

Convegno su:
“Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela”

organizzato dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Roma, 29 gennaio 2010

Intervento su:
“Le competenze in materia di diritto dei consumatori delle autorità di regolazione settoriale”

Marcello Clarich

Ordinario di diritto amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza

della L.U.I.S.S. “Guido Carli” di Roma

INDICE

1. Premessa; 2. La normativa speciale in tema di tutela dei consumatori; 3. La direttiva 2005/29/CE e il codice del consumo; 4. Il principio di specialità; 5. Il coordinamento delle competenze *de jure condito* e *de jure condendo*.

1. Premessa.

Nel sistema normativo vigente il diritto dei consumatori trova numerose disposizioni di rango legislativo e sublegislativo riferibili a tipologie di imprese che operano in contesti caratterizzati da “fallimento del mercato” (asimmetrie informative, monopoli naturali, ecc.) tali da rendere necessaria l’introduzione di una disciplina speciale con finalità proconcorrenziali. Una siffatta disciplina, oltre a porre già a livello di fonti primarie regole speciali, prevede anche l’istituzione di un’autorità di regolazione di settore, indipendente dal Governo, dotata di poteri di regolazione, di vigilanza e di applicazione di sanzioni piuttosto estesi¹. In questi

¹ Sul fenomeno delle autorità indipendenti la letteratura è ormai sterminata. Cfr., per tutti, F. MERUSI, Democrazia e autorità indipendenti, Bologna, 2000; S. CASSESE-C. FRANCHINI, I

ambiti la tutela del consumatore costituisce una componente essenziale della disciplina di settore.

Sorge dunque un'esigenza di coordinamento con il Codice del consumo², che per un verso contiene una disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette e che per altro verso individua come autorità preposta all'applicazione di tale disciplina l'Autorità garante della concorrenza e del mercato³.

Il tema è delicato e per certi versi ancora fluido. Esso ha visto contrapporsi una diversità di posizioni, sia in sede dottrinale sia in sede giurisprudenziale, che mirano a trovare una soluzione a quella che sembra una sorta di "quadratura del cerchio".

In questo scritto, dopo aver dato conto della normativa di settore, ci si soffermerà dapprima sui principi in tema di competenze applicative della disciplina delle pratiche commerciali scorrette desumibili dalla direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche sleali le cui disposizioni di recepimento sono ora incluse nel Codice del consumo⁴, per poi passare ad alcune considerazioni sul principio di specialità e a tentare di individuare *de jure condendo* una soluzione al problema.

2. La normativa speciale in tema di tutela dei consumatori⁵.

Sarebbe fuor d'opera, nel contesto del presente lavoro, procedere a una ricognizione analitica e compiuta delle disposizioni a tutela dei consumatori inseriti in normative settoriali esterne al Codice del consumo. Oltretutto ci si scontrerebbe

garanti delle regole, Milano, 1996; A. LA SPINA-G. MAJONE, Lo Stato regolatore, Bologna, 2000; G. TESAURO-M D'ALBERTI, Regolazione e concorrenza, Bologna, 2000; da ultimo, M. D'ALBERTI-A. PAJINO (a cura di), Arbitri dei mercati - Le autorità indipendenti e l'economia, Bologna, 2010.

² Cfr. D.lgs. 6 settembre 2005, n.206

³ Cfr., per un ampio quadro, A. GENOVESE, L'enforcement e le tutele, in A. GENOVESE (a cura di), I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette, Padova, 2008, pag. 209 e seg.

⁴ Cfr. d.lgs. 2 agosto 2007, n.146

⁵ Alla ricognizione normativa operata in questo paragrafo hanno contribuito Enrico Camilli e Laura Zanettini, che ringrazio.

con la difficoltà di porre una distinzione tra norme che tutelano in modo diretto i consumatori e norme che li tutelano in modo indiretto, atteso che, in realtà, gran parte delle discipline settoriali volte a correggere i fallimenti del mercato perseguono, in ultima analisi, l'obiettivo di tutela del consumatore-utente. Conviene pertanto limitarci a menzionare le disposizioni, soprattutto di rango primario, più significative.

Nel settore dei servizi di pubblica utilità la legge 14 novembre 1995 n. 481 ha attribuito alle autorità di settore competenze in materia di tutela dei consumatori/utenti. Accanto a obiettivi di sistema (promozione della concorrenza ed efficienza), infatti, l'art. 1 comma 1 della legge enuncia anche la finalità di *“garantire ... adeguati livelli di qualità nei servizi...”* tra l'altro *“promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori”*.

Per perseguire queste finalità la legge attribuisce poteri di intervento sulla libertà contrattuale degli operatori e di controllo sul loro comportamento nei confronti degli utenti, nonché una funzione di promozione della trasparenza delle offerte commerciali e delle condizioni contrattuali.

Ai sensi dell'art. 2 comma 12, lett. h) l'autorità di settore è infatti investita del potere di emanare le direttive concernenti l'erogazione dei servizi, definendo i livelli minimi di qualità da garantire all'utente⁶. Essa controlla lo svolgimento dei servizi *“determinando altresì i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto*

⁶ Nell'esercizio di tale potere l'AEEG ha emanato numerose delibere, tra le quali si segnalano: delibera n. 229/01 contenente la *“Adozione di direttiva concernente le condizioni contrattuali del servizio di vendita del gas ai clienti finali attraverso reti di gasdotti locali, ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lettera h), della legge 14 novembre 1995, n. 481”*; delibera n. 333/07 contenente il *“Testo integrato della regolazione della qualità dei servizi di distribuzione, misura e vendita dell'energia elettrica per il periodo di regolazione 2008-2011”*; delibera ARG 164/08 contenente il *“Testo integrato della regolazione della qualità dei servizi di vendita di energia elettrica e di gas naturale”*; delibera ARG/com 202/09 *“Approvazione della direttiva per l'armonizzazione e la trasparenza dei documenti di fatturazione dei consumi di energia elettrica e di gas distribuito a mezzo di rete urbana”*.

esercente il servizio nei confronti dell'utente ove il medesimo soggetto ... eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti ... ai sensi della lettera h)" (art. 2, comma 12, lett. g). Essa ha il potere di verificare la congruità delle misure adottate dagli esercenti al fine di migliorare i rapporti con gli utenti (art. 2, comma 12, lett. n))⁷ e *"pubblicizza e diffonde la conoscenza delle condizioni di svolgimento di servizi al fine di garantire la massima trasparenza, la concorrenzialità dell'offerta e la possibilità di migliori scelte da parte degli utenti ... finali"* (art. 2, comma 12, lett. l).

