

Ettore Battelli

*Il principio di unitarietà nella tutela amministrativa
dei rapporti di consumo*

SOMMARIO: 1. La competenza AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette. – 2. Consolidamento del principio di complementarietà tra tutela amministrativa dei consumatori e diritto antitrust. – 3. Regole generali e regole di settore. – 4. Sul corretto modo di intendere la concorrenza di competenze tra Antitrust e Autorità di settore. – 5. Osservazioni finali.

1. *La competenza AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette*

Una delle maggiori novità del d.lgs. 21/2014¹ è rappresentata dall'introduzione di un nuovo comma 1-*bis* all'art. 27 del Codice del Consumo², scelta che, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe servire a superare le difficoltà insorte nel recente passato³, riconoscendo la competenza dell'Au-

¹ Decreto Legislativo 21 febbraio 2014, n. 21 «Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE».

² L'art. 27, comma 1-*bis*, c. cons. dispone, in particolare, che «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 protocolli d'intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze».

³ In questa sede basterà ricordare che, a seguito delle note Adunanze plenarie del Consiglio di Stato del maggio 2012, che avevano escluso l'applicazione del Codice del consumo

torità Antitrust in materia di pratiche commerciali scorrette⁴ anche nei

per taluni settori regolati, si era venuta a creare una situazione di incertezza che aveva indotto la stessa Commissione Europea a sollecitare un intervento chiarificatore da parte delle autorità italiane. Per maggiori dettagli, cfr. *ex multis*: L. TORCHIA, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, p. 953 ss., commento a Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 11 maggio 2012, sentenze dal n. 11 al n. 16.

⁴ Sulle pratiche commerciali scorrette, tra i vari contributi, cominciando da i più recenti, si segnalano A. FACHECHI, *La pubblicità, le pratiche commerciali e le altre comunicazioni*, in G. Recinto, L. Mezzasoma, S. Cherti, *Diritti e tutele dei consumatori*, Esi, Napoli 2014, p. 45 ss.; F. LONGOBUCCO, *I rimedi civilistici e le pratiche commerciali scorrette, Il risarcimento del danno al consumatore*, a cura di P. Cendon, C. Poncibò, Giuffrè, Milano 2014, p. 409 ss.; G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 1 ss. e in *Jus civile*, 2013, p. 295 ss.; E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 688 ss.; D. VALENTINO, *Timeo danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1157 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. Dir.*, V, Milano 2012, p. 1079 ss.; A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Esi, Napoli 2012; S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Cacucci, Bari 2012; T. BROGGIATO, *La disciplina delle pratiche commerciali scorrette: prospettive evolutive del quadro normativo di riferimento*, in *Riv. bancaria*, 2011, p. 77 ss.; N. ZORZI, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 921 ss.; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 408 ss.; A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 37 ss.; E. GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette: fattispecie e rimedi*, Giuffrè, Milano 2010; F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 1117 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: funzionamento e sintesi della disciplina delle pratiche scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 685 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Le pratiche commerciali scorrette: disciplina dell'atto o dell'attività?*, in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di P. Barucci, C. Rabitti, Giappichelli, Torino 2010, II, p. 1221 ss.; P. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali scorrette: profili civilistici*, Liguori, Napoli 2009; A. GIANOLA, *Pratiche negoziali sleali*, in *Dig. disc. priv. (sez. civile)*, Agg., 2009, p. 381 ss.; R. CALVO, *Art. 18-26*, in *Codice del consumo (annotato con la dottrina e la giurisprudenza)*, a cura di E. Capobianco, G. Perlingieri, Esi, Napoli 2009, p. 65 ss.; A. CIATTI, *Art. 27, ibi*, p. 97 ss.; *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini, L. Rossi Carleo, Giappichelli, Torino 2009, con contributi sulle pratiche commerciali di M. Rabitti, C. Solinas, C.A. Pratesi *et al.*; C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 775 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Le*

settori regolati⁵.

In particolare, la disposizione individua un criterio generale di ripartizione preventiva, stabilendo la competenza dell'AGCM nell'ipotesi in cui il comportamento del professionista, contrario alla regolazione di settore, costituisca una pratica commerciale scorretta, e *de residuo* la competenza delle singole Autorità di settore⁶.

pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, p. 1057 ss.; M. DONA, *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel codice del consumo*, Utet, Torino 2008; *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione ed impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. Genovese, Cedam, Padova 2008; A. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 762 s.; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 477 ss.; E. BATTELLI, *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *Contr.*, 2007, p. 1113 s.; E. BARGELLI *et al.*, *Le 'pratiche commerciali sleali' tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino 2007; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 44 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, p. 777 ss.; A.M. MANCALEONI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità*, in *Dir. tur.*, 2007, p. 345 s.; F. MASSA, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. giur.*, Roma 2007; *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini, L. Rossi Carleo, Giuffrè, Milano, 2007; L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo, S. Mazzamuto, Giuffrè, Milano 2007, t. III, p. 439 ss.; *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, (eds.) G. Howells, H.W. Micklitz, T. Wilhelmsson, Ashgate 2006; J. STUYCK, E. TERRY, 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, p. 107 ss.

Sugli orientamenti in materia di pratiche commerciali scorrette dell'Autorità garante cfr.: N. ZORZI, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 433 ss.; mentre su quelli della giurisprudenza: M. LIBERTINI, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 884 ss.

⁵ È rilevante al riguardo evidenziare come il d.lgs. n. 21/2014, contestualmente disponga, con l'art. 1, comma 7, l'abrogazione dell'art. 23, co. 12, *quinquiesdecies del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135*, norma con la quale si era tentata una prima risposta ai rilievi comunitari.

⁶ In specie la novella legislativa individua ora, diversamente dal passato, un 'criterio gene-

Le Autorità di settore sono chiamate ad accertare la violazione della disciplina di regolazione nello specifico settore solo nell'ipotesi in cui il comportamento non costituisca una pratica commerciale scorretta⁷ o con altre parole «le violazioni della regolazione che non comportano pratiche commerciali scorrette restano di competenza dell'Autorità di settore»⁸.

La norma accorda così prevalenza⁹ all'accertamento delle pratiche commerciali scorrette da parte dell'AGCM rispetto alla analoga attività svolta da parte delle altre Autorità di regolazione nei rispettivi settori, in modo da garantire che un medesimo comportamento, pur integrando una doppia violazione, non riceva una doppia sanzione¹⁰.

Analogamente, l'art. 66, commi 2 e 3, c. cons. regola la competenza dell'Autorità antitrust in materia di diritti dei consumatori.

rale di ripartizione preventiva' tra la competenza dell'AGCM e quella delle altre Autorità di settore, con la previsione di una fase consultiva (con la richiesta di un parere obbligatorio) che coinvolge l'autorità di regolazione settoriale in caso di avvio di un procedimento per pratiche commerciali scorrette nel settore da essa presidiato. Cfr. S. PERUGINI, *I 'nuovi' strumenti di intervento dell'AGCM*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 44 s.

⁷ Per un'analisi critica: G. NAVA, *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcom e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?* in *www.dimt.it*, 2014, n.1 (ultimo accesso 19.12.2016).

⁸ Cfr. G. MEO, *Antitrust e Autorità di settore. Evoluzione in tema di riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, vol. II, Giuffrè, Milano 2015, p. 1103, spec. p. 1105.

⁹ Così S. PERUGINI, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, in *Giustiziacivile.com*, 21 maggio 2014, p. 13 ss. spec. p. 20; Assonime, *Il recepimento dei diritti sui consumatori*, circolare n. 19 del 3 giugno 2014, 61. Dubbioso 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 *www.dimt.it*, 2014, n. 1 (ultimo accesso 19.12.2016).

¹⁰ Sul tema M.A. SANDULLI, *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni antitrust*, in *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di P. Barucci, C. Rabitti Bedogni, vol. I, Giappichelli, Torino 2010, p. 449 ss. Cfr., peraltro, in materia, i protocolli d'intesa siglati, tra il 20 e il 31 ottobre 2014, dall'AGCM con le diverse Autorità di settore per assicurare un efficace coordinamento tra le stesse nella tutela del consumatore e per dare concreta e puntuale attuazione alle novità introdotte dal d. lgs. 21/2014. In particolare, detti protocolli d'intesa sono stati conclusi dall'AGCM, rispettivamente, con l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, con la Banca d'Italia, con l'Autorità di regolazione dei trasporti (tutti reperibili all'indirizzo www.agcm.it) (ultimo accesso 19.12.2016).

Dal punto di vista dei rimedi, in particolare, il d.lgs. n. 21 del 2014 rafforza una tutela amministrativa dei diritti dei consumatori di tipo collettivo e successivo (che si aggiunge a quella più propriamente privatistica), mediante l'attribuzione della competenza¹¹ ad applicare la nuova disciplina sui diritti dei consumatori all'Autorità Antitrust (AGCM) che, in sede di *public enforcement*, è chiamata ad esercitarla con poteri di accertamento, inibitori e sanzionatori analoghi a quelli previsti in materia di pratiche commerciali scorrette (art. 66, co. 3, cod. cons.).

Secondo il comma 2 dell'art. 66 c. cons., come modificato dal d.lgs. 21/2014, l'Autorità Antitrust: «*d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, accerta le violazioni delle norme di cui alle Sezioni da I a IV del presente Capo, ne inibisce la continuazione e ne elimina gli effetti*».

2. Consolidamento del principio di complementarità tra tutela amministrativa dei consumatori e diritto antitrust

La novella, interpretata nel suo impatto sistematico, sancisce così 'apparentemente in via definitiva' la scelta del principio di 'unitarietà nella tutela amministrativa dei consumatori'¹², in termini di 'complementarità con il diritto antitrust'¹³.

¹¹ Sulla chiave di lettura del dibattito amministrativo su questo tema, per tutti, si rinvia al contributo di L. TORCHIA, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, cit., p. 958, la quale all'insegnamento di M.S. GIANNINI (*Diritto amministrativo*, Milano 1970, I, 221 ss.) secondo il quale la competenza è la «misura dell'esercizio dell'attribuzione», aggiunge che «la neutralità rispetto agli interessi in gioco è la misura dell'indipendenza».

¹² Perplessità in passato sono state espresse da G. GUIZZI, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 1133. Secondo V. RICCIUTO, *Le pratiche commerciali scorrette nella contrattazione a distanza*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, p. 1 ss., invece «L'intervento del legislatore si è mosso nell'ottica di 'consolidare il ruolo dell'Autorità Antitrust' attraverso l'adesione al modello che si fonda sul principio di unitarietà nella tutela amministrativa dei consumatori, riconoscendo alla stessa competenza ad occuparsi di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati» (p. 11).

¹³ A. GENOVESE, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*, in *AIDA*, 2008,

D'altronde, il contratto stipulato tra soggetti che agiscono in un mercato non può essere più pensato solo come il mero accordo tra due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale, ma è concepito come atto che si inserisce in un'attività economica sottoposta alle regole del mercato¹⁴.

Va subito osservato che tale questione non ha ragion d'essere per la materia dei servizi finanziari e dei trasporti, in quanto tali settori sono espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva sui diritti dei consumatori, mentre essa assume rilevanza in particolare per due Autorità diverse: l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e l'Autorità per l'Energia Elettrica, il gas e i servizi idrici¹⁵.

pp. 297-303; M. SIRAGUSA, F. CARONNA, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Antitrust*, in *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela* (relazione al convegno), 29 gennaio 2010, in www.agcm.it. (ultimo accesso 19.12.2016); V. MINERVINI, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato quale autorità di tutela del consumatore: verso una nuova forma di regolazione dei mercati*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, p. 1141 ss.

Sul potenziale differente esito della valutazione del giudice sul contratto e di quella dell'Autorità chiamata a sindacare la pratica commerciale nella quale si inserisce il suddetto contratto, cfr.: V. RICCIUTO, *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia*, a cura di R. Di Raimo, V. Ricciuto, Esi, Napoli 2006, p. 337 ss.

¹⁴ V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e funzionalizzazione del contratto*, in AA. Vv., *Studi in Onore di Giuseppe Benedetti*, Esi, Napoli 2008, p. 1611 ss.

¹⁵ Nel settore dell'energia, senza scendere troppo nei dettagli, deve osservarsi che anche in questo caso la regolamentazione conteneva norme divergenti rispetto a quanto previsto dalla nuova normativa sia in tema di requisiti formali nei contratti a distanza (art. 51, comma 6, c. cons) e negoziati fuori dai locali commerciali (art. 50, comma 2, cod. cons.) sia rispetto a quanto previsto in materia di fornitura non richiesta (66-*quinquies* cod. cons.); cfr. F. LONGOBUCCO, *Dal contratto che non c'è alla contrattazione illegittima: la fornitura di servizi non richiesti nel settore dell'energia*, in *Riv. dir. impr.*, 2013, p. 141 ss. Ecco perché si è reso necessario, in ragione delle modifiche al Codice del consumo e al Codice di condotta commerciale, apportare tramite la deliberazione 6 giugno 2014 266/2014/r/com «Adeguamento, al decreto legislativo 21/2014, del codice di condotta commerciale e di altre disposizioni relative alla tutela dei consumatori», nuove e transitorie previsioni, relativamente ai soli clienti finali domestici, in sostituzione di parte delle misure preventive di cui alla deliberazione 153/2012/R/com, confermando altresì, per i clienti finali diversi dai clienti domestici, le previsioni già vigenti. E poiché, come previsto dall'articolo

Si può quindi osservare che se la modifica dell'art. 27 c. cons. ha *prima facie* dato risposta al problema della competenza amministrativa per le pratiche commerciali scorrette, residua invece ancora qualche incertezza in alcuni settori regolati per l'applicazione delle nuove norme sui diritti dei consumatori nei contratti.

L'affidamento delle competenze all'Antitrust fa interrogare l'interprete più sensibile sulla possibilità che anche in questa materia possa in qualche misura verificarsi un conflitto di competenze con altre autorità settoriali, così come avvenuto per le pratiche commerciali scorrette e specialmente nei richiamati settori delle comunicazioni elettroniche e dell'energia¹⁶.

Anche rispetto a tale ipotesi, il vero nodo della questione attiene alla relazione che corre sul piano sostanziale tra la disciplina dettata dal Codice del consumo e le eventuali discipline settoriali specifiche.

In riferimento alla posizione degli utenti consumatori, quali operatori non professionali, difatti, preliminarmente occorre fissare i rapporti tra la parte generale del contratto (specialmente in punto di conclusione e modifica del regolamento negoziale) e la normativa recata rispettivamente dal Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) e dai Codici settore, quale ad esempio quello del Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259).

46 c. cons., in accordo alla nuova formulazione apportata dal decreto legislativo 21/14, le disposizioni delle Sezioni da I a IV del Capo I del titolo III della parte III del Codice del consumo «in materia di diritti dei consumatori nei contratti» si applicheranno a qualsiasi contratto tra professionista e consumatore, inclusi i contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento, anche da parte di prestatori pubblici, nella misura in cui detti beni siano forniti su base contrattuale, le ricordate previsioni troveranno pertanto applicazione a tutti gli esercenti la vendita di energia elettrica e gas naturale ai clienti finali domestici. Con l'avvertenza che il comma 3 del medesimo art. 46 prevede che le disposizioni delle predette Sezioni del Codice del consumo non impediscono ai professionisti di offrire ai consumatori condizioni contrattuali più favorevoli rispetto alla tutela prevista da dette disposizioni.

¹⁶ Così A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai 'codici di settore' (muovendo dal confronto tra nuovo contratto e modificazione del regolamento contrattuale nel codice del consumo e nel codice delle comunicazioni elettroniche)*, in *www.judicium.it* (ultimo accesso 19.12.2016) e in *Scritti in onore di Gambaro*, p. 22, il quale evidenzia come nelle reciproche interferenze, i rapporti tra il Codice del consumo e gli altri codici di settore siano governati dal principio di specialità.

Tra la disciplina codicistica e quella delineata dai codici di settore non è configurabile un (mero) rapporto di genere a specie¹⁷.

Ecco perché allo stesso tempo occorre chiedersi¹⁸ se in chiave di specialità possa leggersi il rapporto reciproco tra le fattispecie disegnate nei codici di settore *oppure* se autenticamente speciale debba qualificarsi solo il rapporto con la norma generale, mentre quelle di settore si pongono come egualmente speciali in quanto 'al pari' derogatorie alla regola del Codice civile, così da poter 'parimenti' concorrere a disciplinare un medesimo fatto¹⁹.

Dal canto suo, il legislatore comunitario, all'art. 4 della Direttiva 2011/83/UE, rubricato «livello di armonizzazione»²⁰, in definitiva, non solo, ha sancito la disapplicazione (o quantomeno l'abrogazione implicita) delle disposizioni nazionali vigenti contrastanti con il dettato della Direttiva, ma ha anche precluso l'adozione da parte del legislatore nazionale di nuove disposizioni che disciplinino in modo divergente fattispecie per le quali la direttiva introduce un livello di armonizzazione completa e ciò anche nell'ipotesi in cui garantiscano un livello di tutela più elevato.

Il legislatore italiano, coerentemente, favorendo l'adozione in ambito consumeristico di strumenti di carattere collettivo e pubblicistico (si pensi all'attribuzione all'Autorità Antitrust, della tutela amministrativa delle clauso-

¹⁷ Sul tema L. ROSSI CARLEO, *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano 2005, 67 ss. Nel merito A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai 'codici di settore'*, cit., p. 6.

¹⁸ Come autorevolmente fanno alcuni Autori: A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai 'codici di settore'*, cit.; T. DALLA MASSARA, *Articolo 135 c. cons.: per una sistematica dei rimedi in tema di vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 123 ss.

¹⁹ Con particolare riferimento al rapporto tra Codice del consumo e altre discipline settoriali, cfr.: E. MINERVINI, *Codice del consumo*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ., Aggior.* III, 2007, p. 182 ss., spec. p. 187 ss.; F. ADDIS, *Il 'codice' del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obblig. Contr.*, 2007, p. 872 ss.; N. IRTI, *'Codici di settore': compimento della 'decodificazione'*, in *Dir. e società*, 2005, p. 131 ss.

²⁰ La Direttiva nell'art. 4, rubricato «livello di armonizzazione», stabilisce che: «Salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati Membri non mantengono e non adottato nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso».

le vessatorie) ha condiviso l'opportunità di concentrare in un unico soggetto²¹ il controllo amministrativo su discipline di carattere generale e non settoriale caratterizzate da un regime comunitario di completa armonizzazione²².

Il mantenimento o l'adozione di disposizioni divergenti da quelle ivi stabilite nel diritto nazionale è consentito allora solo dove esplicitamente previsto.

Il legislatore Italiano, recependo il citato art. 4, con la formulazione dell'attuale art. 46, co. 2, c. cons. (integralmente sostituito in seguito all'attuazione della Direttiva)²³, sul punto, consente così di chiarire che le 'disposizioni settoriali specifiche' prevarranno sulle disposizioni di attuazione della direttiva in questione solo in quanto posseggano lo 'status di norme dell'Unione Europea' e dunque, sul piano interno, lo 'status di norme nazionali' che 'recepiscono' norme dettagliate dell'Unione Europea (c.d. norme di derivazione comunitaria 'diretta').

Tale scelta risponde anche all'esigenza di evitare risvolti interpretativi che portino, così come accaduto proprio in materia di pratiche commerciali scorrette, a considerare prevalenti disposizioni nazionali di derivazione comunitaria 'indiretta'.

Si impone così una interpretazione di tipo 'teleologico'²⁴, secondo la quale l'armonizzazione massima delle regole del mercato unico è posta non già a tutela dei diritti dei consumatori in sé per sé considerata, ma a tutela

²¹ *Ex multis*: E. MINERVINI, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 563 ss.; E. BATTELLI, *L'intervento dell'Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, in *Eur. dir. priv.*, Milano, 2014, p. 207 ss.; e in una prospettiva di diritto privato europeo: M.R. MAUGERI, *Il controllo delle clausole abusive nei contratti fra imprese: dal modello delineato nei §§ 305 ss. del BGB a quello della CESL*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 109 ss.

²² S. PERUGINI, *I 'nuovi' strumenti di intervento dell'AGCM*, cit., p. 44 s..

²³ Nel Codice del consumo, l'art. 4 della Direttiva è riprodotto all'art. 46, co. 2, c. cons. il quale stabilisce che «In caso di conflitto tra le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo e una disposizione di un atto dell'Unione europea che disciplina settori specifici, quest'ultima e le relative norme nazionali di recepimento prevalgono e si applicano a tali settori specifici».

²⁴ In termini analoghi cfr. S. PAGLIANTINI, *Tutela in base ad altre disposizioni (Art. 67 Codice del consumo)*, in *La riforma del codice del consumo. Commentario al D.lgs. n. 21/2014*, a cura di G. D'amico, Cedam, Padova 2015, p. 435 ss. spec. p. 446.

del consumatore quale ‘elemento’ del mercato necessario e presupposto per garantirne il corretto funzionamento e per stimolare la concorrenza tra imprese in un contesto regolatorio che sia equivalente in tutti gli Stati membri²⁵. Ciò al fine di ‘imporre’ all’interprete e al legislatore nazionale, così come alle autorità di regolazione e vigilanza, un’interpretazione tassativa delle regole (di derivazione) comunitarie²⁶.

3. *Regole generali e regole di settore*

L’indicazione che si desume dal ragionamento svolto e dalla citata previsione di cui all’art. 46, co. 2, c. cons. è che le nuove regole sui diritti dei consumatori si configurano alla stregua di regole generali che soccombono di fronte a regole speciali o di settore, solo a due condizioni: 1) ci deve essere conflitto, cioè antinomia, contrasto insuperabile a livello interpretativo; 2) le regole speciali (oggetto dell’antinomia) devono essere attuative di norme comunitarie.

Da ciò ne discende che, le ‘disposizioni settoriali specifiche’ in grado di prevalere sulle ‘disposizioni in materia di diritti dei consumatori introdotte dalla novella’, sono solo e unicamente le ‘disposizioni nazionali che riproducono disposizioni settoriali dell’Unione Europea’ e che disciplinano in modo divergente le fattispecie contemplate dagli artt. 45-65 c. Cons. (in specie quelle di armonizzazione minima)²⁷.

Se poi si nota come le principali norme di armonizzazione minima riguardano gli obblighi informativi prescritti per i contratti diversi dai contratti a distanza e dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e, con alcune eccezioni, in tema di commercio elettronico e di contratti di servizi, rimane aperta la questione se la facoltà di incremento della tutela informativa debba essere esercitata (a) dal legislatore in sede di attuazione o mediante

²⁵ R. DI RAIMO, *La nuova disciplina della pubblicità commerciale*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, cit., p. 480 s., spec. p. 483, evidenza come i diversi interessi dei destinatari (consumatori – e microimprese – e professionisti) sono assorbiti dal prevalente e unitario interesse che la disciplina in esame intende tutelare, ossia quello del corretto funzionamento del mercato concorrenziale.

²⁶ A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai ‘codici di settore’*, cit., p. 10.

²⁷ S. PERUGINI, *I ‘nuovi’ strumenti di intervento dell’AGCM*, cit., p. 52.

successive previsioni di rango legislativo aventi portata generale, oppure (b) in taluni casi, possa essere esercitata direttamente anche dalle Autorità di settore nell'ambito del potere regolamentare loro riconosciuto dalla legge.

Le 'Autorità di settore' rimangono, così, competenti ad accertare le 'violazioni settoriali nazionali'²⁸ che: (1) non riguardano le fattispecie armonizzate dal d.lgs. n. 21 del 2014 e (2) non costituiscono pratiche commerciali scorrette.

Ed anche questo sembra essere un aspetto importante.

Quel che sembra, in linea generale, è che per effetto del recepimento della direttiva 2011/83 dell'Unione Europea, sotto il profilo sostanziale, la regolamentazione di settore nazionale e/o di derivazione comunitaria indiretta sembra subire un ridimensionamento.

Il modello di coordinamento tra i diversi strumenti di *public enforcement*, che discende dalla novella legislativa, si presenta, dunque, funzionale al raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla *Direttiva Consumer Rights*, dichiaratamente finalizzata, mediante l'approccio di sostanziale armonizzazione massima, ad aumentare la certezza giuridica per tutti gli operatori del mercato, in quanto contribuisce a garantire, anche sul 'piano dei rimedi'²⁹, l'efficacia della tutela per i consumatori e la certezza

²⁸ Sulla competenza dell'AGCM e sul rapporto con eventuali competenze attribuite ad altre autorità di settore, cfr., tra gli altri, M. CLARICH, *Le competenze delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 688 ss. Da ultimo v. M. ANGELONE, *Regolazione "indipendente" del mercato e "conformazione in chiave protettiva" del contratto*, in *Riv. dir. impr.*, 2016, p. 103 ss.

²⁹ Il rimedio ha una funzione squisitamente di tutela di interessi e non può essere confuso né con la norma che attribuisce e disciplina il diritto né con quella che commina una sanzione a carico del trasgressore. I rimedi costituiscono, dunque, un 'piano mobile' di strumenti deputati funzionalmente alla tutela del singolo che si assume leso nella sua posizione giuridica – diritto o, soprattutto, interesse – cfr. S. MAZZAMUTO, *Rimedi specifici e responsabilità*, Iseg Gioacchino Scaduto, Perugia 2011, p. 22, e, più in generale, A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, I, Jovene, Napoli, 1989, p. 11 ss.; ID., *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano 2003, p. 344 ss., p. 360 ss.; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 341 s.; U. MATTEI, *I rimedi*, in *La parte generale del diritto*, 2, *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2001, p. 107 s.; D. MESSINETTI, *Processi di formazione della norma e tecniche 'rimediali' della tutela giuridica*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia* (Convegno di studi in onore di Angelo Falzea), a cura di V. Scalisi, Giuffrè, Milano 2004, p. 209 s., ID., *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa dir. priv.*,

per le imprese che un medesimo comportamento non riceva una duplice sanzione.

4. *Sul corretto modo di intendere la concorrenza di competenze tra Antitrust e Autorità di settore*

A rigore, di antinomia è corretto parlare soltanto nei casi in cui vi sia da un lato, sovrapposizione tra fattispecie normate dal Codice di consumo da disciplina settoriale esterna e dall'altro, identità di 'bene protetto' da due differenti apparati sanzionatori.

Non basta che lo stesso fatto sia preso a base di due norme di disvalore e conseguente sanzione, occorre che da entrambe le norme quel fatto sia ritenuto illegittimo in quanto lesivo di un identico bene della vita protetto da entrambe.

Se, invece, lo stesso fatto venisse avversato da due discipline in quanto lesivo anche di beni diversi, protetti dall'una e non (almeno non identicamente) dall'altra, allora non vi sarebbe identità di fattispecie tra le due discipline. 'Fatto' e 'fattispecie' non coincidono.

Se un identico fatto è assunto a fondamento di due diverse fattispecie, non si ha né identità di disciplina né si pone, perfino in astratto, un problema di concorrenza di competenza tra le Autorità, avendo l'una competenza su una fattispecie, l'altra su una fattispecie diversa³⁰.

Del resto, più di un dubbio è legittimo nutrire sull'equipollenza della tutela dei consumatori di cui al Codice del consumo e della tutela degli utenti sottesa ai diversi legislazioni speciali o codici di settore.

Si pensi al Codice delle comunicazioni elettroniche in cui l'utente è primariamente riguardato dal punto di vista delle sue prerogative personali, invece che come destinatario di un'azione economica, con la giustap-

2005, p. 605 ss. e ID., *La sistematica rimediale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 15 ss. e anche in *Le tutele contrattuali e il diritto privato europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. Mazzamuto, Jovene, Napoli 2012, p. 103 ss. Il dibattito sui rimedi si è recentemente arricchito con la *Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*. Il Capo XI della Proposta è interamente dedicato ai rimedi esperibili dal compratore distinguendo tra quelli propri del consumatore e quelli del compratore-professionista.

³⁰ G. MEO, *Antitrust e Autorità di settore. Evoluzione in tema di riparto di competenze in materia di pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 1111.

posizione e non l'assorbimento della sua posizione di contraente in quella di soggetto avente diritto a un servizio indispensabile per l'esercizio delle proprie libertà costituzionalmente garantite.

La conclusione che può trarsi dal ragionamento svolto è dunque che, sul piano normativo, nonostante significative innovazioni e l'ingresso della tutela dei consumatori, con diversa portata, in più di una disciplina settoriale, dal punto di vista degli assetti istituzionali in tema di pratiche commerciali scorrette nulla autorizzi a modificare il modello di coordinamento, consolidatosi con la novella di derivazione europea, che vede dotata di competenza generale l'Antitrust.

5. Osservazioni finali

Un'ultima annotazione, strettamente connessa a quella appena espressa.

Le nuove previsioni si inscrivono in un contesto normativo nel quale è andato via via assumendo crescente importanza il tema del rapporto tra tutela del mercato concorrenziale e rispetto delle regole che assicurino 'equilibrio' ma anche 'correttezza'³¹ ed 'equità' negli scambi (diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti testualmente riconosciuti dalla lett. e, dell'art. 2, comma 2, c. cons.) da attuarsi attraverso la promozione di condizioni di trasparenza informativa, a salvaguardia della libertà di scelta dei consumatori³², anche sotto il profilo dell'*actio finium regundorum* tra le attribuzioni delle diverse autorità amministrative di regolazione e di garanzia³³.

³¹ G. ALPA, *La disciplina della concorrenza e la correttezza nell'attività commerciale*, in *Econ. e diritto del terziario*, 2002, p. 359 ss.; E. BONELLI, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, p. 57 ss.

³² Cfr. A. GENOVESE, *L'enforcement e le tutele*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. Genovese, Cedam, Padova 2008, p. 209 ss.

³³ A. ARGENTATI, *Commercio on line, nuovi diritti per i consumatori e ruolo dell'autorità amministrativa*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, p. 21 e spec. p. 28, che richiama sul punto S. MEZZACAPO, *Illiceità delle clausole 'abusive' (tra presidi di 'giustizia negoziale' e tutela amministrativa del 'mercato')*, in *I contratti dei risparmiatori*, a cura di F. Capriglione, Giuffrè, Milano 2013, 115 ss. e secondo la quale: «In particolare, si è assistito ad una crescente attenzione prestata dal legislatore verso strumenti e rimedi giuridici idonei non solo all'indi-

E ciò non solo nei confini della tradizionale tutela consumeristica, ma come è noto anche nei rapporti tra imprese (si ponga mente da ultimo all'art. 62 del d.l. n. 1/2012 che ha introdotto una disciplina speciale dei contratti e dei rapporti commerciali nella filiera agroalimentare)³⁴.

Tramite la regolazione dell'attività di chi offre beni e servizi agli altri operatori, e in special modo al soggetto economico più esposto, ossia il consumatore e la micro-impresa, l'ordinamento regola il corretto funzionamento del mercato in ottica concorrenziale³⁵, o meglio, stabilisce una disciplina di strutturazione e di conseguente protezione del mercato interno³⁶.

Il corpo normativo in esame costituisce il naturale completamento della regolazione del mercato³⁷ realizzata nell'ottica preferenziale del contratto, inteso non già come atto negoziale bensì come relazione contrattuale³⁸, in cui maggiormente si manifesta il confronto asimmetrico tra professionista e consumatore ovvero tra professionista 'forte' e professionista 'debole'³⁹.

viduazione dei requisiti dell'agire lecito negoziale rispetto a parametri estrinseci e formali, ma anche sotto il profilo sostanziale dell'equilibrio negoziale e dell'equo bilanciamento di diritti ed obblighi (e della correttezza)».

³⁴ A. ARGENTATI, *Il controllo del potere di mercato nella filiera agroalimentare tra efficienza ed equità*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2014, p. 2 ss.

³⁵ Sul tema cfr. A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri, A. Zoppini, Laterza, Bari 2008, p. 18 s., il quale osserva che, al centro della considerazione del legislatore antitrust, non si colloca il profilo della validità del contratto (i.e., il raffronto formale tra fattispecie e paradigma normativo), ma quello della sua efficacia, ossia gli effetti che un'attività economica determina sugli equilibri del mercato.

³⁶ Se dunque la *ratio* della disciplina europea dettata in materia di pratiche commerciali scorrette consiste nel garantire il corretto funzionamento del mercato, si può ritenere corretto affermare che tale disciplina «è intesa ad assicurare una tutela preventiva e generale delle pre-condizioni di negoziabilità dei contratti e degli atti di esercizio dei diritti contrattuali dei consumatori, a fronte della valutazione dell'esistenza di circostanze ostacolanti consistenti nelle pratiche commerciali sleali o scorrette largamente diffuse nel mercato»: S. ORLANDO, *Le informazioni*, Cedam, Padova 2012, p. 150. In generale sul tema, tra i primi, G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.

³⁷ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e imp.*, 2009, p. 81.

³⁸ E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, cit., p. 695.

³⁹ L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2010, p. 102 s.

A livello più generale, è evidente l'intento del legislatore di «ricostruire il tessuto connettivo tra le isole regolamentari della disciplina dei consumatori» (contenute anche nei diversi Codici di settori) e lo sforzo profuso nel risolvere, ove possibile, le disarmonie normative, migliorando l'organicità e la coerenza del sistema interna⁴⁰.

In definitiva, nella possibilità di sviluppare prassi applicative (si pensi al *Codice di condotta commerciale nel mercato dell'energia e del gas*)⁴¹ che coniughino, specie tramite strumenti di autoregolamentazione, la protezione dei consumatori con la promozione dell'efficienza economica, risiede il valore aggiunto che le singole Autorità, oggi più di ieri, si auspica, potranno fornire in questa materia. Un compito impegnativo, ma anche necessario.

⁴⁰ A. ARGENTATI, *Commercio on line, nuovi diritti per i consumatori e ruolo dell'autorità amministrativa*, cit., p. 40.

⁴¹ L'Autorità ha già da tempo adottato il Codice di condotta commerciale, dettando, in accordo alle previsioni del Codice del consumo e delle direttive comunitarie in materia energetica di volta in volta succedutesi, le regole che gli esercenti la vendita di energia elettrica e/o gas naturale devono osservare nei loro rapporti commerciali con i clienti finali (clienti domestici e piccole e medie imprese). Le previsioni del Codice di condotta commerciale costituiscono le regole operative necessarie per dare attuazione alle norme comunitarie riguardanti il comparto energetico e dettagliano, al contempo, previsioni generali del Codice del consumo; pertanto, esse non sono sostitutive o, tantomeno, abrogative di queste ultime e talvolta si milita a riprodurle.

