

IL DIRITTO «GENERALE» DELLE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E LE DISCIPLINE «SETTORIALI»

Di Francesco Bernardi

| 23

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La direttiva 2005/29/CE e il diritto europeo delle pratiche commerciali. La questione e il suo contesto – 3. Il significato della locuzione «in caso di contrasto» di cui all’art. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE (art. 19, comma 3°, cod. cons.) e il criterio di specialità. Una prima interpretazione e i primi orientamenti dei Giudici amministrativi italiani – 4. La procedura di infrazione n. 2013/2169 e il nuovo comma 1° bis dell’art. 27 cod. cons. Le sentenze “gemelle” dell’Adunanza plenaria nn. 3-4/2016 e la rimessione della questione alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea – 5. La sentenza del 13 settembre 2018 della Corte di Giustizia (cause C-54/17 e C-55/17) – 6. Considerazioni critiche. La coerenza del diritto europeo delle pratiche commerciali sleali

ABSTRACT. Lo scritto indaga la controversa questione del coordinamento tra la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette e quella relativa a particolari settori merceologici. L’occasione nasce da una pronuncia della CGUE relativa all’attivazione di servizi non richiesti da parte di alcuni operatori della telefonia mobile italiana (CGUE, 13 settembre 2018, C-5417 e C-55/17).

The paper investigates the issue of coordination between the general discipline of unfair commercial practices and that concerning particular commodity sectors. It moves from a ruling by the CJEU concerning the activation of unsolicited services by some operators of Italian mobile telephony (CGUE, 13 September 2018, C-5417 and C-55/17).



1. Premessa.

| 24

Con sentenza del 13 settembre 2018, pronunciata nella cause riunite C-54/17 e C-55/17 (*Wind Tre Vodafone Italia*)¹, la Seconda Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha finalmente composto la controversa questione del coordinamento tra la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette, per come introdotta dalla direttiva 2005/29/CE, e il restante (e preesistente) diritto di derivazione europea concernente determinate tipologie di pratiche commerciali scorrette, ovvero pratiche commerciali relative a particolari settori merceologici.

L'occasione è stata resa da alcune questioni interpretative sollevate ai sensi dell'art. 267, para 3, TFUE dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, chiamato quest'ultimo a valutare la legittimità dei provvedimenti sanzionatori irrogati dall'A.G.C.M. (ex art. 27 cod. cons.) nei confronti di due operatori telefonici (Wind Tre e Vodafone), responsabili – a dire dell'Autorità – di avere preattivato sulle carte SIM in commercio alcuni servizi, quali la navigazione Internet e la segreteria telefonica, senza avere previamente informato i consumatori della loro preimpostazione e onerosità, così esponendoli ad addebiti inconsapevoli perché mai acconsentiti².

I sette quesiti formalmente posti dal Giudice Amministrativo nazionale possono essere sostanzialmente ricondotti a due: *i*) con le prime due questioni pregiudiziali il Consiglio di Stato domandava se le condotte poste in essere dai due operatori telefonici, poi sanzionate dall'A.G.C.M., potessero qualificarsi come pratiche commerciali aggressive ai sensi degli artt. 8 e 9 della direttiva (artt. 24 e 25 cod. cons.), e, segnatamente, sub specie di cd. “fornitura non richiesta”, già contemplata al punto 29 dell'Allegato I della direttiva e prevista alla lettera *f*) dell'art. 26 cod. cons.³; *ii*) con le questioni dalla

terza a alla settima, il Consiglio di Stato rimetteva la questione interpretativa – che qui interessa annotare – relativa alla portata applicativa della disposizione dell'art. 3, para 4 della direttiva (art. 19, comma 3°, cod. cons.), in punto di coesistenza e coordinamento tra la stessa disciplina recata dalla direttiva 29/2005/CE e ogni altra disposizione comunitaria settoriale che disciplini «aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali»⁴.

una situazione in cui non venga addebitata alcuna ulteriore e distinta condotta materiale all'operatore di telefonia medesimo; 2) Se il punto 29 dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE [recepita nell'ordinamento interno dall'articolo 26, lettera f), Codice del consumo] possa essere interpretato nel senso che sussista una “fornitura non richiesta” qualora un operatore di telefonia mobile chieda al proprio cliente il corrispettivo di servizi di segreteria telefonica o di navigazione in internet e ciò in una situazione caratterizzata dai seguenti elementi:

– l'operatore di telefonia, all'atto della stipula del contratto di telefonia mobile, non avrebbe correttamente informato il consumatore della circostanza che i servizi di segreteria telefonica e di navigazione internet sono preimpostati sulla SIM, con la conseguenza che detti servizi possono essere potenzialmente fruiti dal consumatore medesimo, senza una operazione di impostazione ad hoc (setting);

– per fruire effettivamente di tali servizi, il consumatore deve comunque compiere le operazioni all'uopo necessarie (ad esempio, digitare il numero della segreteria telefonica ovvero azionare i comandi che attivano la navigazione internet);

– non vi è alcun addebito in merito alle modalità tecniche ed operative mediante le quali i servizi vengono concretamente fruiti dal consumatore, né in merito all'informazione inerente a tali modalità ed al prezzo dei servizi stessi, ma all'operatore venga unicamente addebitata la menzionata omessa informazione relativa alla preimpostazione dei servizi sulla SIM».

⁴ Così, invece, le questioni dalla terza alla settima:

«3) Se la ratio della direttiva “generale” n. 2005/29/CE quale “rete di sicurezza” per la tutela dei consumatori, nonché il considerando 10 e l'articolo 3, comma 4, della medesima direttiva n. 2005/29/CE, ostino ad una normativa nazionale che riconduca la valutazione del rispetto degli obblighi specifici, previsti [dalla] direttiva settoriale [“servizio universale”] a tutela dell'utenza, nell'ambito di applicazione della direttiva generale n. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali scorrette, escludendo, per l'effetto, l'intervento dell'Autorità competente a reprimere una violazione della direttiva settoriale in ogni ipotesi che sia suscettibile di integrare altresì gli estremi di una pratica commerciale scorretta/sleale;

4) Se il principio di specialità sancito dall'articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE debba essere inteso quale principio regolatore dei rapporti tra ordinamenti (ordinamento generale e ordinamenti di settore), oppure dei rapporti tra norme (norme generali e norme speciali), oppure, ancora, dei rapporti tra Autorità preposte alla regolazione e vigilanza dei rispettivi settori;

5) Se la nozione di “contrasto” di cui all'articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE possa ritenersi integrata solo in caso di radicale antinomia tra le disposizioni della normativa sulle pratiche commerciali scorrette e le altre norme di derivazione europea che disciplinano specifici aspetti settoriali delle pratiche commerciali, oppure se sia sufficiente che le norme in questione dettino una disciplina difforme dalla normativa sulle pratiche commerciali scorrette in relazione alle specificità del settore, tale da determinare un concorso di norme (Normenkollision) in relazione ad una stessa fattispecie concreta;

¹ Corte di Giustizia EU, Sez. II, 13.09.2018, C-54/17e C-55/17, disponibile in <http://curia.europa.eu/>.

² V. AGCM, 26/03/2012, PS7001- *Wind-Attivazioni SIM presso punti vendita*, Prov. n. 23356, e PS7002- *Vodafone-Attivazioni SIM Presso Punti Vendita*, Prov. n. 23357, entrambi in *Boll. AGCM*, n. 10/2012.

³ Così le prime due questioni pregiudiziali sollevate dal Consiglio di Stato sono richiamate nella sentenza in commento:

«1) Se gli articoli 8 e 9 della direttiva 2005/29 (...) ostano ad una interpretazione delle corrispondenti norme di trasposizione nazionali (costituite, rispettivamente, dagli articoli 24 e 25 del Codice del consumo) per cui si ritenga che sia qualificabile come “indebito condizionamento” e, dunque, come “pratica commerciale aggressiva” idonea a limitare “considerevolmente” la libertà di scelta o di comportamento di un consumatore medio la condotta di un operatore di telefonia che consista in una omissione informativa in merito alla preimpostazione sulla SIM di determinati servizi telefonici (i.e. il servizio di segreteria telefonica o di navigazione internet), e ciò segnatamente in



Giova subito richiamare le conclusioni cui è pervenuta la Corte di Giustizia.

Quanto al primo quesito, il Tribunale europeo ha concluso che la nozione di «forniture non richieste» di cui al punto 29 dell'Allegato I alla direttiva (art. 26, lett. f), cod. cons.) «ricomprende condotte come quelle di cui trattasi nei procedimenti principali, consistenti nella commercializzazione, da parte di un operatore di telecomunicazioni, di carte SIM (*Subscriber Identity Module*, modulo d'identità dell'abbonato) sulle quali sono preimpostati e preattivati determinati servizi, quali la navigazione Internet e la segreteria telefonica, senza che il consumatore sia stato previamente ed adeguatamente informato né di tale preimpostazione e preattivazione né dei costi di tali servizi».

Quanto al secondo quesito, la Corte ha concluso che l'art. 3, paragrafo 4, della direttiva non osta a una normativa nazionale in virtù della quale una condotta che costituisce una «fornitura non richiesta» e posta in essere nel settore delle telecomunicazioni (di cui alla direttive 2002/21/CE e 2002/22/CE) deve essere valutata alla luce delle disposizioni della direttiva 2005/29/CE, con la conseguenza che l'Autorità amministrativa competente a sanzionare siffatta condotta non è l'Autorità di regolamentazione del settore (speciale) delle telecomunicazioni (A.G.Com., in Italia), bensì quella competente alla repressione di ogni pratica commerciale sleale secondo la stessa disciplina (generale) recata dalla direttiva 2005/29/CE (A.G.C.M., in Italia).

Le argomentazioni e le conclusioni versate dalla Corte di Giustizia nella sentenza in commento sono assai sintetiche, sicché si crede opportuno riassumere

re i termini della questione, per il vero più complessi di quanto ivi sia dato intendere.

2. La direttiva 2005/29/CE e il diritto europeo delle pratiche commerciali. La questione e il suo contesto.

L'adozione della direttiva 2005/29/CE⁵, «relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno»⁶, è stata salutata

⁵ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), in G.U.C.E., n. L. 149 dell'11 giugno 2005, pp. 22 ss. I lavori preparatori iniziarono con il *Green Paper on Consumer Protection*: COM(2001) 531 (2 ottobre 2001); cui seguì la *Commission's Follow-up Communication to the Green Paper on EU Consumer Protection* dell'11 giugno 2002: COM(2002) 289. Essa si compone di due parti. La prima (artt. 2-13) contiene la nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali; la seconda prevede l'introduzione di una serie di modifiche a provvedimenti comunitari già vigenti: precisamente, alla direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole e comparativa (art. 14), alle direttive 97/7/CE e 2002/65/CE in materia di contratti conclusi a distanza (art. 15), alla direttiva 98/27/CE in tema di provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori e al regolamento CE n. 2006/2004 «sulla cooperazione per la tutela dei consumatori» (art. 16).

⁶ Sul tema della pratiche commerciali sleali/scorrette la letteratura è molto ampia. Cfr. AA.VV., *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices. Contract, Consumer, and Competition Law Implications*, a cura di H. COLLINS, London-New York, 2004; AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007; AA.VV. *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2007; AA.VV., *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, a cura di S. WEATHRILL – U. BERNITZ, Oxford, 2007; AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. GENOVESE, Padova, 2008; AA.VV., *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo – Il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2008; AA.VV., *Codice del consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2009; AA.VV., *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2008, pp. 84 ss.; AA.VV., *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di A. CATRICALÀ – P. TROIANO, Torino, 2010, pp. 1671 ss.; AA.VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. CRISTOFARO – A. ZACCARIA, Padova, 2013, pp. 116 ss.; G. ANAGNOSTARAS, *The Unfair Commercial Practices Directive in Context: From Legal Disparity to Legal Complexity?*, in *Common Market Review*, 2010, 147 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE, concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contr.*

6) Se la nozione di norme [dell'Unione] di cui all'articolo 3, comma 4, della direttiva n. 2005/29/CE abbia riguardo alle sole disposizioni contenute nei regolamenti e nelle direttive europee, nonché alle norme di diretta trasposizione delle stesse, ovvero se includa anche le disposizioni legislative e regolamentari attuative di principi di diritto [dell'Unione];

7) Se il principio di specialità, sancito al considerando 10 e all'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE, e gli articoli 20 e 21 della direttiva 2002/22/CE e 3 e 4 della direttiva 2002/21/CE ostino ad una interpretazione delle corrispondenti norme di trasposizione nazionale per cui si ritenga che, ogniqualvolta si verifichi in un settore regolamentato, contenente una disciplina "consumeristica" settoriale con attribuzione di poteri regolatori e sanzionatori all'Autorità del settore, una condotta riconducibile alla nozione di "pratica aggressiva", ai sensi degli articoli 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE, o "in ogni caso aggressiva" ai sensi dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE, debba sempre trovare applicazione la normativa generale sulle pratiche scorrette, e ciò anche qualora esista una normativa settoriale, adottata a tutela dei consumatori e fondata su previsioni di diritto dell'Unione, che regoli in modo compiuto le medesime "pratiche aggressive" e "in ogni caso aggressive" o, comunque, le medesime "pratiche scorrette».



con grande entusiasmo tra gli studiosi e operatori del settore di tutta Europa, stanti la rilevante portata innovativa e il forte impatto sistematico della disciplina da essa recata. Da taluni è stata significativamente accolta come «the most exciting event» degli ultimi anni nel campo del diritto (della protezione dei consumatori («consumer protection law») e del diritto delle concorrenza (s)leale («fair trading law»)⁷.

Invero, al pari della sola direttiva 1993/13/CEE in materia di clausole abusive e differenzialmente da ogni altro intervento normativo adottato in ambito europeo per la protezione dei consumatori, la direttiva 2005/29/CE reca una disciplina dal

Impr./Europa, 2007, p. 1 ss.; ID., *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori (d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146 e artt. 2, 4 e 8 d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221)*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2008, 4-6, pp. 1057 ss.; ID., *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2012, p. 1079 ss.; ID., *La direttiva n. 05/29/CE e l'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali in materia di pratiche commerciali sleali*. Commento alla sentenza della Corte di Giustizia CE, Sez. I, 23 aprile 2009, cause C-261/07 e C-299/07, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, pp. 1059 ss.; M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, a cura di ID., Torino, 2008, pp. 15 ss.; L. FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. contr.*, 2011, pp. 165 ss.; A. GENOVESE, *Pratiche sleali, diligenza professionale e regola de minimis*. Commento alla sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. I, 16 aprile 2015, causa C-388/13, in *Contr.*, 2015, 8-9, pp. 770 ss.; F. GOMEZ, *The Unfair Commercial Practices Directive: a Law and Economics perspective*, in *European Review of Contract Law*, 2006, pp. 4 ss.; C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, pp. 776 ss.; E. GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. impr.*, 2009, pp. 73 ss.; S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, in *European Review of Contract Law*, 2011, pp. 25 ss.; ID., *Le Informazioni*, Padova, 2012; S. PERUGINI, *Le pratiche commerciali scorrette, in Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, a cura di L. ROSSI CARLEO, cit., pp. 161 ss.; M. RADEIDEH, *Fair Trading in EC Law - Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Groningen, 2004; P. SPADA, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva rimediabile*, in *Dir. ind.*, 2011, pp. 45 ss.; J. STUICK, E. TERRY E T. VAN DYCK, *Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, in *Common Market Law Review*, 2006, pp. 107 ss.; T. WILHELMSSON, *Harmonizing Unfair Commercial Practices Law: the Cultural and Social Dimensions*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 2006, pp. 461 ss.

⁷ Così, precisamente, J. STUICK, E. TERRY E T. VAN DYCK, *Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market*, cit., p. 107: «For lawyers and scholars in the field of consumer protection and fair trading law the adoption of the total harmonization Directive 2005/29/CE [...] is without any doubt the most exciting event in the past years. The objectives of the UCPD are far-reaching, its methods are innovative, and its legal impact is likely to be massive».

respiro «trasversale» (od «orizzontale», che dir si voglia), destinata com'è a disciplinare *qualsiasi* «pratica commerciale», quale che sia la natura del bene e del servizio che costituisce oggetto dell'operazione economica (i.e. il settore dell'attività professionale) e quale che sia la causa dei contratti alla cui conclusione la pratica è diretta⁸.

In questa prospettiva s'è detto che la direttiva 2005/29/CE ha introdotto nell'ordinamento europeo il diritto «generale» delle pratiche commerciali sleali⁹, in tal senso attribuendo «unità» e «identità»¹⁰ a una materia disorganica, frammentaria e, fino alla sua entrata in vigore, a-sistematicamente organizzata. In effetti, tutti i precedenti interventi normativi in materia avevano adottato un approccio cd. «verticale», disciplinando ognuno un determinato «tipo» di pratica commerciale, ovvero pratiche commerciali settoriali aventi a oggetto particolari categorie di beni o servizi, o poste in essere mediante il ricorso a determinati mezzi di comunicazione¹¹.

⁸ G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce. Contenuti, rationes, caratteristiche*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, cit., p. 29; J. STUICK, E. TERRY E T. VAN DYCK, *o.u.c.*, p. 107.

La direttiva 2005/29/CE trova applicazione anche: i) nel settore dei prodotti alimentari, come risulta dal *considerando* 5 del Regolamento UE 1169/2011, là dove viene precisato che le norme ivi contenute in materia di fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori costituiscono «norme specifiche» che vanno a integrare i «principi generali» sulle pratiche commerciali sleali; ii) nel settore dei servizi finanziari in generale (servizi di investimento, assicurativi, bancari e di pagamento), come risulta senza margini di dubbio dall'art. 3, para 9 della stessa direttiva 2005/29, che espressamente autorizza gli Stati membri a prevedere in tale settore regole più rigorose; iii) nel settore dei servizi di comunicazione elettronica, come precisato dalla sentenza in commento e, in precedenza, dalla sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. III, 11 marzo 2010, causa C-522/08, reperibile in <http://eur-lex.europa.eu/>, nonché come ricavabile dall'art. 1, para 4, della direttiva 2002/22/CE (come modificato dalla direttiva 2009/136/CE), per il quale «Le disposizioni della presente direttiva relative ai diritti degli utenti finali si applicano fatte salve le norme comunitarie in materia di tutela dei consumatori, in particolare le direttive 93/13/CEE e 97/7/CE, e le norme nazionali conformi al diritto comunitario».

⁹ S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 173.

¹⁰ S. ORLANDO, *o.u.c.*, pp. 98 e 175-176.

¹¹ Nei termini G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, pp. 28-29, che richiama le seguenti direttive: la direttiva 98/6/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 febbraio 1998 relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori (in G.U.C.E., n. L 136 del 30 aprile 2004); la direttiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001 recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano (in G.U.C.E., n. L 311 del 28 novembre 2001) e in particolare gli artt. 86-100, come modificati dalla direttiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004; la direttiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 maggio 2003, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e

Per contro, la direttiva 2005/29/CE è stata pensata come una «direttiva-quadro», non a caso costruita intorno a un unico «*divieto generale*» di porre in essere comportamenti sleali in danno dei consumatori tutti¹², siano essi investitori, risparmiatori, assicurati, clienti o utenti¹³; così prestandosi a essere condivisibilmente salutata come espressione di un rinnovato approccio di politica legislativa europea, non più votata al concreto, pragmatico soddisfacimento di esigenze contingenti (e settoriali), ma per l'appunto proiettata verso la creazione di un vero e proprio sistema¹⁴.

È stata proprio tale innegabile impronta sistemica del regime normativo introdotto dagli artt. 1-13 della direttiva 2005/29/CE a porre l'esigenza di un coordinamento tra le regole «generali» da esso dettate e le regole «speciali» contenute nelle direttive settoriali già esistenti¹⁵.

Al quale coordinamento – va opportunamente precisato – il legislatore europeo del 2005 ha, in

parte, provveduto *direttamente*¹⁶: è il caso delle preesistenti fattispecie della pubblicità ingannevole e comparativa ingannevole verso i consumatori (cd. *business to consumers*), che sono state fatte confluire nella più ampia fattispecie delle azioni ingannevoli (artt. 6 della direttiva e 21 cod. cons.)¹⁷; nonché il caso dell'attribuita automatica rilevanza, nella fattispecie delle omissioni ingannevoli, degli «obblighi di informazione, *previsti dal diritto comunitario*, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o il marketing» (artt. 7, para 5, della direttiva e 22, comma 5°, cod. cons.)¹⁸, sì che la violazione degli stessi parrebbe assurgere a elemento costitutivo della fattispecie d'illecito previsto dalle richiamate disposizioni.

Al di fuori di tali ipotesi, la soluzione del problema del coordinamento tra le norme della direttiva 2005/29/CE e le altre normative settoriali in materia di pratiche commerciali scorrette è stata affidata alla disposizione dell'art. 3, para 4, della «diretti-

amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco (in G.U.C.E., n. L 152 del 20 giugno 2003); la direttiva 89/552/CEE Parlamento Europeo e del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi, in particolare gli artt. 10-20 (in G.U.C.E., n. L 298 del 17 ottobre 1989), come modificata dalla direttiva 97/36/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997 (in G.U.C.E., n. L 202 del 30 luglio 1997); la direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico») (in G.U.C.E., n. L 178 del 17/07/2000); cfr. anche la direttiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica («Direttiva servizio universale»), in particolare agli artt. 20-22 (in G.U.C.E., n. L 108/51, del 24 aprile 2002), modificata dalla direttiva 2009/136/CE del 25 novembre 2009; e la direttiva 1993/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (G.U.C.E., n. L 095 del 21/04/1993). Sempre per un'analisi del contesto storico che ha portato all'adozione della direttiva 2005/29/CE, v. J. STUICK, E. TERRY e T. VAN DYCK, *o.u.c.*, pp. 109 ss.

¹² Cfr. *considerando* 11, 12 e 13.

¹³ L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, f. 3, p. 7 (versione digitale).

¹⁴ L. ROSSI CARLEO, *o.u.c.*, p. 7-8 (versione digitale); S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 173;

¹⁵ Nei termini G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, p. 29. È stato peraltro notato che, a ben vedere, un problema di coordinamento si pone anche con riferimento «alla future (rispetto alla direttiva 2005/29/CE) disposizioni del diritto comunitario che costituiscono obblighi e divieti di comportamento, anche di natura informativa, incidenti su pratiche commerciali idonee ad influenzare il comportamento economico dei consumatori» (S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 177).

¹⁶ S. ORLANDO, *Le informazioni*; cit., p. 176; Id., *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 47.

¹⁷ Cfr. *considerando* 3, 6 («La presente direttiva ravvicina pertanto le legislazioni degli Stati membri sulle pratiche commerciali sleali, tra cui la pubblicità sleale, che ledono direttamente gli interessi economici dei consumatori e, quindi, indirettamente gli interessi economici dei concorrenti legittimi [...]. Inoltre la presente direttiva non riguarda e lascia impregiudicate le disposizioni della direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità che risulti ingannevole per le imprese ma non per i consumatori e in materia di pubblicità comparativa»), 14 («È auspicabile che nella definizione di pratiche commerciali ingannevoli rientrino quelle pratiche, tra cui la pubblicità ingannevole, che inducendo in errore il consumatore gli impediscono di scegliere in modo consapevole e, di conseguenza, efficiente»). Il riferimento alla pubblicità è poi espressamente compiuto nella definizione di «pratiche commerciali tra imprese e consumatori» ex art. 2, lett. d) e, ancora, negli artt. 6, para 2, lett. a) e 7, para 5, della direttiva. Non rientra invece nella disciplina *de qua* la materia delle pratiche pubblicitarie ingannevoli e della pubblicità comparativa nei rapporti tra professionisti (cfr. art. 14 della direttiva e D.lgs. 145/2007). In dottrina, per una chiara analisi degli ambiti normativi delineati dagli interventi legislativi italiani di recepimento della direttiva 2005/29/CE, v. S. PERUGINI, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Diritto dei consumi – Soggetti, atto, attività, enforcement*, cit., p. 163; Id., *Le modifiche introdotte dalla direttiva 2005/29/CE alla disciplina in tema di pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, cit. p. 123 ss.

¹⁸ Così precisamente l'art. 7, para 5, della direttiva: «Sono considerati rilevanti gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o il marketing, di cui l'allegato II fornisce un elenco non completo»; così l'art. 22, comma 5°, cod. cons.: «Sono considerati rilevanti, ai sensi del comma 1, gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto». Cfr. anche *considerando* 15 della direttiva: «Qualora il *diritto comunitario* stabilisca obblighi di informazione riguardo a comunicazioni commerciali, pubblicità e marketing, tali informazioni sono considerate *rilevanti* ai fini della presente direttiva [...]».



va-quadro», che così recita: «In caso di *contrasto* tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici»¹⁹. A tale disposizione corrisponde quella dell'art. 19, comma 3°, cod. cons., dal seguente, grosso modo corrispondente, tenore: «In caso di *contrasto*, le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici».

Sennonché, della portata applicativa di tale norma e, più precisamente, del criterio da essa consegnato all'interprete per procedere al delicato compito di ricostruzione sistemica del nuovo diritto della pratiche commerciali, non sono sempre state date letture convergenti. Di esse e, in particolare, del tortuoso percorso interpretativo che in Italia ha visto impegnata la giurisprudenza amministrativa, si ritiene pertanto utile dare conto.

3. Il significato della locuzione «in caso di contrasto» di cui all'art. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE (art. 19, comma 3°, cod. cons.) e il criterio di specialità. Una prima interpretazione e i primi orientamenti dei Giudici amministrativi italiani

I primi commentatori della norma in esame – con riferimento tanto alla formulazione dell'art. 3, para 4, della direttiva, quanto a quella dell'art. 19, comma 3°, cod. cons. – evidenziarono come essa, almeno *prima facie*, volesse intendere che la disciplina della direttiva 2005/29/CE (ovvero la normativa nazionale che a essa ha dato attuazione) ha natura meramente *sussidiaria* o *residuale*, essendo destinata a trovare applicazione soltanto per la regolamentazione di pratiche commerciali che non siano già disciplinate da altre normative comunitarie, ovvero per la definizione di «aspetti specifici» di una pratica commerciale diversi da quelli già regolati dalla normativa settoriale²⁰. Quando, cioè, la norma-

tiva «speciale» regoli già la pratica commerciale o quel suo «aspetto specifico», la disciplina recata dalla direttiva 2005/29/CE è destinata a recedere.

Secondo tale lettura il cd. principio di specialità (*lex specialis derogat generali*) introdotto dall'art. 3, para 4, non varrebbe tanto e solamente a risolvere eventuali *antinomie* in senso stretto tra norme sostanziali, nel senso di lasciare recedere la normativa della direttiva 2005/29/CE nelle sole ipotesi in cui un comportamento valutabile come *sleale* alla stregua degli artt. 5 ss. della stessa (artt. 20 ss. cod. cons.) non sia invece *vietato* alla stregua della normativa di settore, e *vice versa*. Tale interpretazione, piuttosto, nell'escludere un concorso (reale) tra normativa generale di cui alla direttiva 2005/29/CE e normativa settoriale, conferisce sempre preminenza al diritto «speciale» (compreso il suo impianto sanzionatorio), che prevarrebbe per il solo fatto della sua *esistenza*, indipendentemente dall'accertamento che tra le norme dei due ordinamenti via sia un'«incompatibilità» di disciplina: il termine «contrasto» di cui agli artt. 3, para 4, della direttiva e 19 cod. cons. andrebbe pertanto inteso come mera *sovrapposizione* tra disciplina generale e disciplina settoriale, al cui ricorrere la seconda prevarrebbe sempre.

A tale conclusione, in effetti, sembrerebbe indurre il *considerando* 10 della direttiva 2005/29/CE, ove, premessa l'esigenza di «garantire un rapporto coerente tra la presente direttiva e il diritto comunitario esistente», è così detto: «Di conseguenza, la presente 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. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario *non esista* una specifica legislazione di settore e vieta ai pro-

tario *breve al diritto dei consumatori*, cit., pp. 141 ss.: ivi viene osservato che, ai sensi dell'art. 3, para 4, della direttiva, nell'ipotesi in cui non vi sia una *incompatibilità* in senso stretto tra disciplina generale e disciplina settoriale - *i.e.* nell'ipotesi in cui una pratica risulti scorretta a norma degli artt. 20 ss. cod. cons. e nel contempo contrasti con prescrizioni specifiche contenute in discipline settoriali di natura «speciale» contenute in Reg. UE o in norme interne attuative di direttive UE - i principi generali dettati dalla direttiva 2005/29/CE, lungi dal dover essere integralmente disapplicati, debbono essere coordinati e raccordati con quelli speciali, così procedendo a una integrazione fra essi; sembrerebbero invece escludere l'applicazione della disciplina generale P. AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 8; C. TUVERI, sub art. 19, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, cit., p. 1693; F. MASSA, sub art. 19, in *Codice del consumo*, a cura di V. CUFFARO, cit., p. 98.

¹⁹ Questa la versione in lingua *inglese* del medesimo articolo: «In the case of *conflict* between the provisions of this Directive and other Community rules regulating specific aspects of unfair commercial practices, the latter shall prevail and apply to those specific aspects».

²⁰ G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2005/29/Ce. Contenuti, ragioni, caratteristiche*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, cit., pp. 29-30. Lo stesso Autore, però, sembra successivamente mutare orientamento in ID., sub art. 19, in *Commen-*





fessionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti [...]. La presente direttiva *completa* pertanto l'*acquis* applicabile alle pratiche commerciali lesive degli interessi economici dei consumatori».

Nella stessa direzione interpretativa sembrava essersi espressa anche la Commissione Europea nella relazione alla proposta di direttiva (COM(2003)256 definitivo, del 18 giugno 2003)²¹, ove analogamente si osservava che «La direttiva quadro si applicherà laddove la legislazione di settore non contenga norme *specifiche* che disciplinino le pratiche commerciali sleali. Le norme *specifiche*, laddove *esistenti*, *prevarranno* sulla direttiva quadro»²². E ancora: «Laddove una direttiva settoriale disciplini soltanto determinati aspetti delle pratiche commerciali, ad esempio il contenuto delle informazioni da fornire, la direttiva quadro si applicherà in relazione ad altri elementi come, ad esempio, nel caso di presentazione ingannevole delle informazioni prescritte dalla legislazione di settore. La direttiva completa pertanto sia la normativa esistente sia quella futura, come la proposta di regolamento sulla promozione delle vendite o la direttiva sul credito al consumo e la direttiva sul commercio elettronico»²³.

Alle stesse considerazioni, e sulla base dei medesimi argomenti, giunsero anche le prime pronunce dei Tribunali amministrativi italiani, chiamati a fare applicazione pratica del richiamato criterio di specialità. Ai quali – va opportunamente premesso – la questione venne posta sotto il peculiare profilo della competenza dell'Autorità amministrativa indipendente (trasversale o settoriale) chiamata ad accertare, reprimere ed eventualmente sanzionare la pratica commerciale posta in essere in un particolare settore: andava cioè chiarito se per tali pratiche la competenza spettasse all'A.G.C.M., quale Autorità *Antitrust* cui è attribuita la competenza nella materia *generale* delle pratiche commerciali scorrette (art. 27 cos. cons.), ovvero all'Autorità preposta in via esclusiva alla vigilanza dello *specifico* settore (quali, per es., l'A.G.Com., la Banca d'Italia, la Consob, l'Isvap); ma non v'è dubbio che la questione della competenza dell'Autorità chiamata a intervenire con riferimento alla pratica commerciale «settoriale» – questione peraltro irrilevante per il diritto europeo²⁴ – presupponesse la previa risoluzione del

più ampio problema del coordinamento e del rapporto tra discipline: individuato l'«ordinamento» applicabile, ne sarebbe derivata l'individuazione dell'Autorità competente²⁵.

Fu il Consiglio di Stato, primo tra tutti e in sede consultiva, a pronunciarsi sulla questione del rapporto tra normativa generale di cui agli artt. 18 ss. cod. cons. e normativa settoriale (parere n. 3999/2008, Sez. Prima, dicembre 2008)²⁶. L'occasione fu una richiesta di parere avanzata dalla stessa A.G.C.M. perché venisse chiarito il suo ruolo, se mai ve ne fosse stato uno, in merito all'accertamento e alla repressione delle pratiche commerciali scorrette poste in essere dagli operatori professionistici nel settore dei *servizi finanziari*, nel quale – sosteneva la stessa Autorità indipendente – poteva ritenersi già esistente un'articolata disciplina speciale (di cui al D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, cd. T.U.F.) che individuava in maniera puntuale e dettagliata gli obblighi di informazione, di trasparenza e correttezza in capo agli operatori del settore, e che individuava altresì la competenza di una precisa Autorità di settore (la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa, cd. Consob), cui la legge attri-

zia, sentenza 17 giugno 1986, Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio, causa C-1/86, in *Raccolta* 1987, p. 2797; Corte Giustizia, sentenza 13 dicembre 1991, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana, causa C-33/90, in *Raccolta* 1991, p. I-5987.

²⁵ In tal senso si è anche espresso il Consiglio di Stato nel parere n. 3999/2008, Sez. Prima, 3/12/2008, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, di cui si dirà meglio *infra*. Ivi, al pt. 4 dei *considerato*, si legge: «il confronto a questo proposito è tra due ordinamenti di settore, non tra due strumentazioni operative. Del resto, è a questo criterio che si è richiamata, nel non dissimile caso, la ricordata decisione di questo Consiglio di Stato, VI, 16 ottobre 2002, n. 5640. La questione insomma non è quella delle diverse strumentazioni e della loro non integrale sovrapposibilità, 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». Così anche Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., 11-05-2012, n. 11-12-13-15-16 (tutte in <https://www.giustizia-amministrativa.it>), delle quali pure meglio si dirà *infra*: «In via preliminare rileva il Collegio come la citata delimitazione di competenza debba iscriversi in una più ampia analisi, che ha ad oggetto il rapporto tra la normativa generale in materia di tutela del consumatore e la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche. Una volta acclarato tale assetto normativo, finalizzato ad individuare la disciplina da applicare in concreto, potrà essere agevolmente individuata l'Autorità chiamata ad intervenire nella fattispecie in esame, quale Autorità preposta alla tutela del corpo normativo di cui si è individuata l'applicazione» (pt. 2 della parte motiva); così anche Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., 11-05-2012, n. 14 (pt. 4 della parte motiva), in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

²⁶ V. nota precedente.

²¹ La relazione è reperibile sul sito web <http://eur-lex.europa.eu/>, anche in lingua inglese.

²² Così al pt. 44 della relazione.

²³ Così al pt. 45 della relazione.

²⁴ È nota la generale indifferenza dell'ordinamento europeo rispetto all'articolazione delle competenze interne agli Stati Membri. *Cfr.*, *ex multis*, Corte di Giustizia, sentenza 25 maggio 1982, Commissione delle Comunità europee c. Regno dei Paesi Bassi, causa C-96/81, in *Raccolta* 1982, p. 1791; Corte Giusti-

buiva poteri di vigilanza, di regolazione, oltre che inibitori e sanzionatori²⁷.

Ebbene, premesse le considerazioni che nella specie l'interesse generale da "curare" risultasse in concreto il medesimo per entrambi gli impianti normativi (*i.e.* la tutela del consumatore in generale, in un caso, e quello dell'investitore quale sub specie di consumatore, nell'altro) e che, pertanto, «ragioni di coerenza, non contraddizione, economia e efficacia» imponessero di evitare la duplicazione degli interventi in ossequio al principio del *ne bis in idem*²⁸, il Consiglio di Stato convenne nell'applicazione, quale criterio risolutore, del principio di specialità²⁹ per come inteso secondo i primi contributi dottrinali e come interpretabile alla luce del *considerando* 10 e del parere della Commissione al progetto definitivo della direttiva³⁰, così optando per l'applicazione delle disposizioni del T.U.F. e non di quelle del codice del consumo, in ragione della *specialità* delle prime rispetto alle seconde. Si legge nel testo del parere che «Qui, più in particolare, è la caratteristica distinta del settore finanziario a identificare, alla luce di queste considerazioni, le ragioni della specialità. Non pare infatti dubitabile che il settore finanziario rappresenti, per

²⁷ Il riferimento è al quadro giuridico che risulta dal D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni ("Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria", anche T.U.F.) e dai relativi regolamenti attuativi emanati dalla CONSOB, in relazione alle norme sulla trasparenza e sulla completezza delle informazioni che vanno fornite ai risparmiatori tanto in sede di emissione di titoli, quanto in relazione alla loro circolazione. Per una più dettagliata individuazione delle norme di riferimento, v. pt. 1 della *Premessa* del parere del Consiglio di Stato.

²⁸ Ritiene il Consiglio di Stato che la duplicazione di interventi pubblici non sia mai tollerabile nell'ordinamento giuridico («Che il conflitto, per quanto potenziale, debba essere evitato è regola immanente all'ordinamento»), da tanto derivando la «necessità, nei casi dubbi o misti, di identificare quali sia l'Autorità di volta in volta competente» (*cf.* pt. 1 dei *considerato*).

²⁹ Il principio di specialità viene definito come «principio generale immanente all'obiettivo della razionalità dell'ordinamento e da sempre considerato prioritario per risolvere in sede applicativa i casi contraddittori e di duplicazione di fattispecie, sostanziali come procedurali, tra cui quelle riguardanti l'intervento pubblico (*in toto iure genus per speciem derogatur*)». Con la precisazione – osserva ancora il Consiglio di Stato – che tale *specialità* ha carattere oggettivo, ciò nel senso che la comparazione deve avere riguardo al «settore su cui l'intervento va ad essere dispiegato», e non al soggetto destinatario o beneficiario dello stesso intervento (*i.e.* operatore interessato o soggetto tutelato) (*cf.* pt. 4 dei *considerato*). Fermo comunque restando che, nella specie, anche a voler applicare il principio della specialità con riferimento al soggetto destinatario dell'intervento, a prevalere sarebbe comunque la disciplina speciale prevista dal T.U.F. atteso che l'investitore o il risparmiatore altro non è che «una specie del genere *consumatore*, in quanto destinatario finale di un prodotto standardizzato seppur finanziario: un consumatore di servizi finanziari» (pt. 5 dei *considerato*).

³⁰ *Cfr.* pt. 4.1 delle *Premessa*.

le sue caratteristiche, le sue pratiche, la sua ragione e le sue stesse norme 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*, di cui le disposizioni sopra richiamate sono indice. La conclusione nel caso in esame pare dunque essere – conformemente a quanto prospetta l'AGCM – che la normativa di ordine speciale del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 prevale, anche ai fini della identificazione dell'Autorità competente ad intervenire, sulla normativa di ordine generale di cui al D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206»³¹.

L'orientamento così sviluppato è stato poi posto a fondamento della maggior parte dei successivi pronunciamenti dei Tribunali amministrativi, i quali hanno variamente affermato l'applicabilità della disciplina generale di cui agli artt. 18 ss. cod. cons. (e, dunque, anche la competenza dell'A.G.C.M.) ai fini dell'accertamento e per la repressione delle pratiche commerciali poste in essere nei settori regolamentati, talora in ragione del difetto di completezza e organicità della disciplina di settore³², talaltra, ma sot-

³¹ Non rilevante, invece, secondo il Consiglio di Stato doveva considerarsi la constatazione che la direttiva 2005/29/CE non escludesse *a priori* dalla sua applicazione le condotte dei professionisti nel mercato dei prodotti finanziari, che anzi sono espressamente richiamati dal *considerando* 9 («Per i servizi finanziari e i beni immobili occorrono, tenuto conto della loro complessità e dei gravi rischi inerenti, obblighi particolareggiati, inclusi gli obblighi positivi per i professionisti. Pertanto, nel settore dei servizi finanziari e dei beni immobili, la presente 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»). La circostanza – sempre a dire del Giudice amministrativo – non starebbe a significare che l'apparato operativo e sanzionatorio debba essere quello della direttiva 2005/29/CE. Anzi, la riconosciuta complessità di questi servizi indicherebbe la possibilità per lo Stato membro di differenziare «l'assetto e la modalità dell'intervento in modo tale da renderlo più congruo rispetto a quella complessità: il che è quanto avviene riferendo l'intervento alla Commissione nazionale per le società e la borsa, l'evoluzione del cui ordinamento, specie dopo le innovazioni degli ultimi anni, la profila ormai – come sottolinea autorevole dottrina – quale principale regolatore del mercato finanziario» (pt. 6 dei *considerato*) (il richiamo operato è anche al *considerando* 15 e, in particolare, all'art. 3, para 9 della direttiva, che così dispone: «In merito ai «servizi finanziari» definiti alla direttiva 2002/65/CE e ai beni immobili, gli Stati membri possono imporre obblighi più dettagliati o vincolanti di quelli previsti dalla presente direttiva nel settore che essa armonizza»).

³² In tal senso si richiamava quanto pure espresso in termini generali dal Consiglio di Stato nel parere n. 3999/2008: «... il principio di specialità opera perché esiste una *compiuta ed organica* disciplina nella materia che dà luogo appunto a un rapporto di specialità. Il che induce ad una più attenta considerazione, da sviluppare di volta in volta, qualora, come avviene altrove, il settore che può apparire speciale si limiti a regolare soltanto alcuni specifici aspetti dell'attività circa la quale vi è bisogno di intervento». Le regole generali di cui agli artt. 18 ss. venivano pertanto considerate applicabili alle pratiche commer-



to un corrispondente profilo, argomentando in considerazione della diversità degli «interessi pubblici primari» alla cui tutela le discipline, generale e settoriale, fossero preposte³³: si riteneva che la differenza dell'interesse tutelato escludesse *a priori* che la disciplina settoriale potesse definirsi speciale, o quanto meno esaustiva, rispetto alla finalità di tutela del consumatore perseguita in via generale dagli artt. 18 ss., cod. cons.³⁴. Non molte – e, per il vero, non sempre chiarissime – sono invece state le sentenze che hanno letto nella locuzione «in caso di contrasto» di cui all'art. 3, para 4, della direttiva,

ciali «settoriali» (con conseguente competenza dell'Autorità *Antitrust*) perché le regole settoriali fornivano la disciplina di una sola parte del rapporto di consumo: *cf.*, *inter alia*, T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8394; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8395; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8396; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8398; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8399; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8400; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 08/09/2009, n. 8402; Cons. Stato, Sez. VI, Sent., 31/01/2011; tutte rinvenibili in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

³³ Per il vero, con particolare riguardo al rapporto tra Codice del consumo e Codice delle comunicazioni elettroniche, la giurisprudenza amministrativa ha visto contrapporsi due orientamenti, per il quali si ritiene sufficiente richiamare Cons. Stato, Sez. VI, Sent., 7/29-07.2011, n. 5526, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, che ha ritenuto di dovere richiedere l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - di cui si dirà *infra* - in ragione per l'appunto di un'incertezza interpretativa relativa al rapporto tra i due Codici: secondo invero una prima interpretazione, i due impianti normativi tutelerebbero «interessi pubblici primari diversi», ovvero il codice del consumo tutelerebbe il consumatore in quanto «parte negoziale debole nel mercato», mentre il Codice delle comunicazioni elettroniche «persegui[rebbe] il diverso interesse di consentire la libertà delle comunicazioni elettroniche e l'assetto concorrenziale delle relativo mercato»; per una diversa interpretazione, invece, «la tutela del consumatore costituirebbe un interesse pubblico garantito dal Codice delle comunicazioni elettroniche altresì in via primaria, essendo comunque strumentale a tale fine l'obbiettivo della libertà e della concorrenzialità del relativo mercato pure ivi affermata; la disciplina di tutela del consumatore posta nel medesimo Codice sarebbe perciò l'unica da applicare ai soggetti e ai rapporti operanti nel settore, rivestendo carattere, nel contempo, speciale ed esaustivo». La questione della medesima, o meno, finalità di tutela del consumatore perseguita dagli ordinamenti generale e settoriali – che nel primo caso esclude un concorso di interventi, ammettendolo invece nel secondo – crediamo costituisca nel ragionare dei Giudici amministrativi il presupposto per una sovrapposibilità tra discipline: solo se la finalità di tutela del consumatore è condivisa dalla disciplina settoriale, può porsi un problema di sovrapposibilità tra discipline e, dunque, di specialità nei termini indicati dal parere n. 3999/2008.

³⁴ Lo osserva – seppure in commento ai successivi sviluppi giurisprudenziali (di cui *infra*) – anche L. TORCHIA, *Una questione di competenza la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 10, p. 957: «La specialità è idonea a fondare la competenza dell'Autorità di settore solo ove essa preveda una tutela del consumatore altrettanto ampia di quella prevista nella disciplina generale e, anzi, ulteriormente articolata rispetto a quest'ultima».

l'esigenza della esistenza di un'antinomia reale tra regola *settoriale* e regola *generale* perché potesse operare il principio di specialità³⁵.

L'orientamento prevalente ebbe poi a consolidarsi con alcune, ben note, pronunce della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dell'anno 2012 (nn. 11-12-13-15-16 dell'11/05/2012)³⁶, nella specie aventi a oggetto la questione del rapporto tra la disciplina del Codice del consumo e quella del Codice delle comunicazioni elettroniche, nonché, a margine, la cd. *actio finium regundorum* delle competenze tra Autorità amministrative indipendenti (A.G.C.M. e A.G.Com.)³⁷. Premessa anche in tale caso la convergenza nell'obiettivo di tutela del consumatore tra i due impianti normativi, il Supremo Consesso esclude chiaramente che all'applicazione del principio di specialità potesse opporsi la necessità della sussistenza di un *contrasto* in senso stretto tra i plessi normativi. Si legge nelle dette pronunce che, stando a una «lettura più meditata» degli artt. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE e 19, comma 3°, cod. cons., come anche suggerita dal *considerando* 10, «il presupposto dell'applicabilità della norma di settore non può essere individuato solo in una situazione di vera e propria *antinomia* normativa tra disciplina generale e speciale, poiché tale interpretazione in pratica vanificherebbe la portata del principio affermato nel considerando 10, confinandolo a situazioni eccezionali di incompatibilità tra discipline concorrenti. Occorre, invece, leggere il termine *conflict* (o *confliit*), usato nella direttiva nelle versioni in inglese (e francese) e tradotto nel testo italiano come *contrasto*, come *diversità* di disciplina,

³⁵ T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 29/03/2010, n. 4931; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 19/05/2010, n. 12277; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 15/07/2011, n. 6356; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 03/06/2010, n. 14856; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 03/06/2010, n. 14857; tutte in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

³⁶ Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., 11-05-2012, nn. 11-12-13-15-16, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

³⁷ *Cfr.* L. TORCHIA, *o.u.c.*, 953 ss.; R. GAROFOLI, *Pratiche commerciali scorrette e rapporti tra Autorità*, in *Il Libro dell'anno del diritto 2013*, Treccani, Roma, 2013, pp. 233 ss.; R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum tra l'Autorità Antitrust e le altre Autorità Indipendenti, Relazione al Convegno Nazionale di Studi "Le Autorità amministrative indipendenti. Realtà attuali e prospettive future"*, Napoli, 22 marzo 2013, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it; G. DE CRISTOFARO, *sub art. 19*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., pp. 141 ss.; P. FUSARO, *Il riparto di competenze tra Autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del consiglio di stato*, in *Federalismi.it*, 2013, 7, pp. 1 ss.; F. DELL'AVERSANA, *L'actio finium regundorum tra le Autorità Amministrative Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette: la posizione del Consiglio di Stato*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 2012; F. MARINI BALESTRA, *Pratiche commerciali scorrette? Secondo il consiglio di Stato è competente l'AgCom a tutelare gli utenti!*, in *giustamm.it*, 24.05.2012.

poiché la *voluntas legis* appare essere quella di evitare una *sovrapposizione* di discipline di diversa fonte e portata, a favore della disciplina che più presenti elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta. In altre parole, la disciplina generale va considerata quale livello minimo essenziale di tutela, cui la disciplina speciale offre elementi aggiuntivi e di specificazione» (così al pt. 5 della parte motiva delle sentenze)³⁸. Negli stessi termini si pronunciò la sentenza n. 14 dell'11/05/2012 sempre dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³⁹, che fece applicazione delle medesime conclusioni con riguardo al rapporto tra la disciplina generale in materia di pratiche commerciali scorrette, ricadente nella competenza dell'Autorità *Antitrust*, e la disciplina specifica relativa alle condotte poste in essere in relazione all'acquisto di prodotti finanziari, contenuta nel Testo Unico in materia bancaria e creditizia (D.lgs. 385/1993, in acronimo T.U.B.) e ricadente nella competenza della Banca d'Italia (pt. 4 della parte motiva). Nella specie concludendo però per la competenza dell'A.G.C.M., stante la considerazione che il citato Testo Unico Bancario, mirando al corretto e trasparente funzionamento del mercato, non contenesse disposizioni «specifiche» volte alla tutela (diretta) del consumatore⁴⁰.

³⁸ Il Collegio, accertata la specialità, la completezza e l'eshaustività della disciplina settoriale ha pertanto concluso per l'incompetenza dell'A.G.C.M. in favore di quella dell'A.G.Com. La conclusione così raggiunta – sempre a dire del Giudice – sarebbe peraltro più rispettosa del principio costituzionale del «buon andamento» dell'amministrazione, in tal modo invero evitandosi di sottoporre gli operatori a duplici procedimenti per gli stessi fatti «con possibili conclusioni anche differenti tra le due autorità [...]». Inoltre, si consente che si dettino indirizzi univoci al mercato, che altrimenti verrebbe a trovarsi in una situazione di possibile disorientamento, con potenziali ripercussioni sulla stessa efficienza dei servizi nei riguardi degli utenti/consumatori e sui costi che questi ultimi sono chiamati a pagare. Per non parlare, poi, della evidente violazione del principio di proporzionalità che si verrebbe a configurare nel caso di cumulo materiale delle sanzioni da parte di entrambe le autorità» (pt. 12 della parte motiva).

³⁹ Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., 11052012, n. 14, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁴⁰ Ciò che – a dire del Supremo Consesso – si ricaverebbe «dal chiaro disposto del suo art. 5, laddove i poteri di vigilanza e repressivi attribuiti alla Banca d'Italia sono stati ricondotti "...alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia"; a tali finalità, il successivo art. 127 aggiunge poi quelle relative "alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela". Risulta dunque confermato che il d.lgs. n. 385 del 1993, nella versione che qui interessa, era volto a perseguire finalità le quali, ancorché genericamente riconducibili al corretto e trasparente funzionamento del mercato nel settore di riferimento, non comprendono fra di esse la tutela del consumatore in quanto tale. In particolare, resta fuori dall'area del controllo e delle possibili sanzioni la fase antecedente il contatto diretto tra operatore finanziario e ri-

Tali approdi giurisprudenziali⁴¹ sono infine stati fatti propri dal legislatore nazionale, che ha provveduto a positivizzarli con l'art. 23, comma 12-*quiquiesdecies*, del D.l. 6 luglio 2012, n. 95 (convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, ed entrato in vigore in data 15 agosto 2012). Tale disposizione, invero, oltre a prevedere l'innalzamento dell'importo massimo delle sanzioni irrogabili ai sensi dell'art. 27 cos. cons., andava altresì a precisare che la competenza ad accertare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette «è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati»⁴². Col che, evidentemente, dovendosi intendere che la disciplina delle pratiche commerciali poste in essere in particolari settori del mercato andava rinvenuta nella stessa «regolazione di settore di derivazione comunitaria», rispetto alla quale invece la disciplina generale di cui agli artt. 18 ss. cod. cons. era destinata a recedere⁴³.

4. La procedura di infrazione n. 2013/2169 e il nuovo comma 1° bis

sparmiatore finalizzato all'acquisto di un prodotto finanziario presso lo sportello bancario o presso gli uffici dell'operatore» (pt. 5 della parte motiva della sentenza).

⁴¹ La ricostruzione operata dalle sentenze dell'Adunanza plenaria è poi stata ripresa anche nelle successive pronunce giurisprudenziali: *cf.*, tra le molte, T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 18/02/2013, n. 1742; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 18/02/2013, n. 1752; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 17/01/2013, n. 535; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 18/07/2013, n. 7442; T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 25/07/2012, n. 6962; tutte in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁴² Così precisamente il richiamato art. 23, comma 12-*quiquiesdecies*, del D.l. 6 luglio 2012, n. 95: «L'importo massimo delle sanzioni di cui all'articolo 27, commi 9 e 12, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, in materia di pratiche commerciali scorrette, la competenza ad accertare e sanzionare le quali è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati, è aumentato a 5.000.000 di euro». L'articolo è poi stato abrogato dall'art. 1, comma 7°, D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, di cui si dirà *infra*.

⁴³ Va anche segnalato che, conformemente al così delineato quadro giurisprudenziale e normativo, la stessa A.G.C.M., con provvedimento n. 24467 del 23 luglio 2013, pubblicato nel Bollettino n. 38/2013, deliberò di «non procedere ad avvisi istruttori in casi che ricadono nella competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni [...]».

dell'art. 27 cod. cons. Le sentenze "gemelle" dell'Adunanza plenaria nn. 3-4/2016 e la rimessione della questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Ben presto l'orientamento così formatosi è stato però fatto oggetto di censura da parte della Commissione Europea. Con lettera di costituzione in mora del 18 ottobre 2013 veniva avviata la ben nota procedura di infrazione n. 2013/2169, con la quale, preso atto delle richiamate pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la Commissione ebbe a rilevare come l'allora quadro giuridico italiano e l'applicazione datane dagli organi giurisprudenziali fossero incompatibili con le disposizioni della direttiva 2005/29/CE «perché contrastano con il suo carattere di armonizzazione piena e non garantiscono la sua corretta applicazione»⁴⁴. L'oggetto del caso di infrazione era costituito proprio dall'errata attuazione del principio della *lex specialis* sancito dall'art. 3, para 4, della direttiva, che, al contempo, determinava anche il mancato adempimento dell'obbligo di assicurare che in tutti i settori economici esistessero «mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali sleali [...]» (artt. 11, 12 e 13).

Secondo la Commissione, non conforme alla normativa europea doveva invero considerarsi l'interpretazione fatta propria dal Consiglio di Stato (ma anche dai successivi Tribunali amministrativi e poi dal legislatore) secondo cui il termine «contrasto» di cui all'art. 19, comma 3°, cod. cons. dovesse essere inteso come mera *sovrapposizione* tra diverse discipline, sì che una disciplina più «specifica» dovesse sempre, e nel suo insieme, prevalere sulle disposizioni di attuazione alla direttiva 2005/29/CE. Diversamente – a dire dell'organo esecutivo dell'Unione – il criterio della *lex specialis* doveva essere inteso nel senso che le disposizioni settoriali «specifiche» prevalgono su quelle generali di cui alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali solamente se *i)* posseggono lo *status* di legislazione dell'Unione, ovvero sono norme nazionali che recepiscono quelle europee; *ii)* disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali; *iii)* sono «in contrasto» con le disposizioni della direttiva-quadro, con tale ultima espressione dovendosi intendere l'esistenza di una vera e propria «opposizione» o «incompatibilità» tra norma generale e norma settoriale. «In tal senso – si legge nella richiamata lettera di costituzione in mora – le norme

nazionali di recepimento di altre direttive dell'UE che sono più specifiche della direttiva sulle pratiche commerciali sleali prevalgono su quest'ultima con riguardo agli aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali che sono regolati in modo *incompatibile*. Ciò significa che, *in qualunque altro caso*, i requisiti informativi specifici che possono essere previsti da norme settoriali fondate sul diritto dell'Unione si aggiungono ai requisiti generali disposti dalla direttiva. Contrariamente a quanto affermato dal Consiglio di Stato l'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva non consente di concludere che l'applicazione della stessa possa essere esclusa solo perché esiste una legislazione più specifica per un dato settore»⁴⁵.

⁴⁵ In questo senso - secondo quanto osservato ancora dalla Commissione - l'art. 3, para 4, e il *considerando* 10 della direttiva 2005/29/CE «ne costituiscono caratteristiche fondamentali e sanciscono il principio secondo cui essa è concepita a complemento di altre norme dell'UE applicabili alle pratiche commerciali che ledono gli interessi economici dei consumatori. In tal senso, la direttiva opera come "rete di sicurezza" che garantisce il mantenimento di un elevato livello di tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali sleali comuni a tutti i settori, "colmando le lacune" di altre specifiche normative settoriali».

Con specifico riferimento poi al rapporto tra le disposizioni della direttiva 2005/29/CE e le disposizioni della direttiva 2002/22/CE, come modificata dalla direttiva 2009/136/CE (e le cui norme di recepimento sono contenute nel Codice delle comunicazioni elettroniche), la Commissione richiamava anzitutto il disposto dell'art. 1, para 4, della direttiva 2002/22/CE che stabilisce: «Le disposizioni della presente direttiva relative ai diritti degli utenti finali si applicano fatte salve le norme comunitarie in materia di tutela dei consumatori, in particolare le direttive 93/13/CEE e 97/7/CE, e le norme nazionali conformi al diritto comunitario»; dacché deve inferirsi «che gli Stati membri non possano impedire l'applicazione di norme dell'UE generali di tutela dei consumatori nell'ambito della loro legislazione settoriale specifica». In secondo luogo, osservava la Commissione che neppure fosse corretto l'assunto del Consiglio di Stato secondo cui gli artt. 70 e 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche - che danno attuazione degli artt. 20 e 21 della direttiva 2002/22/CE - e l'art. 2 dell'allegato A del regolamento n. 664/06/CONS (recante le disposizioni a tutela dell'utenza finale in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica) regolano in modo esaustivo e completo le pratiche commerciali sleali in questo settore, tali disposizioni particolari prevedendo invero obblighi informativi rilevanti nella sola fase precontrattuale, mentre la direttiva 2005/29/CE «non si limita a prevedere la trasparenza nei confronti dei consumatori ed altri utenti finali o la pubblicazione di informazioni, bensì contiene i criteri generali per valutare il carattere leale di una pratica commerciale e trova applicazione al di là della fase di commercializzazione, ossia anche durante e successivamente alla conclusione dell'operazione commerciale [...]». Pertanto - concludeva in termini generali la Commissione - «per quanto esaustiva possa essere una disciplina settoriale specifica nello stabilire obblighi informativi aggiuntivi nella fase precontrattuale, non si può escludere che, pur rispettando tali obblighi di trasparenza e pubblicità delle informazioni, un professionista metta in atto una pratica sleale, ad esempio traendo in inganno i consumatori in violazione dell'articolo 5 della direttiva ("la clausola generale"); [...]. Il carattere leale di una pratica commerciale non può

⁴⁴ La lettera di costituzione in mora del 18 ottobre 2013 è rinvenibile in <https://francescoluongo.files.wordpress.com/2013/10/diffidacommissione-u-e-direttiva.pdf>.



Così ammonito, il legislatore italiano corse ai ripari. Cogliendo l'occasione del recepimento della direttiva 2011/83/UE (cd. *consumers rights directive*), poi attuata con il D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, da un lato abrogò il comma 12-*quinquiesdecies*, dell'art. 23 del D.l. 6 luglio 2012, n. 95⁴⁶, e dall'altro introdusse sotto l'art. 27 cod. cons. il comma 1 *bis*⁴⁷, che così ancora oggi recita: «Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con pro-

essere interamente determinato a priori ma può solo essere oggetto di una valutazione caso per caso, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze della pratica commerciale del caso reale, così come previsto dalla direttiva».

⁴⁶ Comma abrogato dall' art. 1, comma 7°, D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21.

⁴⁷ Non v'è dubbio che il nuovo comma 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons., introdotto dall'art. 1, comma 6°, lett. a), D.lgs. 21/2014, mirasse a superare la procedura di infrazione n. 2013/2169. Si legge, invero, alle pp. 10 e 11 della Relazione illustrativa allo schema del richiamato D.lgs. (http://documenti.camera.it/apps/nuovovisito/attigoverno/SchedaAvori/getTesto.ashx?file=0059_F001.pdf&leg=XVII) che la nuova disposizione «ha l'obiettivo di superare la procedura d'infrazione n. 2013/2169 avviata dalla Commissione europea nei confronti dello Stato italiano, relativa ai conflitti di competenza e alle lacune applicative della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati.[...] La questione da cui origina la procedura di infrazione è risolta riconoscendo l'intangibilità del potere di regolazione spettante alle singole Autorità di settore e, nel contempo, la generale competenza dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ad applicare il Codice del Consumo, acquisendo però i pareri delle Autorità di settore e senza poter considerare scorretta una pratica conforme alla regolazione. Le violazioni della regolazione che non comportano pratiche commerciali scorrette restano di competenza dell'Autorità di settore». L'urgenza dettata dalla necessità di superare le contestazioni della Commissione emerse anche dal rapido iter di approvazione parlamentare, che mai vide richieste di modifica quanto alla riaffermata competenza generale dell'A.G.C.M. nella materia delle pratiche commerciali; competenza generale che anzi fu salutata con favore in quanto migliore soluzione per la tutela dei consumatori (si veda in tale senso il Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari - Attività produttive, commercio, e turismo (X) del 21 dicembre 2013:<http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/html/2013/12/21/10/comunic.htm>; e il Resoconto sommario n. 38 del 14/01/2014 della 14ª Commissione permanente, qui rinvenibile:<http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=So mmComm&leg=17&id=734889>).

toccolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze»⁴⁸.

Non v'è dubbio che la norma rispondesse anzitutto all'esigenza, di carattere pratico, di individuare una volta per tutte un criterio di ripartizione preventiva delle competenze tra Autorità generale e *Authorities* settoriali, così riconoscendo all'A.G.C.M. una competenza generale per la repressione di tutte le pratiche commerciali scorrette - anche ove esse fossero integrate da un comportamento professionistico posto in essere in violazione della regolazione di settore - e, di contro, attribuendo alle Autorità di settore una competenza di carattere residuale, individuata in negativo, per essere limitata all'accertamento e alla sanzione di quei comportamenti che, nello stesso settore regolamentato, non costituiscono pratiche commerciali scorrette. Il che peraltro, in un'ottica sanzionatoria, escludeva anche il tanto temuto rischio che un medesimo comportamento che integrasse una doppia violazione (delle regole generali in materia di pratiche commerciali scorrette *ex artt.* 18 ss. cod. cons. e delle regole settoriali) potesse ricevere una duplice sanzione in violazione del principio del *ne bis in idem*⁴⁹.

Tuttavia, sotto altro profilo, appariva pure innegabile che tale regola di competenza operasse anche su di un piano sostanziale, o - come è stato detto - avesse la natura di norma interpretativa del precetto, di diritto sostanziale, dell'art. 19, comma 3°, cod. cons.⁵⁰. In tale ottica, nell'attribuire all'A.G.C.M. la competenza a intervenire in via esclusiva anche nei «settori regolati» e nel «rispetto della regolamentazione vigente», la disposizione sembrava spiegare effetti direttamente sull'*ampiezza* del canone della «diligenza professionale» esigibile dal professionista (*ex art.* 20 cod. cons.) in tali settori⁵¹; le cui «speciali» regole comportamentali, cioè, lungi dal precludere l'applicazione di quelle generali di cui agli artt. 18 ss. cod. cons., a tali ultime dovevano ora essere ricollegate e integrate al precipuo fine di

⁴⁸ Comma inserito dall' art. 1, comma 6°, lett. a), D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21. Cfr. S. PERUGINI, *I "nuovi" strumenti di intervento dell'AGCM*, in *Corr. Giur.*, 2014, pp. 44 ss.; F. DI MARCO, *Sulla competenza esclusiva dell'Agcm in materia di pratiche commerciali scorrette (nota al nuovo art. 27, comma 1-bis, del Codice del Consumo)*, in *Rass. dir. farm.*, 2014, pp. 526 ss.; G. NAVA, *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcm e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?*, in *Dir. merc. tecn.*, 2014, 1, pp. 44 ss.; G. PASCALI, *Le pratiche commerciali scorrette tornano ad AGCM ... o forse no? Un primo imprevisto effetto della pubblicazione del D.lgs. n. 21/2014*, in *dir. merc. tecn.*, 2014, 1, pp. 76 ss.

⁴⁹ S. PERUGINI, *o.u.c.*, pp. 51.

⁵⁰ S. PERUGINI, *o.u.l.c.*

⁵¹ Nei termini S. PERUGINI, *o.u.c.*, p. 52.



individuare lo *standard* di diligenza richiesto ai professionisti nei settori regolamentati⁵². Il nuovo comma 1 *bis* dell'art. 27 cos. cons. sembrava dunque lasciar intendere che i precetti e gli eventuali e ulteriori requisiti informativi previsti dalle normative settoriali dovessero «aggiungersi» (nella terminologia della Commissione) ai requisiti generali disposti dalla direttiva 2005/29/CE nel senso che con tali ultimi requisiti dovessero essere *coordinati* per la ricostruzione delle regole di condotta cui sono tenuti i professionisti operanti in quegli stessi settori⁵³: una lettura, questa, che sembrava peraltro trovare sicuro puntello normativo nelle stesse definizioni normative di «diligenza professionale» di cui agli artt. 2, lett. *h*) della direttiva e 18, lett. *h*), cod. cons., a mente delle quali, invero, i principi della correttezza e della buona fede debbono essere parametrati al «settore di attività del professionista»⁵⁴.

Per altro verso, ma in modo speculare, l'espressione «fermo restando il rispetto della regolazione vigente» - sempre conformemente alle indicazioni della Commissione - sembrava ricondurre l'operatività del principio della *lex specialis derogat generali* di cui all'art. 3, para 4, della direttiva (e 19, comma 3°, cod. cons.) ai soli casi di antinomia reale tra norme sostanziali, nel senso che l'impianto normativo settoriale può precludere l'applicazione di quello generale nei *solis* casi in cui la disciplina dal primo recata sia «incompatibile» o «in contrasto»

⁵² Nei termini si era peraltro già espressa una parte (minoritaria) della giurisprudenza amministrativa italiana con riguardo al rapporto tra le norme del Codice del consumo e quelle del Codice delle comunicazioni elettroniche. Si leggeva già in T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 03-06-2010, n. 14856, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>: «Di talché l'art. 1, comma 1, l. 2 aprile 2007, n. 40 (conversione del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7), nonché le delibere l'AGCom nn. 416/07/Cons e 353/08/Cons, si pongono in rapporto di complementarietà e non di alternatività rispetto al codice del consumo, in ragione della diversità degli interessi pubblici sottostanti. Esse sono state considerate dall'Autorità precedente non per sostituirsi all'autorità regolatoria competente nel settore, bensì all'esclusivo scopo di individuare, sulla base di elementi oggettivi, lo standard di diligenza richiesto alla società nelle condotte ivi oggetto di regolazione» (pt. 3.3. della parte motiva della sentenza). Con gli stessi termini anche T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 03-06-2010, n. 14857, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁵³ Così aveva già osservato anche G. DE CRISTOFARO, sub art. 19, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., pp. 141 ss. (v. nota 20).

⁵⁴ Così l'art. 2, lett. *h*), della direttiva: ««diligenza professionale»: rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori»; così l'art. 18, lett. *h*), cod. cons.: «"diligenza professionale": il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista».

con quella portata dal secondo. Ciò che, da un punto di vista teorico, significava precludere all'Autorità *Antitrust* la possibilità di qualificare come pratiche commerciali «scorrette» quelle condotte professionistiche che, ancorché astrattamente definibili come tali ai sensi dell'art. 20, comma 2°, cod. cons., fossero state poste in essere «nel rispetto» della regolazione di settore⁵⁵; quasi come se, ricorrendo a una *fictio iuris*, agire conformemente alle regole di condotta settoriali - regole nelle quali l'obbligo di agire secondo diligenza e buona fede di cui all'art. 20 cod. cons. trova una sua peculiare specificazione - significasse agire «lealmente» o «correttamente»⁵⁶.

⁵⁵ Che tale fosse il significato dell'inciso «fermo restando il rispetto della regolazione vigente» lo precisa anche la Relazione illustrativa allo schema del D.lgs. 21/2014 (v. nota 47).

⁵⁶ Prima ancora dell'entrata in vigore del comma 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons., v. S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., p. 178: «i comportamenti professionali che si conformano agli obblighi particolareggiati previsti dal diritto comunitario non possono ritenersi sleali sensi della direttiva 2005/29/CE, e cioè [...], di fronte a comportamenti che si adeguano agli speciali obblighi imposti dalle normative comunitarie di settore, l'interprete non può far operare le clausole generali implicate dagli elementi costitutivi delle figure generali poste dalla direttiva 2005/29/CE, perché l'obbligo di comportarsi secondo diligenza professionale ha ricevuto in quelle normative di settore una specificazione in positivo, rispetto alla quale non può l'interprete instaurare (né, coerentemente, può la direttiva 2005/29/CE ammettere) un giudizio di contrarietà». Negli stessi termini ID, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 48; cfr. altresì G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, p. 142. Sul significato di «contrasto» di cui agli artt. 3, para 4, della direttiva e 19, comma 3°, cod. cons., v. anche S. PERUGINI, *o.u.c.*, p. 52, la Quale rileva che un «conflitto» tra le disposizioni del codice del consumo e le disposizioni settoriali non può essere individuato nelle ipotesi in cui queste ultime disciplinano in modo più puntuale aspetti specifici di una determinata pratica commerciale, giacché tanto significherebbe «svuotare di significato la locuzione dal momento che si finisce per far coincidere tale elemento con quello che la stessa disposizione individua come il criterio di risoluzione del conflitto: il carattere "speciale" della disposizione settoriale individuato dal legislatore comunitario nella disciplina di «un aspetto specifico delle pratiche commerciali». Al contrario, tale «cortocircuito» sarebbe evitato seguendo una via ermeneutica che privilegi il significato letterale del termine «contrasto» interpretandolo come vera e propria "opposizioni" tra norme».

È stato peraltro condivisibilmente osservato che l'art. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE (e dunque anche l'art. 19, comma 3°, cod. cons.) attribuisce prevalenza solamente a quelle disposizioni settoriali disciplinanti «aspetti specifici» delle pratiche commerciali che posseggano altresì lo *status* di legislazione dell'Unione e dunque, nell'ottica ordinamentale nazionale, soltanto a quelle norme interne che diano attuazione a direttive europee, e non anche alle norme «puramente» interne: l'art. 3, para 4, della direttiva pone infatti un criterio di coordinamento e coerenza proprio del solo diritto UE. Ove pertanto il contrasto sorga con disposizioni interne non attuative di direttive UE, prevalenza dovrà accordarsi sempre alla disciplina del codice del consumo, ciò in ragione dell'obiettivo di completa armonizzazione delle legislazioni nazionali perseguito dalla direttiva 2005/29/CE (v. G. DE CRISTOFARO, *o.u.c.*, pp. 143, 144; S. PERUGINI, *o.u.c.*, pp. 52-54).

Tali gli spunti suggeriti da questo mutato contesto normativo, di essi le successive pronunce del Consiglio di Stato non sembrarono però tenere la debita considerazione.

36 Chiamata a pronunciarsi sullo stesso caso poi posto al vaglio anche della Corte di giustizia, con le ordinanze nn. 4351-4352 del 18 settembre 2015⁵⁷ la Sezione Sesta del Consiglio di Stato ritenne di dover nuovamente richiedere l'intervento dell'Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 99 c.p.a., questa volta in interpretazione proprio del nuovo comma 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons. Si legge nei richiamati provvedimenti che tale disposizione poteva senz'altro prestarsi a essere intesa come attributiva in via esclusiva alla Autorità *Antitrust* di una competenza generale ad intervenire in materia di pratiche commerciali scorrette, come chiaramente deponiva il dato testuale della disposizione nonché «il richiamo allo scopo della disposizione – esplicitato nella relazione illustrativa al decreto legislativo n. 21/2014 – da intendersi quale norma di interpretazione autentica del principio di specialità sancito dall'articolo 3, comma 4, della Direttiva 2005/29/CE (testualmente recepito dall'articolo 19, comma 3, del Codice del consumo), finalizzata a chiudere la procedura di infrazione n. 2013/2169, relativa appunto all'applicazione della direttiva concernente le pratiche commerciali scorrette al settore delle comunicazioni elettroniche». La stessa disposizione però - sempre a dire del Consiglio di Stato - avrebbe potuto intendersi nel senso che la disciplina di cui agli artt. 18 ss. cod. cons. è applicabile in via esclusiva dall'Autorità *Antitrust*, anche nei settori regolamentati, solamente quando la disciplina del settore regolamentato non abbia «previsto *ex ante* - in modo completo ed esaustivo - la regola comportamentale applicabile, individuando nell'Autorità di regolazione il soggetto competente a sanzionare la violazione delle disposizioni». Ove invece la disciplina di settore sia idonea a reprimere il comportamento contrario alla correttezza professionale in ragione della sua completezza ed esaustività, non vi sarebbe necessità alcuna di ricorrere alla rete di sicurezza costituita dalla disciplina generale di cui agli artt. 18 ss. cod. cons. Interpretazione, quest'ultima, che dunque richiamava espressamente i principi fatti propri dall'Adunanza plenaria nelle sentenze nn. 11-16 del 2012⁵⁸, l'affermazione dei

⁵⁷ Cons. Stato, Sez. VI, Ordd., 18-09-2015, nn. 4351-4352, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁵⁸ Si legge chiaramente nelle richiamate ordinanze che «a seguire questa diversa argomentazione la questione all'esame andrebbe decisa alla luce del criterio di specialità di cui ha fatto applicazione l'Adunanza plenaria con le richiamate sentenze nn. 11-16 del 2012, valutando in particolare se nella specie la disciplina di settore abbia quel carattere di esaustività e completezza in relazione al comportamento sanzionato (requisito ne-

quali aveva indotto la Commissione europea all'apertura della procedura di infrazione n. 2013/2169.

Ebbene, nella sentenza n. 3 del 9 febbraio 2016, cui è seguita la “gemella” n. 4 emessa in pari data⁵⁹, l'Adunanza Plenaria – probabilmente mossa, come è stato osservato, anche dalla preoccupazione di non screditare la propria funzione nomofilattica con un radicale mutamento di pensiero⁶⁰ – ebbe di fatto a confermare tale ultimo orientamento. Nella fattispecie oggetto del suo sindacato, invero, il Supremo Consesso riconobbe l'applicabilità della disciplina generale del codice del consumo in materia di pratiche commerciali scorrette (e, per conseguenza, la competenza dell'Autorità *Antitrust*), non in ragione di un difetto di un'antinomia normativa (o «contrasto») tra disciplina generale e disciplina settoriale, bensì in considerazione del fatto che il comportamento contestato all'operatore professionistico (operante nel settore delle comunicazioni elettroniche) e qualificato dalla A.G.C.M. quale pratica commerciale scorretta, non fosse «per nulla integralmente ed esaustivamente disciplinato dalle norme di settore».

Si è detto che la condotta che aveva dato luogo alla irrogazione di una sanzione da parte della Autorità, poi valutata anche dalla Corte di Giustizia, consisteva nell'attivazione, da parte dell'operatore telefonico, di servizi di navigazione Internet e di segreteria telefonica sulle carte SIM in commercio, senza che di tale preattivazione e del costo di tali servizi il consumatore fosse stato edotto⁶¹. Tale condotta poteva effettivamente dar luogo a conflitti tra norme sostanziali appartenenti a *corpus* normativi differenti, poiché, se da un lato essa si prestava a qualificar-

cessario, proprio alla stregua del principio invocato dall'Adunanza plenaria per affermare la competenza di A.G.Com.) e possa essere qualificata normativa di derivazione europea (come richiesto dall'articolo 19, comma 3, del Codice del consumo ai fini dell'applicazione del principio di specialità)».

⁵⁹ Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., (ud. 09/12/2015) 09/02/2016, n. 3 e Cons. Stato (Ad. Plen.), Sent., (ud. 09/12/2015) 09/02/2016, n. 4, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>. Cfr. A.G. ROVATI, *La tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche tra Autorità garante della concorrenza e del mercato ed Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: esistono spazi residui per le Autorità di regolazione?*, in *Riv. regol. mercati*, 2016, 2, pp. 141 ss.; M.S. BONOMI, *Tutela del consumatore, pratiche commerciali scorrette e riparto di competenze tra autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 6, pp.793 ss.; C.E. GALLO, *La competenza sanzionatorie nei rapporti tra agcm ed altre autorità indipendenti*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 1206 ss.; B. RABAI, *La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione*, in *Riv. regol. mercati*, 2016, disponibile su www.rivistadellaregolazioneideimercati.it

⁶⁰ Così C.E. GALLO, *o.u.c.*, p. 1208.

⁶¹ V. nota 2.



si come pratica commerciale scorretta (e, in particolare, quale pratica senz'altro aggressiva ai sensi dell'art. 26, comma 1° lett. f), cod. cons.⁶²), per altro verso, essa poteva nondimeno essere valutata ai sensi della sola disciplina di settore, in cui diverse disposizioni sono volte a garantire al consumatore una piena trasparenza informativa in sede precontrattuale, tra cui, in primo luogo, quelle degli artt. 70-71 del D.lgs. 259/2003 e 2 della L. 2 aprile 2007, n. 40 (cd. Legge Bersani)⁶³.

In tale contesto fattuale e normativo, la Corte – nel far salva competenza dell'Autorità *Antitrust* anche nei settori regolamentati come suggerito dalla Commissione, ma, al contempo, senza sconfessare i precedenti arresti della stessa Adunanza Plenaria – ricorse al principio, di matrice penalistica, della “consunzione” o “assorbimento”: nella specie, infatti, a dire del Supremo Consesso la condotta professionistica integrava una condotta anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 20 cod. cons., che l'operatore telefonico aveva consumato *attraverso* la violazione

degli obblighi informativi previsti per i servizi telefonici dalle norme settoriali. Si sarebbe trattato cioè di un'ipotesi di «specialità per progressione di condotte lesive», ovvero di una «progressione illecita, descrivibile come ipotesi di assorbimento-consunzione», in cui la condotta illecita per violazione del *corpus* normativo settoriale diveniva «elemento costitutivo di un più grave e più ampio illecito concorrenziale vietato secondo la normativa di settore presidiata dall'Autorità Antitrust». Il che si fondava sulla considerazione che la violazione degli obblighi informativi previsti dal codice delle comunicazioni elettroniche non fosse *per se* sufficiente a integrare la fattispecie di illecito concorrenziale *ex art. 20*, comma 2°, cod. cons., ovvero di pratica commerciale scorretta, «poiché da tali obblighi è necessario inferire l'esistenza di un condizionamento tale da limitare considerevolmente, e in alcuni casi addirittura escludere, la libertà di scelta degli utenti in ordine all'utilizzo al pagamento dei servizi preimpostati». Non comprendendo dunque l'illecito settoriale tale ulteriore elemento dell'“indebito condizionamento” delle scelte del consumatore-utente, non poteva sostenersi che la normativa settoriale disciplinasse «esaustivamente» la condotta posta in essere dall'operatore telefonico, con conseguente applicazione “residuale” degli artt. 18 ss. cod. cons.

La decisione sul punto è apparsa però tutt'altro che condivisibile. Non solo e non tanto perché la Corte ha di fatto ommesso di considerare la diversa posizione espressa dalla Commissione in ordine alla possibile alternativa portata dell'espressione «in caso di contrasto» di cui all'art. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE, da intendersi quale richiamo ai soli casi di antinomia in senso stretto tra norme generale e settoriale⁶⁴; e neppure per avere fatto ricorso a un principio, quello della «consunzione» o «assorbimento», che le stesse giurisprudenza e dottrina penalistiche ritengono di dubbia operatività per essere un criterio di valore privo di qualsiasi fondamento normativo⁶⁵.

⁶² Ai sensi dell'art. 26, comma 1° lett. f), cod. cons. è considerata «in ogni caso ingannevole» la pratica commerciale consistente nell'esigere il pagamento immediato o differito di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto.

⁶³ Il riferimento, più precisamente, è:

i) agli artt. 70 e 71 del Codice che, in attuazione delle corrispondenti norme della Direttiva 2002/22/CE (artt. 20 e 21), da un lato, disciplinano la stipula e i contenuti dei contratti per i servizi di comunicazioni elettroniche, e, dall'altro, impongono specifici obblighi di trasparenza informativa, vigilati dall'A.g.Com.;

ii) alle disposizioni del D.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con L. 2 aprile 2007, n. 40 (c.d. Legge Bersani), che, «al fine di favorire la concorrenza e la trasparenza delle tariffe, di garantire ai consumatori un adeguato livello di conoscenza sugli effettivi prezzi del servizio» (comma 1° dell'art. 1), stabiliscono, *inter alia*, che le proposte commerciali formulate dagli operatori «devono evidenziare tutte le voci che compongono l'offerta» (comma 2° dell'art. 1);

iii) alle previsioni contenute in atti regolamentari adottati, nell'esercizio delle proprie prerogative, dall'A.G.Com. nello specifico settore della prestazione dei servizi di comunicazione elettronica e dei diritti degli utenti per compiutamente disciplinare la materia (*cf.* Delib. 179/03/CSP, recante approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazione, adottata in attuazione della Direttiva 2002/22/CE; Delib. 96/07/Cons, che ha stabilito le modalità attuative delle richiamate disposizioni della Legge Bersani, oltre che degli artt. 70 e 71 del Codice delle Comunicazioni e del Codice del Consumo; Delib. 126/07/Cons, che introduce “Misure a tutela dell'utenza per facilitare la comprensione delle condizioni economiche dei servizi telefonici e la scelta tra le diverse offerte presenti sul mercato”; Delib. n. 664/06/Cons, recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza, che disciplina proprio la materia dei servizi non richiesti ed i connessi obblighi di informazione a carico dell'operatore telefonico).

Cfr. T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sent., 18/02/2013, n. 1742, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁶⁴ La Corte di fatto glissa sulla questione, osservando invero che la procedura di infrazione si sarebbe aperta solo ed esclusivamente «sul presupposto che questo Consiglio avesse completamente integralmente e senza eccezioni adottato lo schema della specialità per settori [...]». In realtà, come visto, la Commissione non si è affatto limitata ad osservare che il principio di specialità dovesse basarsi sul raffronto tra «fattispecie concrete» - il che peraltro, a una più attenta lettura, era già stato sostenuto anche dalle precedenti pronunce del Consiglio di Stato - ma ha espressamente contestato l'errata interpretazione di tale principio, nella misura in cui era stato inteso che esso presupponesse una mera «sovrapposizione» tra discipline, e non un «contrasto» o «incompatibilità» tra norme.

⁶⁵ In giurisprudenza *cf.* Cass. S.U., 20/12/2005, n. 47164, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, ove così si legge: «i criteri di assorbimento e di consunzione sono privi di fondamento



Piuttosto, la decisione non risultava condivisibile nella parte in cui – nel ritenere che la condotta violativa degli obblighi informativi imposti dagli artt. 71 e 72 del D.lgs. 256/2003 rappresenta elemento costitutivo della più ampia fattispecie di pratica commerciale aggressiva *ex art. 26, comma 1° lett. f)*, cod. cons. – ha implicitamente ma non meno chiaramente escluso che la stessa condotta possa integrare una particolare ipotesi di pratica commerciale *scorretta* alla luce delle disposizioni settoriali. Sembra in effetti assai arduo negare che tali disposizioni specificino e disciplinino una particolare condotta ispirata a *lealtà* e *correttezza* nel senso ricavabile dagli artt. 5, para 2, della direttiva e 20, comma 2°, cod. cons. (ovvero una particolare ipotesi di pratica commerciale *corretta*), e che, *indirettamente*, proprio nell'imporre quei peculiari obblighi informativi in capo agli operatori del settore, sanciscano il *divieto* di una particolare ipotesi di pratica commerciale *scorretta*, che si considererà per l'appunto integrata tutte le volte in cui la condotta professionistica violi tali obblighi.

E invero, se agire conformemente a diligenza professionale significa prestare «cura» e «attenzione», *inter alia*, al compendio informativo che il consumatore deve avere a disposizione per prendere una decisione libera e consapevole (ovvero a quella particolare condizione soggettiva di vulnerabilità decisionale costituita dall'«informazione»), è allora evidente che l'utilizzo di condizioni contrattuali che non indichino tutti i servizi forniti dall'operatore (ai sensi della lett. *b)* dell'art. 71 del codice delle comunicazioni elettroniche) né il dettaglio dei corrispondenti prezzi (ai sensi della lett. *e)* dell'art. 71 e dell'art. 72) integra senza margini di dubbio una condotta contraria alla diligenza professionale, ovvero, ove si preferisca, a buona fede.

normativo, perché l'inciso finale dell'art. 15 c.p. allude evidentemente alle clausole di riserva previste dalle singole norme incriminatrici, che, in deroga al principio di specialità, prevedono, sì, talora l'applicazione della norma generale, anziché di quella speciale, considerata sussidiaria; ma si riferiscono appunto solo a casi determinati, non generalizzabili. [...] Inoltre i giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consumazione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale; nello stesso senso Cass. pen. Sez. II, 06/12/2012, n. 10994, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; in dottrina, su tutti, *cfr.* F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, IX ed., 2015, pp. 469-470: «Trattandosi di criteri di valore, sono per natura del tutto *indeterminati*, date le difficoltà ed i soggettivismi nell'individuare l'oggetto giuridico delle norme concorrenti e l'integrale assorbimento di un valore normativo in un altro, essendo fra l'altro la nostra legislazione penale ancora approssimativamente e rozzamente costruita sull'oggettività giuridica».

Né la considerazione che tali disposizioni settoriali non prevedano nelle fattispecie ivi descritte l'elemento della «idoneità» o della «attitudine» a condizionare indebitamente le scelte del consumatore – elemento valorizzato dalla Corte per escludere un «conflitto di norme» e dunque per affermare l'applicazione degli artt. 18 ss. cod. cons. e la competenza dell'A.G.C.M. – appare più convincente. Ciò, in primo luogo, in considerazione del fatto che queste disposizioni hanno una struttura normativa diversa da quella prescelta dal legislatore del 2005 e applicata all'art. 5 della direttiva: queste disposizioni settoriali svolgono cioè il tema della *slealtà* in positivo, come tema della *lealtà*, attraverso l'imposizione di obblighi positivi di comportamento e non con l'imposizione (diretta) di un divieto di una particolare condotta⁶⁶. Cionondimeno, non può non considerarsi che ogni qual volta determinate disposizioni, espressamente pensate per la tutela del consumatore (come certamente sono quelle testé richiamate), impongano determinati obblighi informativi o che determinate informazioni siano fornite in modo chiaro e intelligibile, ciò non può che essere funzionale affinché il consumatore si autodetermini nelle proprie scelte, ovvero compia una scelta pienamente consapevole e libera: tanto più, poi, se tali informazioni vertono sull'oggetto del contratto, ovvero – come nella specie – sui servizi offerti e sui prezzi praticati dal professionista. In altri termini, se il legislatore europeo ha imposto siffatti obblighi, lo ha fatto nella piena consapevolezza che la mancanza di informazioni è idonea a condizionare o alterare la capacità decisionale dei consumatori e quindi a indurli a compiere una scelta economica che altrimenti non avrebbe compiuto (art. 2, lett. *e)* della direttiva 2005/29/CE e 18, lett. *e)*, cod. cons.): la violazione di tali obblighi non può pertanto non essere, di per sé, idonea a falsare il comportamento economico del consumatore⁶⁷.

⁶⁶ *Cfr.* S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., pp. 177-176; ID., *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 47-48.

⁶⁷ Il concetto di «scelta» ricorre con frequenza nella direttiva 2002/22/CE: v. *considerando* 13 («[...]Devono inoltre essere adottate misure specifiche atte a consentire agli utenti disabili e agli utenti con esigenze sociali particolari di accedere ai servizi di emergenza («112») e di avere le medesime opportunità degli altri consumatori per quanto riguarda la *scelta* tra diversi operatori o fornitori di servizi. [...]»); *considerando* 26 («Una concorrenza più efficace sui mercati dell'accesso e dei servizi amplierà la *scelta* per gli utenti»); *considerando* 40 («La portabilità del numero è un elemento chiave per agevolare la *scelta* dei consumatori e la concorrenza effettiva nell'ambiente concorrenziale delle telecomunicazioni»); art. 1 («1. La presente direttiva disciplina la fornitura di reti e di servizi di comunicazione elettronica agli utenti finali nell'ambito della direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro). Scopo della presente direttiva è garantire la disponibilità in tutta la Comunità di servizi di buona qualità accessibili al pubblico attraverso una concorrenza e un'opportu-





Della bontà delle conclusioni raggiunte dall'Adunanza Plenaria, o quanto meno della loro conformità all'ordinamento europeo, deve avere dubitato anche la stessa Sezione Sesta remittente, la quale, invero, nella prosecuzione dei giudizi, anziché fare applicazione dei principi di diritto enunciati dal Supremo Consesso e decidere conformemente a essi (*ex art. 99, comma 4°, c.p.a.*), ha ritenuto di doverli sottoporre al vaglio delle Corti di Giustizia dell'Unione Europea.

Con le Ordinanze nn. 167-168 del 17 gennaio 2017⁶⁸, il Consiglio di Stato – precisato che l'autorità dello *stare decisis* propria delle pronunce dell'Adunanza Plenaria e l'efficacia di giudicato interno dalle stesse esplicita nei relativi giudizi sono destinate a “cedere” dinnanzi a un sospettato contrasto con il diritto euro-unitario⁶⁹ – ha così rimesso (ai sensi dell'art. 267, comma 3°, TFUE) alla Corte di Giustizia le questioni pregiudiziali di cui si è detto in premessa.

5. La sentenza del 13 settembre 2018 della Corte di Giustizia (cause C-54/17 e C-55/17)

Precisato, in risposta i primi due quesiti posti dal Giudice rimettente, che la condotta nella specie imputata agli operatori telefonici dovesse considerarsi quale «fornitura non richiesta», ovvero quale pratica commerciale in ogni caso aggressiva ai sensi del punto 29 dell'allegato I alla direttiva (e art. 26 lett. f), cod. cons.), la Corte di Giustizia, in risposta ai quesiti dal terzo al sesto⁷⁰, ha quindi concluso che «trovano applicazione le norme pertinenti della direttiva 2005/29».

nità di *scelta* effettive, nonché disciplinare le circostanze in cui le esigenze degli utenti finali non sono adeguatamente soddisfatte mediante il mercato»).

⁶⁸ Cons. Stato, Sez. VI, Ord., 17/01/2017, nn. 167-168, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>. Successivamente, *cf.* T.A.R., Sez. I, Ord., 17/02/2017, n. 2547, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, che ha rimesso alla Corte di Giustizia la risoluzione delle medesime questioni pregiudiziali, in tal caso però concernenti il rapporto tra la direttiva 2005/29/CE e le direttive settoriali 2009/72/CE (relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica) e 2009/73/CE (relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale) e, dunque, l'*actio finium regundorum* tra le competenze della A.G.C.M. e della A.E.E.G.S.I. (Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico).

⁶⁹ Ciò in ossequio ai principi affermati dalla Corte di Giustizia nei seguenti pronunciamenti, richiamati dal Collegio alle pp. 23-24: Corte Giustizia UE, 05/04/2016, C-689/13; Corte Giustizia UE, 03/09/2009, C-2/08; Corte Giustizia UE, 14/12/1995, C-312/93; Corte Giustizia UE, 16/12/1976, C-33/76; tutte disponibili in <http://curia.europa.eu/>.

⁷⁰ Per la cui esatta formulazione si rinvia alla nota 4.

Le argomentazioni su cui si fonda la decisione possono riassumersi come segue.

La Corte ha anzitutto precisato la portata applicativa del principio di specialità di cui all'art. 3, para 4, della direttiva 2005/29/CE, statuendo che ai sensi di tale disposizione – che «disciplina espressamente i casi di contrasto tra norme dell'Unione e non tra norme nazionali» – «la nozione di «contrasto» [...] denota un rapporto tra le disposizioni cui si riferisce che va oltre la mera difformità o la semplice differenza, mostrando una divergenza che non può essere superata mediante una formula inclusiva che permetta la coesistenza di entrambe le realtà, senza che sia necessario snaturarle». «Pertanto – conclude la Corte di Giustizia – un contrasto come quello contemplato dall'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29 sussiste unicamente quando disposizioni estranee a quest'ultima, disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, impongono ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi *incompatibili* con quelli stabiliti dalla direttiva 2005/29» (il corsivo è di chi scrive).

La statuizione sul punto è chiara: in (com)presenza di una disposizione “speciale” che imponga alle imprese operanti in un determinato settore uno specifico standard comportamentale verso il consumatore, la disciplina recata dalla direttiva 2005/29/CE recede nella sola ipotesi in cui il divieto generale da essa sancito all'art. 5, para 1, è del tutto incompatibile con quello standard settoriale; in difetto di siffatta incompatibilità, le due discipline non possono dirsi in «contrasto», con conseguente applicazione di quella generale. Il che, detto in altri termini, significa pure che il principio di specialità (*lex specialis derogat generali*) di cui all'art. 3, para 4 – come a suo tempo già sostenuto dalla Commissione Europea – è stato pensato per risolvere eventuali *antinomie* reali tra norme sostanziali generali e speciali, lasciando recedere le prime nelle sole ipotesi in cui un comportamento valutabile come *sleale* alla stregua degli artt. 5 ss. della direttiva 2005/29/CE non sia invece *vietato* alla stregua delle seconde, e *vice versa*.

Tale la portata dell'art. 3, para 4, la Corte è poi passata ad analizzare la normativa settoriale (di cui alle direttive 2002/21 e 2002/22) astrattamente applicabile (oltre a quella generale dettata dalla direttiva 2005/29) al caso di specie, al fine di verificare se questa potesse dirsi disciplinante «un aspetto specifico delle pratiche commerciali scorrette» e se, in ipotesi, se ne potesse predicare un «contrasto» con quella generale nei termini testé citati.

Ebbene, è stato anzitutto escluso, con riferimento al caso di specie, che la disciplina del settore delle telecomunicazioni contenga disposizioni particolari (o ulteriori) rispetto a quelle già contemplate

dalla direttiva 2005/29/CE. Si legge esattamente che la direttiva 2002/22/CE (cd. «servizio universale») si limita, al suo art. 20, a imporre «di fornire determinate informazioni nel contratto» ma «né tale disposizione né altre disposizioni della medesima direttiva contengono norme disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come la fornitura non richiesta». In effetti – si crede di poter aggiungere – l'obbligo delle imprese operanti nel settore delle telecomunicazioni di indicare in modo chiaro, dettagliato e intellegibile i servizi offerti e i prezzi o le tariffe di tali servizi, oltre a essere espressamente sancito agli artt. 20, para 2, lett. *b* e *d* e 21 della direttiva 2002/22/CE (v. artt. 70, comma 1-lett. *b* e *e*, e 71, comma 1, del D.lgs. 259/2003), si ricava implicitamente, ma non meno chiaramente, anche dal divieto sancito dal combinato disposto di cui agli artt. 5, para 1, e 7, para 1, 2 e 4-lett. *a* e *c*, della direttiva 2005/29/CE (v. artt. 20, comma 1°, e 22, comma 1, 2 e 4-lett. *a* e *c*): è evidente che queste ultime disposizioni, sancendo il divieto di porre in essere quelle pratiche commerciali (cd. omissioni ingannevoli) che consistono nell'«omett[ere]» o «presenta[re] in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo» le informazioni rilevanti (tra cui evidentemente quelle relative al prodotto, alle sue caratteristiche e al suo prezzo) di cui il consumatore medio ha bisogno per prendere una decisione consapevole, esse sanciscono un corrispondente, speculare, obbligo per ogni impresa di agire nel senso espressamente contemplato dalle disposizioni settoriali.

Sembra allora di poter intendere che, per la Corte, sebbene la condotta professionistica posta al suo esame fosse qualificabile come «sleale» anche alla luce della disciplina settoriale (per violazione dell'art. 20 della direttiva 2002/22/CE), nondimeno detta disciplina non potesse trovare applicazione per essere quella pratica già qualificabile come «sleale» ai sensi della direttiva 2005/29/CE; la quale peraltro espressamente contempla la condotta del professionista che esige il pagamento di servizi offerti ma mai richiesti dal consumatore, valutandola – con presunzione *iuris et de iure*⁷¹ – come pratica commerciale senz'altro sleale, ed esattamente quale «fornitura non richiesta» (punto 29, allegato I alla direttiva 2005/29; e art. 26, lett. *f*), cod. cons.).

⁷¹ Cfr. Corte di Giustizia EU, 23.04.2009, C-261/07 e C-299/07, disponibile in <http://curia.europa.eu/>, para 56, ove così si legge: «La direttiva redige anche, al suo allegato I, un elenco esaustivo di 31 pratiche commerciali che, conformemente all'art. 5, n. 5, della direttiva, sono considerate sleali «in ogni caso». Conseguentemente, come espressamente precisato dal diciassettesimo «considerando» della direttiva, si tratta delle uniche pratiche commerciali che si possono considerare sleali senza una valutazione caso per caso ai sensi delle disposizioni degli articoli da 5 a 9 della direttiva».

Peraltro, rileva *ad abundantiam* la Corte che un «contrasto» tra le due normative nella specie non sarebbe neppure paventabile alla luce della clausola di salvaguardia di cui all'art. 1, para 4, della direttiva 2002/22/CE (introdotta dall'art. 1 della direttiva 2009/136/CE), a mente della quale «Le disposizioni della presente direttiva relative ai diritti degli utenti finali si applicano fatte salve le norme comunitarie in materia di tutela dei consumatori», comprese, dunque, anche quelle della direttiva 2005/29/CE. «Ne consegue – conclude la Corte – che non vi è contrasto tra le disposizioni della direttiva 2005/29 e le norme sancite dalla direttiva «servizio universale» per quanto concerne i diritti degli utenti finali. Pertanto, in circostanze come quelle di cui trattasi nei procedimenti principali, trovano applicazione le norme pertinenti della direttiva 2005/29».

Destà invece qualche perplessità la mancata risposta della Corte al settimo quesito posto dal Consiglio di Stato.

Il quesito era stato così formulato: «Se il principio di specialità, sancito al considerando 10 e all'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2005/29/CE, e gli articoli 20 e 21 della direttiva 2002/22/CE e 3 e 4 della direttiva 2002/21/CE ostino ad una interpretazione delle corrispondenti norme di trasposizione nazionale per cui si ritenga che, ogniquale volta si verifichi in un settore regolamentato, contenente una disciplina «consumeristica» settoriale con attribuzione di poteri regolatori e sanzionatori all'Autorità del settore, una condotta riconducibile alla nozione di «pratica aggressiva», ai sensi degli articoli 8 e 9 della direttiva 2005/29/CE, o «in ogni caso aggressiva» ai sensi dell'Allegato I della direttiva 2005/29/CE, debba sempre trovare applicazione la normativa generale sulle pratiche scorrette, e ciò anche qualora esista una normativa settoriale, adottata a tutela dei consumatori e fondata su previsioni di diritto dell'Unione, che regoli in modo compiuto le medesime «pratiche aggressive» e «in ogni caso aggressive» o, comunque, le medesime «pratiche scorrette»».

La Corte di Giustizia ha ritenuto che non occorresse rispondere a detta questione in quanto la premessa su cui si fondava – ovvero che le direttive 2002/20/CE e 2002/22/CE «disciplinano in maniera esaustiva la tutela dei consumatori nel settore delle comunicazioni elettroniche» – sarebbe errata.

A parere di chi scrive, le precisazioni compiute dalla Corte sulla portata del criterio di specialità di cui all'art. 3, para 4, avrebbero dovuto condurre a concludere nel senso che ogniquale volta si verifichi in un settore regolamentato, contenente una disciplina «consumeristica» settoriale, una condotta riconducibile alla nozione di «pratica aggressiva» o più in generale di «pratica «sleale/scorretta», debba



sempre trovare applicazione la normativa generale sulle pratiche commerciali sleali di cui alla direttiva 2005/29/CE.

Di seguito si proverà ad illustrarne le ragioni.

6. Considerazioni critiche. La coerenza del diritto europeo delle pratiche commerciali sleali

Si crede che l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia, in risposta ai quesiti dal terzo al sesto, al criterio di specialità formulato dall'art. 3, para 4, abbia definitivamente chiarito ciò, che la normativa recata dalla direttiva 2005/29/CE, lungi dall'aver una portata applicativa «residuale», ha bensì carattere «generale». Tanto si è giocoforza costretti a concludere quando si riconosca – come è stato riconosciuto – che la regola settoriale possa prevalere solo in ipotesi di “insuperabile” incompatibilità (o «contrasto») con la regola generale, e quando altresì si sostenga – come per logico corollario deve sostenersi – che, in difetto di siffatta incompatibilità, la valutazione del rispetto degli obblighi specifici previsti dalla normativa settoriale deve essere ricondotta nell'ambito di applicazione della normativa generale (la direttiva 2005/29/CE, per l'appunto).

Si segnala peraltro che la stessa conclusione era in passato già stata sostenuta nello studio del rapporto tra la direttiva 2005/29/CE e la direttiva 1993/13/CEE in materia di clausole abusive. Nella constatazione che quest'ultima direttiva sancisce il divieto di due particolari ipotesi di pratiche commerciali scorrette, *i.e.* il *divieto* delle pratiche di utilizzazione di clausole abusive (art. 7) e di clausole non trasparenti (art. 5), si osservava che cionondimeno dovessero trovare applicazione le regole di *enforcement* previste dalla direttiva 2005/29/CE (art. 11 ss.). Il che si credeva imposto dall'esigenza – sodisfatta proprio dalla regola dell'art. 3, para 4 – di garantire una *coerenza* del nuovo *sistema* delle pratiche commerciali: «[...] [the] criteria of coherence and consistency aim[ed] at ensuring that the unfair commercial practice under consideration is treated in principle in the same way as any other unfair commercial practice, *ie according to the EU enforcement rules provided by Articles 11 to 13 of the UCPD*» (corsivo dell'Autore)⁷².

Quelle conclusioni muovevano da un dato, peraltro ampiamente condiviso tra gli studiosi, che appare inoppugnabile quanto decisivo: la direttiva

2005/29/CE, come si è detto, ha introdotto nell'ordinamento europeo il diritto «generale» e «uniforme» delle pratiche commerciali sleali, in tal senso attribuendo identità e unità a una materia disorganica, frammentaria e, fino alla sua entrata in vigore, a-sistematicamente organizzata⁷³. L'unitario *corpus* normativo così delineato aspira a qualificarsi come *sistema*, nel cui ambito è data la ricerca di un *ordine razionale*⁷⁴ che ricomprende tutti i precedenti interventi normativi cd. «settoriali» o «verticali» volti a regolamentare determinati «tipi» di pratiche commerciali, ovvero pratiche commerciali correlate a particolari categorie di beni o servizi. E tale ordine, secondo l'intenzione del legislatore europeo, non può che imporre che tutti gli *standard* comportamentali positivizzati dalle normative settoriali siano ricondotti al «divieto generale» di cui all'art. 5 della direttiva 2005/29/CE, nel cui ambito di applicazione dovrà pertanto essere valutato il loro rispetto.

Di ciò numerosi sono gli indici rivelatori nella stessa direttiva 2005/29/CE.

È quanto anzitutto è dato evincere là dove il legislatore europeo ha chiaramente precisato che quello delle pratiche commerciali è, per l'appunto, un «divieto *unico* generale comune», intorno al quale è costruito un corrispondente «*unico* quadro normativo fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinano tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali nell'UE»⁷⁵. È quanto

⁷³ L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, cit., p. 10; S. ORLANDO, *Le informazioni*, cit., pp. 98 e 175-176; P. AUTIERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 2; E. BARGELLI, *L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: la nozione di «pratica commerciale»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori – La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, cit., p. 82.

⁷⁴ Crediamo di poter condividere le più generali considerazioni di L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1 (della versione digitale), secondo la Quale il sistema «è un *posterius* affidato alla fatica dell'interprete che, dinanzi alle norme, deve incessantemente porsi alla ricerca dell'includibile imperativo di razionalità».

⁷⁵ Chiari sono in questo senso il *considerando* 11 («[...] La presente direttiva introduce un unico *divieto generale* di quelle pratiche commerciali sleali che falsano il comportamento economico dei consumatori. [...]»); il *considerando* 12 (che riferisce di un «*unico quadro normativo* fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinano tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali nell'UE») e il *considerando* 13 (che ancora richiama il «*divieto unico generale comune* istituito dalla presente direttiva [che] si applica [...] alle pratiche commerciali sleali che falsano il comportamento economico dei consumatori»).

⁷² S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 51; pare condividere le stesse considerazioni S.J. WHITTAKER, *Unfair terms in consumer contracts*, in *Chitty on contracts*, by H.G. BEALE, London, 2012, pp. 1218-1219.



ancora, e più in particolare, è dato evincere dalla *diretta* rilevanza che «gli obblighi di informazione, previsti dal diritto comunitario» (art. 7, para 5) assumono nella valutazione della ingannevolezza di una condotta professionistica, di talché le omissioni o l'occultamento delle informazioni *settorialmente* dovute costituisce indice, se non prova, della contrarietà a diligenza professionale della stessa condotta⁷⁶; ovvero, *indirettamente*, dalla scelta di escludere che la direttiva 2005/29/CE armonizzi «massimamente» anche i settori dei «servizi finanziari» e dei «beni immobili» (art. 3, para 9, della direttiva⁷⁷), col che, per contro, ammettendosi chiaramente che *tutti* gli altri *settori*, nessuno escluso, ricadono nella opera di sistemazione del «nuovo» diritto delle pratiche commerciali. Significativa crediamo sia inoltre, e ancor più nello specifico, la considerazione, tra le pratiche in ogni caso sleali di cui all'allegato I della direttiva, di quella consistente nell'«Imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento in virtù di una polizza di *assicurazione* di esibire documenti che non potrebbero ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la validità della richiesta [...]»⁷⁸. Da ciò deve coerentemente dedursi che le condotte professionistiche poste in essere in quel particolare settore merceologico (delle *assicurazioni*) sono senz'altro considerate dalla «direttiva-quadro», nel cui ambito di applicazione vanno pertanto valutate.

A ogni buon conto, a fugare ogni dubbio è – si crede – lo stesso concetto di diligenza professionale, come ricavabile dalla definizione di cui all'art. 2, lett. h) della direttiva. Ivi è fatto chiaro che la «cura», l'«attenzione» e la «competenza» cui è tenuto il professionista secondo il canone della diligenza professionale (o della buona fede) vanno adeguate, variando nella loro misura e intensità, al *settore* di attività del professionista. La *diligenza professionale* è da valutarsi «rispetto al principio della buona fede nel settore di attività del professionista», ovvero avendo riguardo alle caratteristiche dei servizi, dei prodotti e, più in generale, delle modalità degli scambi che avvengono nei diversi *settori*, con tutte

le peculiarità che gli sono proprie⁷⁹. Il che significa – come pure è stato osservato in commento al comma 1 *bis* dell'art. 27 cod. cons.⁸⁰ – che ove già esista una disciplina *settoriale* che contenga «speciali» regole comportamentali preposte alla tutela della libertà e della consapevolezza delle scelte economiche del consumatore, queste, anziché precludere l'applicazione di quelle generali di cui agli artt. 18 ss. cod. cons., con esse vanno integrate al precipuo fine di individuare lo *standard* o la misura della diligenza richiesti ai professionisti in quel settore regolamentato⁸¹, in tal senso tali regole settoriali contribuendo a *riempire* di contenuto la nozione di diligenza professionale⁸².

Nello stesso senso, ma specularmente, depone la nozione di «consumatore medio», con riferimento al quale deve essere valutata la idoneità «falsante» della pratica commerciale (art. 5, para 2 e 3). Del quale consumatore medio, invero, vengono in rilievo quelle condizioni soggettive di vulnerabilità che

⁷⁹ Cfr. M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette – Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, cit., p. 53, secondo il Quale il riferimento al “settore di attività” del professionista «esprime [...] un criterio di adeguamento dei principi legali alle caratteristiche tipiche degli scambi che avvengono nei diversi settori». Cfr. anche *considerando* 20 della direttiva.

⁸⁰ S. PERUGINI, *o.u.c.*, pp. 51-52.

⁸¹ Nei termini si era peraltro già espressa una parte della giurisprudenza amministrativa italiana con riguardo al rapporto tra le norme del Codice del consumo e quelle del Codice delle comunicazioni elettroniche. In proposito, si veda quanto richiamato in nota 52; cfr. altresì G. DE CRISTOFARO, sub *art. 19*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., pp. 141 ss.

⁸² Rimane inteso che le condotte professionistiche vanno valutate nel loro complesso, di talché – come anche rilevato dalla Commissione europea nella più volte citata lettera di costituzione in mora del 18 ottobre 2013 – l'osservanza degli obblighi informativi previsti per la fase precontrattuale dalla disciplina settoriale, se esclude che *in parte qua* la condotta possa qualificarsi sleale, non vale invece a escludere che, pur rispettando tali obblighi di trasparenza e pubblicità delle informazioni, un professionista metta *altrimenti* in atto una pratica sleale, «ad esempio traendo in inganno i consumatori in violazione dell'articolo 5 della direttiva (“la clausola generale”); oppure utilizzando atteggiamenti aggressivi o altri comportamenti sleali, quali ad esempio porre ostacoli di natura non contrattuale all'esercizio da parte dei consumatori dei loro diritti derivanti dal contratto, o ancora impedendo loro di cambiare prodotto o di rivolgersi ad un altro professionista (articolo 9, lettera d), della direttiva); [...]». «Il carattere leale di una pratica commerciale non può essere interamente determinato a priori ma può solo essere oggetto di una valutazione caso per caso, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze della pratica commerciale del caso reale, così come previsto dalla direttiva». Così anche S. PERUGINI, *o.u.c.*, pp. 53-54: «[...] l'operatività dell'art. 19, comma 3, cod. cons. è circoscritta ai soli *aspetti specifici* da esse disciplinati che potrebbero anche non esaurire l'intera attività posta in essere dal professionista in relazione ad un prodotto e, dunque, lasciare spazio alla configurabilità di una o più pratiche commerciali scorrette anche a fronte di atti conformi ai precetti dettati dall'Unione per altri aspetti».

⁷⁶ Tali obblighi informativi in materia di pubblicità e comunicazioni commerciali sono passati in rassegna nell'allegato II della direttiva e richiamati dall'art. 7, para 5: sono, a titolo esemplificativo, quelli previsti dall'art. 3 della direttiva 90/314/CEE (nel settore dei viaggi, vacanze e circuiti «tutto compreso»), dall'art. 19 della direttiva 2004/39/CE (nel settore degli strumenti finanziari), dagli artt. 5 e 6 della direttiva 2000/31/CE (nel settore dei servizi della società dell'informazione, in particolare del commercio elettronico).

⁷⁷ Cfr. anche *considerando* 9.

⁷⁸ V. allegato I, n. 27, della direttiva 2005/29/CE e art. 26, lett. d), cod. cons.





si appalesano – oltre che con riferimento a eventuali condizioni di «infermità mentale o fisica», di particolare «ingenuità» o all'«età» – anche «in relazione al prodotto» (così al para 2, lett. *b*) cui la pratica «si riferisce» (così al para 3), ovvero in relazione al settore «speciale» di mercato in cui la condotta professionistica è posta in essere⁸³. Dire che la cura e l'attenzione richieste al professionista variano al variare del *target* di consumatore a cui la pratica è diretta, significa ammettere che la misura di quel *duty of care* imposto dal canone della diligenza professionale può variare in relazione al settore merceologico di riferimento, che quel *target* di consumatore contribuisce a fissare.

Tali dati normativi sembrano decisivi nell'impostazione del rapporto tra la direttiva 2005/29/CE e ogni altra direttiva settoriale in materia di pratiche commerciali sleali/scorrette: riconoscere che le cautele, i comportamenti e il livello di «cura» e «competenza» suscettibili di essere considerati dovuti *ex fide bona* possano variare in relazione alla tipologia dei destinatari della pratica e in relazione alle caratteristiche che connotano il settore di attività del professionista⁸⁴, significa del pari riconoscere che la direttiva 2005/29/CE è stata per l'appunto pensata come una «direttiva-quadro», introduttiva di un nuovo diritto *generale* delle pratiche commerciali scorrette, che, come tale, è *applicabile – altresì nel suo impianto sanzionatorio – in relazione a qualsiasi pratica commerciale, qualsivoglia sia il settore merceologico di riferimento.*

Se l'assunto è corretto, corretto è altresì escludere che la «*prevalence rule*» di cui all'art. 3, para 4, della «direttiva-quadro» possa operare in virtù della mera «*presenza*» di una disciplina di settore, sia essa più o meno «esaustiva» o «compiuta»; piuttosto, l'impianto normativo recato dalla direttiva 2005/29/CE è destinato a recedere in favore di quello settoriale nella sola ipotesi di antinomia o *incompatibilità* tra disposizioni, ovvero nell'ipotesi in cui uno stesso comportamento professionistico sia qualificabile come «sleale» secondo una disciplina e, al tempo stesso, come «leale» o «corretto» secondo l'altra. Ove invece la pratica professionistica risulti vietata tanto secondo la «disciplina-quadro» (art. 5 della direttiva 2005/29/CE) quanto secondo quella «settoriale», solo la prima troverà applicazione, insieme con le relative regole di *enforcement*⁸⁵.

Per tali ragioni appare difficilmente spiegabile che la Corte abbia ritenuto di non poter rispondere al settimo quesito posto dal Giudice *a quo*. Quel quesito, come visto, chiedeva alla Corte di precisare se, in presenza di una condotta qualificabile come pratica commerciale «aggressiva» o più in generale «sleale» posta in essere in un particolare settore merceologico, dovesse sempre trovare applicazione la disciplina della direttiva 2005/29/CE anche se la normativa settoriale regoli «*in maniera esaustiva*» la pratica commerciale. La mancata risposta della Corte, fondata sul rilievo che nella specie le direttive 2002/20/CE e 2002/22/CE non «disciplinano *in maniera esaustiva* la tutela dei consumatori nel settore delle comunicazioni elettroniche», è di difficile spiegazione proprio perché, per quanto dalla stessa precisato in interpretazione dell'art. 3, para 4, il presupposto dell'operatività della «*prevalence rule*» non è la mera «esistenza» di una disciplina settoriale né *a fortiori* la sua «esaustività» o «compiutezza», bensì l'esistenza di un «contrasto» tra discipline generale e settoriale. In altri termini, a quel quesito la Corte aveva in realtà già risposto, negli stessi termini con cui aveva concluso in risposta al terzo quesito: se è vero che, in difetto di una incompatibilità di disciplina, la valutazione degli «obblighi specifici» previsti dalla normativa settoriale deve ricondursi nell'ambito di applicazione della direttiva generale n. 2005/29/CE al fine di fissare la misura della «diligenza professionale» richiesta ai professionisti in quei settori, non meno vero è che ogniqualvolta si verifichi in un settore regolamentato una condotta riconducibile alla nozione di «pratica aggressiva» o più in generale di «pratica «sleale/scorretta», debba sempre trovare applicazione la normativa generale sulle pratiche commerciali sleali, indipendentemente dal carattere «esaustivo» o meno delle regole settoriali.

Alle medesime conclusioni, peraltro, dovrebbe indurre anche il cd. principio di specialità, correttamente inteso. Tale criterio (*lex specialis derogat generali*) altro non costituisce che un'attuazione del principio fondamentale di giustizia (*suum cuique tribuere*) nonché un modo di manifestazione del divenire di un sistema ordinamentale⁸⁶. Osservava Norberto Bobbio che «il passaggio da una regola più estesa (che abbraccia un certo *genus*) ad una regola derogatoria meno estesa (che abbraccia una *species* del *genus*) corrisponde ad una fondamentale esigenza di giustizia, intesa come eguale trattamento delle persone che appartengono alla stessa categoria. Il passaggio dalla regola generale a quella

⁸³ Si consideri che per «prodotto», ai sensi dell'art. 2 lett. *c*) della direttiva, s'intende «qualsiasi bene o servizio [...]» offerto dal professionista.

⁸⁴ Nei termini G. DE CRISTOFARO, sub art. 20, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, cit., p. 157.

⁸⁵ S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, cit., p. 52.

⁸⁶ Nei termini F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXX, Milano, 1980, pp. 709 ss.

speciale corrisponde ad un naturale processo di differenziazione delle categorie, e ad una graduale scoperta, da parte del legislatore, di questa differenziazione. Avvenuta o scoperta la differenziazione, il persistere nella regola generale importerebbe il trattamento eguale di persone che appartengono a categorie diverse, e quindi un'ingiustizia»⁸⁷.

Se il rapporto tra regola generale e regola speciale deve essere affidato a valutazioni di giustizia sostanziale, *i.e.* di eguale trattamento di fattispecie appartenenti alla stessa categoria, non v'è ragione alcuna per non attrarre sotto l'alveo della disciplina della direttiva 2005/29/CE anche quelle pratiche commerciali sleali cd. settoriali, che tali (*i.e.* pratiche commerciali sleali) rimangono ancorché consumatesi ai danni di un investitore, piuttosto che di un risparmiatore, di un assicurato, di un aderente a condizioni generali di contratto o di ogni altro utente. Tanto è più vero, poi, se si consideri che le peculiari esigenze che il consumatore può avvertire nei diversi settori sono espressamente prese in considerazione dalla «direttiva-quadro», il cui criterio della «diligenza professionale» è idoneo a fissare *standard* comportamentali più o meno rigorosi, proprio in adeguamento a quelle esigenze.

Infine, sembra corretto osservare che a tale conclusione conduce anche l'unico approccio metodologico possibile per quello che è un problema di coordinamento tra norme di un medesimo sistema: la ricerca di una *relazione di coerenza* tra i contenuti di quel sistema⁸⁸.

È opinione tradizionale che in un insieme «unitario» di norme, quale s'intendeva certamente creare con il «nuovo» diritto delle pratiche commerciali sleali, la *relazione di coerenza* tra le parti del tutto non costituisce una sua intrinseca caratteristica quanto, piuttosto, una sua esigenza: ogni sistema «non è un dato, bensì un processo», e la sua costruzione «non è una qualità, [...] bensì l'obiettivo, il fine da realizzare e da raggiungere, e anzi, meglio, cui tendere, cui avvicinarsi incessantemente»⁸⁹. E nella ricerca di un risultato di coerenza, volto a evitare le diverse norme del sistema si contrappongano, contraddicano o anche solamente sovrappongano, l'interprete deve farsi guidare da *ragionevolezza*, perché, in siffatte fisiologiche ipotesi, prevalga non una qualsiasi norma, bensì quella che risulti compa-

tibile con la logica del sistema⁹⁰. Tale è l'insegnamento di teoria generale dell'ordinamento generalmente condiviso, da ritenersi estensibile anche nel caso qui affrontato: la clausola generale di «ragionevolezza», normalmente ricondotta al valore essenziale della coerenza, opera in un tempo come limite generale alla attività legislativa e come criterio di metodo per l'interprete, affinché non esistano ovvero, se esistenti, non prevalgano disposizioni incompatibili con l'ordine costituendo⁹¹.

Ora, che l'obiettivo del legislatore del 2005 europeo fosse quello di sistematizzare il diritto delle pratiche commerciali sleali *business to consumer* è difficilmente discutibile: il che – come variamente osservato – rappresentava un'esigenza stingente, resasi necessaria in un contesto di politica legislativa che negli ultimi anni lo aveva visto servirsi di un approccio pragmatico, volto al concreto soddisfacimento di esigenze contingenti (e settoriali) alle quali dare risposte immediate. In un tale contesto, la direttiva 2005/29/CE ha rappresentato un *unicum* nell'esperienza legislativa europea, il frutto cioè di un notevole sforzo, fino ad allora inedito, volto a creare *ordine* in un ambito normativo frammentario: essa è stata pensata e strutturata per disciplinare tutte le pratiche commerciali «B2C», di tutti i «settori» del mercato europeo.

Sicché si crede che riconoscere carattere «residuale» o «sussidiario» a un impianto normativo pensato come «generale», oltre a vanificare interamente tale sforzo, si palesa come un'operazione concettuale incongruente, ovvero *incoerente e irragionevole*.

⁸⁷ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, pp. 100 ss.

⁸⁸ L'esigenza di «coerenza» nel rapporto tra la direttiva 2005/29/CE e il «diritto comunitario esistente» è richiamata anche dal *considerando* 10 della «direttiva-quadro»: «È necessario garantire un rapporto coerente tra la presente direttiva e il diritto comunitario esistente, soprattutto per quanto concerne le disposizioni dettagliate in materia di pratiche commerciali sleali applicabili a settori specifici».

⁸⁹ F. MODUGNO, *o.u.c.*, p. 705.

⁹⁰ A. CELOTTO, sub *art. 3, 1° co., Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI, Vol. I, Torino, 2006, pp. 80 ss.

⁹¹ A. CELOTTO, *o.u.c.*; A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. società*, 1975, 3, pp. 561 ss.

