

# Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Antitrust

Mario Siragusa  
Fausto Caronna

## I. Introduzione: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato tra normativa antitrust e normativa a tutela dei consumatori

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (l'“Autorità”) è stata designata quale autorità pubblica competente per l'applicazione della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette (“PCS”), dettata dal D. Lgs. 6.9.2005 n. 206, come modificato dal D. Lgs. 2.8.2007 n. 146. Il D. Lgs. 2.8.2007 n. 146 ha recepito nel nostro ordinamento la Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 11 maggio 2005 *relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno* e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio (la “Direttiva”).

Il legislatore nazionale ha, dunque, deciso di affidare all'Autorità, tradizionalmente preposta all'applicazione della normativa a tutela della concorrenza, anche il compito di applicare la normativa in materia di PCS dettata a tutela dei consumatori. Tale competenza si affianca a quella già in precedenza attribuita all'Autorità in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita (la cui disciplina è stata espunta dal Codice del Consumo dal D. Lgs. 2.8.2007, n. 145, dettato in attuazione dell'art. 14 della Direttiva).

La scelta di cumulare le competenze in materia di diritto dei consumatori e di diritto della concorrenza in capo a una medesima autorità pubblica è in linea con quanto già da tempo effettuato nel Regno Unito (ove tali competenze sono state riunite in capo all'*Office of Fair Trading*), nonché in altri paesi, quali gli Stati Uniti (*Federal Trade Commission*) o l'Australia (*Australian Competition & Consumer Commission*).

Essa appare essere giustificata dal fatto che tra **le due policies sussiste indubbiamente una correlazione**. Invero, quali che siano le finalità che si vogliono loro attribuire (e senza voler entrare in tale interessante dibattito teorico), non sembra possibile sfuggire alla conclusione che tra la tutela della concorrenza e la tutela dei consumatori sussista un rapporto inestricabile, via via ricostruito in termini di complementarietà o di latente (e talvolta insanabile) conflitto.

In tema, v. “*Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori*”, in Mercato, Concorrenza e Regole, 2/2009, che raccoglie la sintesi degli interventi di G. Amato, H. Schwitzer, F. Denozza, D. Stallibrass, e A. Nicita in occasione di una tavola rotonda svoltasi all'Istituto Universitario Europeo sul tema “*Market freedoms and consumer protection: two conflicting aims?*”.



Del resto, sul piano strettamente giuridico-positivo, basti considerare che

- la **rilevanza dell'interesse dei consumatori nell'applicazione del diritto antitrust** è pacificamente riconosciuta da:
  - **Art. 3, lett. b), della legge n. 287/1990**, che vieta le condotte abusive volte a *“impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori”* (v. anche Art. 102 TFEU).
  - **Art. 4 della legge n. 287/1990**, che pone tra le condizioni per l'autorizzazione di intese restrittive della libertà di concorrenza in deroga al generale divieto previsto dall'art. 2 della medesima legge, la circostanza che queste *“diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori”* (v. anche Art. 101(3) TFEU).
  - **Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali** a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (v. in particolare, §§ 8 e 76/84).
    - *“La concorrenza effettiva apporta dei benefici ai consumatori, quali prezzi bassi, prodotti di alta qualità, un'ampia gamma di beni e servizi, e innovazione. Grazie alla sua azione di controllo, la Commissione impedisce le concentrazioni suscettibili di privare i consumatori di questi benefici tramite un aumento significativo del potere di mercato delle imprese”* (§ 8);
    - *“[n]ella valutazione complessiva di una concentrazione, la Commissione [...] può decidere che, a causa dei miglioramenti di efficienza prodotti dalla concentrazione, non vi è motivo di dichiarare la concentrazione incompatibile con il mercato comune [...] [se essa] è in grado di concludere [...] che l'incremento di efficienza generato dalla concentrazione probabilmente accrescerà la possibilità e l'incentivo dell'impresa risultante dalla concentrazione a comportarsi in modo pro-concorrenziale a vantaggio dei consumatori, controbilanciando gli effetti negativi per la concorrenza che l'operazione potrebbe altrimenti produrre”* (§ 77).
  - **Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82** del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (v. ad esempio §§ 5 e 19).
    - *“Nell'applicare l'articolo 82 al comportamento volto all'esclusione dei concorrenti dal mercato (il cosiddetto ‘comportamento di esclusione’) adottato da imprese dominanti, la Commissione si concentrerà sui tipi di comportamento maggiormente dannosi per i consumatori. I consumatori traggono beneficio dalla concorrenza grazie a prezzi inferiori, migliore qualità e più ampia scelta di beni e servizi nuovi o migliorati. La Commissione indirizzerà dunque l'attuazione coercitiva delle norme in modo da garantire che i mercati funzionino correttamente e che i consumatori traggano vantaggio dall'efficienza e dalla produttività derivanti da una concorrenza effettiva tra imprese”* (§ 5).



- Prassi decisionale della stessa Autorità, che nell'applicazione della normativa antitrust nazionale e comunitaria, ha sanzionato intese illecite ed abusi di posizione dominante rilevando che:
  - non vi è dubbio circa il fatto che la legge n. 287/1990 “riconosca esplicitamente alla collettività dei consumatori la titolarità di una posizione rilevante anche giuridicamente nei confronti dell'impresa che occupa una posizione dominante e che, pertanto, rientri nella competenza dell'Autorità valutare e contrastare prima di tutto proprio i comportamenti diretti allo sfruttamento del mercato sul quale detta impresa esercita il dominio” (A58-Assoutenti/Alitalia);
  - “cancellando sistematicamente i voli in determinate fasce orarie, [l'impresa dominante] ha ristretto la gamma del servizio offerto ed ha reso più difficoltoso l'accesso al mercato dei concorrenti a danno dei consumatori” (A58-Assoutenti/Alitalia);
  - “il rifiuto di cedere alla SIGN i dati degli abbonati su supporto ottico configura un abuso di posizione dominante, ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 287/90 lettera b), in quanto idoneo a precludere la commercializzazione di un prodotto tecnologicamente avanzato con danno per i consumatori” (A65-Sign/Stet-Sip, § 47)
  - “dalle condotte abusive sopra descritte è derivato un danno ai consumatori, danno che si è sostanziato in una variazione peggiorativa dei prezzi e in un ostacolo all'introduzione di nuove varietà di prodotti sul mercato. (A224-Pepsico Foods and Beverages International-IBG sud/Coca Cola Italia);
  - “Otis, Kone e Schindler hanno, infine, arrecato danno ai consumatori, che sono stati privati della possibilità di rivolgersi a imprese di manutenzione non integrate [...] sopportando costi più elevati” (A256 - Otis-Kone Italia-Schindler, § 128);
  - “[l]'intesa in esame, pertanto, ha prodotto effetti particolarmente negativi per il benessere economico dei consumatori” (I706-Ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri della provincia di Bolzano, § 85);
  - “[q]uanto agli effetti dell'intesa, si osserva che [...] la strategia delle imprese di non utilizzare il prezzo come variabile concorrenziale e di procedere a un significativo coordinamento dei prezzi ha determinato rilevanti effetti restrittivi a danno dei consumatori” (I333-Istituto Gentili-Merck Sharp & Dohme -Neopharmed-Sigma Tau Industrie farmaceutiche riunite-Mediolanum farmaceutici).
- Suprema Corte di Cassazione, che ha da tempo riconosciuto la rilevanza degli interessi dei consumatori in ambito antitrust
  - Cass., Sez. III, 2.2.2007, n. 2305: la normativa antitrust “non ignor[i], nella materia dell'intesa, l'interesse del consumatore [...] alla cui difesa l'ideologia antitrust è funzionale”;
  - Cass. SS.UU. 4.2.2005, n. 2207, che ha riconosciuto la legittimazione dei consumatori ad agire in giudizio per far valere pretese risarcitorie fondate su violazioni del diritto antitrust: “la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di



*chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo [...]”.*

- D'altra parte, **l'interesse tutelato dai divieti di PCS** – ossia, **l'interesse a porre in essere scelte non falsate da pratiche commerciali ingannevoli o aggressive** (v. art. 5 della Direttiva e art. 20, comma 2, del Codice del Consumo) – **costituisce una delle condizioni essenziali per il corretto funzionamento del mercato**: l'esercizio della libertà di scelta da parte dei consumatori “disciplina”, infatti, la condotta dei concorrenti già attivi sul mercato e funziona da stimolo per l'entrata di nuovi soggetti sul mercato (v. in tal senso, A. Nicita, cit.).
  - **L'ottavo considerando della Direttiva** riconosce che la normativa in questione tutela *“direttamente gli interessi economici dei consumatori dalle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori [e] indirettamente le attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole previste dalla presente direttiva e, pertanto, garantisce nel settore da essa coordinato una concorrenza leale”*.
- Per altro verso, sia la normativa in materia di PCS, sia il diritto comunitario della concorrenza, mirano alla realizzazione del mercato unico.
  - La Direttiva ha introdotto un regime di piena armonizzazione della materia, al fine dichiarato di conseguire *“l'eliminazione degli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme sulle pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori e la realizzazione del mercato interno in questo settore”* (12° considerando).

La normativa in materia di PCS segna, dunque, il passaggio da una politica di realizzazione del mercato unico basata su interventi di armonizzazione minima ad una politica di armonizzazione completa. In tale contesto le autorità nazionali devono astenersi dal fissare livelli di tutela del consumatore maggiori di quelli fissati dal legislatore comunitario, in quanto ciò sarebbe di ostacolo alla realizzazione del mercato interno.
  - Quanto al versante del diritto antitrust, è sufficiente ricordare che il mercato interno *“comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata”* (Protocollo sul mercato interno e sulla concorrenza annesso al Trattato di Lisbona). In altre parole, in ambito comunitario, la politica della concorrenza costituisce uno strumento privilegiato per il conseguimento del mercato interno.
  - Da quanto sopra, discende l'inevitabilità di un coordinamento tra azioni di repressione delle PCS e azioni a tutela della concorrenza, posto che entrambe appaiono avere uno stesso fine (realizzazione del mercato interno).
- Del resto, la stessa Autorità ha espressamente affermato di considerare **in senso unitario e complementare** le proprie competenze in materia antitrust e consumeristica:
  - Nella Relazione sull'attività svolta nell'anno 2007, dopo aver osservato che l'attribuzione all'Autorità di *“un ruolo centrale nell'applicazione delle norme a tutela del consumatore è pienamente coerente con la sua missione di autorità a tutela della concorrenza, [in quanto] i comportamenti che incidono sulla libertà di scelta del consumatore alterano il funzionamento del mercato, sottraendo in modo scorretto clienti ai concorrenti”*, ha aggiunto che



*“[p]olitica della concorrenza e politica del consumatore si integrano [...] l’una con l’altra e completano il sistema delle tutele” (v. ibidem, p. 6).*

- In effetti, è stato correttamente osservato che la normativa in materia di PCS e la normativa antitrust possono “*in sede applicativa operare in modo complementare. La possibilità di scegliere fra una vasta gamma di prodotti o di offerte, in concorrenza fra loro, sostenuta dai divieti antitrust, accresce lo spettro di autodeterminazione del consumatore protetto dai divieti di pratiche commerciali scorrette. E la possibilità di fare scelte di consumo non condizionate da pratiche commerciali scorrette, a sua volta, accresce la possibilità che la concorrenza abbia esiti di una qualche utilità sociale*” (Anna Genovese, “*Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*”, in AIDA, 2008, pp. 297-303).
- In sintesi, si potrebbe dire che la tutela della concorrenza si risolve indirettamente nella tutela dei consumatori e la tutela dei consumatori si risolve indirettamente nella tutela della concorrenza.
- D’altra parte, non possono neanche essere sottaciuti i rischi che l’azione a tutela dei consumatori possa, se non adeguatamente calibrata e ponderata, generare il paradosso di ostacolare, piuttosto che agevolare, il corretto funzionamento del mercato. Al riguardo è stato infatti correttamente evidenziato che un eccesso di tutela potrebbe, ad esempio, risolversi nel:
  - “depotenziamento” dell’effetto disciplinante della domanda sul gioco concorrenziale, riducendo gli incentivi dei consumatori ad essere attivi e responsabili nell’effettuare le proprie scelte sul mercato;
  - limitare gli incentivi all’innovazione e nell’attribuire artificiosi vantaggi a favore di alcune imprese e a scapito di altre (ad es. imponendo livelli qualitativi dei prodotti/servizi più elevati di quelli che sarebbero altrimenti assicurati dal solo confronto concorrenziale)
  - facilitare il coordinamento tacito tra imprese.

(v. in proposito, G. Amato e A. Nicita, cit.; M. Bennet and J. Fingleton, “*Joining Consumer and Competition Policies... or ten reasons why competition specialists should be interested in consumer policy*”, intervento alla *Charles River Associates Conference on Economic Development in European Competition Policy*, 9 Dicembre 2009).

## **II. La repressione delle PCS da parte dell’Autorità: profili procedurali e sostanziali**

La sussistenza di un’inestricabile correlazione tra la disciplina in materia di PCS e il diritto della concorrenza, e il fatto che il *public enforcement* di entrambe le normative sia stato demandato alla medesima autorità (in entrambi i settori, dotata del potere di attivarsi d’ufficio), rendono quanto mai opportuno e necessario garantire che l’applicazione per via pubblicistica delle due normative avvenga in maniera quanto più possibile omogenea e coordinata.

È proprio da questa prospettiva che, nel prosieguo, intendo proporre alcune osservazioni in merito all’azione dell’Autorità in materia di repressione delle PCS, con riferimento sia alle procedure e ai poteri nei quali si estrinseca l’agire dell’Autorità stessa, sia all’interpretazione sostanziale di alcune fondamentali nozioni contenute nel Codice del Consumo in siffatta materia (*id est*, “consumatore medio” e “pratica commerciale”).



Non senza aver da subito messo in evidenza che il primo ordine di questioni (poteri e procedure) e il secondo (nozioni di diritto sostanziale) sono ancora una volta indissolubilmente connesse. Basti al riguardo rammentare che l'attribuzione di poteri specifici e il concreto modo del loro dispiegarsi inevitabilmente si riflettono sulla delimitazione concreta della portata e del significato dei precetti di diritto sostanziali.

#### **A. I poteri dell'Autorità in materia di PCS**

In linea generale, la nuova disciplina in materia di PCS si caratterizza, sotto il profilo procedurale, per un significativo rafforzamento dei poteri istruttori e sanzionatori dell'Autorità, che sono stati tendenzialmente allineati a quelli di cui l'Autorità è dotata in materia di diritto della concorrenza e sono dunque ben più incisivi di quelli originariamente previsti ai fini dell'applicazione della normativa in tema di pubblicità ingannevole e comparativa illecita. In estrema sintesi, le principali novità sono le seguenti:

- potere di procedere d'ufficio, oltre che su istanza di *“ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse”*;
- potere di promuovere un ravvedimento operoso da parte del professionista nella fase precedente l'avvio formale del procedimento (*moral suasion*);
- rafforzamento dei poteri istruttori;
- potere di ottenere dal professionista l'assunzione dell'impegno di porre fine alla infrazione;
- inasprimento delle sanzioni per i casi di accertamento di illecito e previsione di sanzioni per i casi di comunicazione di informazioni non veritiere, mancato rispetto degli impegni assunti e inottemperanza (a provvedimenti cautelari o definitivi);
- potere di disporre la sospensione della PCS, nonché quello di ordinare la pubblicazione di una dichiarazione di rettifica (già previsti nel caso della precedente normativa in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita).

##### **(a) Avvio del procedimento d'ufficio**

Come già anticipato, l'art. 27, comma 2, del Codice del Consumo riconosce all'Autorità il potere di attivarsi d'ufficio al fine di verificare l'eventuale scorrettezza di una pratica commerciale e, se del caso, inibirne la continuazione. L'esercizio dei poteri dell'Autorità non è, quindi, più vincolato alla ricezione di una richiesta di intervento, come avveniva ai sensi della previgente disciplina in materia di pubblicità ingannevole e comparativa.

Durante il 2008, *“l'Autorità ha per la prima volta attivato i poteri conferiti dal novellato Codice del consumo, disponendo l'avvio di 14 procedimenti d'ufficio”* (Relazione annuale sull'attività svolta, 30 aprile 2009, p. 246).

L'attribuzione del potere di attivarsi d'ufficio è coerente con, e accentua ulteriormente, la valenza pubblicistica dell'azione dell'Autorità, consentendole di selezionare le priorità del proprio intervento e *“orientare al risultato”* la propria attività in funzione dell'interesse pubblico di garantire il corretto funzionamento del mercato (v. A. Genovese, *“L'Enforcement e le tutele”*, in A. Genovese (a cura di) *“I*



*decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della Direttiva 2005/29/CE”, CEDAM, 2008”); Assonime, circolare n. 50, del 22 dicembre 2009, “Pratiche commerciali scorrette: poteri, procedure e garanzie”).*

L’Autorità stessa ha in proposito rilevato che essa non è più chiamata a valutare i soli casi segnalati con le richieste di intervento, ma può *“integrare tali sollecitazioni sulla base di una [propria] attività di monitoraggio del mercato”, assicurando così “la sistematicità dell’intervento dell’Autorità” ed evitando di causare “alterazioni del gioco concorrenziale”, che potevano verificarsi nel vigore della precedente normativa “qualora le richieste di intervento riguardassero solo alcuni degli operatori che adottavano una determinata pratica commerciale”* (Relazione annuale sull’attività svolta, 30 aprile 2008, p. 23).

Specularmente, il “Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette”, adottato dall’Autorità con delibera del 15.11.2007, n. 17589, successivamente modificato con delibera del 29.07.2009, n. 20222 (il “Regolamento”), attribuisce all’Autorità un ampio potere di archiviazione che, prevedendo che qualora quest’ultimo *“ritenga, sulla base degli elementi prodotti con la richiesta di intervento o altrimenti acquisiti dal responsabile del procedimento [...], che non vi siano i presupposti per un approfondimento istruttorio, archivia la richiesta dandone comunicazione al richiedente”* (art. 5.3). Il riferimento alla generica mancanza di *“presupposti per un approfondimento istruttorio”* sembra, infatti, conferire all’Autorità un ampio margine di discrezionalità nella valutazione dell’opportunità di archiviazione dei procedimenti, con ciò consentendole di concentrare la propria attività sui casi ritenuti di maggiore interesse pubblico.

#### **(b) La moral suasion**

Coerente con l’obiettivo di rendere più efficace l’azione amministrativa dell’Autorità, limitando l’apertura di procedimenti ai soli casi in cui ciò sia realmente necessario, è l’introduzione del potere di sollecitare il ravvedimento operoso da parte del professionista, prima dell’avvio del procedimento.

Tale attività, non consentita nei casi di particolare gravità, si concretizza nell’invio da parte del *“responsabile del procedimento”*, previa informativa al collegio dell’Autorità, di un invito scritto al professionista a rimuovere i possibili profili di scorrettezza della pratica, che fossero stati *prima facie* identificati (Regolamento, art. 4, comma 2).

L’obbligo di previa informativa del Collegio garantisce che l’Autorità mantenga la supervisione delle iniziative assunte dal responsabile del procedimento in fase pre-istruttoria, verificando che sussistano tutte le condizioni per l’applicazione dell’istituto in questione.

L’Autorità ha considerato la *“moral suasion”* come uno strumento che, *“da un lato, garantisce immediatezza e proporzionalità dell’intervento, [e] dall’altro esonera il professionista dalla sanzione”* (Relazione annuale sull’attività svolta, 30 aprile 2009, p. 260) e dalle stesse conseguenze negative anche del solo avvio di un procedimento formale. Peraltro, pur avendo l’Autorità limitato l’applicazione di tale istituto *“ai soli casi nei quali sussistesse attualmente la possibilità per i professionisti di eliminare i*



*profili di scorrettezza, restando[ne] esclusa l'utilizzabilità [...] qualora la pratica commerciale si fosse già esaurita (ipotesi di norma ricorrente nell'ambito delle campagne pubblicitarie)", lo stesso ha consentito di archiviare il caso ancor prima del formale avvio del procedimento in un numero significativo di occasioni (nel corso del 2008 "per il 3% delle segnalazioni il professionista ha accolto l'invito a rimuovere i profili di possibile scorrettezza della condotta commerciale"; v. Relazione annuale sull'attività svolta, 30 aprile 2009, pp. 260 e 245).*

Occorre tuttavia notare che l'introduzione di questo nuovo strumento *dissuasivo* di cui può avvalersi il responsabile del procedimento nella fase pre-istruttoria non è stata accompagnata dall'attribuzione di corrispondenti diritti di difesa in capo al professionista destinatario dell'invito scritto a cessare la pratica oggetto di indagine. In specie, nella fase pre-istruttoria durante la quale si colloca un'eventuale iniziativa di *moral suasion* da parte del responsabile del procedimento, il professionista non ha diritto di accesso agli elementi informativi di cui è in possesso l'Autorità e non è, quindi, posto pienamente in condizione di valutare appieno la bontà delle censure mossegli.

Occorre, infine, segnalare che, in occasione del recentissimo convegno, con il quale è stato dato avvio alle iniziative per la celebrazione del ventennale dell'Autorità – tenutosi il 21 gennaio u.s. e dedicato a *"La Convergenza nel settore delle comunicazioni elettroniche. Lo scenario competitivo di reti, servizi e contenuti: profili concorrenziali in una prospettiva internazionale"* – il presidente Catricalà ha segnalato che, nel novero di alcuni interventi ritenuti necessari per rendere più efficace l'azione dell'Autorità, quest'ultima intende chiedere al governo l'introduzione, con riferimento alla pubblicità televisiva, di una sorta di *moral suasion* anche nella fase immediatamente successiva all'avvio del procedimento:

*"Riguardo la vigilanza sulla pubblicità televisiva, allo scopo di meglio contemperare la libertà d'impresa con le legittime esigenze del controllo e per evitare o limitare più prontamente il pregiudizio al consumatore, si auspica l'adozione di una normativa che consenta al professionista responsabile dei messaggi, nel termine perentorio di sette giorni lavorativi dalla comunicazione dell'atto di avvio del procedimento, di proporre ed eseguire impegni idonei a rimuovere i profili di illiceità indicati nell'atto di avvio; l'Autorità, valutata l'idoneità degli impegni e la loro completa esecuzione nel termine, definirebbe il procedimento senza accertare l'illecito" (p.12).*

### **(c)    *Maggiori poteri investigativi***

Come anticipato, sono stati notevolmente ampliati i poteri dell'Autorità ai fini dell'applicazione della normativa in materia di PCS.

In analogia con quanto già previsto in materia di applicazione del diritto della concorrenza, l'Autorità può **chiedere, a chiunque ne sia in possesso, informazioni e documenti** rilevanti ai fini dell'accertamento, applicando sanzioni pecuniarie in caso di inottemperanza (da un minimo di €2.000 a un massimo di €40.000). L'Autorità può, inoltre, autorizzare **ispezioni** presso *"chiunque sia ritenuto in possesso di documenti aziendali utili ai fini dell'istruttoria"* (con l'esclusione dei luoghi di residenza o domicilio estranei all'attività aziendale oggetto dell'indagine).



In attuazione di quanto previsto dall'art. 12 della Direttiva, l'art. 27, comma 5, del Codice del consumo prevede, infine, che l'Autorità possa *“disporre che il professionista fornisca prove sull'esattezza dei dati di fatto connessi alla pratica commerciale se, tenuto conto dei diritti o degli interessi legittimi del professionista e di qualsiasi altra parte nel procedimento, tale esigenza risulti giustificata, date le circostanze del caso specifico. Se tale prova è omessa o viene ritenuta insufficiente, i dati di fatto sono considerati inesatti”*. Analogamente a quanto era già previsto nel vigore della precedente disciplina in tema di pubblicità ingannevole, è dunque ammessa alle condizioni descritte **un'inversione dell'onere della prova**. Ratio ispiratrice di tale istituto sembra essere quella del *“criterio della prossimità”*, per cui l'onere probatorio viene addossato sul soggetto che, date le circostanze, può meglio assolverlo, ciò evidentemente tenuto conto della particolare difficoltà per l'Autorità di reperire prove di accadimenti economici connotati per loro stessa natura da fluidità.

In proposito, occorre notare peraltro che il legislatore nazionale ha introdotto nell'ultima parte dell'art. 27, comma 5, del Codice del Consumo la previsione – non contenuta nella Direttiva – secondo cui *“[i]ncombe, in ogni caso, al professionista l'onere di provare, con allegazioni fattuali, che egli non poteva ragionevolmente prevedere l'impatto della pratica commerciale sui consumatori, ai sensi dell'articolo 20, comma 3”* (ai sensi dell'art. 20, comma 3, le pratiche commerciali idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile e particolarmente vulnerabili in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo).

La disposizione in questione conferma *a contrario* che, in tutti gli altri casi, incombe sull'Autorità l'onere di provare l'idoneità della pratica a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio che essa raggiunge (sul punto tornerò *infra*).

#### **(d) Introduzione dell'istituto degli impegni**

Riprendendo un istituto già collaudato in materia antitrust, anche in materia di PCS il legislatore nazionale ha previsto che *“ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale, l'Autorità può ottenere dal professionista l'assunzione dell'impegno a porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità. L'Autorità può disporre la pubblicazione della dichiarazione dell'impegno in questione a cura e spese del professionista. In tali ipotesi, l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione”* (Codice del consumo, Art. 27, comma 7).

L'art. 8, comma 2, del Regolamento precisa che, nel caso di presentazione di una proposta di impegni da parte del professionista, l'Autorità ha tre possibilità: (i) qualora li ritenga idonei, ne dispone con provvedimento l'accettazione, rendendoli obbligatori per il professionista e chiudendo il procedimento senza accertare l'infrazione; (ii) qualora li ritenga parzialmente idonei, fissa un termine al professionista per un'eventuale integrazione degli impegni stessi; (iii) nei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale o in caso di inidoneità degli impegni, ne delibera il rigetto.



**Termine per la presentazione degli impegni.** L'art. 8 del Regolamento prevede, inoltre, un limite temporale per la presentazione degli impegni, prevedendo che *“entro e non oltre 30 giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio dell'istruttoria, il professionista può presentare, in forma scritta, impegni tali da far venire meno i profili di illegittimità della pratica commerciale”* (si ricordi che il Regolamento 2006/2004/CE non prevedeva invece alcun limite temporale per la presentazione degli impegni da parte del professionista).

Il TAR Lazio ha avuto modo di chiarire che tale termine ha *“chiara natura perentoria [e] risponde all'evidente fine di consentire una rapida definizione della procedura con la più sollecita e tempestiva eliminazione della pratica e dei suoi effetti e implica che l'operatore professionale formuli in modo chiaro ed esaustivo gli impegni che intende sottoporre all'Autorità”* (TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 8673 del 14 settembre 2009, *Fastweb c. Autorità*).

Sarebbe invece preferibile una soluzione più flessibile che attribuisca a tale termine esclusivamente natura sollecitatoria e non impedisca, dunque, all'Autorità di valutare anche proposte di impegni “tardive”. Ciò tanto più ove si tenga a mente che, nella prassi, i provvedimenti di avvio del procedimento sono formulati in senso estremamente ampio e generico, non consentendo dunque al professionista di individuare tempestivamente i profili di criticità e le conseguenti eventuali misure idonee a porre ad essi rimedio.

In tal senso sembra, in effetti, essersi orientata l'Autorità, che in alcuni casi ha accolto proposte di impegni presentate anche diversi mesi dopo la data di avvio del procedimento (si veda il caso PS/3291 - *Scheda Takitime-Mancata Restituzione Credito Residuo* – avvio del procedimento in data 9 marzo 2009, presentazione della proposta di impegni (poi resa obbligatoria con decisione di accettazione) in data 7 maggio 2009, ossia quasi due mesi dopo l'avvio del procedimento. Nello stesso senso si vedano anche i casi PI/6460-*Bed&Breakfast Boccuti* e PI/6237- *Rivista HI-TEST numero gratis*, in cui gli impegni risultano esser stati proposti, rispettivamente, quasi due mesi e mezzo e poco meno di tre mesi dopo il provvedimento di avvio).

In assenza di un ripensamento da parte del giudice amministrativo in merito alla natura (perentoria o sollecitatoria) del termine per la presentazione degli impegni, rimane, comunque, il rischio che la legittimità di tali decisioni possa essere contestata da terzi interessati.

La rilevanza pratica dell'introduzione dell'istituto degli impegni nell'ambito della normativa in materia di PCS è stata finora, peraltro, pressoché nulla.

In questa prima fase di applicazione della normativa in questione, l'Autorità ha infatti interpretato in maniera estremamente rigorosa le condizioni per l'applicazione dell'istituto in questione.

In primo luogo, essa ha ritenuto che la nozione di *“manifesta gravità e scorrettezza della pratica commerciale”* – al ricorrere della quale, come già visto, è preclusa la possibilità di una chiusura del procedimento con accettazione della proposta di impegni – debba essere *“ricondotta [al ricorrere di] almeno uno tra i seguenti fattori: i) elevato numero - anche soltanto potenziale - di consumatori coinvolti; ii) pregiudizio economico concreto o eventuale per i medesimi; iii) particolare gravità in sé dell'inganno (in caso di condotta ingannevole) o della pressione (in caso di aggressività); iv) condizione di debolezza del consumatore medio o di una delle categorie di consumatori medi interessati; v) sussumibilità della fattispecie contestata ad una tra le ipotesi incluse nelle liste nere di cui agli articoli 23 e 26 del Codice del consumo”* (Relazione annuale sull'attività svolta, 30 aprile 2009, pp. 259 e 260).

L'estrema ampiezza della citata interpretazione della nozione di *“manifesta gravità e scorrettezza”* è stata, peraltro, ulteriormente ampliata da una pronuncia del TAR Lazio, secondo cui *“dal coordinamento esegetico tra le disposizioni normativa e regolamentare è agevole desumere che la sfera delle pratiche commerciali scorrette*



*alle quali risulta riferibile l'istituto degli impegni è limitata a fattispecie di maggiore tenuità e minore impatto socioeconomico, stante l'espressa esclusione per le ipotesi di pratiche 'manifestamente scorrette e gravi', che in effetti individua una sorta di endiadi, essendo arduo immaginare che una pratica grave non sia anche 'manifestamente', ossia 'ictu oculi', scorretta, e che a sua volta una pratica di palese evidente scorrettezza non presenti, proprio in funzione della sua qualificata scorrettezza, profili di gravità" (TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 8673 del 14 settembre 2009, Fastweb c. Autorità).*

D'altra parte, l'Autorità ha ritenuto che, anche per in presenza di pratiche non manifestamente gravi e scorrette, l'istituto degli impegni non dovesse trovare applicazione in tutti i casi in cui sussisteva un interesse prevalente all'accertamento dell'illecito: "[o]ve la pratica commerciale per la quale si procede, superando lo scoglio del giudizio sulla manifesta scorrettezza e gravità, non sia tale da precludere la valutazione degli impegni nel merito, l'Autorità ha tenuto presenti, ai fini delle determinazioni da assumere ai sensi dell'articolo 27, comma 7, del Codice del consumo, gli ulteriori profili attinenti: a) all'idoneità a rimuovere i profili di illegittimità; b) all'esigenza di procedere comunque all'accertamento dell'infrazione, elemento particolarmente valorizzato in fase di prima applicazione, anche in vista dell'esigenza di definire i contorni della materia" (Relazione annuale sull'attività svolta, 30 aprile 2009, pp. 259 e 260).

L'atteggiamento di tendenziale chiusura nei confronti dell'istituto degli impegni in materia di PCS è stato finora motivata dall'Autorità sulla base dell'esigenza di non depotenziare la deterrenza dei divieti di PCS, esigenza tanto più sentita secondo l'Autorità in ragione della novità della disciplina in questione, da un lato, e della relativa scarsa entità delle sanzioni comminabili alle imprese a fronte degli interessi economici coinvolti.

*"Rispetto a pratiche particolarmente gravi, il legislatore ha senz'altro ritenuto prevalente l'obiettivo della deterrenza" (Relazione annuale sull'attività svolta, 30 aprile 2008, p. 24).*

In conseguenza di tale approccio, a fronte di 238 procedimenti istruttori chiusi nel corso del 2008, in soli "9 procedimenti l'Autorità ha accettato gli impegni offerti dalle parti, ritenendoli idonei a rimuovere i profili di illegittimità della pratica" (Relazione annuale sull'attività svolta, 30 aprile 2009, p. 246).

In assenza di dati ufficiali sul punto, nel corso del 2009 ci risulta che l'Autorità abbia accettato gli impegni proposti dal professionista in soli 5 altri casi.

*Si tratta in particolare dei seguenti casi: (i) PS/83 - Euroclub-libro non richiesto; (ii) PS/1340-Zurich Assicurazioni-disdetta polizza assicurativa; (iii) PS/2469 - Credito Cooperativo-pagamento bollettino MAV; (iv) PS/2820 -Foot Center-esame e cura del piede; (v) PS/3291 - Scheda takitime-mancata restituzione credito residuo.*

Le considerazioni che hanno indotto – in radicale contrasto con la prassi decisionale dell'Autorità in tema di tutela della concorrenza – a espungere "virtualmente" l'istituto degli impegni dall'ambito della normativa in materia di PCS appaiono ad oggi non più integralmente attuali.

In primo luogo, possiamo ormai ritenere conclusa la fase di "infanzia" della normativa in questione. Anche grazie agli enormi sforzi profusi dall'Autorità, non vi



è, infatti, più alcun dubbio che imprenditori e professionisti siano ormai ben edotti in merito all'esistenza di tale normativa e alla necessità di rispettarne in modo rigoroso precetti e principi.

*“[L]’importo complessivo delle sanzioni pecuniarie comminate dall’Autorità [per PCS e pubblicità ingannevole e comparativa illecita] nel corso del 2008 ha registrato una decisa crescita rispetto all’anno precedente; esso **è stato pari a 37.156.850 EUR** (5.022.800 EUR nel 2007)”* (Relazione annuale sull’attività svolta, 30 aprile 2009, p. 248).

Numero vieppiù significativo se si pensa che, nello stesso anno, il totale delle sanzioni pecuniarie comminate dall’Autorità **per illeciti antitrust è stato pari a € 4.882.630** (Relazione annuale sull’attività svolta, 30 aprile 2009, pp. 40-41).

D’altra parte, quanto all’esigenza di garantire l’efficacia deterrente della normativa in questione, non si può non ricordare che, a valle dell’entrata in vigore dell’azione di classe di cui all’art. 140bis del Codice del Consumo (come è noto, è applicabile anche ai casi di PCS), ci si trova di fronte a uno scenario del tutto nuovo e diverso. Infatti, per quanto la Cassazione abbia avuto modo di ribadire che le pronunzie dell’Autorità non abbiano effetti vincolanti sulle decisioni dei giudici ordinari (v. SS. UU. 15.1.2009 n. 794, in materia di pubblicità ingannevole), è indubbio che – in linea con quanto avviene in ambito antitrust – un’eventuale decisione di condanna per PCS da parte dell’Autorità finirebbe per assumere di certo un notevole rilievo in sede di eventuale azione *follow on*. Ciò, in tutta evidenza, è suscettibile di determinare un effetto deterrente ben maggiore di quello rappresentato dalle (sole) sanzioni pecuniarie comminabili dall’Autorità.

D’altronde, avendo riguardo al fine pubblicistico che deve guidare l’azione dell’Autorità (tutela dei consumatori e del corretto funzionamento del mercato), sembra ragionevole affermare che, quanto meno in alcuni casi, la strada dell’accettazione degli impegni potrebbe essere preferibile a quella di una mera condanna con irrogazione di sanzioni pecuniarie.

Invero, laddove la pratica commerciale contestata non consiste in una singola azione (ad esempio una singola campagna pubblicitaria, in ipotesi ingannevole), ma interessa lo stesso *modus operandi* del professionista con riferimento a uno o più specifici ambiti della sua attività – ad esempio, i criteri e le modalità di commercializzazione dei prodotti/servizi ovvero le modalità di gestione dei partner esterni della cui collaborazione il primo si avvalga), un’eventuale decisione di accettazione di impegni che implichi un’adeguata rivisitazione delle attività ritenute “illecite” da parte dell’Autorità, avrebbe al contempo l’indiscutibile vantaggio di comportare la cessazione della pratica contestata e la garanzia *pro-futuro* che le attività in questione si svolgeranno nel pieno rispetto della normativa a tutela dei consumatori.

D’altra parte, almeno nei casi citati, l’istituto degli impegni consentirebbe certamente all’Autorità e alle imprese di individuare soluzioni di maggiore tutela per i consumatori, evitando al tempo stesso i costi ed i tempi di un’istruttoria approfondita e dell’eventuale giudizio di impugnazione.



La riflessione su un più oculato utilizzo dell'istituto degli impegni, che non ne escluda a priori l'applicabilità, appare invero funzionale a consentire *“all'Autorità di contemperare efficacemente l'interesse pubblico all'accertamento e alla repressione degli illeciti con l'esigenza di concentrare le risorse dell'Amministrazione sulle fattispecie più meritevoli di tutela”* (Relazione annuale sull'attività svolta, 30 aprile 2008, p. 24).

**(e) Assenza dell'obbligo di comunicazione delle risultanze istruttorie**

A differenza di quanto previsto nei procedimenti in materia di diritto della concorrenza, la normativa in materia di PCS non contempla la necessità dell'invio di una comunicazione delle risultanze istruttorie, nella quale vengano indicati gli elementi di fatto e probatori raccolti nel corso dell'istruttoria, nonché la loro valutazione giuridica.

Tale circostanza sembra porre un significativo limite al principio del contraddittorio e all'esercizio del diritto di difesa da parte dei professionisti interessati. Questi ultimi, anche in sede di memorie difensive finali, si vedono costretti a delineare le proprie difese in assenza di una precisa formulazione degli addebiti loro mossi da parte dell'Autorità.

Anche dal punto di vista dell'agire provvedimentale dell'Autorità, tale circostanza appare criticabile, nella misura in cui finisce per privarla della possibilità di conoscere pienamente – prima dell'adozione del provvedimento finale – il punto di vista dei professionisti interessati e di tutte le altre parti del procedimento. Circostanza questa ancor più rilevante in quanto, in materia di PCS, l'atto di avvio del procedimento si risolve di fatto in una descrizione delle condotte contestate, formulata in termini estremamente sintetici e ampi, nonché nella mera elencazione degli artt. del Codice del Consumo che l'Autorità assume essere stati violati.

La mancata previsione di un obbligo di comunicazione delle risultanze istruttorie assume ancor più rilevanza se si pensa che, a differenza di quanto avviene in ambito antitrust, in materia di PCS le parti non hanno un vero e proprio diritto di essere sentite nell'ambito di audizioni. È, infatti, prevista esclusivamente la “possibilità” di audizioni tecniche innanzi al responsabile del procedimento, sempre che lo stesso, con decisione altamente discrezionale e difficilmente sindacabile, ritenga che *“ciò sia necessario ai fini della raccolta o della valutazione degli elementi istruttori”* (Regolamento, art. 12, comma 2). Non è invece prevista in nessun caso la possibilità che le parti possano essere sentite dinanzi al collegio dell'Autorità.

I rilievi critici sopra formulati non sembrano, almeno per il momento, aver fatto breccia sul giudice amministrativo.

Da una parte, il TAR ha infatti ritenuto che *“l'analiticità delle argomentazioni riguarda la fase conclusiva del procedimento, che costituisce l'esito della fase istruttoria, mentre non può caratterizzare la fase di avvio, nella quale, invece, deve essere con precisione indicato il solo messaggio, o i profili della pratica commerciale, oggetto dell'indagine al fine di mettere in grado l'operatore pubblicitario di poter proficuamente partecipare all'istruttoria”* (TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 4490 del 4 maggio 2009, *Pro Action Srl c. Autorità*), dimenticando però



che il Regolamento non prevede la necessità di un atto che formalizzi in modo *analitico* gli addebiti mossi al professionista al termine della fase istruttoria.

D'altra parte, lo stesso TAR ha più volte osservato che *“il regolamento di procedura in materia di pratiche commerciali scorrette [non] può ritenersi illegittimo, negli artt. 6 e 16, laddove, a differenza che nel regolamento sulle procedure in materia di tutela della concorrenza, non prevede una contestazione delle risultanze istruttorie. Le norme del regolamento in materia di pratiche commerciali scorrette, infatti, assicurano comunque una piena garanzia del contraddittorio, riconoscendo alle parti un'ampia facoltà di presentare scritti difensivi e documentazione a supporto delle argomentazioni proposte, sicché il procedimento è del tutto conforme ai principi sottesi alla L. 241/1990, mentre, nei procedimenti antitrust, la previsione della comunicazione delle risultanze istruttorie è da ricondurre alle peculiarità tipiche dei relativi procedimenti, caratterizzati dalla particolare complessità degli accertamenti istruttori”* (TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 5807 del 19 giugno 2009, *Trenitalia S.p.A. c. Autorità*; nello stesso senso si vedano pure TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 9083 del 21 settembre 2009, *David2 S.p.A. c. Autorità*; TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 7122 del 20 luglio 2009, *Wind Telecomunicazioni S.p.A. c. Autorità*).

Neanche questa osservazione pare però cogliere nel segno, in quanto è indubbio che – specie in alcuni casi – le fattispecie oggetto dei procedimenti in materia di PCS sono in effetti particolarmente complesse.

Anche sul piano normativo, peraltro, la formulazione ampia del divieto di PCS contenuta nell'art. 20, del Codice del Consumo, richiedendo la valutazione della rispondenza ai canoni di diligenza professionale, nonché in merito all'impatto *“in misura apprezzabile”* della pratica commerciale sulle scelte dei consumatori, demanda all'Autorità un delicato e complesso compito di definizione del precetto posto dal legislatore (per lo meno in tutti i casi in cui non si cada in una delle fattispecie *black-listed* dagli artt. 23 e 26 del Codice del Consumo).

Del resto, lo stesso TAR ha in altra occasione rilevato che *“[è] indubbio [...] che, rispetto ai procedimenti intesi a reprimere la pubblicità ingannevole e comparativa, anche quelli in materia di pratiche scorrette richiedano, oggi, un maggiore e più articolato impegno istruttorio”* (TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 5625 del 15 giugno 2009, *Telecom Italia S.p.A. c. Autorità*). La sentenza da ultimo citata risulta, peraltro, altrettanto degna di nota nella parte in cui osserva che *“salvo i casi di condotte “tipizzate” (elencate agli artt. 23 e 26 del Codice del Consumo), incombe all'Autorità di individuare con precisione le azioni, omissioni e/o dichiarazioni ritenute ingannevoli e/o aggressive. In tal senso, il riferimento all'“oggetto del procedimento”, contenuto nell'art. 6 del Regolamento [...], non può esaurirsi nel mero richiamo delle norme di cui si ipotizza la violazione”*.

Peraltro, nulla ovviamente impedirebbe di “calibrare” la complessità di un'eventuale CRI in funzione dell'effettiva complessità del caso oggetto di attenzione da parte dell'Autorità. Ciò consentirebbe di conciliare l'esigenza di evitare ingiustificati appesantimenti istruttori (nei casi più semplici, la CRI potrebbe limitarsi a confermare i rilievi mossi in sede di avvio del procedimento), da una parte, con quella di garantire



un pieno dispiegarsi del contraddittorio e un agire provvedimentoale da parte dell'Autorità pienamente informato e meditato.

\* \* \*

Tirando le somme da questa prima ricognizione in merito ai poteri conferiti all'Autorità in materia di PCS e al modo in cui gli stessi sono stati esercitati, mi sembra ragionevole considerare maturi i tempi per una migliore "calibratura" dell'azione dell'Autorità in tale nevralgico settore.

In primo luogo, sembrerebbe auspicabile che l'Autorità superi il proprio iniziale approccio di totale chiusura nei confronti dell'istituto degli impegni in siffatta materia. Si è, infatti, già visto che, almeno in alcuni casi, tale istituto sembrerebbe maggiormente e più direttamente funzionale al raggiungimento di una più efficace tutela dei consumatori e del "corretto" funzionamento del mercato. D'altra parte, il ricorso a tale strumento consentirebbe all'Autorità di concentrarsi sulle fattispecie che più meritano decisioni formali di condanna con comminazione di sanzioni (ad es., al fine di meglio definire i criteri per l'applicazione della normativa in questione a determinate fattispecie e/o condotte particolarmente gravi e perniciose). Naturalmente, bisognerà comunque valutare in modo rigoroso e caso per caso la praticabilità della strada degli impegni, evitando di cadere nell'eccesso opposto di un eccessivo ricorso a tale strumento, finirebbe per destare altre e altrettanto gravi perplessità.

Per altro verso, sul piano strettamente procedurale, appaiono ancora diversi e molteplici i margini di miglioramento. Ancora una volta, non pare superfluo sottolineare che una migliore esplicazione di un pieno contraddittorio nell'ambito del procedimento istruttorio – essenzialmente, attraverso la previsione di una CRI, ma anche con l'introduzione della possibilità per il professionista di essere sentito innanzi al Collegio (rimettendo a quest'ultimo la decisione ultima sull'opportunità dell'audizione) – oltre a rispondere alla doverosa esigenza di tutelare i diritti di difesa dei professionisti interessati, consentirebbe un miglior affinamento interpretativo dei numerosi concetti giuridici nuovi contenuti nella normativa in questione. Nei casi più complessi, infatti, tale atto procedurale consentirebbe un più proficuo confronto dialettico tra l'Autorità e le imprese indagate, con conseguente miglioramento qualitativo dell'attività provvedimentoale dell'Autorità.

**B. L'iper-tutela dei consumatori nell'applicazione della normativa in materia di PCS**

È già stato anticipato ed è cosa nota che, sin dalla sua entrata in vigore, l'Autorità ha dedicato grande attenzione alla normativa in materia di PCS, dedicando alla stesse considerevoli energie e risorse e sviluppando in poco più di due anni una consistente prassi decisionale.

Basti al riguardo ricordare che è stata istituita una nuova direzione generale (la Direzione generale per la tutela del consumatore), cui fanno capo sei diverse direzioni (Energia e Industria, Comunicazioni, Credito, Agroalimentare e Trasporti, Servizi, Contact Center) e ricordare che nel solo 2008 le sanzioni per PCS inflitte dall'Autorità sono ammontate a € 37,2 milioni circa, contro soltanto € 4,9 milioni circa di sanzioni per illeciti antitrust.



Nel 2008, l'Autorità ha concluso un totale di 228 procedimenti in materia di PCS e pubblicità ingannevole e comparativa illecita (cui vanno aggiunti ulteriori 9 procedimenti per inottemperanza e 1 procedimento per informazioni non veritiere) (Relazione annuale sull'attività svolta, 30 aprile 2009, p. 246).

Il totale dei procedimenti antitrust conclusi dall'Autorità nel 2008 è stato pari a 25 (12 procedimenti per intese e 13 per abusi), cui vanno aggiunti 842 procedimenti chiusi in materia di controllo delle concentrazioni (Relazione annuale sull'attività svolta, 30 aprile 2009, p. 39).

L'azione dell'Autorità ha avuto indubbiamente il merito di rendere possibile una rapida diffusione della conoscenza nella comunità professionale dell'esistenza di tale nuova normativa e della necessità di conformarvisi, e, specularmente, ha contribuito allo svilupparsi in capo ai consumatori della consapevolezza dei diritti loro conferiti dal Codice del Consumo e della concreta possibilità di pretenderne il rispetto.

Sotto quest'ultimo profilo, non può essere sottaciuto che la presenza di un'Autorità vigile e attenta è senza dubbio funzionale ad una più efficace tutela della sfera giuridica dei consumatori, che si assume violata da condotte in spregio alla normativa in materia di PCS. A distanza di due anni dall'entrata in vigore di tale normativa ci si deve però chiedere se l'interpretazione dei precetti e delle nozioni di diritto sostanziale fatta propria dall'Autorità sia, oltre che fedele al dato giuridico-positivo della normativa in questione, anche coerente con i fini pubblicistici che devono ispirare l'azione dell'Autorità e, in primo luogo, con la tutela del corretto funzionamento del mercato che costituisce la stella polare dell'operato dell'Autorità.

La tesi che si intende illustrare è che sia prevalsa ad oggi un'interpretazione particolarmente estensiva della normativa in materia di PCS, che, oltre a destare qualche perplessità sotto il profilo della fedeltà al dato letterale delle norme in questione, rischia in alcuni casi di operare quale ostacolo – piuttosto che quale garanzia e stimolo – per il corretto dispiegarsi del gioco concorrenziale.

In proposito, rileva a nostro avviso in primo luogo l'interpretazione che, nella prassi decisionale dell'Autorità, è stata data della nozione di “*consumatore medio*”, inteso non come consumatore “*normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto*”, ma invero come soggetto del tutto sprovvisto e bisognoso di tutela. Rileva altresì la considerazione data dall'Autorità alla “*asimmetria informativa*”, intesa quale elemento suscettibile di aggravare “*la posizione di 'garanzia' o 'dovere di protezione' del professionista*” nei confronti del consumatore.

Va ancora considerata, in proposito, l'interpretazione espansiva della (già ampia) nozione di “*pratica commerciale*”, intesa sempre come del tutto sganciata da qualunque connotazione quantitativa o dimensionale.

Sotto tutti i profili citati, pur con qualche timida eccezione, va peraltro anticipato che l'operato dell'Autorità è stato in genere avallato del giudice amministrativo.

#### **(a) *Il consumatore medio***

L'art. 20, comma 2, del Codice del Consumo dispone che “[u]na *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 essa 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*”.



Soltanto nei casi in cui la pratica commerciale è diretta a un gruppo ristretto o, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, è comunque idonea a falsare il comportamento di un gruppo chiaramente individuabile di consumatori particolarmente vulnerabili in ragione dell'infermità mentale o fisica, età o ingenuità, si deve prendere a riferimento il membro medio di tale più ristretto gruppo (v. art. 20, comma 3, del Codice del Consumo).

Il Codice del Consumo non definisce la nozione di “*consumatore medio*”, sebbene, ai sensi del citato art. 20, si tratti di un elemento fondamentale ai fini della valutazione sulla scorrettezza di una determinata pratica commerciale.

Una definizione puntuale della nozione di “consumatore” medio si trova, invece, nella Direttiva e nella giurisprudenza comunitaria.

Viene in rilievo, in primo luogo, il 18° considerando della Direttiva, nel quale il legislatore comunitario ha precisato che “*la Corte di giustizia ha ritenuto necessario, nel deliberare in cause relative alla pubblicità [...], esaminare l'effetto su un virtuale consumatore tipico. Conformemente al principio di proporzionalità, e per consentire l'efficace applicazione delle misure di protezione in essa previste, la presente direttiva prende come parametro il **consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto**, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, ma contiene altresì disposizioni volte ad evitare lo sfruttamento dei consumatori che per le loro caratteristiche risultano particolarmente vulnerabili alle pratiche commerciali sleali. Ove una pratica commerciale sia specificatamente diretta ad un determinato gruppo di consumatori, come ad esempio i bambini, è auspicabile che l'impatto della pratica commerciale venga valutato nell'ottica del membro medio di quel gruppo. [...] La nozione di consumatore medio non è statistica. Gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali dovranno esercitare la loro facoltà di giudizio tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, per determinare la reazione tipica del consumatore medio nella fattispecie*”.

Sul punto si veda anche la proposta di Direttiva della Commissione europea del 18 giugno 2003 (COM (2003) 356 def., 2003/0134 (COD)), ove si chiarisce che “**La [D]irettiva prevede, come consumatore di riferimento, il consumatore medio nella nozione elaborata dalla CGCE e non il consumatore vulnerabile o atipico. Questo criterio, che è un'espressione del principio di proporzionalità, si applica quando una pratica commerciale si rivolge a o raggiunge la maggior parte dei consumatori. Esso subisce un adattamento qualora una pratica commerciale si rivolga specificatamente a un determinato gruppo (ad es. minori); in tal caso come consumatore di riferimento viene considerato un esponente medio di quel gruppo.** La previsione di tale criterio chiarirà il parametro che i tribunali nazionali devono applicare e ridurrà considerevolmente la possibilità di valutazioni divergenti all'interno dell'UE di pratiche tra loro simili, ed al contempo consentirà di tener conto delle rilevanti caratteristiche sociali, culturali o linguistiche dei gruppi destinatari di una determinata pratica, così come contemplato dalla Corte” (paragrafo 30).

La definizione proposta rimanda alla nozione elaborata dalla Corte di giustizia in una ormai consolidata giurisprudenza. Sia in proposito sufficiente richiamare la nota sentenza *Yves Rocher* secondo cui il consumatore è “**un soggetto ben informato, capace di elaborare le informazioni ricevute, e di agire in modo conseguente**” (*Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft ev c. Yves Rocher GmbH*, caso 126/91, in data 18.5.1993).



Definizione confermata in diverse altre sentenze, precedenti e successive (v. *Linde, Winward, Rado c. DPMA*, casi 53/01, 54/01, 55/01, in data 8.4.2003; *Verband Sozialer Wettbewerb EV c. Clinique Laboratoires SNC e Estee Lauder Cosmetics GmbH*, caso 315/92, in data 2.2.1994; *Verein Gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Koeln c. Mars GmbH*, caso 470/93, in data 6.7.1995).

Al riguardo è stato efficacemente osservato che “[l]a Direttiva, [...] nel vietare pratiche commerciali scorrette, assume che il soggetto destinatario sarebbe, in loro assenza, capace di autotutelarsi: non mostra, quindi, di avere di mira la protezione di un soggetto debole, la cui autodeterminazione dovrebbe essere oggetto di paternalistiche limitazioni” (A. Genovese, “Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette [...]”, cit.).

Analogamente, F. Denozza ha evidenziato che “la tesi secondo cui solamente il consumatore ben informato e ragionevolmente cauto meriti protezione” scaturisce dalla “visione del processo competitivo inteso come meccanismo per la produzione ottimale di incentivi”, nella quale “il consumatore viene concepito proprio come un imprenditore di per sé stesso, e cioè come un individuo meritevole della protezione necessaria per garantirgli la possibilità di scambiare facilmente il suo reddito disponibile con beni di consumo, bensì come un individuo che si confronta con un set di opportunità e rischi che deve saper sfruttare al meglio. Quindi, come ogni buon imprenditore, anche il consumatore è chiamato ad elaborare le strategie più appropriate che gli consentano di muoversi al meglio all’interno di un territorio insidioso” (v. F. Denozza, cit.).

Nella sua prassi decisionale, l’Autorità sembra, invece, aver sposato una nozione ben più “ampia” del consumatore tutelato dalla normativa in materia di PCS, di fatto estendendo la tutela anche a quei consumatori che negligenzemente non compiono alcuno sforzo per attivarsi nella ricerca delle più basilari informazioni relative ai prodotti o servizi che vanno ad acquistare. Inoltre, pressoché nessuno sforzo è stato finora dedicato alla valutazione in merito all’idoneità della pratica commerciale ad influenzare il comportamento del “consumatore medio”.

Tale approccio ha sino ad oggi ottenuto il pieno avallo del giudice amministrativo.

- Ad esempio, in un caso avente ad oggetto la promozione commerciale di macchine da caffè, il TAR Lazio ha ritenuto che “la censura di carenza di istruttoria perché non vi sarebbe stata alcuna indagine sulla identificazione della tipologia concreta di ‘consumatore medio’ da assumere a riferimento nel caso di specie non è persuasiva atteso che il bene oggetto delle promozioni è un prodotto di largo consumo e non un prodotto con caratteristiche tali da essere rivolto a consumatori dotati di particolari esperienze e conoscenze, per cui è da ritenersi ragionevole, a prescindere da altre specifiche attività istruttorie, che la promozione in discorso sia stata ritenuta idonea ad indurre in errore il consumatore medio” (TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 5626 del 15 giugno 2009, *Nespresso Italiana S.p.A. c. Autorità*).

In verità, tale motivazione appare del tutto insoddisfacente, in quanto, proprio perché il bene oggetto delle promozioni non richiedeva conoscenze superiori a quelle di un consumatore “normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto”, l’Autorità avrebbe dovuto analiticamente verificare l’idoneità delle pratiche indagate ad influenzare il comportamento di un siffatto “consumatore medio”. Come già evidenziato, infatti, solo nei casi in cui la pratica commerciale si rivolga a categorie “svantaggiate” di consumatori il Codice del Consumo



prevede (art. 20, comma 3) che debba tenersi conto di questa loro situazione di “inferiorità” nella valutazione della legittimità della pratica.

D'altra parte, nella misura in cui il TAR sembra suggerire che, nel caso di specie, era ragionevole attendersi un abbassamento del livello di conoscenze dei consumatori destinatari delle attività promozionali in questione, poiché le stesse avevano interessato un numero vastissimo di consumatori (a ciò sembra, infatti, alludere il riferimento al fatto che “*il bene oggetto delle promozioni è un prodotto di largo consumo*”), tale pronuncia abbraccia una nozione statistica di “*consumatore medio*”, in palese contrasto con quanto precisato dalla Direttiva e dalla richiamata giurisprudenza comunitaria.

Il riferimento a un consumatore medio inteso in senso statistico è, del resto, ancora più esplicito in altre decisioni dell'Autorità. Ad esempio, nel caso PS/333-*Telecom-Retention Ingannevole*, l'Autorità ha affermato che “*per quanto riguarda l'individuazione del profilo del consumatore medio ritenuta applicabile nella fattispecie - l'enorme diffusione dell'attività svolta [...], che ha impattato su una larghissima platea di utenti, all'interno della quale non è riscontrabile non soltanto un elevato grado di informazione, ma, neppure, un'omogenea diffusione della consapevolezza in ordine alle caratteristiche intrinseche dell'offerta*”.

In tal modo, però, anziché valutare il comportamento di un ideale “consumatore medio”, l'Autorità finisce per fare riferimento ad un concetto di consumatore medio inteso in senso statistico, contravvenendo così a quanto prescritto dalla Direttiva – che, come già ricordato, ha precisato che “[l]a nozione di consumatore medio non è statistica” – e ribadito dai giudici amministrativi – secondo cui “L'individuazione del (livello di conoscenza del) consumatore medio non può conseguire ad una valutazione condotta in termini meramente statistici” (TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 3722 del 8 aprile 2009, *Enel S.p.A. c. Autorità*).

- Analogamente insoddisfacente è la sentenza che ha ritenuto andare esente da censure, sotto il profilo del consumatore preso a riferimento, una decisione dell'Autorità che aveva ritenuto censurabili le attività di vendita di biglietti aerei tramite internet da parte di uno dei principali vettori nazionali, ritenendo che non fosse possibile presumere che “*il consumatore medio coincida con un modello di consumatore che abbia dimestichezza e frequentazione con siti internet e soprattutto con procedure automatizzate di acquisto*” (TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 5809 del 19 giugno 2009, *Meridiana S.p.A. c. Autorità*). Tale affermazione sembra, invero, ribaltare la presunzione posta dal legislatore di un consumatore medio “*normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto*”, peraltro rivelando un'intrinseca contraddizione nella misura in cui – senza alcuna specifica ragione – suppone che chi faccia acquisti *on-line* non abbia dimestichezza con tale strumento.
- Nello stesso senso, in *Fastweb c. Autorità*, il TAR ha affermato che “[l]a nozione di consumatore medio [...] individua un tipo di consumatore [che] non coincide [...] con un 'tipo' riconducibile a un consumatore che abbia particolare dimestichezza e frequentazione di siti internet, che gli consentano di 'districarsi' tra 'link', 'F.A.Q.' 'pop up', rinvii da una ad altra sezione del sito”, con ciò



immotivatamente ritenendo che, al fine di verificare la correttezza e completezza delle condizioni contrattuali di un'offerta commerciale riportate sul sito internet di un fornitore di servizi di telefonia, siano necessarie *“particolare dimestichezza e frequentazione di siti internet”* (TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 8673 del 14 settembre 2009).

- Anche l'unico caso di timidissima apertura nei confronti di una più attenta considerazione della rilevanza della prospettiva del “consumatore medio” ai fini della valutazione della sussistenza di una PCS, si rivela in realtà del tutto insoddisfacente. Ci si riferisce alla sentenza in data 16 giugno 2009 n. 5695, *Moby S.p.A. c. Autorità*, con la quale il TAR Lazio, dopo aver rilevato *“l'appurata percepibilità del costo finale nell'ambito dello stesso messaggio pubblicitario, per la cui apprensione il pretendibile livello di avvedutezza, diligenza ed attenzione da parte del consumatore non richiedeva particolari conoscenze e/o attitudini (ben potendo il messaggio, nella sua completezza, rivelarsi fruibile anche da un utente non particolarmente qualificato né sotto il generale profilo cognitivo e/o culturale, né per quanto concerne lo specifico settore merceologico in questione)”*, ha poi contraddittoriamente ritenuto che tale circostanza consentisse di escludere, non già la sussistenza stessa di una PCS, ma unicamente *“che la motivazione con la quale l'Autorità [aveva] sanzionato come ‘grave’ la violazione perpetrata [potesse] essere condivisa”*.

- Tale minima apertura non sembra, peraltro, avere avuto alcun seguito nelle successive pronunce del giudice amministrativo.

In una recentissima sentenza (TAR Lazio 21.01.2010 n. 646, *Telecom Italia S.p.A. c. Autorità*), il TAR ha, infatti, ritenuto irrilevante ai fini della valutazione sull'ingannevolezza di un messaggio pubblicitario diffuso su un sito internet, il fatto che informazioni complete su costi e caratteristiche essenziali dei servizi offerti fossero rese *“accessibili attraverso la consultazione dei vari link che, dalla pagina principale del sito, rinviano alle condizioni economiche dell'offerta”* (*ibidem*).

Il TAR ha, infatti, in proposito ritenuto corretto l'approccio dell'Autorità secondo cui *“le informazioni di fondamentale importanza per i consumatori, ai fini della valutazione della convenienza dell'offerta, debbano comunque essere rese loro disponibili fin dal primo contatto pubblicitario (cfr., ad esempio, i procedimenti PI3527 Tirrenia Tariffe Ponte del 13.12.2001 e PI 3268 Poste Italiane – Posta Celere del 31.5.2001). Vale a dire che sebbene, in linea di principio, l'elaborazione di pagine web si presti, più agevolmente rispetto ad altri mezzi di comunicazione, ad un'informazione completa ed esauriente, l'analisi della correttezza della comunicazione commerciale va, anche in tali ipotesi, effettuata caso per caso, attraverso un'attenta analisi della struttura del sito, non potendosi escludere che, accanto a consumatori particolarmente smaliziati, in grado di accedere ad ogni informazione ivi presente, ve ne siano altri che, invece, si fermeranno al primo livello, senza volere, o sapere, effettuare ulteriori approfondimenti”* (*ibidem*).

D'altra parte, ad avviso del TAR, la tecnica del rinvio ad un *link* ipertestuale non esime il professionista dall'obbligo di rendere chiaramente accessibili e percepibili, *“sin dalla prima pagina del sito web (o, comunque, sin dal primo livello di navigazione) le caratteristiche essenziali dell'offerta. Nel caso di specie, invece, non appare dubbia l'ambiguità del messaggio incentrato, come*



*rilevato dall'Autorità, sulla possibilità di scaricare un dato contenuto e non anche sulla necessaria attivazione dell'abbonamento, mentre tutte le indicazioni circa costi, durata e modalità di disattivazione dell'abbonamento medesimo 'sono celate all'interno delle sezioni relative ai singoli gestori di telefonia mobile che offrono i servizi di cui si tratta in collaborazione con la società Buongiorno' (ibidem).*

In sostanza, con tale pronuncia, il TAR espressamente afferma che la normativa in materia di PCS tutela anche quei consumatori che, prima di procedere all'acquisto di un bene o servizio, non si informino – pur potendo agevolmente farlo – su costi e caratteristiche del bene o servizio che stanno per acquistare. Davvero non è dato comprendere perché questa tipologia di consumatori, “distratti” e “sprovvéduti”, meriti tutela da parte di un'autorità preposta al corretto funzionamento del mercato.

**(b) *L'asimmetria informativa.***

Con riferimento a numerosi settori, l'Autorità ha considerato che *“l'obbligo di completezza e chiarezza delle informazioni veicolate si presenta particolarmente stringente, anche in considerazione dell'asimmetria informativa esistente tra professionista e consumatore”* (cfr., ad es., per il settore delle telecomunicazione, PS/1270-Vodafone-ostacoli alla migrazione e retention ingannevole e PS/333-Telecom-Retention Ingannevole; per il settore finanziario, PS/1192-Portabilità mutuo-Banca Antonveneta, PS/2294-Asfina-omessa indicazione tan e taeg, PS/2082-Finecobank-pubblicità tasso di interesse; nel settore energetico, PS/2498-ENI-10% di sconto per sempre; PS/376-Sorgenia-fornitura energia elettrica e PS/91-Enel Energia-Richiesta cambio fornitore).

In sostanza, partendo dalla rilevazione dell'esistenza di un'asimmetria informativa, l'Autorità ha ritenuto, adottando anche in tal caso un atteggiamento *“paternalistico”*, che il professionista debba esser tenuto a colmare tutte le eventuali carenze informative dei consumatori.

Tale approccio non tiene, tuttavia, conto del fatto che, in realtà, l'esistenza di asimmetria informativa è una caratteristica costante dei rapporti tra professionisti e consumatori e che, proprio a tale asimmetria, si propone di porre rimedio la normativa in materia di PCS. Di conseguenza, il mero rilievo dell'esistenza di un'asimmetria informativa non può costituire ragione sufficiente all'innalzamento del livello di tutela da parte dell'Autorità. Quest'ultima dovrebbe, infatti, sempre verificare, con riferimento ad ogni singolo caso concreto, se il *“consumatore medio”* sarebbe in grado di superare l'asimmetria informativa esistente, o se, invece, tale carenza di informazioni avrebbe potuto esser colmata solamente dal professionista.

Di una tale valutazione e analisi non vi è traccia alcuna nella prassi decisionale dell'Autorità.

**(c) *La nozione di pratica commerciale***

È ormai prassi costante e consolidata dell'Autorità quella di ritenere che ***“la definizione di pratica commerciale ai sensi dell'articolo 18, lettera d), del Codice del Consumo prescinde da un criterio statistico o quantitativo. La definizione del citato articolo ossia 'qualsiasi azione, omissione, condotta, dichiarazione o comunicazione***



*commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto posta in essere da un professionista in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori', **ricomprende ogni condotta posta in essere da un professionista** prima, durante o dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto o servizio offerto **che si connoti per caratteristiche tali da poter essere astrattamente replicata** a prescindere dal numero di soggetti che in concreto ne siano stati destinatari e dalle vicende contrattuali circoscritte al rapporto tra il professionista ed un singolo utente" (si veda per tutti il caso PS/271-Fastweb-Contratti a distanza).*

Nelle pronunce ad oggi rese dal TAR Lazio in merito alla suddetta interpretazione della nozione di "pratica commerciale", e alla rilevanza ai fini dell'esistenza di una "pratica" del dato statistico o quantitativo, è dato rinvenire due opposti orientamenti.

- Secondo un primo filone giurisprudenziale – che, per vero, sembra essere prevalente – la "sporadicità dei casi nei quali si sarebbero manifestate forme di abuso" non assumerebbe alcuna rilevanza ai fini della configurabilità di una "pratica commerciale" (sentenza *Enel* n. 3722/2009, cit.). Altrimenti opinando, secondo il TAR, si verrebbe "ad ancora[re] ad un elemento di mero fatto – e, quindi, al verificarsi di circostanze affatto estrinseche – quella che è, invece, una valutazione tutta interna alla [...] condotta posta in essere dall'operatore commerciale" (*ibidem*).

Ciò del resto, secondo il TAR, è coerente con il fatto che le fattispecie di PCS costituiscono ipotesi di illeciti di mero pericolo, di talché non sarebbe necessario "dimostrare una concreta attuazione pregiudizievole (per le ragioni dei consumatori) quanto piuttosto una potenzialità lesiva" (*ibidem*).

Nella medesima sentenza i giudici, hanno peraltro precisato che "la rilevanza numerica del dato può [invece] assumere significatività quale elemento aggravante della condotta – nel senso di consentire l'individuazione di un rincarato grado di 'negligenza'".

Tali principi sono stati nuovamente e di recente ribaditi dal TAR nella già citata sentenza *Telecom* n. 646/2010, che ha addirittura negato rilevanza alla consistenza quantitativa della pratica anche ai soli fini di graduazione della sanzione.

*"L'illiceità della condotta, al fine di assumere rilevanza ai sensi delle più volte riportate disposizioni del Codice del Consumo, "non deve dimostrare una concreta attuazione pregiudizievole (per le ragioni dei consumatori), quanto, piuttosto, una potenzialità lesiva (per le scelte che questi ultimi, altrimenti, sono legittimati a porre in essere fuori da condizionamenti e/o orientamenti decettivi) che consente di ascrivere la condotta nel quadro dell'illecito (non già di danno) ma di mero pericolo" in quanto intrinsecamente idonea a condurre alle conseguenze che la disciplina di legge ha inteso, invece, scongiurare (sentenza n. 3722 dell'8 aprile 2009). // Gli effetti della condotta, si pongono, in definitiva, al di fuori della struttura dell'illecito, atteso che la normativa in materia non ha la mera funzione di assicurare una reazione alle lesioni arretrate dalle pratiche scorrette agli interessi patrimoniali del consumatore, ma si colloca su un più avanzato fronte di prevenzione, essendo tesa ad evitare effetti dannosi anche soltanto ipotetici. // Le norme che tutelano il consumatore dagli effetti delle pratiche commerciali scorrette e/o aggressive sono dunque naturalmente preordinate a prevenire le distorsioni della concorrenza anche in una fase ampiamente prodromica a quella negoziale. // Gli effetti della condotta possono, semmai, assumere significatività quale elemento aggravante, laddove il comportamento ascrivibile all'operatore abbia avuto diffuse ricadute pregiudizievoli nell'ambito dei consumatori: da tale circostanza essendo*



*con ogni evidenza dato desumere la grave inadeguatezza del comportamento posto in essere da quest'ultimo a fronte del paradigma di diligenza che la normativa di riferimento ha posto quale essenziale referente di valutabilità della condotta.”*  
(*ibidem*)

- Su un piano radicalmente opposto si collocano, invece, le pronunce del TAR in merito alle decisioni dell'Autorità in materia di portabilità del mutuo (v. sentenze TAR Lazio 06.04.2009, nn. 3683 – 3689 e 3691, 3692 e 3696).

In tale occasione, il giudice amministrativo ha ritenuto che la configurabilità di una “pratica commerciale” ai sensi del Codice del Consumo, soprattutto nel caso di operatori dotati di una “*capillare articolazione territoriale*”, non può prescindere “**dalla compiuta verifica della effettiva connotazione dimensionale del fenomeno**”, di talché “**la mancata dimostrazione circa l'effettiva diffusione (sotto i profili quantitativo, geografico, della ripetizione in un arco temporale significativo, nonché della identità configurativa) di taluni comportamenti, pur effettivamente osservati [...], esclude che essi possano ex se assurgere al rilievo di ‘pratica’: ovvero di una condotta reiteratamente posta in essere dall'operatore commerciale con carattere di apprezzabile omogeneità**” (v. *ex multis*, sentenza TAR Lazio 06.04.2009 n. 3691, pp. 41 e 77; sottolineatura nostra).

L'esistenza di due orientamenti così palesemente divergenti testimonia, a nostro avviso, della necessità di un ulteriore raffinamento e maggior sofisticazione dell'analisi in punto di verifica dell'esistenza di una “pratica commerciale”.

Occorrerebbe, in specie, a nostro avviso, operare un chiaro distinguo tra i casi in cui la “pratica commerciale” contestata riguardi lo stesso astratto modo di organizzare da parte del professionista una determinata attività (ad es. i criteri adottati per la gestione delle vendite a distanza), dai casi in cui le censure riguardino le concrete modalità di realizzazione e attuazione di una determinata attività da parte del professionista.

Invero, nel primo caso sembrerebbe che la sola replicabilità in astratto delle condotte del professionista in attuazione delle censurate modalità di organizzazione dell'attività del professionista, nonché la mera potenzialità che una tale attività produca effetti svianti del comportamento del “*consumatore medio*”, possa essere legittimamente sufficiente a far concludere per l'esistenza di una “pratica commerciale” e per la sua qualifica in termini di “scorrettezza” (nel presupposto, naturalmente che la stessa sia anche contraria alla diligenza professionale).

Laddove, invece, le censure mosse dall'Autorità siano rivolte, non a un astratto modello di modello di commercializzazione od organizzazione delle attività del professionista, ma solamente alla concreta attuazione di tale modello organizzativo, non si dovrebbe poter prescindere dall'effettuare una rigorosa verifica sulla consistenza quantitativa delle condotte ritenute illegittime, al fine di valutare se la devianza dall'astratta struttura di commercializzazione abbia assunto una dimensione tale da costituire una vera e propria prassi – nel qual caso sarebbe innegabile l'esistenza di una “*pratica commerciale*” – o se, invece, le condotte illegittime abbiano costituito episodi isolati e sporadici, come tali inidonei a dar vita a una “pratica commerciale”.

L'approccio sopra suggerito si rivelerebbe, inoltre, particolarmente utile ai fini dell'analisi dei (frequenti) casi caratterizzati dal fenomeno dell'esternalizzazione di



specifiche attività a soggetti esterni e indipendenti (ad es. agenti). In tali casi, infatti, in assenza di un'adeguata valorizzazione dei distinti piani di indagine sopra indicati, si rischia di imputare a un soggetto condotte alle quali lo stesso è, in realtà, rimasto del tutto estraneo, in assenza di qualunque censura in termini di diligenza del suo operato (ciò è quanto accaduto ad es. nel caso PS91-*Enel Energia-Richiesta cambio fornitore*).

Un'ultima notazione riguarda proprio la specificità che dovrebbe contraddistinguere l'azione dell'Autorità in tema di repressione delle PCS. Si è già detto che l'Autorità è chiamata a garantire, nell'ambito di un'azione *sistematica* e attraverso l'applicazione *coordinata* della normativa antitrust e di quella consumeristica, il corretto funzionamento del mercato e la tutela dei consumatori. Due sfere di competenza e due obiettivi che secondo la stessa Autorità si integrano e completano reciprocamente: “[il] ruolo centrale nell'applicazione delle norme a tutela del consumatore è pienamente coerente con la sua missione di autorità a tutela della concorrenza, [in quanto] i comportamenti che incidono sulla libertà di scelta del consumatore alterano il funzionamento del mercato, sottraendo in modo scorretto clienti ai concorrenti [...] Politica della concorrenza e politica del consumatore si integrano [...] l'una con l'altra e completano il sistema delle tutele” (Relazione sull'attività svolta nell'anno 2007, cit. p. 6).

In tale prospettiva, al di là della soluzione circa la corretta definizione della nozione di “*pratica commerciale*”, sembrerebbe invero auspicabile che, non diversamente da quanto avviene sul versante antitrust (v. ad es. *de minimis*, “*consistenza della restrizione*”), la consistenza quantitativa e la diffusione concreta di una “pratica” sia adeguatamente considerata dall'Autorità nella definizione delle priorità dei suoi interventi. Sarebbe, infatti, ragionevole che l'Autorità concentri le sue (limitate) risorse e i suoi sforzi sui fenomeni che, in quanto appunto consistenti e diffusi, sono suscettibili di avere un impatto sul mercato nazionale, tanto più che non mancano nell'ordinamento altri strumenti per consentire ai consumatori (anche tramite le loro associazioni) di contrastare eventuali illeciti consumeristici su scala più circoscritta.

\* \* \*

L'analisi sin qui condotta dimostra che nella prassi decisionale e giurisprudenziale ad oggi sviluppatasi ha prevalso un'interpretazione particolarmente estensiva della normativa in materia di PCS, a partire dalle nozioni centrali di “*consumatore medio*” e “*pratica commerciale*”.

In primo luogo, si è visto come – anche attraverso il richiamo alla rilevanza del fenomeno dell'asimmetria informativa – l'Autorità mostri la tendenza a fornire tutela anche ai consumatori meno avveduti e responsabili. D'altra parte, la significativa e, a nostro giudizio, eccessiva dilatazione della nozione di “pratica commerciale” ha indotto l'Autorità ad occuparsi talvolta di isolati e sporadici episodi, che non sembravano davvero rappresentativi di un *modus operandi* del professionista.

Sussiste dunque qualche perplessità in merito all'ortodossia, sul piano strettamente normativo, in merito alle soluzioni ermeneutiche adottate nella prassi decisionale dell'Autorità e, in larga misura, purtroppo finora avallate dai giudici amministrativi. D'altra parte, queste ultime sembrano porsi in contrasto con la missione istituzionale affidata all'Autorità, che, anche attraverso il nuovo strumento della normativa a tutela



dei consumatori, viene chiamata a intervenire per reprimere i fenomeni che possono mettere a rischio il corretto funzionamento del mercato.

È, infatti, dubbia l'opportunità che le (limitate) risorse dell'Autorità siano impiegate in attività di *enforcement* pubblicistico della normativa in materia di PCS rispetto a “*pratiche*” che, in alcuni casi, non hanno alcuna reale diffusione sul mercato. Ciò tanto più in quanto l'ordinamento giuridico mette comunque a disposizione di eventuali consumatori lesi adeguati strumenti di natura privatistica per reagire a eventuali illeciti consumeristici.

### **III. Conclusione**

Alla luce di tutto quanto sopra osservato ci sembra di poter affermare che il poderoso sforzo di interpretazione ed attuazione fatto dall'Autorità in materia di PCS, abbia portato il nostro paese ad una maturità sistemica non ancora raggiunta in altri Stati Membri della Comunità. A questo punto ci sembrano essere gli spazi per un esercizio di rimodulazione – procedurale e sostanziale – delle modalità di attuazione dell'*enforcement* pubblicistico della normativa in materia di PCS, che consentirebbe certamente all'Autorità di continuare la missione istituzionale che le è stata affidata.