In relazione al mercato del gas, il d.lgs. 23 maggio 2000 n. 164/2000 attribuisce inoltre all'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG) il potere di vigilare sulla trasparenza delle condizioni contrattuali e di determinare, con proprie deliberazioni *"un codice di condotta commerciale in cui sono in particolare stabilite modalità e contenuti delle informazioni minime che i soggetti che svolgono l'attività di vendita devono fornire ai clienti stessi"* (art. 18, comma 3)⁸.

Più di recente il d.l. n. 73/2007, convertito in legge n. 125/2007 ha disposto che a partire dall'1 luglio 2007, data della apertura alla concorrenza della vendita di elettricità, i clienti finali domestici hanno diritto di recedere dal preesistente contratto

⁷ Ai sensi della lett. n) l'autorità di settore valuta il comportamento degli esercenti per "assicurare la parità di trattamento tra gli utenti, garantire la continuità della prestazione dei servizi, verificare periodicamente la qualità e l'efficacia delle prestazioni all'uopo acquisendo anche la valutazione degli utenti, garantire ogni informazione circa le modalità di prestazione dei servizi e i relativi livelli qualitativi, consentire a utenti e consumatori il più agevole accesso agli uffici aperti al pubblico, ridurre il numero degli adempimenti richiesti agli utenti semplificando le procedure per l'erogazione del servizio, assicurare la sollecita risposta a reclami, istanze e segnalazioni nel rispetto dei livelli qualitativi e tariffari".

⁸ V. delibera n. 126/04 "Codice di condotta commerciale per la vendita di gas naturale ai clienti finali" e delibera n. 105/06 "Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica ai clienti idonei finali".

di fornitura come clienti vincolati, “*secondo modalità stabilite dall’Autorità per l’energia elettrica e il gas*” (art. 1, comma 2)⁹.

Ancor più esplicito è il riferimento alla tutela dei consumatori contenuto nelle direttive comunitarie in materia di energia che, per quanto riguarda i clienti civili individuano un livello minimo di tutela soprattutto con riguardo “*alla trasparenza delle condizioni generali di contratto, alle informazioni generali ed ai meccanismi di risoluzione delle controversie*”¹⁰.

Nel settore delle comunicazioni elettroniche, le disposizioni della legge 481/95 vanno integrate con quelle della legge 31 luglio 1997 n. 249 e del Codice delle comunicazioni elettroniche (D. Lgs. 1 agosto 2003, n. 259). In base alla legge n. 249, l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCom) “*in materia di pubblicità sotto qualsiasi forma e di televendite, emana i regolamenti attuativi delle disposizioni di legge e regola l’interazione organizzata tra il fornitore del prodotto o servizio o il gestore di rete e l’utente, che comporti acquisizione di informazioni dall’utente, nonché l’utilizzazione delle informazioni relative agli utenti*”¹¹.

Anche il Codice delle comunicazioni elettroniche menziona l’obiettivo della tutela dei consumatori. Infatti, l’art. 13, comma, 4 lett. a) chiarisce che la tutela della concorrenza perseguita dall’AGCom e dal ministero delle Comunicazioni deve al tempo stesso garantire il massimo beneficio per gli utenti in termini di scelta, prezzo e qualità. Il comma 6 lett. b) menziona l’esigenza di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori.

⁹ V. delibera n. 144/07 “Disciplina del recesso dai contratti di fornitura di energia elettrica e di gas naturale, ai sensi dell’articolo 2, comma 12, lett. h), della legge 14 novembre 1995, n. 481”.

¹⁰ Art. 3, par. 5 e richiamato Allegato A, direttiva 2003/54/CE, “relativa a norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica e che abroga la direttiva 96/92/CE” e art. 3, par. 3 e richiamato Allegato A, direttiva 2003/55/CE del 26 giugno 2003 “relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE”. Nello stesso senso anche le nuove direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE.

¹¹ Art. 1, comma 6, lettera b) punto 5 l. 249/97 e la delibera AGCom 538/01/CSP del 26 luglio 2001.

In modo più specifico, in attuazione della direttiva 2002/22/CE sul servizio universale (capo IV), l'art. 61 attribuisce il compito di individuare i livelli di qualità del servizio universale¹², mentre gli artt. 70 e seg. contengono previsioni generali a tutela dei diritti degli utenti ed in particolare attribuiscono all'Autorità il compito di definire alcune clausole contrattuali e di garantire la trasparenza delle informazioni sulle condizioni del servizio e sulla qualità dei servizi resi¹³.

Più di recente, l'art. 21, commi 1 e 2, della legge 23 luglio 2009, n. 99 rubricato "Iniziative a favore dei consumatori e trasparenza dei prezzi" attribuisce all'AGCom e all'AEEG il potere di emanare disposizioni regolamentari necessarie per dare attuazione all'obbligo imposto ai gestori dei servizi di fornire all'utente *"indicazioni trasparenti circa le offerte proposte sul mercato, affinché sia possibile per il cliente interessato dall'offerta di servizi effettuare valutazioni e confronti, anche in relazione ad eventuali offerte alternative di altri gestori"*¹⁴.

Passando a considerare il settore dei mercati finanziari, va ricordato che anzitutto una delle finalità del Testo Unico della Finanza (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, cd.

¹² Delibera 254/54/CSP e successive modificazioni ed integrazioni.

¹³ Cfr. delibera 173/03/CSP contenente "Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2), della legge 31 luglio 1997, n. 249" e le direttive per i settori specifici; delibera 418/07/CONS contenente "Disposizioni in materia di trasparenza della bolletta telefonica, sbarramento selettivo di chiamata e tutela dell'utenza" ; delibera 97/07/CONS contenente "Modalità attuative delle disposizioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7" (sull'abolizione dei costi di ricarica e la trasparenza delle tariffe telefoniche); delibera n. 664/06 relativa all' "Adozione di un regolamento recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza".

¹⁴ In attuazione della disposizione richiamata l'AEEG ha adottato la delibera ARG/com 151/08 "Attivazione di un sistema di ricerca delle offerte commerciali delle imprese di vendita di energia elettrica e di gas", che consente la comparazione on line tra le offerte commerciali degli operatori che volontariamente aderiscono all'iniziativa.

TUF) è quello della “tutela degli investitori”, elemento alla base anche della direttiva MiFid assieme al perseguimento del buon funzionamento dei mercati mobiliari¹⁵.

Nel sistema di distribuzione funzionale delle competenze delineato dal TUF, alla Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) spetta il compito di regolare i profili relativi alla trasparenza e correttezza degli intermediari ed in particolare la definizione di standard generali di comportamento nell’attività di intermediazione¹⁶ e di trasparenza delle informazioni relative agli strumenti finanziari; gli obblighi di comportamento sono finalizzati anche ad un adeguato riscontro della tipologia di cliente e dei suoi bisogni.

La Consob ha emanato norme attuative che specificano gli obblighi di trasparenza e di comportamento degli intermediari e degli emittenti¹⁷. La Consob esercita inoltre poteri di vigilanza, inibitori e sanzionatori a tutela dei medesimi obiettivi¹⁸.

¹⁵ Sulla duplicità di obiettivi della direttiva MiFid (Dir. 2004/39/CE), vedi Considerando 17, 44, 71. Anche nel D. Lgs. 58/98 (TUF) l’obiettivo della tutela degli investitori coabita assieme ad altri obiettivi di rilevanza “sistemica” (salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario, stabilità e buon funzionamento del sistema finanziario, competitività del sistema finanziario, osservanza delle disposizioni in materia finanziaria, art. 5 comma 1; l’efficienza e la trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali, art. 91).

¹⁶ Art. 6 comma 2 e art. 21 TUF. In particolare per quel che riguarda i criteri generali di svolgimento dell’attività di intermediazione, i soggetti abilitati devono “comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza”, “acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati”, “utilizzare comunicazioni pubblicitarie corrette, chiare, non fuorvianti” e “disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l’efficiente svolgimento dei servizi e delle attività”. A parte l’ultimo parametro, che attiene all’organizzazione stessa dell’intermediario in relazione all’efficienza operativa, tutti gli altri criteri richiamano la correttezza dei comportamenti dei soggetti abilitati nei confronti della clientela, specificando gli obblighi di correttezza anche rispetto alle disposizioni generali del Codice del Consumo.

¹⁷ Art. 21, 94, 95 114 TUF. Per le norme attuative si vedano i Regolamenti Intermediari (Del. Consob 16190/07, in particolare per i criteri di correttezza Libro III, Parte II, Titolo I in merito alle informazioni rilevanti e Titolo II in merito agli obblighi di adeguatezza ed appropriatezza) e Emittenti (Del. Consob 11971/99)

Obiettivi di trasparenza e correttezza del comportamento degli intermediari, unitamente a quelli della sana e prudente gestione, sono menzionati anche nel d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, cd. Codice delle assicurazioni private e guidano l'attività di vigilanza dell'Istituto di Vigilanza per le Assicurazioni Private (ISVAP)¹⁹.

Disposizioni specifiche a tutela del cliente sono contenute nel Titolo XIII del Codice e riguardano sia le informazioni che l'impresa e l'intermediario assicurativo sono tenuti a trasmettere al cliente, sia gli specifici obblighi di correttezza, sia infine i limiti dell'attività pubblicitaria. Anche in questo caso la specificazione degli obblighi informativi e comportamentali è demandato al potere regolamentare dell'ISVAP, che ha emanato i regolamenti di attuazione²⁰, L'autorità è dotata anche di poteri di accertamento, interdittivi e sanzionatori necessari per assicurare il rispetto delle disposizioni²¹. I doveri di correttezza in capo alle imprese di assicurazione ed agli intermediari prevedono anche obblighi proattivi e di valutazione delle esigenze del cliente.

Anche il Testo Unico Bancario (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, cd. TUB) contiene norme a tutela della trasparenza delle condizioni contrattuali (Titolo VI), che prevedono obblighi di pubblicità²², obblighi di comportamento nelle relazioni

¹⁸ Si veda Tar Lazio Sez. I, 30 ottobre 2002 n. 10709 per la ricostruzione dei poteri di vigilanza della Consob derivanti dal TUF, in particolari punti 1.a3 e a4 .

¹⁹ Artt. 3 e 5 comma 3 del Codice delle Assicurazioni private.

²⁰ Reg. ISVAP n. 23 dell'8 maggio 2008 sulla trasparenza dei premi e delle condizioni di contratto nell'RCAuto, Reg. ISVAP n. 5 del 16 ottobre 2006, in particolare Parte III, Titolo II, Reg. ISVAP n. 4 del 9 agosto 2006 sugli obblighi informativi relativi alle polizze RC Auto, Reg. ISVAP n. 11 del 3 gennaio 2008 sull'attività peritale, in particolare il Titolo III sulle regole di comportamento.

²¹ In particolare, per i poteri sanzionatori relativi al rispetto delle disposizioni di cui al Titolo XIII, si vedano gli artt. 318-320 del Codice delle Assicurazioni private.

²² Art. 116 e 123 TUB.

con la clientela²³, nonché norme speciali di natura civilistica relative al regime dei contratti bancari²⁴.

Fra le finalità del TUB rientra in via diretta la sana e prudente gestione dell'impresa bancaria e non è inclusa invece in modo espresso la tutela del cliente (depositante/debitore) che invece. Tuttavia le più recenti innovazioni relative alla vigilanza prudenziale hanno posto l'accento sulla rilevanza del c.d. "rischio reputazionale", ovvero sulle possibili conseguenze negative per la banca derivanti dal mancato rispetto delle leggi e regolamenti che possano danneggiare la fiducia del pubblico nei confronti dell'intermediario. Di conseguenza la tutela del consumatore deriva in qualche modo in via indiretta dalla tutela della stabilità, tramite la minimizzazione del rischio reputazionale²⁵.

A differenza del TUF, tuttavia, escludendo le disposizioni relative al credito al consumo, le ulteriori norme a tutela della trasparenza delle condizioni contrattuali non trovano un riferimento diretto nelle direttive comunitarie²⁶. Il TUB, ad ogni modo, prevede un sistema di *enforcement* pubblico delle disposizioni del Titolo VI, affidato alla Banca d'Italia. In base all'art. 128, infatti, l'autorità di vigilanza al fine

²³ Ad esempio le modalità attraverso le quali effettuare le comunicazioni periodiche alla clientela, art. 119.

²⁴ Ad esempio in relazione alla forma scritta *ad substantiam* ed alla disciplina sulla modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, artt. 117 e 118 TUB.

²⁵ La crescente rilevanza delle relazioni con la clientela anche ai fini della garanzia della stabilità è stata sottolineata dallo stesso governatore Draghi in occasione delle Considerazioni finali del 31 maggio 2008, 17-19, disponibili sul sito istituzionale

http://www.bancaditalia.it/interventi/integov/2008/cf/cf07/cf07_considerazioni_finali.pdf.

Tale attenzione ha poi trovato concreta attuazione con le nuove Istruzioni relative alla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari del 29 luglio 2009, che operano un esplicito richiamo, in relazione alla base legale, anche all'art. 53 comma 1 lett. d) del TUB, relativo alla vigilanza prudenziale regolamentare.

²⁶ Va peraltro ricordato che in attuazione della Direttiva 2007/64/CE sui Servizi di pagamento, il D. Lgs. in corso di approvazione emanato sulla base della legge delega n. 88/09, art.32, prevedrebbe l'introduzione di un ulteriore capo IIbis nel Titolo VI che conterrebbe la disciplina sulla trasparenza relativa ai servizi di pagamento.

di verificare il rispetto delle disposizioni del titolo in questione, è dotata di poteri informativi ed ispettivi che possono condurre, nel caso di ripetute violazioni, alla sospensione dell'attività²⁷.

Quanto ai profili sanzionatori, mentre la violazione degli obblighi di pubblicità è contemplata in via diretta nell'art. 144 comma 3 del TUB, il rispetto delle ulteriori prescrizioni in materia di trasparenza viene garantito in via indiretta attraverso il potere sanzionatorio generale previsto dall'art. 144 comma 4 nel previsto per le ipotesi di violazione dei provvedimenti di controllo della Banca d'Italia ex art. 128²⁸.

A queste competenze dei regolatori settoriali, tra l'altro, si è sovrapposta una competenza "orizzontale", prevista dal Codice del Consumo, ma attribuita, a differenza della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, alle stesse autorità del settore finanziario. Secondo gli artt. 67septies-decies comma 3, infatti, spetta alle autorità di settore il compito di esercitare il potere sanzionatorio in caso di violazione delle norme della Sezione IV bis del Titolo II relativa alla commercializzazione dei contratti finanziari a distanza (Consob, Banca d'Italia e ISVAPa seconda del tipo di contratto commercializzato).

3. La direttiva 2005/29/CE e il Codice del consumo

Esaminate le principali norme settoriali nazionali, conviene prendere in esame il contesto comunitario. La direttiva 2005/29/CE è anzitutto una direttiva di armonizzazione piena volta a introdurre a livello comunitario norme uniformi che prevedono un elevato livello di protezione dei consumatori. Ciò al fine di superare le differenze dei regimi nazionali che sono fonti di incertezza e rendono più oneroso per le imprese l'esercizio delle libertà del mercato interno, soprattutto ove intendano

²⁷ Applicando analogicamente i principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa in relazione ai poteri di accertamento della Consob, è possibile argomentare che a tali poteri di indagine sia correlato un generale potere di accertamento degli illeciti.

²⁸ Va peraltro ricordato che il potere sanzionatorio di cui all'art. 144, comma 4, è stato esteso dall'art. 2, comma 5quater, del d.l. 185/08 convertito con l. 2/09 anche alle ipotesi di violazione dell'art. 8 del d.l. 7/07 convertito con legge 40/07.

effettuare attività di marketing, campagne pubblicitarie promozioni delle vendite transfrontaliere (considerando 3, 4, 5)²⁹. Le disposizioni nazionali più dettagliate o vincolanti rispetto a quelle previste dalla direttiva non possono trovare più applicazione, una volta decorso il periodo transitorio di sei anni concesso agli Stati membri che ritengano di seguire un approccio di adeguamento più graduale (art. 3, comma 4).

Quanto al rapporto tra la direttiva 2005/29/CE e il diritto comunitario in materia di pratiche commerciali scorrette applicabile a settori specifici, il *considerando 10* stabilisce che la direttiva “*si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore*”.

L’art. 3, comma 4, della direttiva pone pertanto il principio di prevalenza delle norme comunitarie che contengono disposizioni speciali. L’art. 3 è ripreso alla lettera dall’art. 19, comma 3, del Codice del consumo, secondo il quale “*In caso di contrasto, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici*”³⁰. Il Codice peraltro non opera una ricognizione delle disposizioni legislative speciali vigenti in ambiti particolari (per esempio nel Codice delle comunicazioni elettroniche) per stabilire se esse debbano considerarsi o meno abrogate.

²⁹ Solo per i servizi finanziari e i beni immobili, tenuto conto della loro complessità e dei gravi rischi inerenti, la direttiva non pregiudica il diritto degli Stati membri di andare al di là delle sue disposizioni al fine di tutelare gli interessi economici dei consumatori (considerando 9 e art. 3, comma 9).

³⁰ Per un accenno alla natura sussidiaria della direttiva, cfr. F. LUCCHESI, Commento all’art. 19, in G. VETTORI (a cura di), Codice del consumo – Aggiornamento – Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva, Padova, 2009, pag. 20.

La direttiva e il Codice del consumo sembrano richiedere che il raffronto tra normativa generale e normative speciali non venga effettuato per così dire in blocco, ma sia riferito ad “aspetti specifici” delle pratiche commerciali scorrette, cioè ponendo a confronto, caso per caso, disposizioni puntuali, l’una generale, l’altra speciale appartenenti a corpi normativi diversi.

Il *considerando* 10 precisa altresì che la direttiva offre una tutela ai consumatori “*ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore*” e il *considerando* 11 chiarisce che le pratiche commerciali aggressive, che, com’è noto, costituiscono una delle due forme tipiche di pratiche commerciali sleali, “*attualmente non sono disciplinate a livello comunitario*”, con ciò escludendo che il problema della specialità si possa porre, almeno in questo ambito.

Al fine di agevolare la risoluzione di problemi applicativi della direttiva, nel dicembre 2009 gli uffici della Commissione Ue hanno pubblicato delle Linee Guida che contengono anche alcune precisazioni relative alle discipline speciali³¹. In particolare, a proposito della disciplina dei servizi aerei che prevede norme specifiche relative a obblighi informativi al pubblico relativi alle tariffe aeree³², le Linee Guida precisano che la direttiva “*complements these sectoral provisions and fills any remaining gaps in the protection against unfair commercial practices*”³³. La direttiva è vista cioè come una sorta di lenzuolo omnicomprensivo che copre tutte le possibili fattispecie di pratiche commerciali scorrette, al di là delle regole settoriali più dettagliate che, quasi per definizione, non possono avere la stessa estensione.

³¹ EUROPEAN COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, 2 dicembre 2009, SEC(2009) 1666.

³² Air Service Regulation (EC) No 1008/2008 del Parlamento Europeo e del consiglio del 24 settembre 2008 contenente regole comuni per la gestione dei servizi aerei nella Comunità.

³³ La direttiva vieta anche pratiche che possono ingannare il consumatore medio e richiede obblighi informativi ulteriori anche in materia di prezzi come, per esempio, l’indicazione dei costi postali.

Risolto nei termini sopra indicati il problema del contrasto tra norme, la direttiva 2005/29/CE, come accade di regola nei rapporti tra diritto comunitario e diritti nazionali, lascia impregiudicata la questione di quale debba essere l'apparato nazionale competente ad applicare le norme nazionali di recepimento della direttiva o le norme speciali che prevalgono su quelle generali in essa contenute.

Alla direttiva interessa soltanto che gli Stati membri predispongano mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali scorrette. Prevede che essi includano alternativamente o cumulativamente l'intervento di un'autorità giudiziaria o di un'autorità amministrativa, quest'ultima titolare del potere di far cessare le pratiche scorrette o, quanto meno, di promuovere un'azione giudiziaria (art. 11).

In buona sostanza gli Stati membri hanno aperte tutte le opzioni possibili. Tra queste il Codice del consumo ha scelto il modello della tutela amministrativa, piuttosto che quello della tutela giurisdizionale. Ha infatti individuato l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) quale autorità competente in via generale ad applicare la nuova normativa disciplinandone i poteri, il procedimento e le sanzioni (art. 27). Le decisioni dell'Agcm sono impugnabili innanzi al giudice amministrativo investito della giurisdizione esclusiva (comma 13), che interviene dunque, per così dire, in seconda battuta.

Questa soluzione è stata favorita con tutta probabilità dalle correlazioni che esistono tra tutela della concorrenza, già attribuita all'Agcm dalla legge antitrust 10 ottobre 1990. n. 287, e tutela dei consumatori nei confronti delle pratiche commerciali scorrette³⁴.

³⁴ Cfr. AAVV, Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori, in Mercato, concorrenza e regole, 2009, n. 2; L. FIORENTINO, Autorità garante della concorrenza e del mercato e tutela del consumatore, in Giornale di dir. Amm., 2008, pag. 1040 e seg.; N.W. AVERITT- R.H. LANDE, Using the "consumer choice" approach to antitrust law, in Antitrust L.J., Vol 74, 2007, pag. 175 e seg. i quali sottolineano, a proposito dell'esperienza della Federal Trade Commission statunitense che esercita entrambe le funzioni, i vantaggi di una sinergia di ordinamento e della possibilità di sostituzione nell'uso degli strumenti previsti da entrambi i

Il comma 14 disciplina anche l'ipotesi, che si ritrova talvolta nella legislazione amministrativa vigente, di una pratica commerciale assentita con un provvedimento amministrativo preordinato anche alla verifica del carattere non scorretto della stessa. In questo caso, la tutela è prevista sotto forma di ricorso al giudice amministrativo avverso il provvedimento emanato. Ma qui non si pone un problema di specialità tra norme, atteso che il provvedimento amministrativo riguarda una situazione concreta e l'eventuale violazione delle norme generali sulle pratiche commerciali scorrette da parte dell'amministrazione si traduce in una illegittimità del provvedimento emanato da far valere, secondo i principi generali generali, in sede di impugnazione innanzi al giudice amministrativo.

Il Codice non contiene alcuna disposizione che raccordi la competenza generale dell'Agcm con eventuali competenze in materia attribuite legislativamente ad altre autorità di settore.

4. Il principio di specialità

Nelle prime prese di posizione in sede dottrinale e giurisprudenziale³⁵ sul tema del coordinamento tra normativa generale e normative di settore in materia di diritto dei consumatori più volte viene evocato il principio di specialità.

corpi normativi (pag. 25e e seg.); T.B.LEARY, Competition law and consumer protection law: two wings of the same house, in Antitrust L.J., Vol. 72, 2005, pag. 1147 e seg. che rileva, in conclusione, *"the common roots of competition law and consumer protection law"* (pag. 1151); C. HOBBS, Antitrust and consumer protection: exploring the common ground, in Antitrust L.J., 2005, vo. 72, pag. 1153 e seg.

³⁵ La giurisprudenza amministrativa sembra orientata a ritenere che la presenza di norme speciali non preclude l'applicazione del Codice del consumo e l'intervento sanzionatorio dell'Agcm. Cfr., per esempio, Tar Lazio, I Sez., 6 aprile 2009, n. 3696 in relazione a pratiche commerciali scorrette nel settore dei servizi bancari ove si afferma in relazione a disposizioni speciali che il legislatore si è *"limitato a precisare come le infrazioni in questione assumono rilievo anche in ambito di supervisione bancaria"* senza dunque elidere la competenza generale dell'Agcm; Tar Lazio, I Sez., 8 settembre 2009, n. 8399 in relazione a pratiche commerciali scorrette nel settore elettrico la quale precisa tra l'altro che *"il nuovo quadro di*

Esso però richiede alcune distinzioni e qualificazioni. Infatti, il concetto di specialità può essere riferito ai rapporti tra ordinamenti (ordinamento generale e ordinamenti di settore), ai rapporti tra norme (norme generali e norme speciali), e ai rapporti tra autorità preposte all'applicazione delle norme.

I tre livelli di analisi non vanno confusi e appaiono logicamente distinti. Così, in particolare, il problema di individuare la norma da applicare a una fattispecie concreta in base al principio di specialità va distinto, sul piano logico, da quello di determinare quale sia l'autorità competente a sanzionare i comportamenti che violano la norma individuate. Potrebbe essere infatti, almeno in astratto, l'autorità con competenza generale a poter applicare la norma speciale, oppure anche l'autorità di settore a poter applicare la norma generale.

Un importante parere del Consiglio di Stato richiesto dall'Agcm proprio in occasione dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 146 del 2007 di recepimento della direttiva 2005/29/CE e riferito al settore finanziario³⁶, invece, dopo aver analizzato le caratteristiche della normativa di settore contenuta nel d.lgs. n. 58 del 1998 trae come conclusione che quest'ultima prevale su quella generale contenuta nel Codice del consumo *“anche ai fini della identificazione dell'Autorità competente ad intervenire”*.

Se si va ad analizzare più da vicino perché il parere sovrappone i due piani, ci si accorge che tutta la ricostruzione dei rapporti tra normativa generale e normativa di settore opera all'interno della cornice concettuale più generale della teoria degli ordinamenti giuridici speciali. Conviene dunque approfondire questo aspetto.

La presenza di due autorità (nel caso di specie, Consob e Agcm) con competenze attribuite dalla legge in materia di tutela dei consumatori sembra implicare nel parere la presenza di due ordinamenti di settore ai quali ciascuna delle due autorità è

tutela offerto dal Codice del consumo venga ad aggiungersi, da un lato, ai normali strumenti di tutela contrattuale, dall'altro, a quelli derivanti dall'esistenza di specifiche disciplina in settori oggetto di regolazione”.

³⁶ Cfr. Parere della I Sez. 3 dicembre 2008 n. 3999.

preposta. In particolare, il settore finanziario, per le sue caratteristiche, le sue pratiche e le sue norme rappresenta *“un contesto di sistema distinto rispetto al mercato in generale, come è facilmente riscontrabile in termini giuridici con il suo ordinamento di settore, specifico a quello del mercato in generale”*.

Pertanto, una volta individuati i due ordinamenti paralleli, la questione dell'applicabilità della norma generale o della norma di settore trova una soluzione naturale. Infatti, stabilito che la fattispecie concreta riguarda una situazione o un soggetto che afferisce a un ordinamento di settore, ne discende in modo automatico sia che si applica la regola speciale, sia che l'autorità chiamata ad applicarla è quella preposta al settore medesimo³⁷.

Il realtà, la teoria degli ordinamenti giuridici settoriali che ha avuto larga applicazione soprattutto con riferimento all'attività degli istituti di credito in seguito alla legge bancaria del 1936³⁸, non si presta a essere riferita alle regolazioni di settore emerse a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso e che hanno un saldo riferimento comunitario nelle direttive di liberalizzazione.

Anzi, a ben considerare, fu proprio l'influenza del diritto comunitario nel settore bancario a partire dagli anni '80 del secolo scorso a mettere in crisi la ricostruzione della disciplina creditizia e dell'attività di raccolta del risparmio e di esercizio del credito (qualificata come attività d'interesse pubblico se non addirittura come

³⁷ Secondo il parere, *“anche per evitare frammentarietà che ripeterebbero la questione a livello operativo, il confronto a questo proposito è tra due ordinamenti di settore, non tra due strumentazioni operative. (...) La questione insomma non è quella delle diverse strumentazioni e della loro non integrale sovrapponibilità, ma quella dell'identificazione, grazie a questo principio generale, di quale dei due ordinamenti si debba qui invocare, dal che discende l'applicazione dell'inerente strumentazione di intervento”*.

³⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia, in *Studi giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. II, p. 708; ID., *Istituto di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, II (1949), pp.105-119

servizio pubblico) in termini di ordinamento sezionale³⁹. In particolare, il passaggio dal regime della concessione discrezionale a quello dell'autorizzazione vincolata, come presupposto per l'esercizio dell'attività bancaria e la riconfigurazione dei poteri della Banca d'Italia e dei fini da essa perseguiti (la cosiddetta "sana e prudente gestione") in senso più conforme alle esigenze di un mercato concorrenziale hanno connotato anche l'attività bancaria come una normale attività d'impresa, sia pur assoggettata a regole speciali in virtù dei particolari "fallimenti del mercato" ad essa connaturati.

Sarebbe dunque paradossale recuperare lo strumentario degli ordinamenti sezionali proprio per i corpi di regole speciali, aventi finalità proconcorrenziali, dettate dal diritto comunitario e alla cui applicazione sono preposte autorità di regolazione indipendenti⁴⁰. Il mercato unico che si vuole esteso a livello comunitario non tollera la disarticolazione del mercato nazionale in tanti mercati settoriali.

Passando ora a considerare la seconda dimensione della specialità, quella cioè tra norme generali e norme speciali, riferita alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, vanno considerate anzitutto alcune caratteristiche delle disposizioni del Codice del consumo che individuano le pratiche commerciali scorrette, nelle due subcategorie delle pratiche ingannevoli (art. 21 e seg.) e delle pratiche aggressive (art. 24 e seg.)⁴¹.

Per quanto analitiche sembrino a prima vista le varie fattispecie che definiscono le azioni e i comportamenti vietati si tratta pur sempre, nella maggior parte dei casi, di

³⁹ Cfr., per tutti, R. COSTI, L'ordinamento bancario, Bologna, 2005; F. CAPRIGLIONE (a cura di), Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, Padova, Cedam, 2001.

⁴⁰ Secondo F. MERUSI (op. cit., pag. 49), "*gli ordinamenti sezionali stanno alle autorità indipendenti come il diavolo all'acqua santa*".

⁴¹ In termini generali sulla struttura delle disposizioni contenute nella Direttiva 2005/29/CE cfr. M. LIBERTINI, Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, in A. GENOVESE (a cura di), op. cit., pag. 27 e seg.

clausole generali o di fattispecie che contengono riferimenti a concetti giuridici indeterminati tali da lasciare all'interprete ampi spazi di valutazione. Espressioni come, per esempio, induzione del consumatore *“ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”* (art. 21, comma 1), omissione di *“informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale”* (art. 22, comma 1), pratica che *“limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto”* (art. 24) non contengono prescrizioni puntuali la cui violazione possa essere accertata in modo univoco, ma coprono una casistica volutamente amplissima di situazioni che in sede di sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta possono dar origine a valutazioni opinabili.

Se sono queste le caratteristiche delle norme generali contenute nel Codice del consumo, riesce più difficile individuare nelle discipline settoriali disposizioni che introducono deroghe o eccezioni puntuali. Piuttosto, le discipline settoriali sviluppano e specificano, per renderli più adatti ai contesti particolari, i precetti generali già contenuti nel Codice.

Così, per esempio, se si esamina la disciplina speciale in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza⁴², confrontandola con quella generale del Codice del Consumo (art. 50 e seg.), ci si accorge che essa in alcuni casi è meramente riproduttiva delle disposizioni del Codice, in altri casi aggiunge ulteriori obblighi informativi, in altri casi ancora specifica modalità esecutive delle prescrizioni generali, in altri casi infine trae da queste ulteriori obblighi a carico del gestore⁴³.

⁴² Delibera n. 664/06/CONS dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

⁴³ Come esempio di disposizione meramente riproduttiva può essere preso l'art. 2, comma 4, della delibera che riprende la lettera dell'art. 52, comma 2, del Codice; come esempio di integrazione degli obblighi informativi può essere preso l'art. 2, comma 2 della delibera; come esempio di specificazione di modalità esecutive può essere preso l'art. 2, commi 5, 6 e 7; come esempio di ulteriori obblighi riferiti alle forniture non richieste ai sensi dell'art. 57 del Codice può

In nessuno di questi casi si pone il problema interpretativo se sussista un contrasto tra norma generale e norma speciale.

Inoltre le norme speciali contenute nelle discipline di settore, ove siano state poste da fonti sublegislative (delibere delle autorità di settore) comunque non potrebbero porsi in contrasto con le norme generali contenute in una fonte primaria qual è il Codice del consumo.

Infine molte disposizioni speciali sono contenute in testi normativi antecedenti il Codice del Consumo e dunque, prima ancora che utilizzare il criterio della specialità, potrebbe porsi l'interrogativo se l'eventuale contrasto tra disposizioni vada risolto in base al criterio cronologico, tenendo anche conto che il Codice del consumo, come integrato dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146, ha posto una disciplina completa delle pratiche commerciali scorrette.

Sempre per esemplificare, l'art. 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche in tema di trasparenza e pubblicazione delle informazioni contiene una disciplina molto meno dettagliata di quella contenuta negli art. 21 e seg. del Codice del consumo. E ci si potrebbe anche interrogare se e come si concili l'attribuzione all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni del potere di assicurare e promuovere la trasparenza delle informazioni nel settore delle comunicazioni elettroniche con il potere generale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai sensi dell'art. 27 del Codice del consumo.

E qui emerge il terzo profilo della specialità prima individuato, cioè quello tra le autorità competenti ad applicare le norme.

A questo riguardo rileva il diverso tipo di specialità che caratterizza l'Autorità garante della concorrenza e del mercato rispetto alle autorità di settore.

essere preso l'art. 3, comma 2, della delibera che impone al gestore di provvedere a propria cura e spese al ripristino delle condizioni tecniche e contrattuali preesistenti o al ritiro dei beni non richiesti.

L'Agcm può essere considerata come un'autorità investita di una funzione specializzata riferita alla generalità dei settori e delle attività⁴⁴. Le autorità di settore invece sono preposte a un settore speciale di imprese regolate, ma nei confronti di queste esercitano funzioni despecializzate.

Più precisamente l'Agcm è un'autorità ormai investita per legge di due funzioni specializzate, che, per certi aspetti, si integrano reciprocamente in vista di un obiettivo di tutela del consumatore l'applicazione sia della normativa antitrust ai sensi della legge n. 287 del 1990, sia, dopo il d.lgs. n. 146 del 2007, della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette⁴⁵. In entrambi i casi si tratta di competenze orizzontali che prescindono dalla particolare tipologia di attività o di imprese. E ciò è tanto più vero, in seguito all'eliminazione delle disposizioni speciali per il settore della radiodiffusione ed editoria e per il settore del credito che attribuivano la competenza primaria in materia antitrust alle autorità di settore e che avevano rappresentato una vera e propria incoerenza del sistema⁴⁶.

Per entrambe le funzioni fondamentali l'Agcm dispone poi di una sola modalità operativa cioè quella, per riprendere la terminologia anglosassone, di “*adjudication*”,

⁴⁴ Questa particolarità, riferita alla funzione antitrust, è ben colta dalla sentenza del Consiglio di Stato, VI Sez., 16 ottobre 2002, n. 5640 riferita agli ambiti di competenza della Banca d'Italia e dell'Agcm in materia, là dove si osserva che “*tutta la legge n. 287/1990 è basata sul modello della vigilanza funzionale, in quanto assegna la competenza al controllo antitrust ad un'autorità con competenza generale*”. In generale sull'estensione delle funzioni dell'Agcm, cfr. G. BRUZZONE, L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in M. D'ALBERTI-A. PAJINO (a cura di), op. cit., pag. 275 e seg.

⁴⁵ Per quest'ultima funzione, cfr., da ultimo, E. FRENI, Pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in Giorn. di dir. Amm., 2008, p. 271 e seg.

⁴⁶ Cfr. l'art. 1 della legge 31 luglio 1997, n. 249 che ha abrogato l'art. 20, comma 1, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 che poneva un criterio di specialità per i settori della radiodiffusione e dell'editoria e l'art. 19, comma 11, della legge 28 dicembre 2005, n. 262 che ha abrogato l'art. 20, comma 2, della legge n. 287 che parimenti poneva un criterio di specialità per le aziende e istituti di credito.

che consiste nell'accertamento in concreto della conformità o meno dei comportamenti delle imprese ai precetti generali e nell'eventuale applicazione di sanzioni. Esula dalle competenze dell'Agcm la modalità regolatoria, cioè la posizione di regole generali e astratte. Certo è, peraltro, che nel momento in cui applica regole che definiscono per lo più concetti giuridici indeterminati, l'Agcm concretizza il contenuto della norma e stabilisce così un precedente che, come tale, può condizionare i comportamenti degli operatori. In questo senso svolge una funzione regolatoria, ma solo nella particolare accezione che caratterizza lo sviluppo di ogni diritto di derivazione giurisprudenziale, specie nelle esperienze dei paesi di *common law*.

Le autorità di settore, invece, esercitano le proprie competenze soltanto nei confronti di particolari categorie di imprese, ma le loro competenze includono sia quella di porre norme generali e astratte, sia quella di verificare il rispetto delle regole nei casi concreti, sia infine quella di risolvere in via non giurisdizionale le controversie tra operatori e tra quest'ultimi e gli utenti. E' infatti opinione comune che le autorità di settore taglino per così dire in orizzontale il principio della separazione dei poteri e ciò pone problemi delicati in termini sia di legittimazione di un simile ruolo, sia di garanzie per le imprese regolate⁴⁷.

A differenza dell'Agcm, che è un'autorità essenzialmente mono-obiettivo, le autorità di regolazione, specie nel momento in cui esercitano il potere normativo, sono chiamate a perseguire una pluralità di finalità, sia pur nel contesto di una regolazione pro concorrenziale. Si osserva spesso in proposito che l'art. 1 della legge n. 481 del 1995 che pone norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità individua una serie di finalità che richiedono da parte delle autorità di settore la ricerca di soluzioni che medino tra interessi talora contrapposti. Però, una volta che le autorità abbiano posto in via sublegislativa le regole ritenute più adatte, in sede applicativa esercitano una funzione neutrale di accertamento della

⁴⁷ Cfr. M. CLARICH, Autorità indipendenti – Bilancio e prospettive di un modello, Bologna, 2005.

conformità dei comportamenti rispetto alle regole. Da questo punto di vista, è da ritenere che anche in sede di accertamento delle violazioni della normativa sulle pratiche commerciali scorrette l'interesse tutelato (esclusivamente quello del consumatore) e il *modus operandi* non variano a seconda che la funzione sia attribuita all'autorità di settore, anziché all'Agcm.

Individuare come autorità competente per l'applicazione in via primaria delle norme sulle pratiche commerciali scorrette l'Agcm, oppure le autorità di settore nei confronti di comportamenti tenuti dalle imprese regolate, significa privilegiare l'uno o l'altro di questi obiettivi: favorire un'interpretazione uniforme delle norme in questione senza distinzioni tra categorie di imprese o settori di attività, obiettivo che può essere meglio perseguito concentrando in un'unica autorità la funzione; calibrare l'applicazione delle norme sulle caratteristiche peculiari del settore, obiettivo che può essere meglio perseguito assegnando la competenza all'autorità specializzata che ha una conoscenza più approfondita delle imprese regolate e dell'attività da esse svolta, ferma restando l'esigenza di garantire l'indipendenza di giudizio delle autorità di fronte ai rischi di "cattura" da parte dei soggetti regolati a scapito degli interessi dei consumatori.

5. Il coordinamento delle competenze *de jure condito* e *de jure condendo*.

De jure condito, come ha osservato il Consiglio di Stato nel parere citato in precedenza, manca una disposizione che regoli la possibile duplicazione degli interventi e dunque il problema si presta a essere risolto empiricamente o mediante il coordinamento spontaneo delle Autorità, oppure attraverso l'autolimitazione unilaterale di una di essa, oppure, in ultima istanza, dal giudice amministrativo nella sua veste di arbitro e regolatore di ultima istanza delle competenze delle autorità. Se quest'ultima non può essere la soluzione per così dire a regime, le prime due soluzioni individuate dal Consiglio di Stato appaiono anch'esse poco soddisfacenti.

Per un verso, il coordinamento spontaneo, magari formalizzato in un protocollo d'intesa, presuppone un consenso pieno di entrambe le autorità interessate che non è

realistico immaginare che si possa realizzare in una materia così fluida. Per altro verso, l'autolimitazione unilaterale presuppone comunque un assenso almeno tacito nel riconoscere una competenza primaria all'altra autorità, un assenso che potrebbe essere in qualsiasi momento revocato.

In realtà può essere immaginata in astratto una competenza parallela e concorrente tra l'Agcm e l'autorità di settore. Non è ignota, anche se non è frequente, nel diritto amministrativo una siffatta evenienza. Si pensi al caso dell'accertamento di un'infrazione al codice della strada che può essere operato in parallelo e in modo autonomo sia dalla polizia stradale (o municipale), sia dai carabinieri. Il problema del *ne bis in idem*, essendo da escludere che lo stesso comportamento possa essere sanzionato allo stesso titolo due volte, può essere risolto applicando il criterio cronologico: il primo accertamento preclude o rende *inutiliter dato* il secondo.

Una siffatta soluzione espone le imprese all'aggravio di doversi correlare con una pluralità di autorità, in un panorama istituzionale già molto affollato di regolatori e autorità pubbliche.

Peraltro, --- volendo ipotizzare una soluzione *de jure condendo*--- l'obiettivo di un'applicazione della normativa sulle pratiche commerciali scorrette adattato alle caratteristiche specifiche dei settori regolati potrebbe essere perseguito in modo adeguato attribuendo alle autorità di settore il potere di introdurre in via sublegislativa una disciplina di dettaglio attuativa del Codice del consumo.

In sede di applicazione delle norme generali e speciali sembrerebbe invece preferibile privilegiare l'obiettivo di favorire l'uniformità dell'applicazione attribuendo una competenza primaria all'Agcm e ciò anche tenendo conto che l'obiettivo della direttiva è, come si è visto, quello dell'armonizzazione piena finalizzata a garantire ai consumatori europei una protezione eguale e che la scelta del Codice del consumo è stata quella di individuare nell'Agcm l'apparato

amministrativo deputato ad applicare la nuova normativa⁴⁸. Inoltre, a ben considerare, se ci si pone dal punto di vista dei consumatori-utenti, le esigenze di tutela non sembrano variare in modo significativo a seconda che essi intrattengano rapporti con una casa automobilistica, un istituto di credito, un operatore telefonico o il distributore locale di energia elettrica. Si tratta pur sempre di situazioni caratterizzate da asimmetrie informative e che ineriscono a rapporti di massa standardizzati.

Diverso è invece l'interesse delle imprese regolate che si trovano a dover dare applicazione sia alle norme generali del Codice del consumo sia alla disciplina attuativa delle autorità di settore. Per esse potrebbe essere preferibile, per poter autovalutare i comportamenti da assumere, poter confidare che l'esatta osservanza di della normativa speciale soddisfa integralmente le esigenze poste dal Codice senza che residuino altri spazi per sanzionare i comportamenti conformi alla normativa applicativa. Si finirebbe per creare però una situazione di privilegio rispetto alle imprese non assoggettate a discipline di settore, esposte invece alla maggior incertezza dovuta al dover assumere comportamenti conformi alle clausole generali di cui al Codice del consumo, piuttosto che a prescrizioni dettagliate.

Il coordinamento tra Agcm e autorità di settore potrebbe avvenire, in definitiva, volendo evitare la competenza parallela concorrente che può disorientare gli operatori, in base al seguente schema: per quanto riguarda la competenza delle autorità di settore di porre una disciplina di dettaglio attuativa del Codice del consumo potrebbe essere prevista l'acquisizione di un parere dell'Agcm; per quanto riguarda invece la valutazione dei comportamenti posti in essere dalle imprese, potrebbe essere attribuito all'Agcm in via esclusiva il potere di sanzionare le pratiche commerciali scorrette anche nei settori regolati, prevedendo l'acquisizione di un parere obbligatorio e vincolante all'autorità di settore in ordine alla violazione delle normative integrative eventualmente emanate da quest'ultima. Il parere vincolante

⁴⁸ In questo senso cfr. P. PARCU, Tutela dei risparmiatori: meno spazio per l'Antitrust, in Consumatori, Diritti e Mercato, 2009, n. 2, pag. 89.

acquisterebbe così nell'ambito del procedimento innanzi all'Agcm il significato di condizionare, senza peraltro esaurire, la valutazione finale circa la sussistenza di un comportamento illecito da sanzionare ai sensi del Codice del consumo.

Un siffatto parere vincolante sarebbe rispettoso delle competenze e cognizioni specialistiche dell'autorità di settore che, avendo posto una normativa speciale integrativa del Codice del consumo, è meglio in grado di fornirne un'interpretazione per così dire autentica in sede applicativa e di valutare il comportamento dell'impresa regolata.

Sotto il profilo sanzionatorio non si porrebbe un problema di *ne bis in idem* ove si riconoscesse all'autorità di settore, nel caso di violazione della normativa speciale, il potere di applicare le sanzioni amministrative poste dalla legislazione speciale a garanzie dell'effettività del sistema regolatorio cui l'autorità è preposta. L'entità della sanzione eventualmente irrogata dovrebbe essere parametrata esclusivamente sulla gravità del *vulnus* inferto al sistema della regolazione, mentre l'entità della sanzione eventualmente irrogata dall'Agcm dovrebbe essere definita esclusivamente in funzione della gravità della lesione dell'interesse del consumatore. A due beni giuridici lesi da un medesimo comportamento corrisponderebbero due sanzioni distinte.

Una siffatta soluzione richiederebbe comunque collaborazione tra le autorità, specie per i profili procedurali, in nome dell'obiettivo primario comune di assicurare una tutela piena del consumatore. Per le imprese resta comunque aperta la questione di doversi relazionare con una pluralità di autorità, ma questo sembra il prezzo da pagare per assicurare l'obiettivo della direttiva 2005/29/CE costituito dall'uniforme applicazione della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette.