

NOTA (A MARGINE DELL'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA *OMNIBUS*) SUL POTERE DELL'AGCM DI VIETARE L'UTILIZZO DI CLAUSOLE VESSATORIE COME PRATICA COMMERCIALE INGANNEVOLE

Di Salvatore Orlando

La c.d. direttiva *Omnibus*¹ è stata infine attuata nel nostro ordinamento con il D.lgs. 26 del 2023, entrato in vigore il 2 aprile 2023². Tale attuazione ha comportato diverse modifiche al testo del codice del consumo e, tra queste, anche un'integrazione dell'articolo 37-*bis*³, che era stato introdotto nel 2012⁴.

¹ Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori.

² D.lgs. 7 marzo 2023 n. 26 di attuazione della direttiva (UE) 2019/2161.

³ L'art. 1, co. 8 del D.lgs 26/2023, ha introdotto i seguenti nuovi commi da 2-*bis* a 2-*quater* dell'art. 37-*bis* c. cons.: «2-*bis*. Qualora l'Autorità accerti, in alcuno dei contratti di cui al co. 1, l'utilizzo di clausole vessatorie come definite all'art. 33, co.1, applica una sanzione amministrativa pecuniaria nella misura prevista dall'art. 27, co. 9, primo periodo. In caso di sanzioni inflitte a norma dell'art. 21 del regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, l'importo massimo della sanzione irrogata dall'Autorità è pari al 4 per cento del fatturato annuo del professionista realizzato in Italia ovvero negli Stati membri dell'Unione europea interessati dalla relativa violazione. 2-*ter*. Ai fini dell'irrogazione delle sanzioni di cui al co. 2-*bis*, l'Autorità tiene conto, ove appropriato, dei seguenti criteri non esaustivi: a) la natura, gravità, entità e durata della violazione; b) le eventuali azioni intraprese dal professionista per attenuare il danno subito dai consumatori o per porvi rimedio; c) eventuali violazioni commesse in precedenza dal professionista; d) i benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate dal professionista in conseguenza della violazione, se i relativi dati sono disponibili; e) le sanzioni inflitte al professionista per la medesima violazione in altri Stati membri in casi transfrontalieri, in cui informazioni relative a tali sanzioni sono disponibili attraverso il meccanismo istituito dal citato regolamento (UE) 2017/2394; f) eventuali altri fattori aggravanti o attenuanti applicabili alle circostanze del caso. 2-*quater*. Per le sanzioni amministrative pecuniarie inflitte ai sensi del presente articolo si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezione I e negli artt. 26, 27, 28 e 29 della legge 24 novembre 1981, n. 689. Il pagamento delle sanzioni amministrative di cui al pre-

L'art. 37-*bis* c. cons. attribuiva già espressamente all'AGCM il potere di accertamento della vessatorietà delle clausole contenute in contratti *standard* predisposti dal professionista. Tuttavia, per opera della previsione di cui al comma 1 del medesimo articolo, nella quale si legge che l'autorità dichiara la vessatorietà “*ai soli fini di cui ai commi successivi*” (i.e. i commi successivi al primo comma dell'art. 37-*bis* c. cons.), letteralmente si escludeva che l'AGCM potesse emettere provvedimenti inibitori e sanzionatori *ex art. 27 c. cons.* Ciò in quanto, in quella riforma del 2012, i “commi successivi” al primo comma dell'art. 37-*bis* c. cons. prevedevano soltanto un potere dell'AGCM di dichiarare la vessatorietà delle clausole utilizzate dal professionista in contratti *standard* (e di ordinare certe misure per rendere pubblico il relativo provvedimento di accertamento) ed una forma di interpello.

Per effetto della novella realizzata dal D.lgs. 26/2023, si attribuisce adesso all'AGCM il potere sanzionatorio ma non anche quello inibitorio, che, per lo stesso motivo, appare ancora letteralmente escluso. Ed infatti, quanto al potere sanzionatorio, il nuovo co. 2-*bis* dell'art. 37-*bis*, c. cons. prevede che, quando l'AGCM accerta l'utilizzo di clausole vessatorie di cui all'art. 33, co. 1 c. cons. in contratti *standard* predisposti dal professionista, la medesima autorità “*applica una sanzione amministrativa pecuniaria nella misura prevista dall'articolo 27, comma 9, primo periodo [c. cons.]*”, ossia la stessa sanzione amministrativa pecuniaria che l'AGCM applica allorché “*vieta [una] pratica commerciale scorretta*”⁵. Mentre, quanto al potere di vietare

sente articolo è effettuato entro trenta giorni dalla notifica del provvedimento dell'Autorità».

⁴ L'articolo 37-*bis* c. cons. era stato inserito dall'art. 5, comma 1, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27.

⁵ Anche l'art. 27 c. cons. è stato modificato dall'ultima riforma, in attuazione dell'art. 3, punto 6) direttiva (UE) 2019/2161. In



l'utilizzo delle clausole vessatorie, esso non è stato contemplato dalla novella del D.lgs. 26/2023 (nel senso che non è stata prevista un'integrazione dell'art. 37-bis che lo contempra) e *pertanto* appare letteralmente escluso in conseguenza del mantenimento della precitata previsione del comma 1 dell'art. 37-bis c. cons., che, come ricordato, limita il potere di accertamento dell'AGCM "ai soli fini di cui ai commi successivi", i.e. i commi successivi al primo comma dell'art. 37-bis c. cons. (che ora contemplano il potere di sanzionare ma non anche quello di vietare).

La contestuale attribuzione e limitazione di poteri all'AGCM appariva già difficile da giustificare nel regime della riforma del 2012. Oggi appare addirittura paradossale: l'autorità sanziona ma non vieta quello che sanziona. L'esclusione non si giustifica nemmeno alla stregua di una lettura sostanziale del fenomeno. Come già altrove argomentato più di dieci anni fa⁶, si deve ritenere che l'utilizzo di clausole vessatorie da parte del professionista costi-

particolare, l'art. 1, co. 7 del D.lgs. 26/2023 ha sostituito i commi 9 e 12 e ha introdotto i nuovi commi 9-bis, 9-ter e 15-bis dell'art. 27 c. cons. Di seguito si riportano le nuove disposizioni dei commi da 9 a 9-ter dell'art. 27 c. cons.: «9. Con il provvedimento che vieta la pratica commerciale scorretta, l'Autorità dispone inoltre l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 euro a 10.000.000 euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione ed anche delle condizioni economiche e patrimoniali del professionista. Nel caso di pratiche commerciali scorrette ai sensi dell'art. 21, co. 3 e 4, la sanzione non può essere inferiore a 50.000 euro. 9-bis. In caso di sanzioni inflitte a norma dell'art. 21 del regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, l'importo massimo della sanzione irrogata dall'Autorità è pari al 4 per cento del fatturato annuo del professionista realizzato in Italia ovvero negli Stati membri dell'Unione europea interessati dalla relativa violazione. Qualora le informazioni sul fatturato annuo non siano disponibili, l'importo massimo della sanzione irrogata dall'Autorità è pari a 2.000.000 di euro. 9-ter. Ai fini dell'irrogazione delle sanzioni di cui ai commi 9 e 9-bis, l'Autorità tiene conto, ove appropriato, dei seguenti criteri non esaustivi: a) la natura, gravità, entità e durata della violazione; b) le eventuali azioni intraprese dal professionista per attenuare il danno subito dai consumatori o per porvi rimedio; c) eventuali violazioni commesse in precedenza dal professionista; d) i benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate dal professionista in conseguenza della violazione, se i relativi dati sono disponibili; e) le sanzioni inflitte al professionista per la medesima violazione in altri Stati membri in casi transfrontalieri, in cui informazioni relative a tali sanzioni sono disponibili attraverso il meccanismo istituito dal regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017; f) eventuali altri fattori aggravanti o attenuanti applicabili alle circostanze del caso.».

⁶ Sul piano del rapporto tra la direttiva 93/13/CEE e la direttiva 2005/29/CE: S. ORLANDO, *The use of unfair contractual terms as an unfair commercial practice*, in *European Review of Contract Law*, 2011, p. 25 ss.; sul piano del diritto italiano, S. ORLANDO, *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 345 ss.

tuisca di per sé una pratica commerciale scorretta, in particolare una pratica idonea a falsare (distorcere) il comportamento economico del consumatore medio sotto il profilo dell'ingannevolezza. Ciò in quanto il consumatore medio che legge clausole vessatorie, le quali sono per l'ordinamento italiano (e devono essere per il diritto euro-unitario) giuridicamente prive di efficacia per il consumatore, sarà nondimeno indotto a ritenere di essere vincolato da quelle clausole, per il solo fatto di trovarle scritte sul testo predisposto dal professionista. L'utilizzo di clausole vessatorie si manifesta come una pratica commerciale ingannevole, precisamente in quanto è idoneo a fornire al consumatore informazioni false o fuorvianti sull'assetto dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto⁷.

Con la direttiva *Omnibus*, il legislatore europeo ha previsto che sul piano sanzionatorio l'utilizzo di clausole vessatorie possa ricevere una sanzione amministrativa pecuniaria identica a quella prevista per le pratiche commerciali scorrette⁸. Nel fare ciò, il legislatore europeo non ha fissato un *automatismo* tra accertamento della vessatorietà (in astratto o in concreto) delle clausole e applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria. La scelta del legislatore europeo sembra mossa dall'avvertita necessità di lasciare liberi gli Stati membri a cospetto della varietà delle scelte che essi possono adottare sul piano della distribuzione tra competenze giurisdizionali ed amministrative in merito all'accertamento del carattere vessatorio (in astratto e in concreto) delle clausole contrattuali⁹.

⁷ Art. 21, co. 1, lettere c) e g) c. cons.: costituisce una pratica commerciale ingannevole (azione ingannevole) fornire al consumatore informazioni false o fuorvianti sulla "portata degli impegni del professionista" e su "i diritti del consumatore".

⁸ Art. 1 della direttiva (UE) 2019/2161 che ha inserito il nuovo art. 8-ter alla direttiva 93/13/CEE.

⁹ V. in particolare il co. 2 del nuovo art. 8-ter della direttiva 93/13/CEE (introdotto dall'art. 1 della direttiva *Omnibus*): «Gli Stati membri possono limitare tali sanzioni alle situazioni in cui le clausole contrattuali sono espressamente definite abusive in qualsiasi circostanza nel diritto nazionale o ai casi in cui un venditore o fornitore continui a utilizzare clausole contrattuali dichiarate abusive con una decisione definitiva adottata conformemente all'articolo 7, paragrafo 2»; e il Considerando n. 14 della *direttiva Omnibus*: «Norme in materia di sanzioni dovrebbero essere introdotte nella direttiva 93/13/CEE al fine di rafforzare l'effetto deterrente. Gli Stati membri hanno piena facoltà di decisione in merito al procedimento amministrativo o giudiziario per l'applicazione di sanzioni in caso di violazioni delle disposizioni di tale direttiva. In particolare, le autorità amministrative o gli organi giurisdizionali nazionali potrebbero irrogare sanzioni in sede di accertamento del carattere abusivo delle clausole contrattuali, anche in esito a procedimenti giudiziari avviati da un'autorità amministrativa. Le sanzioni potrebbero essere irrogate anche dalle autorità amministrative o dagli organi giurisdizionali nazionali nei casi in cui il venditore o il fornitore ricorra a clausole contrattuali espressamente definite abusive in qualsiasi circostanza ai sensi del diritto nazionale,



Si potrebbe discutere di questa motivazione. Ad ogni modo, quanto al nostro ordinamento, una volta che il legislatore italiano ha scelto la strada dell'automatismo, ed ha attribuito il più ampio potere all'AGCM in merito all'accertamento e alla sanzione dell'utilizzo delle clausole vessatorie, il mantenimento letterale dell'esclusione del potere di divieto non ha più alcuna base.

Più generalmente, tanto la direttiva *Omnibus* che il decreto legislativo italiano di attuazione sembrano proporre un interrogativo che trascende quest'ultima riforma. Essi sembrano voler chiederci se vogliamo abituarci - e la nostra idea è che non dobbiamo farlo - ad un diritto 'edittale', che prevede sanzioni mute rispetto alla loro ragione giustificativa, o, al massimo, pubblicamente giustificate attraverso la formula della "deterrenza"¹⁰, la quale, al suo fondo, nulla spiega e tutto rimanda¹¹; oppure se vogliamo continuare ad interrogarci (come la nostra tradizione ci muove a fare) sulle ragioni delle sanzioni, e, così, prima ancora, sulle *rationes* degli istituti, in una visione organica che li concepisce come complessi di diritti e doveri che include (e spiega) i rimedi. Seguendo questo secondo metodo, oltre dieci anni fa si anticiparono, in via interpretativa, i risultati che sarebbero stati resi espliciti molti anni dopo - quanto alla pari sanzione - dalla direttiva *Omnibus*.

A ben vedere, il ricorso al medesimo metodo consente, oggi, di risolvere un ulteriore problema relativo alla distribuzione, nel nostro ordinamento, di competenze tra giudice e autorità in materia di inibizione dell'utilizzo di clausole abusive. Quanto alla competenza giurisdizionale abbiamo la "vecchia" azione inibitoria di cui all'art. 37 c. cons., che andava già coordinata con l'azione collettiva di cui agli artt. 139-140 c. cons. (ora abrogati), e che va ora coordinata con l'azione inibitoria collettiva dell'art. 840-*sexidecies*, c.p.c. Quanto alla compe-

tenza amministrativa, abbiamo i poteri dell'AGCM di interpello e di accertamento (già dal 2012) e ora anche quello sanzionatorio (in conseguenza dell'attuazione della direttiva *Omnibus*), mentre - come detto - letteralmente sembrano preclusi all'autorità i poteri di inibizione e di sospensione provvisoria previsti dall'art. 27 c. cons. per opera della frase incidentale del primo comma dell'art. 37-*bis* ("ai soli fini di cui ai commi successivi").

Una volta assunto l'angolo visuale qui suggerito, il risultato prodotto dall'interpretazione letterale di quella frase incidentale appare superabile.

Se si condivide la tesi per la quale l'utilizzo di clausole vessatorie in contratti *standard* predisposti dal professionista costituisce di per sé una pratica idonea ad ingannare il consumatore medio sulla portata degli impegni del professionista e sui diritti del consumatore, dovrà a nostro avviso anche riconoscersi che, in conseguenza della scelta di fondo del legislatore italiano di attribuire in materia un'ampia competenza all'AGCM, il modo più lineare - ed efficace - di attuare i richiamati articoli della direttiva *Omnibus* nel nostro ordinamento sarebbe consistito nell'includere tra le pratiche commerciali tipicamente ingannevoli ai sensi dell'art. 23 c. cons. l'utilizzo di clausole vessatorie da parte dei professionisti in contratti *standard*, con ciò che ne sarebbe derivato in termini dei conseguenti poteri (tutti) previsti dall'art. 27 c. cons. in capo all'AGCM. Una simile opzione avrebbe reso superfluo l'art. 37-*bis*, salvo soltanto per la procedura di interpello, che ha una sua autonomia.

In assenza o in attesa di una simile previsione del legislatore nazionale, un'interpretazione sistematicamente coerente e razionale (nel senso della ragionevolezza ritenuta costituzionalmente rilevante) dei due plessi normativi costituiti dalla disciplina sulle clausole vessatorie (art. 33 ss. c. cons.) e dalla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette (art. 18 ss. c. cons.) può probabilmente portare al medesimo risultato.

Non è questa la sede per svolgere fino in fondo questo percorso ermeneutico, che muove da insegnamenti risalenti ancorché sempre attuali. Qui preme soltanto segnalare che un'interpretazione 'non edittale' della disciplina è oggi tanto più necessaria a cospetto dell'articolata distribuzione di competenze presentata dal dato positivo dell'ordinamento italiano; e al contempo ribadire che, a nostro avviso, un'interpretazione 'non edittale' debba procedere dal riconoscimento che l'utilizzo di clausole vessatorie costituisce di per sé una pratica commerciale ingannevole ai sensi dell'art. 21, co. 1, lettere c) e g) c. cons.

nonché nei casi in cui il venditore o il fornitore ricorra a clausole contrattuali che sono state giudicate abusive in esito a una decisione definitiva. Gli Stati membri potrebbero decidere che anche le autorità amministrative abbiano titolo per stabilire il carattere abusivo di clausole contrattuali. Anche le autorità amministrative o gli organi giurisdizionali nazionali potrebbero irrogare una sanzione mediante la stessa decisione che ha sancito il carattere abusivo di clausole contrattuali. Gli Stati membri potrebbero definire gli opportuni meccanismi di coordinamento per eventuali azioni a livello nazionale riguardanti i rimedi individuali e le sanzioni».

¹⁰ Alla deterrenza si appella, come visto, il Considerando n. 14 della direttiva *Omnibus*.

¹¹ La formula della deterrenza 'senza altri indizi', ricorda tanto quella del 'processo informativo' delle grida rese romanzesca- mente celebri dal grande Manzoni: "[...] senza altri indizj, possa dai detti giudici e da ognuno di loro esser posto alla corda et al tormento, per processo informativo [...]" (*I promessi sposi*, edizione del 1840, Capitolo I, p. 14).

