo di media cultura, in un dato tempo e luogo”; Cassazione civile, sez. III, 15 febbraio 2024, n. 4182), essendo dato acquisibile dalla comune osservazione dei messaggi pubblicitari dei produttori di auto. L’Autorità ha osservato quanto segue: “occorre tener presente che i cosiddetti claims ambientali o verdi (detti anche green claims o environmental claims), diretti a suggerire o, comunque, a lasciar intendere o anche solo a evocare il minore o ridotto impatto ambientale del prodotto o servizio offerto, sono diventati un importante strumento pubblicitario in grado di orientare significativamente le scelte di acquisto dei consumatori, sulla base della loro accresciuta sensibilità verso tali tematiche” (par. 87 del provvedimento). L’Autorità ha, quindi, fatto riferimento agli orientamenti emersi in sede internazionale (e, in particolare, al documento “Compliance Criteria on Environmental Claims”, alle Linee Guida sull’applicazione della Direttiva sulle Pratiche Commerciali scorrette, così come aggiornate e pubblicate in data 25 maggio 2016, e al “Consumer market study on environmental claims for non-food products” della Commissione europea, Justice and Consumers, July 2014; v. nota 54 del provvedimento), e, sulla base di questi, ha affermato di ritenere che sia “onere informativo minimo imprescindibile a carico dei professionisti che intendono utilizzare tali vantì nelle proprie politiche di marketing, quello di presentarli in modo chiaro, veritiero, accurato, non ambiguo né ingannevole” (richiamando, sul punto, i documenti della Commissione della Camera di commercio internazionale, “Framework for responsible environmental marketing communication”, luglio 2011 e “Code consolidé sur le pratiques de publicité et de communication commerciale”, capitolo “E” relativo alle “Allégations environnementales dans la communication commerciale”, e il documento

dell'O.C.S.E. “Environmental claims. Finding and conclusions of the OECD Committee on Consumer Policy”, marzo 2011; nota n. 55 del provvedimento).

12.2.6. Operata tale premessa, l'Autorità ha evidenziato come per i principali marchi del Gruppo Volkswagen, era stata proposta una linea di modelli che, per denominazione e caratteristiche pubblicizzate, era stata presentata ai consumatori come particolarmente eco-compatibile. L'Autorità ha fatto riferimento ai modelli “Volkswagen” e “Volkswagen veicoli commerciali” della linea Bluemotion Technology, ai modelli “Skoda” della linea GreenLine, ai modelli “Seat” della linea Ecomotive ed ai modelli Audi con motorizzazione TDI Clean diesel. In particolare, l'Autorità ha accertato che:

- i) nei cataloghi Audi delle autovetture A1, A3 e A4 diffuse negli anni 2013 e 2014 era presente uno specifico paragrafo intitolato “Responsabilità ambientale”, dove si leggeva: “la responsabilità ambientale è uno dei capisaldi della strategia di Audi”;
- ii) nei cataloghi Volkswagen Golf 2010, 2011, 2012, vi era una specifica pagina dal titolo “Golf BlueMotion: la Golf più ecologica di tutti i tempi”, e, in un riquadro accanto si leggeva: “La scritta “BlueMotion” sulla parte posteriore della vettura e sulla griglia del radiatore trasmette un messaggio molto chiaro: l'automobilista che ha optato per questa vettura pensa in modo responsabile ed ecologico”;
- iii) nei cataloghi Volkswagen Polo 2011, 2012, vi era una specifica pagina intitolata “Polo BlueMotion”, e, in un riquadro, si leggeva: “La scritta “BlueMotion” sul portellone e sulla griglia del radiatore indica che si tratta di una vettura al cui conducente la tutela dell'ambiente e una guida sostenibile stanno veramente a cuore”;
- iv) nel catalogo dell'autovettura Skoda Rapid Spaceback edizione giugno 2015 a pag. 28 si leggeva: “Tra gli obiettivi più importanti di SKODA vi sono lo sviluppo e la realizzazione di prodotti quanto più possibile rispettosi dell'ambiente in ogni singola fase del loro ciclo di vita [...]. La nostra strategia aziendale sposa la filosofia della

riduzione dei consumi e delle emissioni, e le motorizzazioni della nostra gamma ottemperano alle normative vigenti in materia [...] Il contributo di SKODA mira a preservare un ambiente naturale pulito, garantendo al contempo mobilità e comfort ai propri clienti. Il logo verde di SKODA esprime la consapevolezza della casa automobilistica di potersi sviluppare in maniera sostenibile, agendo responsabilmente nei confronti dell'ambiente e facendo tutto il possibile per muoversi in questa direzione, con un profondo rispetto per la vita e per la natura”;

v) nel catalogo Skoda Roomster, edizione gennaio 2010, a pag. 31, sotto il titolo “Skoda Roomster e l’ambiente” si leggeva: “Skoda Auto considera lo sviluppo e la produzione di prodotti ecologici come una delle priorità più importanti durante tutte le fasi della vita di un prodotto [...] Il risultato di tutte queste misure è che Skoda Roomster non si limita a soddisfare tutti i requisiti in termini di tecnica, sicurezza e qualità, ma anche nel campo della salvaguardia dell'ambiente. Skoda Auto contribuisce quindi a preservare un ambiente pulito e sano garantendo al contempo la mobilità e la soddisfazione dei clienti”;

vi) nei cataloghi dell’autovettura Seat Ibiza 2012, 2013 e 2014 e febbraio 2015, vi era una specifica pagina intitolata “Bella, pulita, divertente e sicura” dove si leggeva: “Ibiza non è soltanto un'auto molto divertente, è anche un'auto responsabile. [...]. Questi motori combinano alla perfezione sportività ed efficienza: puoi quindi amare la strada e amare il pianeta allo stesso tempo” (par. 39 del provvedimento; note 26-31, con rinvio ai documenti istruttori).

12.2.7. Ora, alla luce di questi messaggi, è, certamente da condividere l’assunto dell’Autorità secondo la quale “la ragionevole decodifica operata dai consumatori è di trovarsi di fronte ad un produttore di autoveicoli che fa della tutela dell’ambiente uno dei suoi principali obiettivi, e verso la quale, nella consapevolezza di una particolare responsabilità sociale, è orientata la propria strategia produttiva”. Prendendo come parametro il consumatore medio è, infatti, innegabile come lo

stesso possa ritenere ragionevolmente da questi messaggi di acquistare un prodotto particolarmente attento alle esigenze ambientali. Nei cataloghi indicati alle lettere ii) e iii) del precedente punto, è lo stesso consumatore il protagonista del messaggio pubblicitario, con una tecnica comunicativa che, chiaramente, mira ad orientare la decisione commerciale dei soggetti più attenti alle esigenze ambientali.

12.2.8. Questa vocazione ambientale del produttore risulta, tuttavia, in contrasto con il dato accertato dall’Autorità (e confermato dalla presente sentenza), e, cioè, con l’installazione di un impianto di manipolazione illecito perché contrario alle specifiche regole in tema di omologazione – che, come già spiegato, sono funzionali alla sicurezza e alla protezione ambientale – e, altresì, capace di alterare i livelli di emissioni, come evidenziato nella disamina del secondo motivo di ricorso in appello.

12.3. L’aspetto indicato nel punto precedente è l’esclusivo e decisivo elemento di contrasto con i “claims” ambientali di Volkswagen, la cui generale politica commerciale e industriale attenta all’ambiente non è stata messa in discussione dall’Autorità e, non è, quindi, oggetto del presente giudizio. Al contrario, proprio quest’attenzione – diffusamente rivendicata da Volkswagen ai fogli 29 e 30 del ricorso in appello – lungi dal costituire una smentita dell’accertamento dell’Autorità, offre conferma al dato dal quale la stessa ha preso l’abbrivio, ed ossia la sussistenza di una sensibilità ambientale del produttore che contrasta, però, con quanto lo stesso ha posto in essere, installando il sistema di manipolazione illecito, con le conseguenze sopra descritte.

12.4. Parimenti infondate sono le ulteriori deduzioni delle appellanti, secondo le quali l’Autorità avrebbe dovuto dimostrare che:

i) in assenza del sistema “ERG”, il livello di emissioni su strada sarebbe stato differente da quello che si determina con l’asserito impianto di manipolazione;

ii) gli eventuali accertati maggiori livelli di emissione NO_x assicurati nella modalità EGR 0 sarebbero stati più nocivi per l'ambiente rispetto alla corrispondente minore emissione di particolato che si determina necessariamente.

12.4.1. Osserva il Collegio come:

i) la prima deduzione non coglie nel segno, in quanto ciò che viene contestato non è il comportamento su strada del veicolo ma la presentazione al consumatore medio di auto prodotte con peculiare attenzione ai valori ambientali ma munite dell'impianto di manipolazione descritto, e, quindi, disallineate dalla vocazione ecologica che gli si è attribuita;

ii) la seconda deduzione riguarda il danno all'ambiente e, quindi, un oggetto diverso dall'illecito consumeristico contestato che, se prescinde dalla prova del danno al consumatore, necessariamente vede estraneo da sé il pregiudizio all'ambiente.

12.4.2. Quest'ultima considerazione rende non rilevante il decreto di archiviazione emesso dal G.I.P. presso il Tribunale di Roma (richiamato al f. 31 del ricorso in appello), con il quale il Giudice penale ha affermato l'insussistenza di elementi per configurare il reato di inquinamento ambientale che, come esposto, è bene giuridico diverso da quello oggetto della fattispecie di riferimento per il presente giudizio.

12.5. Le appellanti hanno, inoltre, dedotto la sussistenza di un elemento di contraddittorietà della sentenza nella parte in cui non ha stigmatizzato la mancata contestazione dell'illecito nei confronti dei professionisti (per i veicoli commerciali) ex art. 3, comma 1, lett. a), del D.Lgs. n. 145/2017, che, secondo Volkswagen, avrebbe dimostrato la non rilevanza dell'installazione del Sistema "EGR" vietato sulle scelte degli acquirenti, stante i comuni elementi costitutivi delle due fattispecie.

12.5.1. Osserva il Collegio come sia il diverso soggetto "passivo" delle due fattispecie a determinarne l'eterogeneità, disvelando la mancanza di contraddizioni nell'operato dell'Autorità: la prima fattispecie riguarda, infatti, il consumatore medio, che rileva non solo per la determinazione del perimetro soggettivo di operatività della norma

ma anche in quanto metro sul quale misurare il carattere ingannevole della condotta; la seconda riguarda, invece, un soggetto che il legislatore presume munito di maggiori conoscenze e competenze e, come tale, maggiormente in grado di cogliere l'eventuale non veridicità di un messaggio pubblicitario, e/o, comunque, di operare accertamenti sul punto. La decisione dell'Autorità ha, quindi, specifico fondamento sia normativo che razionale ed economico ed è, quindi, esente dal vizio prospettato.

12.6. Le appellanti hanno, inoltre, dedotto l'omesso esame da parte del T.A.R. della mancata dimostrazione da parte dell'A.G.C.M. del rilievo del profilo ambientale nelle scelte del consumatore italiano, che sarebbe stata smentita:

i) dall'analisi di mercato di cui al documento n. 33, nella quale si era accertato che l'impatto sull'ambiente era collocato al decimo posto della graduatoria dei criteri di scelta;

ii) dall'elaborazione di Volkswagen Financial Service, nella quale il "ridotto impatto ambientale" era stato collocato al quarantesimo posto dei criteri di scelta degli acquirenti vetture del marchio "Seat" e al quarantacinquesimo degli acquirenti di vetture del marchio "Audi";

iii) dalle considerazioni della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Gorizia, secondo la quale le reali motivazioni che avevano spinto il consumatore all'acquisto erano rappresentate da "affidabilità", "consumi contenuti", possesso della categoria "Euro 5" al fine di poter circolare in centro città, mentre non vi erano riferimenti alle emissioni del mezzo;

iv) dal rilievo preminente del risparmio di consumo di carburante per l'acquirente di un veicolo alimentato a diesel.

12.6.1. Le deduzioni sono prive di fondamento essendo dirimente osservare come la condotta ingannevole sia stata affermata in relazioni ai "claims" ambientali della stessa Volkswagen, con la conseguenza che una disamina come quella effettuata non è da considerarsi rilevante, essendo stata diversa la concreta strategia pubblicitaria

attuata dalla casa automobilistica e presa in considerazione dell’Autorità. La valenza dei “claims” ambientali è stata, comunque, esaminata dall’Autorità anche con riferimento a documenti internazionali (v. supra punto 12.2.5 della presente sentenza), ed è suffragata da diffusi riferimenti contenuti nella memoria difensiva dell’A.G.C.M. del 15 novembre 2021 (v., in particolare, ff. 13-14). Inoltre, le analisi condotte da Volkswagen confermano, comunque, il rilievo dell’impatto ambientale, pur non collocandolo tra le prime ragioni di scelta del consumatore. In ultimo, la richiesta di archiviazione della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Gorizia è motivata in relazione al comportamento del singolo consumatore denunciante e non ha, quindi, valenza generale per le condotte del consumatore medio.

12.7. In definitiva, anche il terzo motivo di ricorso in appello deve respingersi in quanto infondato.

F. SUL QUARTO MOTIVO DI RICORSO IN APPELLO: IL RUOLO DI VOLKSWAGEN ITALIA.

13. Con il quarto motivo le appellanti hanno dedotto l’erroneità della sentenza nella parte in cui ha confermato la responsabilità anche di Volkswagen Italia.

13.1. Il T.A.R. ha respinto la speculare censura articolata in primo grado osservando che:

- i) Volkswagen Italia aveva, comunque, contribuito alle campagne promozionali e aveva beneficiato direttamente della vendita delle autovetture, con diretta incidenza nel suo fatturato;
- ii) la sanzione era stata irrogata in solido (senza distinzioni tra le condotte delle due Società), e tale responsabilità solidale era funzionale ad una maggior garanzia per il creditore.

13.2. Le appellanti hanno osservato, in primo luogo, come il provvedimento avesse imputato ad entrambe la pratica commerciale scorretta, sebbene avesse riconosciuto

come l'installazione del sistema vietato di ricircolo dei gas di scarico non potesse imputarsi al distributore. Le appellanti hanno, quindi, evidenziato come al distributore non potesse attribuirsi alcun ruolo nella produzione e del processo di omologazione, e come la decisione fosse contrastante con quanto accertato dalla Procura di Braunschweig, che aveva, chiaramente, affermato come anche i materiali pubblicitari fossero formati dalla casa madre.

13.3. Osserva il Collegio come la tesi delle appellanti non possa essere condivisa. L'Autorità ha preso in considerazione le condotte complessivamente rilevanti delle due Società, che – in termini differenti – hanno, comunque, concorso agli illeciti consumeristici accertati. Infatti, la casa madre tedesca ha installato il sistema vietato sulle vetture e predisposto le campagne promozionali, ma la Società italiana ha posto in essere, comunque, condotte rilevanti e decisive per il mercato e i consumatori italiani, avendo provveduto all'importazione e alla distribuzione del prodotto sul territorio nazionale dei veicoli a marchio Audi, Seat, Skoda, Volkswagen (realizzando, quindi, l'elemento di contatto necessario con il consumatore e con il mercato italiano) ed è stato, inoltre, la responsabile delle campagne di marketing e della diffusione in Italia del materiale promozionale contenente i vanti ambientali ingannevoli. Pertanto, nella prospettiva del “public enforcement”, questi elementi sono decisivi e dirimenti per affermare il coinvolgimento di Volkswagen Italia, e non rilevano differenti conclusioni raggiunte del diverso settore della responsabilità del produttore e del distributore (cfr., ad esempio, Cassazione civile, Sez. III, 14 ottobre 2021, n. 28037). Inoltre, queste condotte materiali rilevanti per il mercato italiano deprivano di importanza in parte qua l'ordinanza ingiunzione della Procura di Braunschweig, che, come si evidenzierà analiticamente nella disamina del quinto motivo, non ha valutato anche la condotta della Società italiana (neppure parte, del resto, di quel procedimento). Parimenti non rilevante è la pronuncia del Tribunale civile di Venezia che ha deciso una controversia civile – e, quindi, è estranea al

“public enforcement” – e si è fondata, comunque, sulla mancanza di puntuali deduzioni sul ruolo Volkswagen Italia, e, quindi, su un deficit della prospettazione della parte attrice di quel giudizio.

13.4. Parimenti infondate sono le deduzioni relative alla mancanza di elemento soggettivo. Come evidenziato dalla giurisprudenza “in tema di sanzioni amministrative, la L. n. 689 del 1981, art. 3 pone una presunzione di colpa a carico dell'autore del fatto vietato, riservando a questi l'onere di provare l'assenza di elemento soggettivo (Cass., Sez. 1, n. 2406 del 08/02/2016); in particolare, poiché il giudizio di colpevolezza non è ancorato al dato puramente psicologico, una volta integrata e provata dall'autorità amministrativa la fattispecie tipica dell'illecito, grava sul trasgressore, in virtù della presunzione di colpa posta dalla L. n. 689 del 1981, art. 3, l'onere di provare di aver agito in assenza di colpevolezza (Cass., Sez. Un., n. 20930 del 30/09/2009; Cass., Sez. 1, n. 4114 del 02/03/2016)” (Cassazione civile, Sez. II, 10 agosto 2023, n. 24386; Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 gennaio 2024, n. 525). Nel caso di specie, la Società ha contestato la sentenza di primo grado nella parte in cui ha fatto riferimento ai benefici economici derivanti dalla condotta e alla funzione della responsabilità solidale ma non ha, invece, dedotto circostanze atte a provare di aver agito in assenza di colpevolezza. Costatazione dirimente per decretare l'infondatezza del quarto motivo.

G. SUL QUINTO MOTIVO DI RICORSO IN APPELLO: LA VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM.

14. Con il quinto motivo le appellanti hanno dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto infondato il motivo di illegittimità sopravvenuto articolato con il ricorso per motivi aggiunti, e consistente nella violazione del principio del ne bis in idem - stante la portata dell'ordinanza-ingiunzione della Procura di Braunschweig – e nella non proporzionalità della sanzione complessivamente irrogata in ragione di quanto imposto dalla Procura tedesca.

14.1. La sentenza di primo grado ha respinto tali censure osservando che:

- i) secondo quanto riportato dalle Società del Gruppo Volkswagen il procedimento in Germania aveva ad oggetto la “manipolazione dei gas di scarico dei motori diesel del gruppo Volkswagen del tipo EA 189, nonché di veicoli con il motore EA 288 sul mercato statunitense, rispetto ai quali [era] emerso dalle indagini che le norme sulle emissioni [erano] state aggirate”;
- ii) è stata considerata, quindi, anche la manipolazione di veicoli venduti sul mercato statunitense, non oggetto dell’intervento dell’Autorità italiana;
- iii) oggetto della “ordinanza-ingiunzione” in questione era stata la diversa fattispecie – vigente solo in Germania - relativa alla carente supervisione sullo sviluppo e sull’installazione del “software” in questione;
- iv) la Corte di giustizia dell’Unione europea aveva chiarito che i diritti stabiliti dalla Carta dei Diritti Fondamentali UE si applicano nelle situazioni disciplinate dal diritto dell’Unione ma non al di fuori di esse e che spetta al giudice nazionale stabilire se si è al cospetto, o meno, di un “bis in idem”, valutando i procedimenti in questione, e avendo riguardo alle loro peculiarità;
- v) le diverse sanzioni subite da Volkswagen hanno finalità meramente complementari e non integralmente sovrapponibili, in quanto aventi ad oggetto qualificazioni diverse e la tutela di interessi distinti in relazione al medesimo comportamento costitutivo dell’infrazione; infatti, l’articolazione tedesca di Volkswagen era stata sanzionata in Germania sulla base esclusiva di una previsione nazionale sulla “responsabilità amministrativa” delle persone giuridiche – che non trova fondamento normativo nella disciplina dell’Unione – 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’A.G.C.M. in Italia, mediante un provvedimento di applicazione della

disciplina nazionale in materia di pratiche commerciali scorrette la cui “ratio” è di proteggere i consumatori dalla violazione dell’obbligo di diligenza da parte dei professionisti e dall’attuazione di condotte ingannevoli e/o aggressive, idonee ad incidere sulla capacità di autodeterminazione dei consumatori, questa sì di derivazione comunitaria;

vi) complementarietà e conseguente cumulo delle sanzioni sono espressamente previsti dall’art. 3, paragrafo 4, della Direttiva 2005/29/CE, che esclude l’applicazione della Direttiva stessa solo in presenza di altre norme dell’Unione che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali e solo laddove sia rilevabile la sussistenza di un “contrasto tra tali norme”; la stessa Corte di Giustizia dell’Unione europea aveva, infatti, evidenziato che le regole di concorrenza europee e quelle nazionali considerano le pratiche restrittive sotto aspetti diversi, e che, la tutela che il principio del ne bis in idem mira ad offrire contro la ripetizione dei procedimenti che conducono all’irrogazione di una condanna non è pertinente nell’ipotesi in cui, in una stessa decisione, sia data applicazione, parallelamente, al diritto nazionale della concorrenza e al diritto dell’Unione in materia di concorrenza;

vii) tutto ciò in disparte dalla considerazione per la quale non era stato indicato da Volkswagen come una pronuncia di un organo giurisdizionale di Stato estero, sia pure aderente all’Unione, potesse interferire su un provvedimento precedente di autorità amministrativa indipendente, tanto da vanificarne “ex tunc” l’efficacia, e non invece potesse essere la precedente sanzione amministrativa italiana a rendere inammissibile la pronuncia tedesca, posteriore nel tempo;

viii) non sussiste la violazione del principio di “proporzionalità”, derivante dalla sommatoria delle diverse sanzioni che hanno colpito Volkswagen, atteso che, distinguendosi i presupposti, devono distinguersi anche le entità delle sanzioni, rilevando peraltro quella “italiana” su una percentuale molto bassa del fatturato italiano (ma anche mondiale) di Volkswagen.

14.2. Le appellanti hanno dedotto plurimi censure in relazione a questo capo di sentenza e hanno, altresì, richiesto alla Sezione di rimettere alla Corte di Giustizia una domanda pregiudiziale sulle questioni indicate al punto VII del ricorso in appello (ff. 49-50).

14.3. Come anticipato nella sezione “A” della presente sentenza, con ordinanza n. 68/2022 la Sezione – premesso di ritenere prive di apprezzabili elementi di fondatezza le censure dedotte con i primi quattro motivi di ricorso in appello (v. punto 1.4) – ha formulato alla Corte di Giustizia dell’Unione europea i seguenti quesiti pregiudiziali:

i) 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;

ii) 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;

iii) se la disciplina di cui alla Direttiva 2005/29, con particolare riferimento agli articoli 3 paragrafo 4 e 13 paragrafo 2 lett. e), possa giustificare una deroga al divieto del “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.

14.4. Con sentenza del 14.9.2023, emessa a definizione della causa C-27/22, la Corte di Giustizia ha dichiarato che:

- i) l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che una sanzione amministrativa pecuniaria prevista dalla normativa nazionale, irrogata a una società dall'autorità nazionale competente in materia di tutela dei consumatori per pratiche commerciali sleali, benché sia qualificata come sanzione amministrativa dalla normativa nazionale, costituisce una sanzione penale, ai sensi di tale disposizione, quando persegue una finalità repressiva e presenta un elevato grado di severità;
- ii) il principio del ne bis in idem sancito all'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che consente il mantenimento di una sanzione pecuniaria di natura penale irrogata a una persona giuridica per pratiche commerciali sleali nel caso in cui tale persona abbia riportato una condanna penale per gli stessi fatti in un altro Stato membro, anche se detta condanna è successiva alla data della decisione che irroga tale sanzione pecuniaria ma è divenuta definitiva prima che la sentenza sul ricorso giurisdizionale proposto avverso tale decisione sia passata in giudicato;
- iii) l'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che esso autorizza la limitazione dell'applicazione del principio del ne bis in idem, sancito all'articolo 50 di tale Carta, in modo da consentire un cumulo di procedimenti o di sanzioni per gli stessi fatti, purché le condizioni previste all'articolo 52, paragrafo 1, di detta Carta, come precisate dalla giurisprudenza, siano soddisfatte, vale a dire qualora, in primo luogo, tale cumulo non rappresenti un onere eccessivo per l'interessato, in secondo luogo, esistano norme chiare e precise che consentano di prevedere quali atti e omissioni possano essere oggetto di cumulo e, in terzo luogo, i procedimenti di cui trattasi siano stati condotti in modo sufficientemente coordinato e ravvicinato nel tempo.

14.5. I motivi di appello delle appellanti devono essere valutati alla luce della pronuncia della Corte di Giustizia e delle indicazioni che la Corte ha fornito a questo Giudice ex art. 267 T.F.U.E.

G.1. SULL'APPLICAZIONE DELL'ART. 50 DELLA C.D.F.U.E.

15. La prima delle questioni da affrontare è relativa alla possibilità di ricondurre la sanzione irrogata dall'Autorità nazionale nell'alveo applicativo della previsione di cui all'art. 50, della Carta dei diritti fondamentali.

15.1. Sul punto, osserva il Collegio come la questione sia già stata sostanzialmente risolta in senso positivo dalla stessa sentenza della Corte di Giustizia (v. punti 43-55 della sentenza in esame).

15.2. Alla luce della statuizione della Corte di Giustizia deve affermarsi l'operatività della previsione anche ad un provvedimento come quello oggetto del presente giudizio. Infatti, tale provvedimento ha, anche, finalità punitiva e repressiva, sanzionando le due Società per la condotta illecita posta in essere. Sul punto, la Corte di Giustizia ha escluso che la sanzione di cui all'art. 27, comma 9, del Codice del Consumo, sia esclusivamente diretta a privare l'impresa dell'indebito vantaggio concorrenziale; tematica che, del resto, non è affrontata dal provvedimento dell'A.G.C.M. Inoltre, anche sul grado di severità la Corte ha affermato come una sanzione come quella di specie presenta un elevato grado di severità, e, ha, quindi, natura sostanzialmente penale.

G.2. SULLA SUSSISTENZA DEL PRESUPPOSTO DEL "BIS".

16. La seconda questione da esaminare riguarda la sussistenza di una decisione definitiva anteriore rispetto a quella adottata dall'Autorità. Sul punto, il Giudice di primo grado aveva escluso una preclusione per l'Autorità (che si sarebbe tradotta nella inefficacia del provvedimento), evidenziando come il provvedimento fosse intervenuto prima dell'ordinanza della Procura tedesca.

16.1. Di diverso avviso è stata, invece, la Corte di Giustizia, la quale ha affermato che, affinché si possa ritenere che una decisione giudiziaria abbia statuito in via definitiva sui fatti sottoposti ad un secondo procedimento, è necessario che tale decisione sia divenuta definitiva e sia stata pronunciata previa una valutazione nel merito della causa (sentenza del 22 marzo 2022, bpost, C117/20, EU:C:2022:202, punto 29) (punto 58 della sentenza). Secondo la Corte di Giustizia, se è vero che l'applicazione del principio del ne bis in idem presuppone l'esistenza di una precedente decisione definitiva, da ciò non consegue necessariamente che le decisioni successive alle quali osta detto principio possano essere solo quelle adottate dopo tale precedente decisione definitiva. Infatti, tale principio esclude che, qualora esista una decisione definitiva, possa essere avviato o proseguito un procedimento penale per gli stessi fatti (punto 59).

16.2. Inoltre, a parere della Corte, muovendo da un'idea del procedimento e del processo come un continuum:

- i) “dalle informazioni fornite dal giudice del rinvio risulta che la decisione tedesca è divenuta definitiva il 13 giugno 2018, vale a dire successivamente alla decisione controversa”;
- ii) pertanto, “se è vero che tale decisione non poteva essere invocata per opporsi, alla luce del principio del ne bis in idem, al procedimento condotto dall'A.G.C.M. e alla decisione controversa, fintantoché essa non fosse divenuta definitiva, la situazione è mutata allorché detta decisione (si intende quella tedesca) è divenuta definitiva in un momento in cui la decisione controversa non lo era ancora”;
- iii) contrariamente a quanto sostenuto dall'A.G.C.M. “il fatto che la decisione tedesca sia divenuta definitiva dopo che la VWAG ha pagato la sanzione pecuniaria prevista da tale decisione e ha rinunciato a contestarla non può mettere in discussione tale valutazione; infatti, il principio del ne bis in idem sancito dall'articolo 50 della Carta si applica dal momento in cui una decisione di natura

penale è divenuta definitiva, indipendentemente dal modo in cui tale decisione abbia acquisito carattere definitivo”;

iv) fermo restando le verifiche che la Corte ha rimesso a questo Giudice “sembra che detta decisione sia stata emessa a seguito di una valutazione relativa al merito del caso”.

16.3. Applicando al caso di specie i principi espressi dalla Corte di Giustizia deve dunque ritenersi antecedente l’ordinanza-ingiunzione della Procura di Braunschweig nella misura in cui, benché adottata dopo l’adozione del provvedimento dell’Autorità, non essendo stata impugnata è risultata definitiva prima che divenisse definitivo il provvedimento dell’Autorità, che invece era ancora sub iudice nel momento in cui Volkswagen ha rinunciato all’impugnazione dell’ordinanza-ingiunzione (13 giugno 2018). Osserva, comunque, il Collegio come sia innegabile come, nella sistematica della Corte di Giustizia, l’individuazione di quale decisione possa essere (o diventare) “bis” finisce per essere una variabile ogni volta dipendente, in una qualche misura, anche dalle scelte processuali di parte.

G.3. SUI RAPPORTI TRA LA DECISIONE DELLA PROCURA DI BRAUNSCHWEIG E LA DECISIONE DELL’A.G.C.M.: SCINDIBILITA’ DEI PROVVEDIMENTI ANTITRUST E DELIMITAZIONE DEGLI EFFETTI DEL NE BIS IN IDEM.

17. Affermata l’operatività della previsione di cui all’art. 50 della C.D.F.U.E. e decretata la prevalenza temporale della decisione della Procura di Braunschweig, occorre affrontare le tematiche di maggior rilievo per il presente giudizio, sulle quali si sono incentrate, del resto, le difese delle parti sia nelle memorie finali che all’udienza di discussione del 15 febbraio 2024, ove le parti si sono soffermate, in modo particolare, sul profilo relativo alla identità soggettiva e oggettiva dei due provvedimenti.

18. Prima di esaminare tali aspetti occorre, tuttavia, affrontare un tema che assume, comunque, notevole rilievo nei rapporti tra il “public enforcement” in materia di tutela dei consumatori e accertamenti giurisdizionali stranieri definitivi che, in ragione della pronuncia della Corte di Giustizia, possono risultare idonei a precludere l’attivazione, prosecuzione o conclusione di un procedimento dell’Autorità o persino, a decretare l’illegittimità sopravvenuta del provvedimento, se relativi ai medesimi soggetti e agli stessi fatti materiali. Tale tematica ha carattere di assoluta novità per la giurisprudenza di questo Consiglio ed esige un approfondimento – pur se non decisivo per la presente controversia – stante la particolare rilevanza del tema e gli interessi (anche di rilevanza costituzionale) che vengono in gioco.

18.1. Osserva il Collegio come tale questione sia già stata, invero, enunciata dall’ordinanza di rimessione della Sezione, seppur nella parte relativa ad una possibile revoca parziale del provvedimento dell’Autorità su istanza di Volkswagen. In sostanza, la Sezione ha rappresentato alla Corte di Giustizia le peculiarità del sistema sostanziale e processuale italiano (ossia di un modello di giudizio amministrativo, per lo più di derivazione francese - come di derivazione francese è peraltro anche il controllo giurisdizionale che la stessa Corte di giustizia esercita sugli atti degli organi dell’Unione ai sensi dell’art. 263 TFUE - nel quale il giudice è chiamato a valutare la legittimità dell’atto al momento della sua adozione e dove tendenzialmente l’eventuale illegittimità sopravvenuta non ne giustifica l’annullamento in giudizio ma semmai il riesame nella sede amministrativa), rappresentando che Volkswagen avrebbe potuto sollecitare all’A.G.C.M. l’avvio di un procedimento amministrativo di secondo grado, ovvero di riesame, richiedendo in particolare un provvedimento di (parziale) revoca di quello del 2016, motivando la propria richiesta proprio in nome del principio del ne bis in idem. Revoca che la Sezione ha ipotizzato soltanto parziale in quanto “ad essere comunque interessato

dal sopraggiungere della sanzione in Germania del 2018 non dovrebbe essere l'intero provvedimento" dell'Autorità ma solo quella parte [del dispositivo di esso: in particolare la lett. i)] in cui è contenuta la sanzione pecuniaria di natura "penale", mentre non sarebbe travolta la parte in cui si è accertato l'illecito e si è vietata la diffusione o continuazione dello stesso.

18.2. La questione che occorre affrontare in questa sede riguarda, come anticipato, il tema specifico connesso ai rapporti tra accertamenti dell'Autorità nell'ambito del "public enforcement" in materia di tutela dei consumatori e pronunce definitive di organi giurisdizionali stranieri. Sul punto, il Collegio condivide quanto esposto dalla Sezione (pur nella prospettiva di una possibile istanza di revoca, non formulata, tuttavia, dalla parte nelle more del presente giudizio) in ordine all'impossibilità di predicare la caducazione integrale di un provvedimento dell'Autorità o, prima ancora, la preclusione all'avvio o alla conclusione di un procedimento omologo a quello oggetto del giudizio in ragione di un provvedimento di un'autorità giurisdizionale straniera.

18.3. Deve, infatti, considerarsi come le risposte fornite dalla Corte di Giustizia in relazione al primo quesito sottoposto alla stessa muovano dalla natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa pecuniaria, con la conseguenza che il perimetro di applicazione dei principi affermati dalla Corte di Giustizia non può che riguardare gli aspetti propriamente sanzionatori dei provvedimenti dell'Autorità. I poteri conferiti dall'Autorità dall'art. 27 del Codice del Consumo non si esauriscono, tuttavia, nella sola irrogazione di una sanzione amministrativa, ma comprendono altresì: i) l'accertamento (che è l'attività conoscitiva necessaria per ogni misura prevista da tale disposizione); ii) l'inibizione e la rimozione degli effetti (comma 2), iii) la sospensione provvisoria della pratica commerciale scorretta (comma 3); iv) l'ordine, anche in via cautelare, ai fornitori di servizi di connettività alle reti internet, ai gestori di altre reti telematiche o di

telecomunicazione nonché agli operatori che in relazione ad esse forniscono servizi telematici o di telecomunicazione di rimuovere di iniziative o attività destinate ai consumatori italiani e diffuse attraverso le reti telematiche o di tele-comunicazione che integrano gli estremi di una pratica commerciale scorretta (comma 3-bis); v) l'ordine di fornire prove sull'esattezza dei dati di fatto; vi) l'ottenimento di un impegno a porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità (comma 7); vii) il divieto di diffusione o continuazione (comma 9).

18.4. Tali poteri non sfociano in un provvedimento di natura “sostanzialmente” penale e, quindi, risultano estranei all'ambito di applicazione del diritto sanzionatorio europeo, ivi compreso il principio del ne bis in idem che, come affermato dalla Corte di Giustizia, vieta “un cumulo tanto di procedimenti quanto di sanzioni aventi natura penale ai sensi di tale articolo per gli stessi fatti e nei confronti di una stessa persona” (Corte di Giustizia dell'Unione europea, 22 marzo 2022, causa C117/20, punto 24). L'estraneità di tali poteri all'ambito di applicazione del principio del ne bis in idem europeo comporta, quindi, che:

- i) qualora la decisione di un'Autorità giurisdizionale straniera divenga definitiva prima del provvedimento già adottato dall'A.G.C.M. ma non ancora definitivo in quanto sub iudice, l'applicazione – ove ne ricorrano i presupposti - del principio del ne bis in idem non potrà, comunque, invalidare le parti di tale provvedimento che costituiscono esercizio dei poteri sopra indicati o, comunque, di un potere diverso da quello sanzionatorio;
- ii) qualora una decisione definitiva di un'Autorità giurisdizionale straniera intervenga prima dell'avvio o della conclusione del procedimento dell'A.G.C.M., all'Autorità non dovrebbe essere, comunque, precluso né l'avvio o né la conclusione di tale procedimento per l'esercizio dei poteri sopra indicati o, comunque, di un potere diverso da quello sanzionatorio.

18.4.1. In relazione a quest'ultima ipotesi deve, ulteriormente osservarsi come il cumulo di procedimenti non possa ritenersi precluso proprio in quanto quello avviato dall'Autorità non è, soltanto, sanzionatorio ma eventualmente sanzionatorio, con la conseguenza che la preclusione derivante dal divieto non potrà interessare procedimenti o segmenti di un unico procedimento che non sono (più) finalizzati all'applicazione di una sanzione proprio perché questa preclusa, in ipotesi, dall'applicazione del principio del *ne bis in idem*.

18.5. L'interpretazione sopra esposta è ritenuta dal Collegio non solo conforme alle indicazioni specifiche della sentenza della Corte di Giustizia resa a seguito del rinvio pregiudiziale, ma anche imposta sia dai principi unionali che da quelli costituzionali che innervano la tutela amministrativa dei consumatori, offrendo una duplice rete di protezione rispetto a difformi opzioni ermeneutiche. Infatti, una diversa interpretazione rischierebbe di annichilire totalmente la tutela amministrativa dei consumatori, che è sistema mediante il quale trovano attuazione regole fondamentali del diritto dell'Unione (cfr., *ex aliis*, art. 38 della Carta dei diritti fondamentali; artt. 12, 39, 40, 114, 169 del T.F.U.E), le quali verrebbero, infatti, radicalmente deprivate di rilievo laddove la portata del diritto sanzionatorio venisse estesa al di là di tale perimetro; pertanto, sono proprio tali regole a costituire una rete di contenimento che eviti il rischio appena esposto, presidiando la tutela dei consumatori. Inoltre, nonostante la complessità e vastità del tema (che non può essere esaminato in questa sede *ab imis fundamentis*), deve, comunque, accennarsi al fatto che simili regole sono dirette, anche, alla tutela del diritto all'autodeterminazione negoziale del consumatore, e hanno, quindi, una valenza assiologica peculiare, in forza della quale si giustificano le limitazioni normative all'operato dei vari attori del mercato, stante la posizione di debolezza riconosciuta al consumatore.

18.6. In secondo luogo, deve osservarsi come una diversa tesi interpretativa – che, in sostanza, eliminasse questa rete di protezione derivante dallo stesso diritto

dell'Unione – dovrebbe, in ogni caso, confrontarsi con l'ulteriore schermo di protezione costituito dalle regole costituzionali a presidio della libertà contrattuale, con le previsioni della c.d. Costituzione economica, con l'interesse pubblico alla regolazione e conformazione del mercato, e, in ultimo, con il valore assiologico della buona fede (che autorevole dottrina, sin dagli anni Settanta del secolo scorso aveva ritenuto un principio costituzionale non scritto, al pari di quanto affermato proprio dal Bundesverfassungsgericht che aveva riconosciuto alla Vertrauensschutz il carattere di norma caratterizzante il Rechtsstaat); pertanto, un'interpretazione delle regole unionali in materia di ne bis in idem che conducesse a negare radicalmente ogni potere di public enforcement a tutela dei consumatori diverso da quello meramente sanzionatorio [con una operazione che finirebbe per contrastare con la necessità di operare il necessario bilanciamento tra valori costituzionali (cfr., ex multis, Corte Costituzionale, sentenza 9 aprile 2013, n. 85), che è, invece, assicurata dall'interpretazione esposta], risulterebbe contraria anche ai principi costituzionali esposti, e potrebbe condurre, a rigore, a sottoporre alla Corte Costituzionale la relativa questione, anche per la possibile valutazione da parte della Corte in ordine alla sussistenza di eventuali contro-limiti.

G.4. SUI RAPPORTI TRA LA DECISIONE DELLA PROCURA DI BRAUNSCHWEIG E LA DECISIONE DELL'A.G.C.M.: IDENTITÀ SOGGETTIVA.

19. Chiariti i rapporti tra decisioni di Autorità giurisdizionali straniere e provvedimenti dell'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette, occorre esaminare la questione relativa ai limiti soggettivi dell'ordinanza della Procura di Braunschweig, e, quindi, dei limiti soggettivi della preclusione derivante dall'applicazione del principio del ne bis in idem.

19.1. Osserva il Collegio come parte del procedimento svoltosi dinanzi alla Procura di Braunschweig sia stata solo Volkswagen A.G. e non anche Volkswagen Group

Italia s.p.a. Di conseguenza, il divieto del ne bis in idem non può valere per un soggetto diverso da quello che è stato parte del precedente procedimento e destinatario della relativa decisione. Infatti, il principio vieta “un cumulo tanto di procedimenti quanto di sanzioni aventi natura penale ai sensi di tale articolo per gli stessi fatti e nei confronti di una stessa persona” (Corte di Giustizia dell’Unione europea, 22 marzo 2022, causa C117/20, punto 24; sottolineatura del Collegio), e, pertanto, non opera per un soggetto diverso dalla parte di quel procedimento.

19.2. Sul punto, va considerato, inoltre, come l’Avvocato Generale – nelle conclusioni rassegnate in data 30 marzo 2023 – abbia osservato come il procedimento italiano si sia svolto anche nei confronti di Volkswagen Italia, “ma tale dato non è necessariamente idoneo a escludere l’identità soggettiva, dato che quest’ultima appartiene alla prima [Volkswagen A.G.] e si trova sotto il suo controllo”, rimettendo, comunque, al Giudice del rinvio la questione. Nell’esaminare tale questione il Collegio evidenzia come la direzione, il controllo o la partecipazione azionaria totalitaria non elidano, tuttavia, la distinta soggettività giuridica della Società italiana rispetto alla casa madre, non trasformando la Società controllata in un “sham” o un “veil” (per mutare il linguaggio della dottrina nordamericana), irrilevante per l’ordinamento giuridico e, in particolare, per il diritto sanzionatorio. Né, del resto, le appellanti hanno dedotto la carenza di soggettività della Società italiana, che, pertanto, in quanto soggetto giuridicamente distinto dalla controllante, non può ritenersi investita dalla decisione della Procura tedesca.

19.3. Aggiunge, inoltre, il Collegio che questo elemento di alterità tra la decisione della Procura tedesca e il provvedimento dell’A.G.C.M. non ha esclusivo rilievo soggettivo ma si riflette, come si esporrà nel successivo paragrafo, anche su un piano oggettivo, in quanto il coinvolgimento della Società italiana è affermato in ragione di condotte materiali ulteriori che hanno concorso all’integrazione dell’illecito consumeristico accertato nel territorio italiano.

G.5. SUI RAPPORTI TRA LA DECISIONE DELLA PROCURA DI BRAUNSCHWEIG E LA DECISIONE DELL'A.G.C.M.: IDENTITÀ OGGETTIVA.

20. Passando ad esaminare la questione relativa all'identità del fatto occorre, in primo luogo, ripercorrere la decisione sul punto della Corte di Giustizia che ha indicato a questo Giudice del rinvio i principi e i criteri da seguire per la decisione della controversia.

21. La Corte di Giustizia ha affermato che:

- i) secondo una giurisprudenza consolidata, il criterio rilevante ai fini della valutazione della sussistenza di uno stesso reato è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato. L'articolo 50 della Carta vieta quindi di infliggere, per fatti identici, più sanzioni di natura penale a seguito di procedimenti differenti svolti a tal fine;
- ii) dalla giurisprudenza della Corte emerge che la qualificazione giuridica dei fatti in diritto nazionale e l'interesse giuridico tutelato non sono rilevanti ai fini della constatazione della sussistenza di uno stesso reato, in quanto la portata della tutela conferita all'articolo 50 della Carta non può variare da uno Stato membro all'altro;
- iii) nel caso di specie, il giudice del rinvio sembra ritenere che la condizione dell'*idem* sia soddisfatta, ma, come risulta dall'ordinanza di rinvio tale giudice fa, altresì, riferimento all'«analogia» e all'«omogeneità» dei fatti di cui trattasi;
- iv) a tal riguardo occorre ricordare che il principio del *ne bis in idem* di cui all'articolo 50 della Carta può trovare applicazione solo qualora i fatti oggetto dei due procedimenti o delle due sanzioni di cui trattasi siano identici. Non è quindi sufficiente che tali fatti siano analoghi;
- vi) sebbene spetti al giudice del rinvio valutare se i procedimenti condotti dalla procura tedesca e dall'A.G.C.M. nonché le sanzioni irrogate alla Volkswagen nella

decisione tedesca e nella decisione controversa riguardino gli stessi fatti e, pertanto, lo stesso illecito, la Corte, pronunciandosi sul rinvio pregiudiziale, può tuttavia fornire precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua interpretazione.

21.1. Operate tale premesse generali, la Corte ha osservato quanto segue:

i) occorre rilevare, in primo luogo, come fa il governo dei Paesi Bassi nelle sue osservazioni scritte, che la negligenza nella supervisione delle attività di un'organizzazione con sede in Germania, oggetto della decisione tedesca, è una condotta distinta dalla commercializzazione in Italia di veicoli muniti di un impianto di manipolazione vietato, ai sensi del regolamento n. 715/2007, e dalla diffusione di pubblicità ingannevole in tale Stato membro, le quali sono oggetto della decisione controversa;

ii) in secondo luogo, nei limiti in cui la decisione tedesca riguarda la commercializzazione di veicoli muniti di un siffatto impianto di manipolazione vietato, anche in Italia, nonché la diffusione di messaggi pubblicitari scorretti relativi alle vendite di tali veicoli, occorre ricordare che la mera circostanza che un'autorità di uno Stato membro menzioni, in una decisione che constata un'infrazione al diritto dell'Unione nonché alle corrispondenti disposizioni del diritto di tale Stato membro, un elemento di fatto che riguarda il territorio di un altro Stato membro non può essere sufficiente per ritenere che tale elemento di fatto sia all'origine del procedimento o sia stato considerato da tale autorità tra gli elementi costitutivi di tale infrazione. Occorre ancora verificare se detta autorità si sia effettivamente pronunciata su detto elemento di fatto al fine di accertare l'infrazione, dimostrare la responsabilità della persona perseguita per tale infrazione e, se del caso, infliggerle una sanzione, di modo che detta infrazione debba essere considerata come estesa al territorio di tale altro Stato membro;

iii) in terzo luogo, dalla decisione tedesca risulta tuttavia che le vendite di siffatti veicoli in altri Stati membri, compresa la Repubblica italiana, sono state

prese in considerazione dalla procura tedesca in sede di calcolo della somma di euro 995 milioni, disposta a carico di Volkswagen A.G. a titolo di prelievo sul beneficio economico derivante dalla sua condotta illecita;

iv) in quarto luogo, la procura ha espressamente rilevato, nella sua decisione, che il principio del *ne bis in idem*, quale sancito nella costituzione tedesca, osterebbe all'irrogazione di ulteriori sanzioni penali al gruppo Volkswagen, in Germania, per quanto riguarda l'impianto di manipolazione in questione e il suo utilizzo. Infatti, ad avviso di tale procura, i fatti oggetto di detta decisione sarebbero gli stessi fatti oggetto della decisione controversa, ai sensi della giurisprudenza della Corte, in quanto l'installazione di detto impianto, il rilascio dell'omologazione, nonché la promozione e la vendita dei veicoli in questione costituiscono un insieme di circostanze concrete inscindibilmente connesse tra loro;

v) nell'ipotesi in cui il giudice del rinvio dovesse dichiarare che i fatti oggetto delle due procedure di cui trattasi nel procedimento principale sono identici, il cumulo delle sanzioni irrogate alla Volkswagen A.G. costituirebbe una limitazione dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* sancito all'articolo 50 della Carta.

22. In sostanza, la Corte di Giustizia ha rimesso a questo Giudice la verifica dell'effettiva identità dei fatti oggetto dei due procedimenti, fornendo, altresì, indicazioni alla luce delle deduzioni di alcune delle parti del giudizio svoltosi dinanzi alla stessa.

22.1. Operando nei termini indicati dalla Corte di Giustizia occorre, quindi, verificare, in primo luogo, l'oggetto specifico dell'accertamento effettuato dalla Procura tedesca, constatando, di seguito, se vi sia identità dei fatti materiali accertati dall'A.G.C.M.

22.2. A tal fine, si prende l'abbrivio dalla fattispecie applicata dalla Procura, che risiede nelle previsioni di cui agli artt. 130, par. 1, 9, par. 2 punto, della OWiG. La prima disposizione sanziona chi, in qualità di titolare di un'azienda o di una Società,

intenzionalmente o per negligenza non adotta le misure di vigilanza necessarie per prevenire violazioni degli obblighi dell'azienda o della società che riguardano il proprietario e la cui violazione è minacciata di punizione o una multa, agisce illegalmente, se viene commesso un reato che sarebbe stato impedito o reso notevolmente più difficile da un controllo adeguato. Le necessarie misure di vigilanza comprendono anche la nomina, l'attenta selezione e il monitoraggio dei supervisori. La previsione di cui all'art. 9, par. 2, della OWiG, riguarda, invece, la responsabilità di chi agisce per conto di altri, e dispone che se una persona viene incaricata dal titolare di un'azienda o da un'altra persona a ciò autorizzata di dirigere l'azienda in tutto o in parte, o viene espressamente incaricata di svolgere sotto la propria responsabilità compiti che spettano al titolare dell'azienda, e se agisce sulla base di tale incarico, una legge secondo la quale particolari caratteristiche personali giustificano la possibilità di essere puniti si applica anche alla persona incaricata, se tali caratteristiche non sono presenti in lui ma sono presenti nel titolare dell'azienda.

22.3. L'oggetto del procedimento della Procura è stata la “manipolazione dei gas di scarico dei motori diesel del gruppo Volkswagen 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” (f. 257 del documento n. 57). L'ordinanza-ingiunzione ha, in primo luogo, proceduto a descrivere la struttura del Gruppo (punto II), e la struttura della divisione “Sviluppo Motori”. L'ordinanza ha, poi, verificato il sistema di supervisione della Società, affermando che ai responsabili dei dipartimenti principali spettava l'assolvimento degli obblighi di supervisione e organizzazione ai sensi dell'art. 130 della OWiG, da svolgere in modo autonomo e sotto la loro responsabilità ex art. 9, par. 2, della OWiG. L'ordinanza ha, quindi, affermato che la divisione “Sviluppo Tecnico” di Volkswagen A.G. era responsabile del rispetto dei valori limiti di emissione e che vi era poi il dipartimento principale EAS, responsabile dell'omologazione dei motori, compresi i test e i

collaudi sui veicoli e in contatto con le Autorità di omologazione o autorizzazione. Questo dipartimento era, quindi, responsabile dell'operato dei vari dipartimenti (tra cui l'EASZ, responsabile della gestione dei banchi dinamometrici per i gas di scarico, dei banchi di prova della climatizzazione dei veicoli, e dei banchi di prova di durabilità per l'omologazione dei motori). In sostanza, tale dipartimento aveva obblighi di supervisione e organizzazione sulle altre strutture aziendali (punto 2 dell'ordinanza).

22.4. Secondo il provvedimento (punto 3):

- i) “il sistema di garanzia e supervisione del rispetto dei requisiti tecnici e regolatori nel dipartimento principale EAS sarebbe stato inadeguato”;
- ii) “il responsabile del dipartimento principale non ha organizzato e supervisionato il dipartimento principale assegnatogli in modo da permettere l'individuazione dell'utilizzo di un software che consente il riconoscimento del banco di prova nel quadro dei numerosi test/prove a cui vengono sottoposti i veicoli”;
- iii) “il responsabile del dipartimento principale competente ha omesso di creare una struttura tecnica e organizzativa all'interno della sotto-unità dell'impresa da lui diretta che avrebbe potuto svolgere il compito ad essa spettante”;
- iv) non sono stati organizzati test con esecuzione ripetuta del ciclo di guida che avrebbero evidenziato la presenza del software;
- v) tale deficit organizzativo e di supervisione è stato “una delle concause del fatto che, per diversi modelli di veicoli delle società del gruppo dotati del motore diesel EA 189 o del suo successore EA 288(gen3) venduto negli USA, in diversi paesi e negli USA siano state richieste ed ottenute omologazioni presso le rispettive autorità competenti senza che venisse fatto cenno al meccanismo di commutazione”, nonché “concausa del fatto che nei diversi Stati in cui venivano offerti e commercializzati i veicoli delle Società del gruppo siano stati distribuiti materiali pubblicitari sul mercato e circa 10,7 milioni di veicoli che contenevano il

“meccanismo di commutazione” siano infine stati venduti ad importatori, commercianti, distributori e clienti finali e sottoposti a procedure di immatricolazione previste per la messa in circolazione e quindi messi in circolazione”;

vi) in tale contesto sono stati commessi anche dei reati di falso ideologico da parte dei dipendenti e violazione degli obblighi di supervisione che non si sarebbero verificati se fossero stati assolti gli obblighi organizzativi e di supervisione del dipartimento EAS.

22.5. L’ordinanza-ingiunzione ha poi descritto il funzionamento del meccanismo di commutazione (punto V.1) e le misure adottate dal KBA (punto V.2). Il provvedimento ha poi indicato “gli specifici eventi e sviluppi” che non si sarebbero verificati se il dirigente principale EAS avesse assolto al proprio obbligo di organizzazione e supervisione a partire dalla fine del 2006/2007 (punto VI). Questi “eventi e sviluppi” sono stati:

i) l’omologazione e immatricolazione dei nuovi veicoli nell’Unione europea, in Norvegia e in Svizzera, ottenuta - nonostante la presenza del meccanismo di commutazione e, quindi, in violazione dell’art. 5, par. 2, del Regolamento CE 715/2007 - in Germania, Regno Unito, Spagna e Lussemburgo e valide in tutti i Paesi dell’Unione (punto VI, par. 1);

ii) l’omologazione di nuovi veicoli negli Stati Uniti, con disamina di quanto accaduto, successivamente, in quel Paese (punto VI, par. 2); in chiusura di tale paragrafo, l’ordinanza ha poi evidenziato: “nell’ipotesi in cui i veicoli interessati sono stati oggetto di procedure di omologazione in altri paesi che non sono descritti ai punti VI.1 e VI.2 supra, le azioni sopra descritte hanno pregiudicato anche tali procedure e sono da considerarsi incluse nella presente decisione. Lo stesso dicasi per specifiche procedure di omologazione di veicoli con motori EA 189 ed EA 288 Gen 3 Nar non inclusi nell’elenco di cui all’allegato 3”;

iii) la vendita e il marketing dei veicoli interessati, pubblicizzati come veicoli “puliti” o con tecnologia diesel ecologica, attraverso dei contenuti pubblicitari approntati a livello centrale da Volkswagen A.G., e, poi messe a disposizione delle varie controllate e degli importatori di tutto il mondo (punto VII.3);

iv) la vendita di questi veicoli in tutto il mondo, nella misura pari a 10,7 milioni di unità, con indicazione dei valori delle vendite nei vari Paesi, osservando in chiusura di considerare anche le vendite non incluse nell’elenco stilato, che “rientrano nella fattispecie complessivamente sanzionata”;

22.6. L’ordinanza ingiunzione ha, quindi, indicato “causa, conseguenze ed effetti della supervisione della violazione degli obblighi di supervisione” (punto IX). Sul punto l’ordinanza ha osservato come la negligente violazione degli obblighi di supervisione avesse permesso gli eventi indicati (richiesta e ottenimento dell’omologazione, pubblicità e commercializzazione dei veicoli e vendita dei veicoli). E ciò in quanto l’inadeguatezza dei test aveva consentito l’omessa rilevazione del software e, quindi, consentito la commercializzazione, distribuzione e vendita dei veicoli. Inoltre, il provvedimento ha evidenziato come la violazione degli obblighi di supervisione avesse consentito la “perpetrazione di reati e illeciti amministrativi coperti dalla [...] sanzione inflitta a Volkswagen A.G.”, indicando, in via esemplificativa, il reato di falso di un ingegnere di sviluppo del dipartimento EADA.

22.7. L’ordinanza ha poi dedicato il paragrafo X all’illustrazione delle ragioni della sanzione irrogata a Volkswagen muovendo dalla constatazione che il responsabile principale EAS era stato un dirigente della Società e che, a causa dell’illecito amministrativo da lui commesso ai sensi degli artt. 9 e 130 OWiG, erano stati violati gli obblighi ricadenti su Volkswagen che poteva essere punita in quanto non era stato avviato un procedimento nei confronti del responsabile.

22.7.1 La sanzione pecuniaria irrogata è stata distinta in due voci: parte sanzionatoria e ordine di ripristino.

22.7.2. In ordine alla sanzione pecuniaria il provvedimento ha osservato che la stessa doveva ammontare a cinque milioni di euro e che il limite massimo doveva essere applicato considerando gli sviluppi e gli eventi resi possibili dalla violazione, e costituiva “una sanzione completa e definitiva rispetto alla fattispecie complessivamente considerata”. Questa parte della decisione ha preso in considerazione:

- i) una dichiarazione di impegno del 2005 di Volkswagen al miglioramento del sistema di monitoraggio delle emissioni;
- ii) la necessità di dare applicazione all’art. 103 della Costituzione tedesca, che trova applicazione anche nel caso di adozione di sanzione pecuniarie contro le imprese e comporta che “anche se sono coinvolte più persone nella violazione degli obblighi nel quadro di reati o illeciti amministrativi [...] è possibile comminare una sola sanzione”.

22.7.3. Secondo la Procura tale principio si applicherebbe anche se la violazione dell’obbligo di supervisione aveva reso possibili una molteplicità di eventi nel quadro della fattispecie complessivamente considerata trattandosi di circostanze “irrevocabilmente interconnesse”. Pertanto, tenuto conto dell’impossibilità di adottare ulteriori decisioni “di prelievo”, la Procura ha imposto la sanzione pecuniaria massima prevista dalla legge, quale “ammenda completa e definitiva” che sanziona la fattispecie complessiva riguardante il “meccanismo di commutazione” contenuto nel software di controllo dei motori.

22.7.4. La Procura ha, in ultimo, determinato il vantaggio economico a norma della previsione di cui all’art. 17, par. 4, della OWiG, la quale dispone che la sanzione pecuniaria dovrebbe essere superiore al vantaggio economico che l’autore del reato ha tratto dall’illecito amministrativo; se il massimo legale non è sufficiente, può

essere superato. Tale prelievo non ha investito gli utili – “non determinabili con mezzi ragionevoli” – ma i vantaggi derivanti dagli illeciti e, in particolare, il risparmio ottenuto in ragione della violazione che, se non fosse stata commessa, avrebbe comportato i costi per rimuovere tale componente dal motore, “al più tardi direttamente dopo la consegna dei rispettivi veicoli”. Questo risparmio è stato realizzato – secondo la Procura – nel contesto della consegna di veicoli dalle Società del gruppo e relativamente al patrimonio delle stesse; gli utili di tale Società sono stati poi trasferiti a Volkswagen A.G. La Procura ha, quindi, stimato tale somma tenendo conto: i) dell’installazione del meccanismo in tutti i veicoli compresi nell’elenco; ii) dei costi successivamente sostenuti dalla Società, scorporati dal prelievo; iii) dell’ingente sanzione comminata a Volkswagen negli Stati Uniti d’America, computata in favore della Società; iv) del fatto che la violazione dell’obbligo di supervisione avesse reso possibile il verificarsi di una fattispecie complessiva di “dimensioni inaudite”. Per questa voce la Procura ha ordinato il “prelievo” di euro 995.000.000,00.

23. Terminata l’analitica disamina dell’ordinanza-ingiunzione emessa dalla Procura tedesca, deve escludersi che vi sia identità materiale tra i fatti accertati dalla Procura tedesca e quelli oggetto dell’accertamento dell’Autorità. Tale valutazione comprende sia gli elementi del fatto tipico che gli elementi presi in considerazione nella dosimetria della sanzione, come imposto dalla statuizione di cui al punto 73 della sentenza, ove la Corte ha richiesto di verificare “se detta autorità si sia effettivamente pronunciata su detto elemento di fatto al fine di accertare l’infrazione, dimostrare la responsabilità della persona perseguita per tale infrazione e, se del caso, infliggerle una sanzione, di modo che detta infrazione debba essere considerata come estesa al territorio di tale altro Stato membro”.

24. Procedendo con ordine, si nota, in primo luogo, come sia, chiaramente estraneo al contenuto del provvedimento dell’A.G.C.M. la ricostruzione condotta dalla

Procura in ordine alla struttura organizzativa del gruppo Volkswagen e all'imputazione del dovere di supervisione e organizzazione, strumentale per l'applicazione della fattispecie di cui agli artt. 130, par. 1, 9, par. 2, della OWiG (punto II; punto 22.3 della presente sentenza). Comune ad entrambi i provvedimenti è la condotta presupposta, costituita dall'installazione del sistema vietato che è, al contempo, l'illecito che l'omessa supervisione ha consentito di realizzare, nella prospettiva della Procura tedesca, e il punto di partenza nella ricostruzione operata dall'A.G.C.M. Come si evince dalla proposizione appena formulata, si tratta, tuttavia, in entrambi i casi di un tassello delle due complessive indagini effettuate, non ancora sufficiente per predicare quell'identità richiesta dalla Corte di Giustizia, intesa come "esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato" (punti 66 e 70).

24.1. Va, infatti, considerato che, in relazione alla ritenuta violazione della fattispecie di cui all'art. 20, comma 2, del Codice del Consumo, l'A.G.C.M. ha considerato non solo l'installazione del sistema "ERG" nell'ambito delle valutazioni sulla mancanza di diligenza dell'operatore economico, ma ha compiuto, altresì, uno specifico accertamento in relazione all'ulteriore componente della fattispecie legale, costituita dalla potenziale incidenza sul comportamento del consumatore. Prendendo come punto di riferimento il consumatore medio, l'Autorità ha stigmatizzato la condotta di Volkswagen alla luce dell'indicazione di livelli di emissione inferiori ai dati reali (par. 74 del provvedimento), della rivendicazione delle caratteristiche di innovazione del prodotto dirette a preservare la natura e l'ambiente non corrispondenti pienamente al vero (par. 75 del provvedimento), della necessità per i consumatori di sottoporre i veicoli ad un piano di richiamo, con conseguente limitazione dell'utilizzo durante la revisione tecnica (par. 76 del provvedimento), delle

segnalazioni pervenute dai privati e dalle associazioni, sintomatiche di un'incidenza della condotta sui comportamenti dei consumatori (par. 77 del provvedimento).

24.2. Ora, l'ordinanza-ingiunzione tedesca si è soffermata – nell'esaminare il meccanismo di commutazione – sul tema relativo ai livelli di emissione inferiore ai dati reali, ma ha, invece, soltanto menzionato l'elemento di fatto costituito dalla pubblicità dei veicoli, non parametrandolo neppure ai comportamenti del consumatore medio, anche in considerazione della fiducia che lo stesso avrebbe ragionevolmente potuto riporre sulle caratteristiche del prodotto. Infatti, l'ordinanza-ingiunzione si è limitata a far riferimento alla “distribuzione” del materiale pubblicitario (ff. 8 e 9 della versione tradotta); nel paragrafo VII, l'ordinanza-ingiunzione si è, poi, soffermata sulle modalità con le quali i veicoli sono stati pubblicizzati, enfatizzando, in particolare, il carattere “green” delle auto; tuttavia, in questo paragrafo, l'ordinanza ha fatto riferimento a quanto accaduto “in Europa e nel resto del mondo”, e “ad esempio in Germania, in Europa ed in numerosi altri paesi”.

24.3. Questi riferimenti non sono, tuttavia, sufficienti per integrare il requisito dell'identità oggettiva, come interpretato dalla Corte di Giustizia. La Corte ha, infatti, ricordato che “la mera circostanza che un'autorità di uno Stato membro menzioni, in una decisione che constata un'infrazione al diritto dell'Unione nonché alle corrispondenti disposizioni del diritto di tale Stato membro, un elemento di fatto che riguarda il territorio di un altro Stato membro non può essere sufficiente per ritenere che tale elemento di fatto sia all'origine del procedimento o sia stato considerato da tale autorità tra gli elementi costitutivi di tale infrazione” (punto 73; corsivi del Collegio).

24.4. In primo luogo, deve osservarsi come questi elementi di fatto non siano stati menzionati al fine di constatare un'infrazione del diritto unionale o di una normativa tedesca di attuazione di tale diritto, ma una regola specifica del solo ordinamento

tedesco, priva di una corrispondente regola del diritto unionale. Infatti, queste circostanze – unitamente ad altre sulle quali il Collegio si soffermerà infra - sono prese in considerazione dalla Procura tedesca quali “eventi e sviluppi” (v. par. VI; f. 12 della versione in traduzione giurata, che è il paragrafo iniziale del segmento della decisione ove compaiono i riferimenti sopra indicati) della violazione dell’obbligo di supervisione e organizzazione, integrante la violazione della regola del diritto interno tedesco di cui all’art. 130, par 1, della OWiG. In sostanza, si tratta degli eventi cagionati dalla condotta negligente del responsabile del dipartimento principale EAS che, in forza della disposizione indicata, viene imputata a Volkswagen A.G. Ma si tratta di eventi indicati ai fini dell’applicazione di una regola di diritto interno che, come tale, non costituisce “un’infrazione al diritto dell’Unione nonché alle corrispondenti disposizioni del diritto di tale Stato membro”, con la conseguenza che gli elementi extraterritoriali non possono, comunque, ritenersi “costitutivi” di una “tale infrazione”.

24.4.1. Tali considerazioni risulta, invero, dirimenti per ritenere non operante la previsione di cui all’art. 50 della C.D.F.U.E., il cui ambito di applicazione è limitato alle sole situazione di rilevanza per il diritto dell’Unione, ai sensi dell’art. 51, par. 1, della C.D.F.U.E.

24.4.2. Del resto, pur accedendo all’interpretazione lata di quest’ultima regola affermata da alcune sentenze della Corte di Giustizia, difetterebbero, in ogni caso, quei presupposti per ritenere la fattispecie di cui all’art. 130 della OWiG ricompresa nel capo di applicazione del diritto dell’Unione.

24.4.3. Deve, infatti, considerarsi come la regola in questione non risulti e non sia stata ricondotta ad alcuna regola o principio di derivazione unionale (cfr., ad esempio, Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, ove una sanzione nazionale in materia di i.v.a., pur se non adottata per recepire la Direttiva (CE) 2006/112 è stata comunque, ricondotta agli artt. 4, par 3, del T.U.E. e 325 del

T.F.U.E.; v., in particolare, i punti 25 e 26). La Corte di Giustizia ha, infatti, chiarito che “per stabilire se una normativa nazionale rientri nell’attuazione del diritto dell’Unione ai sensi dell’articolo 51 della Carta occorre verificare, tra le altre cose, se essa abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell’Unione, quale sia il suo carattere e se essa persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell’Unione, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest’ultimo, nonché se esista una normativa di diritto dell’Unione che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla stessa (v. sentenze del 18 dicembre 1997, Annibaldi, C-309/96, Racc. pag. I-7493, punti da 21 a 23; dell’8 novembre 2012, Iida, C-40/11, punto 79, nonché dell’ 8 maggio 2013, Ymeraga e a., C-87/12, punto 41)” (Corte di Giustizia dell’Unione europea, 6 marzo 2014, causa C-206/13, punto 25; v., inoltre, Id., 10 luglio 2014, causa C-198/13, punto 41). Questi aspetti non si rinvergono nella regola in questione che riguarda il solo meccanismo interno al sistema tedesco di imputazione della responsabilità della persona giuridica per l’operato dei propri dipendenti e non è espressione di principi o regole unionali. Del resto, va osservato come una diversa soluzione non sia stata affermata dalla Corte di Giustizia nella sentenza relativa alla presente controversia, sebbene la Corte fosse pienamente consapevole della previsione applicata dalla Procura tedesca (punto 20 della sentenza), che non è stata, quindi, ricondotta al diritto dell’Unione. Né sono dirimenti le considerazioni contenute nella memoria conclusionale delle appellanti che hanno richiamato il punto 37 della sentenza. Tuttavia, in tale punto la Corte ha preso in considerazione la regola giuridica applicata in Italia e non quella applicata in Germania, affermando quanto segue: “nel caso di specie, dalle spiegazioni fornite dal giudice del rinvio risulta che la decisione controversa è stata adottata sulla base della normativa italiana che recepisce la direttiva 2005/29 e costituisce quindi attuazione del diritto dell’Unione ai sensi dell’articolo 51, paragrafo 1, della Carta.

Ne consegue che la Carta è applicabile alla controversia di cui al procedimento principale”.

24.5. In ogni caso, deve escludersi l'identità dei fatti materiali, con conseguente (ulteriore ragione di) esclusione dell'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 50 della C.D.F.U.E., nonché di inoperatività dell'art. 54 della C.A.A.S., che pare, comunque, assumere rilievo, considerato che, se – da un lato – la Corte ha ritenuto l'interpretazione dell'art. 54 della C.A.A.S. non necessaria ai fini della soluzione della controversia di cui al procedimento principale [in quanto mirante “a garantire che una persona che è stata condannata e ha scontato la sua pena o, se del caso, che è stata definitivamente assolta in uno Stato membro possa circolare all'interno dello spazio Schengen senza dover temere di essere perseguita per gli stessi fatti in un altro Stato membro [v., in tal senso, sentenze del 29 giugno 2016, Kossowski, C486/14, EU:C:2016:483, punto 45, e del 28 ottobre 2022, Generalstaatsanwaltschaft München (Estradizione e ne bis in idem), C435/22 PPU, EU:C:2022:852, punto 78]” (punti 80 e 81)], dall'altro, la Corte ha, comunque, ribadito che la C.A.A.S. fa parte integrante del diritto dell'Unione in forza del protocollo (n. 19) sull'acquis di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione europea, allegato al Trattato di Lisbona (sentenza del 10 marzo 2021, Konsul Rzeczypospolitej Polskiej w N., C949/19, EU:C:2021:186, punto 24) (v., punto 38). Senza soffermarsi sui rapporti tra la C.D.F.U.E. e la C.A.A.S., può procedersi, comunque, a verificare l'identità materiale dei fatti che, nel caso di specie, deve essere, come già anticipato, esclusa.

24.6. Come esposto in precedenza, la Procura tedesca si è limitata a fa riferimento – in relazione ai punti di interesse per la presente disamina - alla “distribuzione” del materiale pubblicitario (ff. 8 e 9 della versione tradotta), e, a quanto accaduto in “in Europa e nel resto del mondo”, e “ad esempio in Germania, in Europa ed in numerosi altri paesi”. Manca, quindi, un chiaro, espresso, puntuale riferimento a

quanto accaduto nel territorio dello Stato italiano, che è stato solo implicitamente ricompreso nel richiamo a quanto accaduto in Europa. Non ricorre, quindi, la condizione, imposta dalla Corte di Giustizia, secondo la quale “occorre ancora verificare se detta autorità si sia effettivamente pronunciata su detto elemento di fatto al fine di accertare l’infrazione, dimostrare la responsabilità della persona perseguita per tale infrazione e, se del caso, infliggerle una sanzione, di modo che detta infrazione debba essere considerata come estesa al territorio di tale altro Stato membro” (punto 73, secondo periodo; corsivi del Collegio; cfr., inoltre, Corte di Giustizia dell’Unione europea, 22 marzo 2022, Nordzucker e a., causa C-151/20, punto 44; Id., 14 febbraio 2012, Toshiba Corporation e a., C17/10, punto 103). Infatti, gli eventi verificatesi sul mercato italiano non sono stati accertati “effettivamente” (“actually”, nella versione inglese; “effectivement”, nella versione francese), e, cioè, in modo concreto e reale e finalizzato ad accertare l’infrazione, dimostrare la responsabilità o, in caso, infliggere la sanzione.

24.7. Inoltre, occorre considerare come il provvedimento dell’A.G.C.M. abbia, invece, operato una disamina ulteriore, consistente nella effettiva e puntuale verifica dell’incidenza sulle scelte del consumatore medio derivanti dall’omessa informazione relativa all’installazione del “defeat device”, dai concreti messaggi inviati al consumatore italiano (che, nel provvedimento dell’A.G.C.M. sono richiamati al punto 75, ove si rinvia a quanto “si dirà più diffusamente nel prosieguo”), racchiusi negli specifici messaggi pubblicitari e nei cataloghi delle vetture, valutati anche in considerazione della crescente sensibilità ambientale. Né tale accertamento può ritenersi ricompreso nella parte dell’ordinanza-ingiunzione ove si è affermata la responsabilità di Volkswagen A.G., quale soggetto che ha sviluppato i messaggi a livello centrale. Infatti, questa indicazione riguarda più propriamente i rapporti tra Volkswagen A.G. e le controllate nell’organizzazione delle campagne pubblicitarie, ma non è, comunque, un accertamento effettivo sui

messaggi diretti ai consumatori italiani e sulla loro capacità ingannevole per gli stessi, e, quindi, su quell'elemento di fatto che riguarda il territorio di un altro Stato membro, come richiesto dalla Corte di Giustizia.

24.8. In sostanza, operando “un’analisi dettagliata e specifica dei fatti” (come evidenziato dalla Commissione europea nelle osservazioni scritte del 12 maggio 2022) non è asseribile un’identità materiale dei fatti accertati dalla Procura tedesca e dall’A.G.C.M., per le ragioni sin qui spiegate e tenuto conto anche di quanto evidenziato in ordine alla natura non unionale della fattispecie della OWiG, alla quale la Procura ha dato applicazione.

24.9. Le considerazioni sin qui formulate valgono, a fortiori, in relazione all’accertamento compiuto dall’Autorità per affermare la violazione della previsione di cui all’art. 21, comma 1, lett. d), del Codice del Consumo (punti 86-92 del provvedimento), atteso che in questo segmento della decisione sono ancor più analiticamente esaminati i “claims” ambientali di Volkswagen A.G. e Volkswagen Italia rivolti ai consumatori italiani. Pertanto, anche in relazione a tale aspetto, sono stati accertati fatti materiali realizzati sul territorio italiano differenti da quelli genericamente oggetto dell’ordinanza-ingiunzione, che, come spiegato in precedenza, non ha accertato la concreta ed effettiva condotta consistente nel diffondere tra i consumatori italiani specifici messaggi pubblicitari risultati, successivamente, ingannevoli.

24.10. Ad omologhe considerazioni deve poi giungersi con riferimento all’accertamento della condotta ritenuta rilevante ai sensi dell’art. 23, comma 1, lett. d), del Codice del Consumo. Anche in tal caso, deve, infatti, considerarsi come i fatti materiali accertati dall’Autorità non siano stati limitati all’invalidità delle omologazioni dei veicoli – sulla quale si è, diffusamente, soffermata anche l’ordinanza-ingiunzione tedesca – ma hanno investito anche gli aspetti rilevanti per la fattispecie ritenuta violata. In particolare, come emerge dalle considerazioni

esposte nella sezione “D” della presente sentenza, la genuinità e serietà dei test di omologazione del veicolo – alterati dal meccanismo di commutazione installato sulla vettura – sono state prese in considerazione, unitamente ai plurimi “green claims” del gruppo Volkswagen che, come affermato in precedenza dal Collegio, “non possono non considerarsi comprensivi anche del rispetto delle regole previste per l’omologazione del veicolo, e, quindi, per la verifica di idoneità dello stesso alla salvaguardia delle esigenze ambientali”. L’elemento ulteriore (che rende non identici i fatti) accertato dall’A.G.C.M. è, quindi, consistito nell’attività di promozione del veicolo quale mezzo con determinate caratteristiche di rispetto dell’ambiente, effettuata nel territorio italiano e diretto al consumatore medio italiano. La circostanza che la previsione di cui all’art. 23, comma 1, lett. d), del Codice del Consumo non richieda di verificare l’idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio si traduce, infatti, nella non necessità di accertare l’incidenza sul consumatore, ma non anche il carattere ingannevole della pratica che è stato, comunque, affermato e accertato in considerazione delle specifiche informazioni sul prodotto fornite al consumatore italiano e, quindi, incentrando la disamina su una condotta ulteriore (realizzata, anche in tal caso, con il concorso necessario di Volkswagen Italia) rispetto a quanto accertato dalla Procura tedesca.

25. Le considerazioni sin qui esposte non possono ritenersi smentite dai contenuti della lettera della Procura di Braunschweig inviata all’avvocato Krause e versata in atti da Volkswagen. In questa nota la Procura ha affermato quanto segue: “Nell’emettere l’ordinanza-ingiunzione in data 13/06/2018, la Procura della Repubblica di Braunschweig ha valutato in modo esaustivo i fatti europei nel loro complesso, sulla base dei risultati delle indagini preliminari sottese. Il numero di veicoli interessati è quantificato nell’ordinanza-ingiunzione. L’elenco completo dei veicoli EA 189 dotati del software di manipolazione, l’elenco degli importatori di veicoli e le omologazioni dei veicoli interessati sono allegati all’ordinanza-

ingiunzione. L'ordinanza-ingiunzione contiene anche fatti relativi alla distribuzione dei veicoli in Italia. Questo riguarda anche le società di vendita di Volkswagen AG operanti in Italia. Non sono state utilizzate le risultanze o le prove derivanti dal procedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato". Osserva, infatti, il Collegio come, dalla stessa sentenza della Corte di Giustizia, emerge come spetti al Giudice dello Stato nel cui ordinamento la decisione straniera dovrebbe produrre gli effetti del *ne bis in idem* valutare le condizioni di applicazione di tale principio, con la conseguenza che le considerazioni esposte dall'Autorità giudiziaria che ha emesso il provvedimento non sono vincolanti per questo Giudice. Inoltre, la nota della Procura ha fatto riferimento ai fatti relativi alla distribuzione dei veicoli in Italia, ma non vi è una precisa indicazione in ordine agli ulteriori elementi che hanno condotto a decretare il carattere scorretto delle pratiche commerciali. In ultimo, non può omettersi di notare come la Procura ha affermato di non aver utilizzato le risultanze e le prove del procedimento dell'Autorità, e, quindi, di aver fondato la propria decisione su un quadro probatorio che è stato, con ogni evidenza, diverso da quello considerato dall'A.G.C.M., ad ulteriore conferma di quanto sin qui esposto (cfr., inoltre, le osservazioni scritte del Governo dei Paesi Bassi, richiamate al punto 72 della sentenza della Corte di Giustizia).

26. Né diverse conclusioni possono affermarsi in ragione dei plurimi riferimenti alla "fattispecie complessivamente considerata" o alla "fattispecie complessiva", contenuti all'interno dell'ordinanza-ingiunzione. Inoltre, non risulta vincolate l'affermazione della Procura riportata ma non fatta propria dalla Corte di Giustizia al punto 75 della sentenza ("la procura tedesca ha espressamente rilevato, nella decisione tedesca, che il principio del *ne bis in idem*, quale sancito nella costituzione tedesca, osterebbe all'irrogazione di ulteriori sanzioni penali al gruppo Volkswagen, in Germania, per quanto riguarda l'impianto di manipolazione in questione e il suo utilizzo. Infatti, ad avviso di tale procura, i fatti oggetto di detta decisione sarebbero

gli stessi fatti oggetto della decisione controversa, ai sensi della giurisprudenza della Corte, in quanto l'installazione di detto impianto, il rilascio dell'omologazione, nonché la promozione e la vendita dei veicoli in questione costituiscono un insieme di circostanze concrete inscindibilmente connesse tra loro”).

26.1. Sul punto, valgono le considerazioni esposte al precedente punto 25 in ordine al dovere di questo Giudice di accertare i presupposti del *ne bis in idem* attraverso un'analitica disamina delle condotte realmente ed effettivamente oggetto di accertamento. Del resto, diversamente opinando, il *ne bis in idem* europeo rischierebbe di essere affermato non in relazione al fatto materiale concretamente accertato (come richiesto dalla Corte di Giustizia), ma ad un apprezzamento comunque giuridico (come quello che ritiene il provvedimento riferito nella sua portata oggettiva e nei suoi effetti ad ogni fatto connesso), o, persino, ad un effetto giuridico derivante dall'applicazione di una regola di diritto interno che, per il tramite di questo principio, troverebbe, quindi, spazi di applicazione extraterritoriale. Il riferimento è all'effetto preclusivo derivante dall'art. 103, par 3, della Grundgesetz tedesca, che la Procura tedesca ha ritenuto operante anche al caso in esame “in cui a causa della violazione dell'obbligo di supervisione è stata resa possibile una molteplicità di eventi nel quadro della fattispecie complessivamente considerata” (f. 30 della versione nella traduzione giurata). Questa regola opera, tuttavia, nel sistema interno tedesco e non può ricevere una portata espansiva dal *ne bis in idem* europeo considerato che:

- i) i presupposti di operatività del principio del *ne bis in idem* tedesco applicato al sistema delle sanzioni amministrative sono, comunque, differenti da quelli del *ne bis in idem* interno, che dipende dall'intelaiatura normativa sostanziale e processuale di ogni Stato;
- ii) il riferimento all'accertamento di fatti materiali identici compiuto dalla Corte di Giustizia impone al Giudice di verificare che vi sia stato accertamento su tali fatti

senza poter rinvenire un'efficacia preclusiva in relazione a fatti assorbiti dall'applicazione di una regola interna in materia di ne bis in idem, o, comunque, non accertati in modo "effettivo", anche eventualmente in ragione della portata di tale regola interna;

iii) diversamente opinando, a concorrere a determinare la portata preclusiva derivante dal principio del ne bis in idem europeo non sarebbe solo l'identità materiale del fatto, ma, in ultima analisi, la stessa regola interna sul ne bis in idem, con il conseguente rischio di avallare – per il tramite della regola di cui all'art. 50 della C.D.F.U.E. – un'applicazione extraterritoriale del diritto di uno Stato membro.

27. In ultimo, non vi è neppure identità di fatti con riferimento all'ordine di prelievo inflitto ai sensi dell'art. 17, par 4, della OWiG, pari a 995.000.000,00 di euro. Questa componente della sanzione pecuniaria è discesa, anch'essa, dai fatti accertati nel corpo dell'ordinanza-ingiunzione che, come indicato in precedenza, non sono sovrapponibili in termini di identità a quelli accertati dall'Autorità. Inoltre, la misura è stata sorretta sulla stima del risparmio dei costi che la Volkswagen A.G. e le Società del Gruppo "avrebbero dovuto sostenere nel quadro della rimozione del meccanismo di commutazione dal controllo dei motori"; infatti, secondo la Procura, "se non ci fosse stato una violazione degli obblighi di supervisione da parte del dirigente del dipartimento principale EAS, al più tardi direttamente dopo la consegna dei rispettivi veicoli, si sarebbe dovuto rimuovere tale componente dal controllo dei motori". Questo ulteriore aspetto – che si sostanzia nell'accertamento di un ulteriore elemento posto a fondamento della componente sanzionatoria del provvedimento – non è stato, tuttavia, considerato dall'Autorità e non ha assunto alcun rilievo nella sanzione irrogata in Italia.

28. In chiusura, osserva il Collegio come la non operatività del principio del ne bis in idem nel caso di specie, esoneri il Collegio da ulteriori verifiche in ordine alla possibile applicazione della previsione di cui all'art. 52, par. 1, primo periodo, della

C.D.F.U.E., regola che postula la ritenuta applicazione dell'art. 50 del medesimo articolato normativo e non anche l'esclusione della sua operatività. Allo stesso modo non opera la previsione di cui all'art. 56 della C.A.A.S., evocata dalle appellanti ma anch'essa applicabile solo in caso di positivo riscontro dei presupposti di cui all'art. 54 della C.A.A.S., che il Collegio ha, invece, escluso.

29. In ogni caso, può procedersi, comunque, ad una verifica della proporzionalità della sanzione dell'Autorità non in applicazione delle disposizioni indicate al precedente punto, ma ai sensi dell'art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a. Ora, se è vero che la sanzione irrogata dalla Procura tedesca è di importo elevatissimo, va, comunque, considerato che ben 995.000.000,00 di euro sono stati computati in considerazione dei risparmi di costi conseguiti dalla Società e, quindi, del vantaggio conseguito in passato dalla Società. Per cui tale componente è stata, comunque, parametrata a precedenti arricchimenti patrimoniali, e, come tale, non è rilevante per la verifica sulla proporzionalità delle sanzioni in senso stretto che sono state irrogate. In secondo luogo, da questa componente della sanzione non sono stati computati gli utili (in quanto non determinabili) e si è, comunque, affermato che la "fattispecie complessiva" fosse di "dimensioni inaudite". Tenendo conto di questi aspetti e misurando il confronto tra le sole sanzioni in senso stretto e non anche sui vantaggi patrimoniali "recuperati" con l'ordine di prelievo, la somma di euro 5.000.000,00 per le condotte realizzate in Italia non può considerarsi priva di proporzionalità e di adeguatezza, anche in ragione delle considerazioni che saranno esposte nella disamina del sesto motivo di ricorso in appello e alle quali si rinvia.

30. In definitiva, il quinto motivo è infondato.

H. SUL SESTO MOTIVO DI RICORSO IN APPELLO: TRATTAMENTO SANZIONATORIO.

31. Con l'ultimo motivo di ricorso in appello le Società del Gruppo Volkswagen hanno dedotto l'erroneità della sentenza con riferimento alla ritenuta legittimità del trattamento sanzionatorio.

31.1. Sul punto, il T.A.R. ha ritenuto infondata la speculare censura articolata in primo grado osservando che:

- i) la non necessità del dolo nella condotta era già stata affermata in precedenza;
- ii) in relazione alla gravità della pratica, non vi erano ragioni di illogicità o erroneità della decisione, atteso che la condotta era stata posta in essere da uno dei massimi costruttori a livello mondiale e aveva interessato più di settecentomila vetture, con conseguente rilevante e oggettivo valore economico, sia per il singolo consumatore sia a livello di fatturato per l'impresa;
- iii) la valutazione della dimensione economica e dell'importanza del professionista risponde a due diverse finalità in quanto, da un lato, è volta a garantire l'effettiva efficacia deterrente della sanzione pecuniaria, dall'altro, concorre a delineare la gravità della condotta nella considerazione che la dimensione economica del professionista, la sua notorietà – e conseguente credibilità - e la sua posizione nel mercato aggravano la valenza lesiva della condotta;
- iv) in ordine alla durata, andava considerato che la diffusione dei messaggi pubblicitari, risaliva al gennaio 2010 e, quindi, per veicoli già posti in vendita nel 2009;
- v) non occorre dimostrare i danni arrecati ai consumatori;
- vi) il professionista aveva posto in essere condotte volte ad eliminare o ridurre i danni solo dopo l'intervento dell'Autorità tedesca dei trasporti e l'opera aveva imposto il richiamo dei veicoli, creando, comunque, disagio ai consumatori;
- vii) la quantificazione della sanzione doveva ritenersi proporzionata e conforme alle previsioni di riferimento.

32. Le appellanti hanno, in primo luogo, evidenziato l'illogicità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto legittima la decorrenza della sanzione dal 2009, nonostante le prime pubblicità fossero del 2010.

32.1. Ritiene il Collegio come la censura non abbia, comunque, rilevanza. Infatti, anche laddove il dies a quo venisse individuato nell'anno 2010 e non nel 2009, la sanzione complessivamente irrogata (che è pari al massimo edittale vigente *ratione temporis*) è, comunque, congrua e proporzionata tenuto conto che si tratta, comunque, di condotte particolarmente gravi (per le ragioni che si esporranno infra), poste in essere in un arco temporale significativo e interessanti un notevole numero di consumatori.

32.3. Deve, infatti, considerarsi che il numero degli autoveicoli coinvolti è stato pari ad oltre settecentomila, come analiticamente indicato dall'Autorità al punto 98 del provvedimento, con un valore complessivo delle vendite superiore ai 10-20 miliardi di euro. Inoltre, si è trattato di beni di rilievo economico, atteso che il valore medio degli acquisiti è stato ricompreso nella forbice tra i 10.000 e i 30.000 euro. La condotta è stata posta in essere da uno dei principali costruttori mondiale che, come esposto in altre parti della sentenza, aveva, inoltre, fatto vanto del rispetto dell'ambiente dei propri veicoli, e la cui serietà e affidabilità non era ragionevolmente revocabile in dubbio primo dell'accaduto. Inoltre, va considerato che, come illustrato dall'Autorità, la sanzione è stata pari allo 0,0068 per cento del fatturato di Volkswagen A.G. nel 2015 (73.510.000.000 di euro), e allo 0,12 per cento del fatturato di Volkswagen Italia nello stesso anno (4.272.367.749 euro).

32.4. Queste considerazioni non sono scalfite dalle ulteriori censure delle appellanti.

32.5. In primo luogo, non si ritiene convincente la critica alla sentenza di primo grado nella parte in cui non avrebbe considerato come il provvedimento aveva, completamente, omesso di prendere in esame le misure volte ad attenuare o rimuovere le conseguenze della violazione, consistente nel richiamo dei veicoli.

Invero, osserva il Collegio come tale misura possa essere stata ritenuta implicitamente non idonea dall'Autorità, stante il tenore complessivo del provvedimento che, correttamente, ha preso in considerazione le pratiche commerciali scorrette perpetrate dall'impresa che, come esposto in altre parti della presente sentenza, prescindono dal danno, al quale, invece, si correla la misura della riparazione.

32.6. Inoltre occorre considerare come le ulteriori misure indicate dalle appellanti siano state adottate, comunque, dopo l'intervento delle Autorità pubbliche. Infatti, la sospensione delle vendite è stata disposta dal 26 settembre 2015, e, quindi, dopo l'intervento del KBA risultante dalla comunicazione del 25 settembre 2015 alle Autorità europee di omologazione (v. nota 20 del provvedimento). Stesse considerazioni valgono per l'avvio del piano di intervento che è stato posto in essere dopo l'intervento del KBA, e che, come spiegato, attiene, comunque, alla riparazione del danno arrecato ai consumatori e non propriamente alle pratiche scorrette poste in essere in precedenza. La "costante ed ampia informazione ai consumatori" è stata, altresì, fornita dopo l'intervento delle varie Autorità pubbliche.

32.7. In ultimo, non sono neppure fondate le deduzioni relative alla violazione dell'art. 56 della C.A.A.S. o, in generale, del principio di proporzionalità (tenendo conto dell'ordinanza-ingiunzione tedesca) per le ragioni che sono già state esposte in chiusura della precedente sezione alle quali si rinvia.

32.8. In conclusione, anche il sesto motivo di ricorso in appello deve ritenersi infondato.

I. STATUIZIONI FINALI.

33. In definitiva, il ricorso in appello deve essere respinto per le ragioni sin qui indicate.

34. Si precisa - anche in considerazione della lunghezza degli atti processuali delle parti e dei plurimi atti difensivi depositati dalle stesse - che le questioni esaminate e

decise esauriscono la disamina dei motivi, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante; cfr., ex plurimis, Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 settembre 2021, n. 6209; Id., 13 settembre 2022, n. 7949), con la conseguenza che gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

35. Le spese di lite del grado di giudizio possono essere compensate ai sensi degli articolo 26 del codice del processo amministrativo e 92 del codice di procedura civile, come risultante dalla sentenza della Corte Costituzionale, 19 aprile 2018, n. 77 che dichiara l'illegittimità costituzionale di quest'ultima disposizione nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni, da individuarsi nella indubbia complessità delle questioni esaminate e nell'assoluta novità della questione relativa all'applicazione del principio del ne bis in idem.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge. Compensa tra le parti le spese di lite del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 15 febbraio 2024, 1 marzo 2024, con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Davide Ponte, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere, Estensore

Giovanni Gallone, Consigliere

Stefano Lorenzo Vitale, Consigliere

L'ESTENSORE
Lorenzo Cordi'

IL PRESIDENTE
Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO