



*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

COMMISSIONE PARLAMENTARE DI INCHIESTA SULLA TUTELA DEI
CONSUMATORI E DEGLI UTENTI

(DELIBERA CAMERA DEI DEPUTATI 13/10/2021)

**Audizione del Presidente dell’Autorità Garante della
Concorrenza e del Mercato Roberto Rustichelli**

Onorevole Presidente,

Onorevoli Commissari,

l’Autorità ringrazia per la richiesta di audizione dinanzi a codesta Commissione poiché essa consente di illustrare l’evoluzione significativa che questo settore dell’ordinamento ha conosciuto nel corso degli ultimi anni, nonché l’importante ruolo svolto dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell’esercizio delle proprie competenze in materia di tutela del consumatore.

Nella mia relazione, dopo aver accennato alle competenze e ai poteri di cui dispone l’Autorità in materia e agli sviluppi che di recente ha conosciuto il quadro normativo di riferimento, mi soffermerò sull’importante ruolo propulsivo ed innovativo dalla stessa svolto. Infine, sottoporro all’attenzione di codesta Commissione alcune proposte volte a rafforzare ulteriormente la tutela del consumatore con riguardo a profili problematici che l’esperienza applicativa dell’Autorità ha ripetutamente posto in luce.

1. Le competenze e i poteri dell'Autorità a tutela del consumatore

Nello svolgimento della propria attività di controllo delle distorsioni concorrenziali, l'Autorità è chiamata ad accertare la compatibilità dei comportamenti d'impresa con le previsioni nazionali contenute nella legge n. 287/1990 in materia di intese, abusi e concentrazioni, nonché con le disposizioni comunitarie contenute nel Trattato.

Accanto all'azione di tutela della concorrenza, l'Autorità ha via via assunto, in linea con le evoluzioni che hanno caratterizzato il diritto dell'Unione nella costruzione del mercato unico europeo, un ruolo fondamentale anche in ambito consumeristico.

Benché sin dai primi anni '90 l'Autorità sia investita del compito di vigilare sulla pubblicità ingannevole e, successivamente, sulla pubblicità comparativa illecita, è senz'altro la scelta di attribuire ad essa la competenza piena ed esclusiva in materia di pratiche commerciali scorrette a collocarla, nel panorama nazionale, come l'autorità amministrativa di riferimento per la tutela del consumatore.

L'entrata in vigore del Decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 146 di attuazione della direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali ha determinato, infatti, l'introduzione di significative novità - sostanziali e rimediali - in ambito consumeristico, con un significativo ampliamento dello spazio di intervento dell'Autorità e un notevole rafforzamento dell'azione amministrativa in materia di tutela del consumatore.

Sotto il profilo sostanziale, il carattere “*generale*” della disciplina, l'ampiezza della nozione di pratica commerciale¹, il rinvio a clausole generali contenuto nella definizione del canone della diligenza professionale - criterio cardine alla stregua del quale valutare la slealtà di una pratica - hanno determinato una rivoluzionaria estensione dell'ambito di intervento dell'Autorità², in grado di coprire tutte le tecniche utilizzate per convincere il consumatore a prendere una consapevole decisione di natura commerciale, nonché tutte le fasi in cui si articola il rapporto di consumo.

¹ Questa ricomprende multiformi attività poste in essere dal professionista nei confronti dei consumatori “*prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto*”: v. art. 19, comma 1, Cod. cons.

² Fino a quel momento circoscritto alla sola pubblicità.

Sul piano procedurale, inoltre, l'attribuzione all'Autorità di poteri analoghi a quelli previsti in ambito concorrenziale quali la possibilità di procedere d'ufficio, di effettuare verifiche ispettive, di chiudere il procedimento mediante decisione con impegni accanto alla previsione di sanzioni pecuniarie attualmente comprese tra un minimo edittale di 5 mila euro ed un massimo di 5 milioni di euro, hanno contribuito a rendere più efficaci gli interventi a tutela del consumatore.

Il quadro delle competenze dell'Autorità è stato ulteriormente ampliato per effetto dell'entrata in vigore dell'articolo 37-*bis* del Codice del consumo che ha introdotto la tutela amministrativa rispetto alle clausole vessatorie, e del Decreto - legge n. 1/2012 (c.d. Cresci-Italia), convertito dalla legge n. 27/2012, che ha esteso l'applicazione della disciplina in materia di pratiche commerciali anche ai rapporti tra professionisti e microimprese come definite dall'art. 18, lett. d) *bis* del Codice del consumo.

Infine, il Decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21 di attuazione della direttiva 2011/83/UE (c.d. *Consumer rights*) ha attribuito all'Autorità anche la competenza in materia di *diritti dei consumatori nei contratti*, con poteri di accertamento, inibitori e sanzionatori analoghi a quelli previsti in materia di pratiche commerciali scorrette³.

L'estensione degli ambiti sui quali l'Autorità esercita il proprio controllo, in grado di coprire l'intero rapporto di consumo sia sotto il profilo *dinamico* - ovvero dell'attività - che sotto il profilo *statico* - cioè, dell'atto - ha finito per caratterizzare l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato come istituzione amministrativa nella quale si concentrano i principali strumenti di carattere collettivo e pubblicitario a tutela del consumatore⁴.

Difatti, da un lato, le discipline di competenza dell'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette (artt. 18- 27 cod. cons.) e di clausole abusive (artt. 33-37 Cod. cons.) presentano - a differenza dei precedenti interventi europei regolanti singoli settori o singole fattispecie - carattere "*orizzontale*" in quanto applicabili a tutti i rapporti tra imprese e consumatori a prescindere dall'oggetto del rapporto

³ Art. 66, commi 2 e 3, Cod. cons.

⁴ V. Relazione di accompagnamento al d.lgs. 21/2014 ove si legge: "*L'Autorità è, quindi, meglio situata per l'esercizio di questa competenza non settoriale, che interseca ogni rapporto di consumo indipendentemente dalle modalità di conclusione del contratto*".

economico sottostante e dalla modalità di contrattazione; dall'altro, la disciplina di recepimento della direttiva 2011/83/UE, seppure con un differenziato approccio, contiene disposizioni di carattere *generale e non settoriale* che non presentano differenziazioni a seconda del mercato in cui il professionista si trova ad operare e *“interseca ogni rapporto di consumo indipendentemente dalle modalità di conclusione del contratto”*.

In tale quadro, due aspetti di notevole rilievo meritano di essere evidenziati.

Il primo attiene al fatto che l'Autorità, a differenza di altre Autorità settoriali, è chiamata ad applicare disposizioni di *rango europeo*.

In proposito, si evidenzia anzi che, con la sola eccezione della direttiva 93/13/CEE relativa alle clausole abusive (di armonizzazione minima), sia la direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali⁵ che la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori⁶ contengono disposizioni rispetto alle quali il legislatore dell'Unione si è orientato verso un regime di sostanziale *armonizzazione massima o completa*, che - come noto - preclude allo Stato membro la possibilità in sede di attuazione di discostarsi dal tenore e dal contenuto dei precetti dettati in sede europea ancorché in funzione di un incremento e di un miglioramento del livello di tutela dei consumatori.

Secondo il disegno perseguito a livello euro-unitario, la creazione di un quadro giuridico uniforme che preveda un elevato livello di protezione dei consumatori e soddisfi il requisito della certezza del diritto per tutti gli operatori rappresenta, infatti, uno dei fattori determinanti per il raggiungimento del principale obiettivo perseguito dall'Unione di rimozione degli ostacoli alla libera circolazione di servizi e merci a livello transfrontaliero⁷.

⁵ È con la Direttiva in materia di pratiche commerciali sleali che il legislatore europeo decide di abbandonare il tradizionale regime di armonizzazione minima che caratterizza tutti gli interventi sino a quel momento adottati in materia consumeristica e di privilegiare l'armonizzazione massima.

⁶ Invero nel caso della Direttiva 2011/83/UE sussistono diverse eccezioni a tale approccio. In particolare, il regime di armonizzazione minima riguarda gli obblighi informativi introdotti per i contratti non qualificabili come contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali (i c.d. contratti diversi), nonché le informazioni che il professionista è tenuto a fornire nel caso di contratti rientranti nell'ambito di operatività delle direttive 2006/123/CE (c.d. direttiva servizi) recepita con il d.lgs. 59 del 26 marzo 2010, e della direttiva 2000/31/CE (sul commercio elettronico) recepita con il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70.

⁷ V. considerando n. 4 e n. 5 della Direttiva 2005/29/CE e considerando n. 7 della direttiva 2011/83/UE.

Al medesimo obiettivo sembra ispirarsi la scelta del legislatore domestico di concentrare il controllo pubblico su discipline aventi carattere generale e di completa armonizzazione in un unico soggetto pubblico. Difatti, solo un modello istituzionale di protezione del consumatore basato sul ruolo centrale svolto da un'autorità amministrativa, le cui competenze sono chiaramente distinte da quelle dei regolatori di settore, è in grado di assicurare anche sul piano interno dell'*enforcement* l'applicazione uniforme delle discipline in tutti i settori, nonché la certezza del diritto per gli operatori del mercato, funzionali al raggiungimento del mercato unico europeo.

Proprio in virtù dell'ampiezza delle norme euro-unitarie e delle connesse competenze "orizzontali" attribuite all'Autorità, gli interventi di questa si estendono a tutti i settori economici, inclusi quelli "regolamentati", ovvero sottoposti anche alla vigilanza preventiva di altre Autorità. In questi ultimi settori, oltre alla adozione di appositi protocolli di collaborazione con le Autorità di settore (quali Banca d'Italia, IVASS, AGCOM, ARERA; ART, ecc.) applicati, essenzialmente, nella fase pre-istruttoria, l'Autorità, prima di adottare le proprie decisioni in esito ai propri procedimenti istruttori, acquisisce i pareri delle varie Autorità settoriali interessate (art. 27, comma 1-*bis* Cod. cons.).

Il secondo aspetto da sottolineare attiene alla proficua interazione tra l'attività di "*public enforcement*" svolta dall'Autorità e gli strumenti di "*private enforcement*" e di ristoro degli utenti, nell'ambito dei quali si segnala, in particolare, la "class action" quale strumento fondamentale a tutela dei consumatori.

In proposito, l'Autorità desidera, anzi, evidenziare come i propri provvedimenti e evidenze istruttorie acquisite nel corso dei procedimenti di *public enforcement* siano utilizzate sempre più spesso come «strumenti probatori» qualificati dell'illecito contestato in giudizio al fine di supportare e documentare tali iniziative.

Basti citare, come esempi recenti, le azioni di classe proposte da alcune Associazioni di Consumatori proprio utilizzando come base probatoria qualificata i corrispondenti provvedimenti adottati dall'Autorità in materia di pratiche

commerciali scorrette: a) contro Volkswagen per lo scandalo delle emissioni⁸; b) contro Facebook per lo sfruttamento commerciale dei dati personali degli utenti; c) contro Apple e Samsung per il complesso fenomeno della c.d. «obsolescenza programmata» della funzionalità delle batterie di alcuni modelli di smartphones.

2. Tutela dei consumatori e degli utenti: evoluzione più recente del quadro normativo di riferimento

La piena comprensione dell'attività svolta dall'Autorità in ambito consumeristico nei mercati *offline* e nei mercati *online* non può prescindere da un seppur breve richiamo degli sviluppi che, negli ultimi anni, hanno caratterizzato la materia.

Sul piano dei consumi, l'evoluzione tecnologica⁹ all'origine della quarta rivoluzione industriale ha alimentato una dinamica che si è tradotta - come ben noto - nella rapida ascesa prima della *sharing economy*, poi della *social economy*, poi ancora della *data economy* e, da ultimo, dell'era dell'algoritmo¹⁰.

⁸ Dalla *class action* contro Volkswagen per il diesel scandal è scaturita, ad esempio, la recente sentenza del Tribunale di Venezia con la quale nel 2021 è stato finalmente riconosciuto a ciascun consumatore aderente - proprietario dei modelli di autovettura VW interessati dallo scandalo - un indennizzo pari ad oltre tremila euro (circa 3.300,00 euro totali).

⁹ Il riferimento è ai *Big Data*, all'*Artificial Intelligence*, all'*Internet of Things*, alla *Blockchain*.

¹⁰ In un primo periodo, il commercio elettronico (c.d. *e-commerce*) viene affiancato da nuovi modelli di consumo di beni e servizi dove la distinzione tra professionista e consumatore non è spesso definita (transazioni *peer to peer*) e si sviluppano pratiche della condivisione (c.d. *sharing economy*) fondate su logiche diverse da quelle dello scambio tradizionale: il riuso e l'accesso prendono il posto della proprietà.

Iniziano ad operare nuovi soggetti e tra questi il gestore della piattaforma informatica che fornisce l'infrastruttura tecnologica, la c.d. rete primaria, consentendo ai consumatori interconnessi di accedere a informazioni, visionare offerte, concludere scambi.

In brevissimo tempo, si realizza ciò che è stato definito il passaggio dall'economia della condivisione alla *social economy* caratterizzata da altri fenomeni commerciali che si sviluppano sui *social media* e grazie ad essi: dallo sfruttamento dell'ambiente *social* da parte delle aziende tradizionali per la promozione di beni o servizi mediante anche l'adozione di pubblicità occulte, alla ricomparsa di modelli già sperimentati in passato nell'ambiente fisico e per questo normati come, ad esempio, l'adozione di sistemi di vendita piramidale nell'ambito del c.d. *social shopping*, alla profilazione degli utenti, all'*influencer marketing*, ai fenomeni delle *fake news* sino al tema cruciale della commercializzazione da parte delle piattaforme *social* dei dati e dei contenuti condivisi dagli utenti.

La presa di coscienza da parte degli operatori del diritto dello sfruttamento dei dati a fini commerciali, che caratterizza l'operato delle piattaforme *on line* e tra queste più di tutti da parte delle *Big tech*, segna la nascita della *data economy*, contraddistinta dal riutilizzo dei dati una volta elaborati in mercati adiacenti a quelli della raccolta (c.d. *data rush*). Con il web semantico (c.d. 3.0) si giunge, infine, all'era dell'algoritmo caratterizzata dall'elaborazione dei dati ad opera dell'intelligenza artificiale.

Non si tratta solo dei dati personali in senso stretto, ma anche di quelli relativi alle abitudini, alle preferenze, ai potenziali bisogni dei consumatori. Dati che, una volta rielaborati, mediante l'uso di algoritmi sempre più sofisticati, consentono all'impresa di comprendere relazioni, tendenze, principi e processi o nell'ipotesi più scolastica, di personalizzare l'offerta sulla base delle caratteristiche del singolo utente.

Il diritto dei consumi non poteva non risentire di tali cambiamenti, che, nel rivoluzionare le modalità di offerta delle imprese e di fruizione dei servizi da parte dei consumatori, hanno aperto una nuova fase nella sua evoluzione, ponendo al centro della riflessione politico-legislativa due temi tra loro strettamente connessi:

- da un lato, la possibilità di ascrivere alle piattaforme *on-line* che svolgono un ruolo considerevole nella creazione del c.d. *valore digitale* **specifiche responsabilità in ambito consumeristico**;
- dall'altro, la necessità di riconoscere la natura di **corrispettivo ad una moneta di scambio, i dati personali**, alla quale i consumatori ancora non attribuiscono un valore reale.

È su questi due fronti che si concentrano gli attuali interventi messi in campo dal legislatore europeo nello sforzo di attualizzare, mediante modifiche più o meno incisive, la normativa orizzontale esistente o di introdurre nuove regole sul piano sostanziale e nuove forme di tutela.

Il riferimento è in particolare alle iniziative legislative che fanno parte del c.d. *New Deal for Consumers*, un insieme di prescrizioni finalizzato a modernizzare le regole di protezione dei consumatori in vista e in funzione della vertiginosa espansione dell'evoluzione digitale, e che si è essenzialmente tradotto nell'adozione di quattro atti legislativi che mirano a modificare o abrogare la normativa esistente in materia, ed a potenziare il quadro normativo con l'adozione di nuove misure.

Vi rientrano, in particolare, le due recenti direttive che si inseriscono nell'ambito della più ampia strategia per il Mercato Unico digitale (*Digital Single Market*) adottata nel maggio 2015 dalla Commissione Europea al fine di innovare il mercato unico europeo: la direttiva 2019/770/UE, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, e la direttiva 2019/771/UE, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, entrambe adottate nel maggio 2019¹¹, nonché il pacchetto di modernizzazione del

¹¹ Le due direttive ambiscono ad offrire risposta a molte delle sfide poste dal diritto dei consumatori dai contenuti e servizi digitali superando gli ostacoli dipendenti dal fatto che lo stesso, originariamente, non contemplava prodotti privi di materialità ed era basato sulla netta distinzione tra beni e servizi. Le nuove disposizioni riguardano anche i casi sempre più frequenti in cui a fronte della fornitura di contenuti e servizi digitali i professionisti non conseguono un prezzo in danaro ma dati del consumatore. La direttiva 2019/770 riconosce le tutele proprie della vendita di

diritto dei consumi contenuto nella direttiva n. 2019/2161/UE (c.d. *Omnibus*) adottata dall'UE nello stesso anno.

Rispetto al tema dei dati, la direttiva 2019/770/UE, dopo aver considerato che la «protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce», introduce l'espressa qualificazione del trasferimento di dati personali quale corrispettivo nel contratto di fornitura di contenuti o servizi digitali e come obbligazione in tutto assimilabile al pagamento del prezzo al fine di «garantire che i consumatori abbiano diritto a rimedi contrattuali, nell'ambito di tali modelli commerciali» (considerando 24)¹².

La direttiva 2019/770/UE, riconoscendo espressamente la natura di corrispettivo contrattuale dei dati personali, rappresenta la prima emersione sul piano del diritto positivo di un principio che era stato sancito a più riprese dalla Commissione Europea¹³ e dalla stessa Autorità italiana.

Nel quadro delle iniziative intraprese in sede europea, una specifica rilevanza dal punto di vista dell'Autorità assume certamente la direttiva UE/2019/2161/ (c.d. **Omnibus**), che completa il *New deal for consumers* integrando e modificando le direttive in tema di pratiche commerciali scorrette, diritti dei consumatori, clausole abusive e indicazione dei prezzi per unità di misura¹⁴ e prevedendo, tra l'altro, sul piano dell'*enforcement*, un **rafforzamento dei poteri sanzionatori** per gli illeciti consumeristici oggetto di modifica con un aumento delle sanzioni pecuniarie comminabili.

beni di consumo a tutti i consumatori indipendentemente dal fatto che anziché pagare un prezzo, i consumatori forniscano beni personali.

¹² In particolare, ai sensi dell'art. 3 par. 1 della direttiva 2019/770/UE la stessa «si applica ai casi in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti».

¹³ La Commissione Europea, infatti, già nell'esaminare i profili concorrenziali dell'acquisizione di WhatsApp da parte di Facebook, aveva incluso numerose considerazioni sul valore economico dei dati degli utenti dei consumer communication services. La Commissione aveva evidenziato come, in genere, gli operatori di social network offrano i loro servizi «gratuitamente» ricavando, tuttavia, una remunerazione non pecuniaria dalla pubblicità e dai servizi premium. Nelle stesse decisioni, sempre presupponendo il valore economico dei dati, aveva analizzato l'effetto della concentrazione tra Facebook e WhatsApp in termini di «Data collected from WhatsApp's users» affermando che «[t]his would have the effect of reinforcing Facebook's position in the online advertising market or sub segments thereof» (cfr. COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp, §129 ss.). Successivamente, anche negli orientamenti del 25 maggio 2016 per l'attuazione e applicazione della direttiva 2005/29/UE in materia di pratiche commerciali scorrette, veniva testualmente affermato che «i dati personali, le preferenze dei consumatori, e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de facto e vengono venduti a terzi».

¹⁴ Si tratta delle direttive 2005/29/CE, 2011/83/UE, 93/13/CEE e 98/6/CE.

In particolare, si stabilisce che, in materia di pratiche commerciali scorrette e *Consumer rights*, per le infrazioni diffuse e le infrazioni di rilievo unionale di cui all'art. 21 del Regolamento UE 2017/2394 gli Stati membri debbano prevedere sanzioni pecuniarie, con un massimo edittale non inferiore al 4% del fatturato annuo realizzato dal professionista nei Paesi interessati, in tal modo risolvendo il problema della deterrenza della sanzione.

L'Autorità coglie l'occasione di questa audizione per ribadire il pieno apprezzamento verso la scelta del legislatore italiano di introdurre - come emerge dal disegno di legge di delegazione europea 2021 avente ad oggetto, tra l'altro, l'attuazione della Direttiva c.d. *Omnibus* - un rafforzamento dei poteri di *enforcement* dell'Autorità in materia consumeristica, non solo rispetto alle infrazioni unionali, ma anche in relazione alle fattispecie di esclusivo rilievo nazionale cui si applicano le disposizioni del Codice del consumo¹⁵.

Al riguardo, l'Autorità ritiene anzi opportuno evidenziare che l'esperienza applicativa maturata in materia di protezione del consumatore ha ampiamente dimostrato come il vigente *cap* in valore assoluto (fino a 5 milioni di euro per ciascuna infrazione) costituisca spesso una frazione assai modesta dei profitti che gli operatori economici ricavano da talune infrazioni: sicché la sanzione irrogata dall'Autorità - peraltro perfettamente prevedibile nel suo ammontare massimo - può essere considerata dalle imprese come un costo fisso, un rischio d'impresa, insuscettibile di scoraggiare davvero l'attuazione della condotta illecita.

Il rafforzamento della potestà sanzionatoria è da salutare con favore dunque, in quanto appare l'unica soluzione in grado di attribuire alle sanzioni irrogate dall'Autorità un reale effetto deterrente.

Il quadro normativo illustrato per sommi capi è, infine, destinato a subire ulteriori cambiamenti con l'approvazione definitiva della Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 2020/0361 del 15 dicembre 2020 relativo

¹⁵ Cfr. il disegno di Legge di delegazione europea 2021 presentato alle Camere il 13 luglio 2021 e approvato in prima lettura dalla Camera il 16 dicembre 2021, che ricomprende tra le discipline assistite da sanzioni commisurate al fatturato anche la disciplina delle clausole vessatorie di cui agli artt. 33 e ss. del Codice del Consumo (art. 4, co. 1, lett. d) ed e).

ad un mercato unico dei servizi digitali (c.d. *Digital Service Act*), chiamata a disciplinare unitariamente temi assai delicati e complessi come, ad esempio, il controllo da parte delle piattaforme digitali dell'*Hate Speech* e dell'*Illegal Content* e ad introdurre un quadro normativo orizzontale volto ad armonizzare le regole frammentate e disomogenee adottate sin qui dai diversi Stati membri.

3. Il ruolo propulsivo e innovativo svolto dall'AGCM

A fronte della profonda trasformazione che sta conoscendo il diritto dei consumatori su impulso del legislatore euro-unitario, un aspetto che si ritiene fondamentale evidenziare è che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, la *Consumer rights* e la disciplina delle clausole vessatorie che l'Autorità è competente ad applicare, hanno consentito all'Istituzione, in attesa dell'entrata in vigore del *Digital Services Act* e ancor prima del recepimento della citata direttiva *Omnibus*, di **colmare molti dei vuoti** esistenti nell'ordinamento e **di rafforzare le tutele a beneficio dei consumatori**.

Due ambiti possono essere menzionati in quanto esemplari del ruolo propulsivo ed innovativo svolto dall'Autorità attraverso la propria azione di *enforcement*: il contrasto dei comportamenti scorretti delle **c.d. Big tech** e la **protezione del consumatore durante la pandemia**.

Sotto il primo profilo, si rileva che la difesa del consumatore dallo strapotere delle piattaforme digitali ha richiesto una applicazione elastica ed una interpretazione evolutiva delle normative consumeristiche, a cui l'Autorità ha dato un contributo fondamentale.

Si deve, infatti, proprio all'esperienza applicativa dell'Autorità - la cui attività è citata sempre più spesso a livello europeo come *best practice* nella tutela del consumatore¹⁶ - l'ingresso nell'ordinamento di un concetto chiave, oramai chiaro

16 In particolare, il Commissario UE Reyneders in occasione della presentazione della Nuova Agenda europea dei Consumatori a fine 2021, ha citato l'Autorità come un modello di best practice nella tutela dei consumatori considerando i tanti importanti traguardi raggiunti attraverso un'efficace e capillare attività di enforcement e facendo un cenno, in particolare, ad alcuni importanti provvedimenti istruttori della nostra Autorità quali, ad esempio, quelli: a) sulla complessa tematica dell'obsolescenza programmata nei confronti di Apple e Samsung; b) sullo sfruttamento commerciale dei big data nei confronti del gruppo Facebook; c) sulla garanzia "legale" di conformità dei prodotti in relazione ai provvedimenti su Apple (con i connessi principi della durata obbligatoria di 24 mesi di tale garanzia legale e della distinzione rispetto all'eventuale ulteriore garanzia commerciale a pagamento che può essere proposta ai consumatori).

anche al legislatore europeo: il valore del dato personale come controprestazione di servizi apparentemente gratuiti. Un concetto sul quale si fonda l'intera costruzione della relazione tra *big tech* e singoli utenti come *rapporto di consumo*, in quanto tale suscettibile di indagine da parte dell'*Autorità*.

Il riferimento è alle note decisioni adottate nei confronti di WhatsApp e Facebook¹⁷, con le quali l'Autorità ha sancito l'applicabilità del diritto dei consumatori anche in relazione ai contratti attraverso i quali i consumatori accedono a beni o servizi senza un esborso monetario, ma rendendo disponibili all'impresa i propri dati personali, anticipando così uno dei principi fondamentali della proposta di armonizzazione contenuta nel *New deal for consumers*.

L'assunto, condiviso dal Giudice amministrativo, è stato posto alla base anche delle più recenti decisioni adottate nei confronti di Google Ireland Ltd. e di Apple Distribution International Ltd.

In particolare, a fine 2021, l'Autorità ha accertato per ciascuna società due violazioni del Codice del Consumo, una per carenze informative e un'altra per pratiche aggressive connessa all'acquisizione e all'utilizzo dei dati dei consumatori a fini commerciali, sanzionando entrambe per complessivi 10 milioni di euro, ossia per il massimo edittale secondo la normativa vigente.

Google fonda la propria attività economica sull'offerta di un'ampia gamma di prodotti e di servizi connessi a Internet - che comprendono tecnologie per la pubblicità online, strumenti di ricerca, cloud computing, software e hardware - basata anche sulla profilazione degli utenti ed effettuata grazie ai loro dati.

Apple raccoglie, profila e utilizza a fini commerciali i dati degli utenti attraverso l'utilizzo dei suoi dispositivi e dei suoi servizi. Quindi, pur senza procedere ad alcuna cessione di dati a terzi, Apple ne sfrutta direttamente il valore economico attraverso un'attività promozionale per aumentare la vendita dei propri prodotti e/o di quelli di terzi attraverso le proprie piattaforme commerciali App Store, iTunes Store e Apple Books.

In tali contesti, l'Autorità ha ritenuto sussistente un rapporto di consumo tra gli utenti e i due operatori, anche in assenza di esborso monetario per la fornitura dei

¹⁷ Cfr. Provv. n. 26597, 11 maggio 2017, PS10601 WhatsApp trasferimento dati a Facebook, in *Boll.* 18/2017; Provv. n. 27432, 29 novembre 2018, PS1112, Facebook condivisione dati con terzi, in *Boll.* 46/2018.

servizi, la cui controprestazione è rappresentata dai dati che essi cedono utilizzando i servizi di Google e di Apple.

Oltre alla realtà delle *Big Tech*, gli sforzi compiuti dall’Autorità per colmare i vuoti di tutela esistenti si colgono anche negli interventi che hanno caratterizzato la sua azione nel corso dell’**emergenza sanitaria**.

Consapevole, in particolare, che la diffusione del contagio richiedeva di reprimere prontamente ogni sfruttamento opportunistico della crisi e di svolgere controlli efficaci per assicurare la regolare fornitura dei presidi sanitari e dei farmaci, l’Autorità sin dai primi mesi della pandemia è intervenuta con rapidità nei settori maggiormente interessati, imponendo l’immediata cessazione delle condotte anomale degli operatori attraverso l’ampio utilizzo dei poteri cautelari e l’oscuramento dei siti web.

Gli interventi hanno riguardato in primo luogo il settore dell’e-commerce con riferimento, tra l’altro, alle modalità di commercializzazione di prodotti igienizzanti e mascherine di protezione delle vie respiratorie¹⁸, alla vendita di farmaci dalle false proprietà antivirali¹⁹ e di test per l’autodiagnosi del contagio²⁰, alle modalità scorrette di raccolta fondi a scopo benefico²¹, e ancora, alla pubblicizzazione di test per anticorpi Covid-19 da parte di strutture sanitarie private e di laboratori di analisi.

Nei confronti di tali professionisti particolarmente scorretti, l’Autorità ha adottato la nuova procedura di interruzione/“oscuramento” dei flussi web illegittimi diretti ai consumatori italiani, utilizzando come base giuridica di tale misura eccezionale il nuovo Regolamento di Cooperazione UE n. 2394/2017 entrato in vigore agli inizi del 2020²².

¹⁸ Cfr. PS11736, PS11732, PS11734.

¹⁹ Cfr. PS11723

²⁰ Cfr. PS11727

²¹ Cfr. PS11726

²²L’Autorità aveva già in passato utilizzato strumenti di enforcement straordinari mediante una coraggiosa interpretazione estensiva delle proprie competenze amministrative ai sensi della disciplina di cui alla Direttiva sul commercio elettronico (quali gli artt. 13 e 14 della Direttiva 2000/31/CE). In particolare, l’Autorità aveva cercato uno strumento per rendere efficaci i propri provvedimenti contro i siti responsabili della vendita di prodotti contraffatti (spesso provenienti dalla Cina) sempre più spesso oggetto di denuncia da parte di aziende italiane titolari di marchi famosi della moda vittime di tali contraffazioni, nonché delle Associazioni di categoria a tutela del “*made in Italy*”. Si trattava, spesso, di siti web pubblicizzati apparentemente come “private outlet aziendali” con prezzi fortemente ribassati, ma in realtà totalmente fasulli e contenenti solo prodotti contraffatti, in realtà, “made in China” (talvolta anche con problemi per la salute e la sicurezza dei consumatori).Le predette misure straordinarie legate al potere di

Sotto altro versante, l'Autorità è anche intervenuta per scongiurare che, a seguito dei vari *lockdown*, vi fosse una compressione dei diritti dei consumatori da parte degli operatori dei settori turistico, ricreativo e dei trasporti.

In questo ambito vanno annoverati, in particolare:

- i casi nei confronti degli operatori del servizio di trasporto su autobus, aereo e ferroviario rispetto alle condotte di cancellazione dei viaggi, limitazione dei servizi e/o aumento dei prezzi in ragione dell'emergenza sanitaria da Covid-19;
- i provvedimenti di accertamento di pratiche commerciali scorrette, consistenti nella frapposizione di ostacoli all'esercizio del diritto al rimborso dei consumatori che avevano acquistato pacchetti turistici successivamente annullati;
- i casi relativi a clausole vessatorie inserite nelle condizioni generali dei contratti di acquisto di abbonamenti e biglietti per le partite di calcio, che disconoscevano il diritto dei consumatori a ottenere rimborsi in caso di chiusura dello stadio o in caso di rinvio dell'evento.

A conferma dell'importante ruolo svolto, si ricorda anche che le iniziative intraprese dall'Autorità a tutela dei consumatori durante la pandemia hanno ricevuto l'espresso apprezzamento anche della Commissione Europea²³, che ha invitato le altre Autorità a seguire il modello italiano.

4. Osservazioni conclusive e proposte per innalzare il livello di tutela dei consumatori

I due versanti sopra richiamati - cioè la repressione dei comportamenti scorretti delle c.d. Big tech e gli interventi a protezione del consumatore durante la pandemia - costituiscono significativi esempi dell'importante ruolo pro-attivo svolto

oscuramento dei siti illegittimi sono state, in particolare, adottate dall'Autorità facendo leva sulle speciali responsabilità in capo ai fornitori di servizi digitali (Internet service providers) per il flusso on line proveniente dai predetti siti fake di operatori ubicati in Paesi lontani ma in lingua italiana e diretto ai consumatori italiani e, quindi, rientrante nel perimetro delle competenze dell'Autorità.

²³V. la lettera inviata al Presidente dell'AGCM dalla Direttrice generale della DG Giustizia e Consumatori della Commissione europea, S. Saastamoinen nel maggio 2020, con la quale questa ha riconosciuto il particolare impegno profuso dall'Autorità sul fronte della repressione di azioni e condotte di indebito sfruttamento della situazione di emergenza a danno dei consumatori, sottolineando l'ampiezza, la tempestività e l'efficacia degli interventi svolti, divenendo modello di riferimento per le autorità degli altri Paesi europei.

dall'Autorità in questi ultimi anni per garantire adeguati livelli di tutela dei consumatori.

Ma molti altri potrebbero menzionarsi, dalla protezione assicurata ai consumatori nel caso dell'acquisto di diamanti, presentati ingannevolmente come un'alternativa agli investimenti tradizionali di sicura e certa convenienza, ai numerosi interventi nel settore energetico dove l'Autorità ha contrastato pratiche di scorretta informazione e fatturazione degli oneri di elettricità e gas, come pure il mancato riconoscimento della prescrizione dei termini di pagamento delle bollette, l'addebito di morosità pregresse e le modalità illecite di gestione delle perdite occulte.

Si tratta di un'attività di *enforcement* che risulta fondamentale non solo se riguardata nella prospettiva dei diritti dei singoli consumatori che concorre a garantire, ma anche per il contributo decisivo che offre ad un processo competitivo realmente versato all'efficienza dinamica. Essa opera, infatti, come meccanismo di stabilizzazione, come *floor* minimo di tutele sotto il quale il professionista non deve mai scendere.

In questa luce si può cogliere, in definitiva, la natura polifunzionale della tutela dei consumatori, che, oltre a proteggere i diritti soggettivi dell'individuo e a correggere gli squilibri contrattuali, opera anche in funzione di regolazione pro-competitiva, assicurando per questa via ulteriori benefici al consumatore.

Volendo, da ultimo, segnalare alcuni versanti nei quali la protezione del consumatore potrebbe giovare di un intervento diretto da parte del legislatore, si richiama l'attenzione su alcuni aspetti problematici che l'attività dell'Autorità ha finora posto in luce.

1. Il mystery shopping

Il mystery shopping può risultare molto utile per l'individuazione di pratiche commerciali scorrette e/o di violazioni *consumer rights*. Il Regolamento europeo 2017/2394 in materia di cooperazione tra Autorità responsabili per l'attuazione di norme legate alla protezione dei consumatori ha conferito tale potere all'Autorità per le infrazioni *cross-border*, e la legge n. 238/21 l'ha esteso anche alle infrazioni nazionali.

Tuttavia, va sottolineato che la legge n. 238/21 consente lo svolgimento del *mystery shopping* avvalendosi di “*soggetti appositamente incaricati*”, aprendo in assenza di specificazioni circa la natura pubblica dei soggetti incaricati lo spazio al ricorso a soggetti privati.

Viene da chiedersi, dunque, quale valore probatorio possa essere attribuito, nell’ambito di un procedimento amministrativo, a informazioni acquisite sul mercato da soggetti privati, per di più in forma anonima.

La questione potrebbe essere risolta avvalendosi anche in relazione alle attività di *mystery shopping*, analogamente a quanto già avviene per gli altri poteri istruttori dell’Autorità, della collaborazione del Corpo della Guardia di Finanza.

Più in generale, l’Autorità ritiene che andrebbero attentamente definite procedure e modalità di verifica da parte delle controparti, a salvaguardia del diritto di difesa e del contraddittorio procedimentale²⁴.

2. Il telemarketing

Il telemarketing costituisce una forma di comunicazione commerciale oramai fondamentale per le imprese che offrono servizi di massa e standardizzati, ma purtroppo caratterizzata da eccessi diffusi e sempre più percepiti come insostenibili dai consumatori, al limite della molestia.

La recentissima riforma del Registro delle opposizioni, che consentirà di iscrivere anche le numerazioni mobili tra quelle che gli operatori non potranno chiamare, di cancellare con la semplice iscrizione tutte le autorizzazioni al contatto rilasciate in passato con qualsiasi strumento, e di opporsi alle telefonate effettuate tramite sistemi automatizzati e senza operatore, entrerà in vigore in estate, è certamente un positivo passo in avanti nel contrasto all’invasivo *modus operandi* degli operatori di *telemarketing*, ma è dubbio se tale riforma sia sufficiente.

Sarebbe utile dunque riflettere su un cambiamento di prospettiva, pensando a un registro delle “inclusioni”, al quale coloro che vogliono ricevere offerte

²⁴ La giurisprudenza amministrativa ha evidenziato come gli elementi fattuali indicativi del possibile illecito rilevati durante il *mystery shopping* possano essere “*apprezzati dall’Autorità come indizio della possibile realizzazione dell’illecito*” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 dicembre 2010). In altri termini, i risultati dell’attività non possono costituire da soli elementi di prova dell’infrazione, dovendo essere confermati e supportati da evidenze ulteriori.

commerciali al telefono devono iscriversi, e a cui gli operatori devono rivolgersi per selezionare i potenziali destinatari delle loro telefonate.

L'idea deriva dalla consolidata esperienza dell'Autorità, per cui sono di gran lunga più tutelanti per i consumatori i sistemi che prevedono una loro scelta esplicita e preventiva di un servizio (*opt-in*) piuttosto che un meccanismo per cui essi devono attivarsi per rifiutarlo (*opt-out*).

3. La conclusione dei contratti a distanza di energia elettrica e gas mediante canale telefonico.

L'Autorità è destinataria di un **elevato flusso di denunce** di consumatori riconducibili al, ben noto, fenomeno del c.d. “**telemarketing aggressivo/selvaggio**”, ovvero le telefonate reiterate/moleste/indesiderate da parte degli agenti di vendita (*call center*) che sollecitano insistentemente l'adesione alle offerte commerciali di gas e luce, sulla base di **informazioni non trasparenti, di carattere ingannevole**, in merito all'identità del chiamante e alle condizioni economiche di fornitura, generalmente prospettate come vantaggiose, allo scopo di indurre i consumatori alla conclusione del contratto.

Benché l'Autorità abbia svolto nel corso degli ultimi anni numerosi procedimenti volti ad accertare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette in questione²⁵, gli interventi e i conseguenti **provvedimenti** adottati

²⁵ Si veda, a titolo esemplificativo, i procedimenti istruttori avviati nei confronti dei principali operatori del settore, relativi alle attivazioni non richieste di fornitura e più recentemente alla mancanza di trasparenza delle offerte commerciali. Al riguardo, si ricorda che l'attivazione non richiesta di una fornitura di energia elettrica e/o gas è stata considerata una pratica aggressiva, sia nel caso di assenza di consenso allo *switching* da parte del consumatore, sia nel caso in cui il consenso è carpito attraverso la fornitura di informazioni fortemente ingannevoli e/o omissive nell'ambito delle procedure di vendita a distanza, tali da determinare un indebito condizionamento nel processo decisionale dei consumatori. Sono state altresì ritenute scorrette le pratiche commerciali consistenti nella prospettazione delle condizioni economiche di fornitura non trasparenti, omissive e ingannevoli, fornite sia nel corso del processo di vendita fuori dai locali commerciali, sia nell'ambito della documentazione contrattuale e promozionale. A seguito delle iniziative assunte dall'Autorità, i principali operatori del settore hanno sostanzialmente adeguato le proprie procedure di contrattualizzazione, tuttavia appare **ancora assai critico il *modus operandi* tipico e ricorrente delle strutture agenziali** utilizzate da molti professionisti. Infatti, in previsione del passaggio obbligato di milioni di utenti dal mercato tutelato al mercato libero, lo sfruttamento del **canale telefonico** si è intensificato ed ha assunto **dimensione e carattere pervasivi**, tanto da rendere inefficace la vigilanza da parte delle stesse società di vendita sull'operato delle numerose agenzie -e sub agenzie- di *call center* - ubicate in Italia e all'estero- le quali utilizzano numerazioni telefoniche non iscritte al ROC (Registro Operatori Comunicazione), dunque non identificabili/inesistenti/irraggiungibili, nonché sistemi telefonici automatizzati (*Robocall*).

dall'Autorità sono risultati **inefficaci a contrastare il fenomeno delle attivazioni ingannevoli e/o non richieste.**

La dimensione del fenomeno meriterebbe indubbiamente un investimento più significativo e strumenti diversi dai pur necessari e reiterati interventi istruttori e sanzionatori.

In tal senso, appare necessario un ripensamento della disciplina vigente con specifico riferimento ai “*Requisiti formali dei contratti a distanza*”, di cui all’art. 51, c. 6 del Codice del Consumo, che consente la conclusione dei contratti mediante la registrazione telefonica del consenso del consumatore, in alternativa alla accettazione dell’offerta commerciale in forma scritta²⁶.

Una riforma circoscritta dell’art. 51, c. 6, del Codice del Consumo dovrebbe prevedere che il vincolo contrattuale sorga solo a seguito della conferma dell’offerta, da parte del consumatore, per iscritto, inibendo la conclusione di contratto mediante la conferma su supporto durevole (di cui all’art. 51, c. 6, Codice del Consumo).

4. La determinazione delle spese di accertamento delle violazioni del Codice della Strada da parte dei Comuni.

L’articolo 201, comma 4, del “*Codice della Strada*”, rubricato “*Notificazione delle violazioni*”, dispone che “*le spese di accertamento e di notificazione sono poste a carico di chi è tenuto al pagamento della sanzione amministrativa pecuniaria*”. La disposizione, in sostanza, consente di addebitare al trasgressore sia le spese di notifica che quelle di accertamento delle violazioni del Codice della Strada.

Attualmente, sulla base di quanto disposto dall’AGCom (delibera n. 469/19/Cons) la tariffa complessiva per le spese di notifica degli atti giudiziari è fissata in modo forfettario in 9,50 euro e comprende i costi delle comunicazioni connesse (CAN e CAD). Quanto alle spese di accertamento, allo stato, non

²⁶ L’art. 51, c. 6, CdC, che riproduce il sesto paragrafo dell’articolo 8 della Direttiva 2011/83/UE, statuisce che: “*Quando un contratto a distanza deve essere concluso per telefono, il professionista deve confermare l’offerta al consumatore, il quale è vincolato solo dopo aver firmato l’offerta o dopo averla accettata per iscritto; in tali casi il documento informatico può essere sottoscritto con firma elettronica ai sensi dell’articolo 21 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni. Dette conferme possono essere effettuate, se il consumatore acconsente, anche su un supporto durevole*”.

esistono criteri oggettivi di quantificazione fissati dal legislatore e ogni ente agisce secondo la sua piena discrezionalità, spesso perpetrando evidenti abusi.

Dall'analisi di alcune delibere di giunta comunale di vari Comuni, emerge che ciascuno, nella parte dedicata alla determinazione di tali spese, include le più svariate e diverse voci quali: costi di stampa, postalizzazione, costi di acquisto e manutenzione dei palmari per la rilevazione delle infrazioni, manutenzione delle apparecchiature e del *software* di gestione del servizio, moduli autoimbustanti, redazione delle distinte delle raccomandate, visure alle banche dati della Motorizzazione Civile ecc. In taluni casi, la discrezionalità dei Comuni denota come gli stessi sono giunti anche a duplicare varie voci di spesa. Ad esempio, un Comune include sia i costi di stampa, sia quelli per cartucce e nastri stampanti.

Ne è prova che mentre alcuni Comuni ritengono sufficiente quantificare le spese di accertamento in 2,50 euro, vi sono vari Comuni che richiedono addirittura 10 euro.

La discrezionale definizione di tali spese, a livelli talvolta elevati, si traduce in uno sfruttamento della posizione di debolezza del consumatore/cittadino, che è costretto a pagarle per espressa previsione di legge (cfr. art. 201, comma 4, del Codice della Strada) senza poterne contestare il *quantum* in alcuna sede.

Alla luce di ciò, è assolutamente necessario predeterminare normativamente l'ammontare di un costo standard valido per tutti i Comuni, ispirato a criteri di ragionevolezza, reale correlazione ai costi, trasparenza e non discriminazione degli utenti.

5. Poteri di diffida e sanzionatori dell'Autorità contro le clausole vessatorie

Un ulteriore versante in cui sarebbe auspicabile l'intervento del legislatore concerne il sistema di tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti disciplinato all'interno dell'articolo 37-*bis* del Codice.

L'ambito di intervento dell'Autorità in materia appare inadeguato poiché viene ad essa riconosciuta soltanto la facoltà di valutare se il testo delle condizioni generali di contratto adottate dall'impresa contenga o meno clausole vessatorie in violazione degli artt. 33 e ss. del Codice, senza alcuna conseguenza sulla loro validità o necessità di modificarle o eliminarle.

Il procedimento di accertamento della vessatorietà presso l'Autorità non contempla, infatti, l'esercizio del potere di inibire l'uso delle clausole di cui sia stata accertata la vessatorietà.

È prevista unicamente una assai poco deterrente forma di sanzione di tipo reputazionale, rappresentata dall'obbligo per l'impresa di diffusione del provvedimento di accertamento, anche per estratto, *“mediante pubblicazione su apposita sezione del sito internet istituzionale dell'Autorità, sul sito dell'operatore che adotta la clausola ritenuta vessatoria e mediante ogni altro mezzo ritenuto opportuno in relazione all'esigenza di informare compiutamente i consumatori a cura e spese dell'operatore”*.

Un sistema così concepito ha rivelato nel corso del tempo tutti i limiti di un controllo amministrativo privo di mezzi attivabili direttamente o indirettamente dall'Autorità, al fine di obbligare l'impresa alla modifica della clausola illecita.

Al fine di rendere più efficace l'azione amministrativa sarebbe necessari, pertanto, una modifica normativa che preveda l'inserimento nell'articolo 37-bis di un richiamo ai contenuti del comma 8 dell'articolo 27 del Codice del consumo²⁷, ossia l'introduzione del potere di diffida nel procedimento in materia di clausole vessatorie analogo a quello esercitabile in materia di pratiche commerciale scorrette e di tutela dei diritti dei consumatori.

Inoltre, al fine di rendere più efficace il potere di diffida, la predetta modifica normativa dovrebbe prevedere anche la possibilità per l'Autorità di irrogare sanzioni sia nel caso in cui venga dichiarata la vessatorietà di una clausola ai sensi dell'art. 36, commi 2 e 5, del Codice del consumo, sia in quello in cui un professionista continui a utilizzare clausole contrattuali dichiarate vessatorie con decisione definitiva, attraverso l'inserimento nell'articolo 37-bis di un richiamo alla sanzione amministrativa pecuniaria prevista dall'articolo 27 del Codice del consumo.

Si ringrazia per l'attenzione.

²⁷ Ai sensi dell'articolo 27 comma 8 del Codice del Consumo, *“l'Autorità, se ritiene la pratica commerciale scorretta, vieta la diffusione, qualora non ancora portata a conoscenza del pubblico, o la continuazione, qualora la pratica sia già iniziata”*.