

PRESENTA



La Giustizia (particolare) - Opera del pittore Andrea Claro per Consumers' Forum

Consumerism 2010. Terzo rapporto annuale.

IN COLLABORAZIONE CON

CONSUMERS' FORUM
e
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE

presentano

CONSUMERISM
TERZO RAPPORTO ANNUALE
(2010)

INDICE

Il Consumatore: una protezione in progress (<i>M. Sandulli</i>)	p. 5
SEZIONE I	
AUTORITÀ INDIPENDENTI E TUTELA DEL CONSUMATORE	
1. Le novità legislative nel diritto italiano e nel diritto comunitario (<i>L. Rossi Carleo</i>)	p. 13
2. Autorità amministrative indipendenti e tutela dei consumatori: innovazioni e problematiche attuali (<i>P. Lazzara</i>)	p. 18
3. Il coordinamento tra la competenza generale della autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pratiche commerciali scorrette e la competenza delle autorità di settore: i primi orientamenti della giurisprudenza amministrativa (<i>L. Minervini</i>)	p. 28
SEZIONE II	
LE ASSICURAZIONI	
La responsabilità civile per la circolazione di auto: le pratiche di “cartello” e i poteri delle autorità indipendenti (<i>M. Padellaro – A. Muselli</i>)	p. 36
SEZIONE III	
I SERVIZI BANCARI E FINANZIARI	
1. Il credito al consumo: il recente recepimento della direttiva comunitaria (<i>A. Liguori</i>)	p. 50
2. La commissione di massimo scoperto nei rapporti di conto corrente bancario (<i>M. Moramarco</i>)	p. 67
3. Commercializzazione a distanza dei servizi finanziari (artt. 67bis- 67vicies bis cod. cons.) (<i>L. Reali</i>)	p. 86
4. Negoziazione di titoli di Stato estero e derivati (<i>S. Arena - A. Sacco Ginevri</i>)	p. 107

5.	Le agenzie di rating (<i>A. Sacco Ginevri</i>)	p. 121
6.	L'Arbitro Bancario Finanziario (<i>A. Ingenito</i>)	p. 134
7.	La camera di conciliazione presso la Consob: un nuovo strumento di accesso alla giustizia per l'investitore (<i>L. Minervini</i>)	p. 154
8.	Conciliazione e <i>class action</i> (<i>P. Bartolomucci</i>)	p. 163
9.	L'informazione nel collocamento dei prodotti finanziari (<i>F. Bassi</i>)	p. 174
SEZIONE IV		
I TRASPORTI		
	I problemi aperti nei trasporti per terra, mare ed aria (<i>C. Di Sario-C. Vadalà</i>)	p. 201
SEZIONE V		
L'ENERGIA		
	Le novità nella disciplina del settore dell'energia (<i>T.A. D'Andria</i>)	p. 224
SEZIONE VI		
LE TELECOMUNICAZIONI		
	Le comunicazioni elettroniche: l'ulteriore tassello di una riforma permanente (<i>F. Bassan</i>)	p. 241
SEZIONE V		
LA PRIVACY		
	Tutela dei dati personali nei rapporti di consumo (<i>D. Spagnuolo - F. Gervasio</i>)	p. 260
	Gli Autori	p. 272

IL CONSUMATORE: UNA PROTEZIONE IN *PROGRESS*

(Michele Sandulli)

Ho titolato questa breve introduzione: “il consumatore, una protezione in *progress*”. Titolo che traduce una realtà a due facce: il consumatore è un cittadino per il quale è necessaria una protezione da parte dell’ordinamento nazionale e sovranazionale; il nostro ordinamento sta facendo progressi in questa direzione.

Questo è il terzo rapporto annuale, frutto della collaborazione tra l’Università di Roma Tre e Consumers’ Forum, che si propone di rappresentare in un panorama complessivo, anche se certamente non completo, quelle che sono state le problematiche consumeristiche che l’Ordinamento, le Autorità garanti, la giurisprudenza hanno affrontato nel 2009 e nella prima metà del 2010.

In detto periodo, caratterizzato anche da una efficace presenza delle Associazioni dei consumatori, il legislatore è intervenuto con una serie di atti normativi o spontanei o in attuazione di direttive comunitarie; le Autorità garanti, in linea di massima, hanno manifestato ulteriore sensibilità per i temi che vedono coinvolti i consumatori (anche se, talvolta, non in via esclusiva), e la giurisprudenza sia ordinaria che amministrativa ha avuto occasione di pronunciarsi con decisioni significative, su temi di interesse consumeristico.

Una valutazione di insieme conferma il *trend* degli anni passati, con una sempre più ampia potestà di intervento in capo alle Autorità indipendenti. Infatti, alla produzione legislativa segue un’ampia delegificazione/amministrativizzazione del diritto, che si manifesta negli ordinamenti sezionali con una intensa opera interpretativa condotta dalle Autorità, attraverso istruzioni, circolari, raccomandazioni, risposte a quesiti ecc.. Ovviamente tali interpretazioni assumono sovente peso non marginale nelle decisioni della giurisprudenza.

Questa tecnica, se da una parte fornisce strumenti di indirizzo per gli operatori, agevolando il corretto svolgimento dell’attività di impresa, dall’altro in qualche modo resta condizionato prevalentemente dalle iniziative assunte dai professionisti e dalle loro esigenze.

Da ciò, l’opportuno sviluppo che sta assumendo il dialogo tra le Autorità garanti e le Associazioni dei consumatori, dove vengono focalizzate più specificamente le aree di intervento, là dove meno sviluppata è la cultura consumeristica.

Quindi, le Autorità indipendenti, da una parte, assumono una veste regolatoria, dove l’indipendenza induce ad assicurare adeguata valutazione della posizione del soggetto più debole del rapporto, in una prospettiva di riequilibrio, e dall’altra, le funzioni di

osservatorio del panorama operativo e quindi, anche, ove necessario, di sollecitazione per il potere legislativo.

L'interesse del consumatore, ma direi del sistema economico nel suo complesso, è che si vada verso comportamenti del professionista che rispondano ai criteri della correttezza, buona fede e lealtà, quali attributi assunti come doverosa caratterizzazione dell'attività di impresa, dall'art. 39 del Codice del Consumo. Quindi, giustamente, le Autorità devono primariamente operare sul piano della *moral suasion*, come ricordava qualche giorno fa, il Presidente Catricalà, come strumento per conseguire un comportamento corretto, considerando il momento sanzionatorio come una sorta di sconfitta, salvo che ci si sia scontrati con operatori dolosamente e premeditatamente prevaricatori. Quindi regolazione, vigilanza attiva e prevenzione dovrebbero costituire gli strumenti per realizzare quei progressi nella concreta attuazione della disciplina, quale disegnata da un legislatore che sia attento (anche) ai problemi dei consumatori. Peraltro, se la prevenzione e la persuasione non hanno successo, dovrà restare ferma la minaccia (e, al caso, l'attuazione) di un'adeguata sanzione.

Ovviamente, la strada è ancora lunga; vanno apportati correttivi rispetto a scelte del passato che ne mostrano chiara esigenza.

Nel rapporto, forse primario, tra concorrenza e posizione del consumatore assume rilievo la struttura del mercato nei diversi settori. Così, con riferimento alle privatizzazioni, in alcuni settori, di fatto, non c'è stata una liberalizzazione, avendo assistito a concentrazioni nazionali senza che si rilevino effetti benefici della presenza di concorrenti esteri, come per le banche o le assicurazioni; dove c'è stata la liberalizzazione (come nelle telecomunicazioni), dopo un primo periodo di confusione, oggi i consumatori incominciano a godere di qualche beneficio.

Dall'altra parte va sottolineata l'esigenza di concorrere all'educazione ed alla consapevolezza del consumatore, il quale non dovrebbe perpetuarsi come un soggetto eternamente "assistito".

Qui, però, la possibilità del successo sembra abbastanza scarsa. Infatti c'è uno scontro impari tra chi ha la funzione di educare e chi lavora per diseducare, cioè per ridurre la capacità critica del consumatore, suggestionandolo, piuttosto che informandolo, attraverso la pubblicità.

Forse proprio questo è uno degli aspetti del rapporto professionista- consumatore su cui appare necessario un forte intervento di rottura del sistema, certamente non facile da realizzare.

Infatti il consumatore, ai fini del proprio orientamento, riceve due tipi di informazioni; temo, la prima generica, assolutamente fuorviante, in quanto non fondata

su seri dati informativi del prodotto attraverso la pubblicità, la seconda del tutto inutile per il consumatore (quale ad esempio, quella che si rinviene nell'ambito dei rapporti bancari, finanziari, assicurativi e dei servizi in genere), che si esaurisce nella sottoscrizione di documenti "alluvionali" non letti e comunque non comprensibili, alla stregua di quanto è avvenuto ed avviene dal 1942 per le sottoscrizioni delle condizioni generali dei contratti ai sensi dell'art. 1341 del codice civile; documenti che, quindi, non realizzano la supposta consapevolezza da parte del consumatore nel momento in cui si obbliga, ma di fatto piuttosto ne rendono più debole nella sostanza la posizione contrattuale, per l'avvenuta formale accettazione di una serie di clausole a lui non favorevoli ed immodificabili.

Al riguardo, quindi, andrebbe valorizzato lo sforzo delle Associazioni dei consumatori per la promozione di campagne di sensibilizzazione dei consumatori, ma al tempo stesso una riconsiderazione della tecnica della informazione.-

Un rapido sguardo ai dati più significativi.

Innanzitutto, si segnala la mancanza di una soddisfacente regolazione dei servizi pubblici essenziali, dove il consumatore, in concreto e secondo effettività, non trova ancora una significativa considerazione.

Così i settori dell'acqua, dei trasporti, delle comunicazioni postali, dove peraltro manca, o perché non costituita o perché non significativamente operativa, un'Autorità garante.

Ovviamente non ci si nasconde le difficoltà del tema, dovuto anche alla presenza, per i servizi pubblici, di competenze non statali, che, quindi, dovrebbero in qualche modo raccordarsi con quelle centrali o promuovere strumenti di controllo e garanzia sostitutivi.

Per vero, anche dove è prevista l'adozione della Carta dei servizi (come per il gestore dell'acqua), questa non si è mostrata in alcun modo efficace, quando non sia del tutto disattesa. Peraltro è da sottolineare come sia rimasta sostanzialmente inattuata la previsione dell'art. 2 comma 461 della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (c.d. finanziaria 2008). Invero, questa norma consentirebbe una nuova stagione nella stesura di carte dei servizi in collaborazione con le Associazioni; queste, inoltre, potrebbero svolgere un lavoro di monitoraggio diretto, del rispetto degli *standard* di qualità previsti.

Nei trasporti si soffre la mancanza di un'Autorità, che regoli l'intero settore, con ostacoli, al superamento della frammentarietà della disciplina nei singoli comparti ed alla realizzazione di una intermodalità del trasporto.

Tra le problematiche ancora da risolvere, emergono è quella del ritardo aereo, connessa a quella del risarcimento del danno, la mancanza di uno strumento specifico

per la risoluzione delle controversie da parte dell'ENAC, ed ancora la mancanza di una disciplina comunitaria in tema di smarrimento o danneggiamento del bagaglio.

Si risente fortemente, poi, nel settore ferroviario, l'assenza di un'Autorità indipendente. Sul settore, peraltro, con riferimento ai profili della concorrenza, ha avuto occasione di intervenire l'AGCM.

Il profilo dei ricorrenti disagi sopportati dal passeggero resta di fatto lontano da una possibilità di disciplina. Invero è difficile pensare al risarcimento di danni; ma al contempo non appare giusto consentire situazioni di disagio non occasionali, effetto di inefficienze organizzative o strutturali, spesso legate ad una stressata politica di riduzione dei costi.

Va infine segnalata l'esigenza in taluni campi, come quello della aggressione alla *privacy*, l'esigenza di una più penetrante valutazione di situazioni sino ad ora sfuggite (uso di internet, i servizi fruibili attraverso la rete).

In altri settori, le Autorità indipendenti svolgono, come si diceva, un ruolo sempre più significativo. Al riguardo, si può temere che il nuovo assetto provochi interventi eccessivamente invasivi con una spinta verso un'azione di *policy making*.

Al contempo, proprio con riferimento alla posizione del consumatore, c'è il rischio di sovrapposizioni (come per esempio per il trasporto aereo tra AGCM ed ENAC o per la protezione della *privacy* tra l'Autorità specifica ed altre Autorità) o duplicazioni di procedimenti.

Rischio questo, che è evitabile attraverso il ricorso a protocolli di intesa e sulla base di recenti chiarimenti da parte della giurisprudenza, come in particolare è avvenuto con riferimento alla competenza generale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in materia di pratiche commerciali scorrette.

In materia assicurativa, l'ISVAP, tra l'altro, ha deciso di avviare una indagine in tema di procedure di risarcimento di assetti concorrenziali, ed ha emesso un regolamento sugli obblighi di informazione e pubblicità di prodotti assicurativi. Ci si può attendere che l'Autorità di settore prenda posizione sulla proposta degli agenti assicurativi, tendente ad una semplificazione dei contratti tipo, così come persegua una ancora più efficace azione antifrode, evitando che sia il consumatore a pagare il maggior costo derivante dalla frequenza di azioni dolose in danno delle Compagnie.

Nel settore bancario, con la nuova normazione dettata in tema di credito al consumo, sono state affrontate e regolate fattispecie nuove, nel tentativo di superare soprattutto le criticità emerse nel settore, avendo riguardo ai profili della correttezza e

della professionalità dei soggetti intermediari ed ai poteri attribuiti, nei loro confronti, alla Banca d'Italia.

Va segnalato anche l'intervento normativo in tema di commissione di massimo scoperto, con una disciplina peraltro non chiara e resa più incerta dal mancato coordinamento con norme comunitarie contigue. E' utile ricordare come la S.C., in sede penale, abbia ritenuto che la C.M.S. sia rilevante ai fini del computo del tasso soglia dell'usura.

Su questo tema l'intervento del legislatore, della Banca d'Italia e dell'A.G.C.M. hanno prodotto significative innovazioni. Peraltro, vanno segnalate le non collimanti conclusioni cui sono pervenuti, a seguito di rilevazioni conoscitive, assunte dalla B.I. e dell'A.G.C.M. in merito agli effetti per il correntista delle nuove commissioni (sostitutive), introdotte dalle banche.

Di fatto, deve dirsi, che la nuova disciplina non ha ancora prodotto chiarezza sul contenuto delle strutture commissionali bancarie.

Nel settore finanziario, in tema di commercializzazione a distanza di prodotti finanziari, va segnalato come la disciplina rinnovata riguardi essenzialmente gli obblighi informativi e talune sanzioni a carico del professionista, nonché il diritto di recesso spettante al consumatore. Nel 2010 è stata avviata una procedura di infrazione a carico dell'Italia, con riferimento ai tempi concessi per il recesso. Il profilo più problematico è però quello dell'eccesso di informazioni, cui già in precedenza ho accennato, che annulla ogni seria efficacia della stessa.

Un recente intervento ha riguardato le Agenzie di *rating*, oggetto di una disciplina specifica sulla scorta della direttiva comunitaria. Il tema della loro responsabilità è al centro della normativa, stante l'influenza che tali soggetti hanno oltre che sulle sorti delle imprese, sulle scelte dei risparmiatori e degli investitori, ed in particolare di quelli non professionali.

Il settore dell'energia, a sua volta, è stato interessato da interventi normativi significativi sia in campo comunitario con il c.d. terzo Pacchetto Energia, che ha rinnovato la disciplina del mercato energetico europeo, sia in campo nazionale dove sono state rilanciate ampie misure per il rinnovamento del settore.

Peraltro, nel mercato italiano, manca ancora una piena apertura alla concorrenza a beneficio dei clienti, se pure in misura diversa tra mercato elettrico, più efficiente, e quello del gas, dove, si risente ancora di una forte concentrazione. Peraltro i consumatori non appaiono ancora consapevoli e disponibili alle possibilità offerte dalla liberalizzazione.

Con riferimento al profilo della soluzione delle controversie, un grosso passo verso una più spedita tutela del consumatore, se pure nel più ampio ambito della clientela bancaria, è stato fatto con l'attivazione dell'arbitrato bancario finanziario, che offre al cliente uno strumento rapido e flessibile per affrontare (anche) questioni di ridottissimo valore economico. Cioè, pur se questo è uno strumento a disposizione della clientela, esso di fatto si risolve prevalentemente come strumento a vantaggio di consumatori - piccoli risparmiatori, in quanto soggetti privi di forza contrattuale con le banche (a differenza di molti professionisti).

L'esperienza è positiva stante l'impegno dell'Organo collegiale giudicante, che usufruisce anche delle istruttorie dell'Organo di Vigilanza. Attraverso questo strumento, il consumatore sovente, con i suoi reclami, di fatto, segnala abusi o irregolarità degli enti creditizi, su cui l'Organo di Vigilanza poi avvia i propri accertamenti.

In parallelo, presso la Consob è stata istituita la Camera di Conciliazione e Arbitrato con la funzione di risolvere le controversie tra investitori non professionali ed intermediari. La Consob ha adottato il Regolamento che disciplina la procedura, e la Camera ha adottato il proprio statuto ed il codice deontologico.

Alla stessa stregua, anche nel campo dell'energia, sta trovando attuazione lo strumento della mediazione finalizzata alla conciliazione, con l'avvio di procedure di conciliazione paritetica su basi volontarie.

Queste procedure non dovrebbero porsi in competizione, bensì trovare una fonte di coordinamento. Quindi, dovrebbero essere, in qualche modo, ben definite le competenze di ciascuna istituzione, per evitare, su fattispecie analoghe, diversi orientamenti e soprattutto, poi, un qualcosa di simile ad un *forum shopping*.

Modifiche sono state, infine, apportate agli istituti della mediazione e della *class action*, tipicamente rivolti al consumatore. Peraltro, la disciplina normativa, pur rinnovata, non sembra prevedere percorsi agevoli; per cui c'è il serio dubbio di una problematica utilizzazione di tali istituti, con conseguente prospettiva di risultati non soddisfacenti.

Insomma un quadro in chiaroscuro, dove, però, sono tangibili i progressi nell'azione che tende alla costruzione di un più compiuto sistema di regole a governo della posizione del consumatore.

Si deve riconoscere che si va cementando una fattiva collaborazione dialettica tra l'Associazione consumeristica, le Autorità Garanti e le Imprese, che sta dando buoni risultati.

Ci si attende, peraltro, dal potere politico, l'assunzione di iniziative che tendano a

coprire i vuoti oggi esistenti in taluni campi (trasporti, acqua) e, comunque, ad evitare, in vari settori, tanto sovrapposizioni, quanto assenze.

SEZIONE I
AUTORITÀ INDIPENDENTI E TUTELA DEL CONSUMATORE

1. LE NOVITÀ LEGISLATIVE NEL DIRITTO ITALIANO E NEL DIRITTO COMUNITARIO

(Liliana Rossi Carleo)

SOMMARIO: La necessità di individuare i problemi. – 2. La necessità di ricostruire il sistema. – 3. La crisi delle categorie tradizionali. – 4. Conclusioni.

1. LA NECESSITÀ DI INDIVIDUARE I PROBLEMI.

L'appuntamento annuale tra le Autorità e Consumers' Forum ha ormai assunto il ruolo di una significativa consuetudine che guarda al passato cercando di interrogarsi sul futuro. A questo dialogo a più voci partecipa anche l'Università, la quale si assume il compito di individuare alcuni dei problemi che ancora attendono una risposta. L'intenzione appare evidente: sollecitare la discussione e, ancor più, tenere accesa l'attenzione sulla «tutela del consumatore».

Le novità legislative hanno da sempre rappresentato il punto di partenza. Nel Rapporto, pur senza avere una presunzione di completezza, vengono elencate alcune novità legislative; il che consente, in apertura, di fare solo qualche rapido cenno alle tendenze evolutive, le quali possono desumersi proprio dal particolare che emerge dalle tante novità.

Questa prospettiva esonera dal predisporre un elenco iniziale che finirebbe con l'essere da una parte ripetitivo, potendo rinviare ai singoli contributi, dall'altro necessariamente incompleto, posto che l'attuale realtà legislativa, malgrado i tentativi di semplificazione, assume un ruolo sempre più complesso, in quanto si accresce –convulsamente e pragmaticamente – di nuove norme, sovente oscure anche agli addetti ai lavori, che provengono da fonti multilivello, fra le quali va ormai annoverata anche l'autonomia dei privati, attraverso i codici di condotta.

Appare, pertanto, preferibile individuare alcuni dei problemi che sono determinati dalle novità che, ineluttabilmente, vanno frantumando le categorie tradizionali e impongono la necessità di prendere in considerazione i nuovi meccanismi tecnici che presidiano la ricostruzione sistematica.

Un primo bilancio operato a cinque anni di distanza dall'introduzione del codice del consumo induce ad osservare che la ricomposizione in un codice di settore di una disciplina frazionata e frastagliata – rappresentata da una serie di norme le quali, a guisa di spot, facevano riferimento a modalità di tutela del consumatore (dilatandone già, talvolta, la figura, come nel caso della responsabilità del produttore) – rappresenta solo un punto di partenza.

Proprio nell'offrirci un quadro più nitido dell'insieme, l'introduzione del codice del consumo ha reso palesi questioni nascoste. Difatti, i codici di settore segnano un passaggio importante rispetto alla decodificazione: il loro ingresso nel sistema rende evidente non solo la necessità di guardare ai nuovi criteri di coordinamento tra discipline ma impone, altresì, di prendere atto del rilievo che essi assumono nel sistema modificandone i lineamenti generali.

Ne discende, quindi, che gli interrogativi ancora irrisolti scaturiscono, in gran parte, dalle difficoltà che si vengono a determinare nel dover mettere a confronto entità non riducibili l'una all'altra nei termini tradizionali.

Un esempio emblematico può trarsi dalla inutilizzabilità, in concreto, del tradizionale criterio "generale" e "speciale" per risolvere le antinomie del sistema.

Appare sufficiente, al riguardo, tener conto che le norme di derivazione comunitaria, redatte secondo una diversa tecnica legislativa, ben lontane dal rappresentare una fattispecie astratta, rappresentano entità del tutto disomogenee rispetto alle norme tradizionalmente presenti nel sistema e, in particolare, rispetto alle norme del codice civile, il che comporta che queste diverse entità non possano mettersi in correlazione secondo i criteri tradizionali.

L'importanza di incentrare il discorso sul rilievo che occorre attribuire alle linee evolutive del sistema potrebbe condurre a risultati innovativi non solo per quanto riguarda il rapporto tra codice civile e codici di settore, intorno al quale la discussione è tuttora aperta, ma anche, e forse soprattutto, per quanto riguarda il rapporto tra settore e sub settore, dando maggiori certezze anche ad aspetti concreti, come ad esempio al dibattuto profilo del coordinamento fra Autorità e al conflitto di competenza.

2. LA NECESSITÀ DI RICOSTRUIRE IL SISTEMA

Vale la pena di chiedersi se i lunghi anni che hanno portato a individuare nei "contratti" con la loro peculiarità, più che nel "contratto" quale figura generale, l'ipotesi paradigmatica sulla quale ragionare – prendendo atto anche in questa materia del dilatarsi di un fenomeno determinato dalla complessità, che già in tempi risalenti, sulla scia di quanto aveva fatto osservare una autorevole dottrina, aveva consentito di accettare nel comune sentire il passaggio dalla proprietà alle proprietà e, successivamente, dalla responsabilità alle responsabilità – non abbia portato, nel giro di pochissimo tempo, a frantumare anche l'unità del consumatore, a favore della più complessa e variegata figura dei consumatori.

In questo caso, l'evolversi dal singolare al plurale e, quindi, il passaggio dal

consumatore ai consumatori, sposta l'attenzione su di una figura la cui dimensione e tutela passa attraverso il recupero di una soggettività che non ha modelli astratti ma si realizza, di volta in volta, facendo attenzione alla disciplina delle singole attività che consentono di ricostruire la pluralità di contesti in cui si svolge l'attività. Questa ulteriore frantumazione – che segue la precedente rottura dell'unità del soggetto, già determinata dalla rilevanza della qualificazione soggettiva attribuita al consumatore – vede emergere la figura del risparmiatore, dell'investitore, del turista o, ancora, del passeggero che, come si evince dal rapporto, assume, a sua volta, una dimensione assai diversa a seconda del mezzo di trasporto che usa.

Ciò non esime tuttavia l'interprete dalla necessità di inquadrare la figura del consumatore nella complessità del sistema che continuamente si compone e si ricompone come in un caleidoscopio.

L'analisi condotta nel Rapporto evidenzia, infatti, l'opportunità di non adottare un approccio esclusivamente pragmatico; oserei anzi dire che, da questa angolazione, si deve rallentare nel pragmatismo, cercando piuttosto i principi che emergono da regole dettate per casi specifici e verificando se e quanto queste regole possono definirsi speciali.

Così, ad esempio, per quanto riguarda i rimedi, dovremo verificare se la frantumazione delle procedure, che ci offre la visione di un consumatore oserei dire "conteso" da varie opzioni legislative che ritengono di offrire un modello alternativo (basti pensare al succedersi del reclamo, negoziazioni paritetiche, procedure amministrative che, a loro volta, si presentano estremamente variegata) impone di ritrovare un senso nella asistematicità, quanto meno alla luce dei principi generali. E' compito del giurista, infatti, ricostruire il sistema ricorrendo all'uso di nuovi meccanismi tecnici in grado di assicurarne la controllabilità e garantire la più efficiente protezione degli interessi tutelati.

3. LA CRISI DELLE CATEGORIE TRADIZIONALI

Prima ancora di poter individuare i nuovi strumenti idonei a risolvere i nuovi problemi che l'attuale quadro normativo pone all'interprete, occorre guardare alle innovazioni legislative cercando di delineare le linee evolutive che vanno ad incidere sull'esistente e lo modificano.

Risulta ormai acquisito che lo spostamento dell'attenzione dal dato strutturale a quello funzionale o, in altri termini, dall'atto all'attività implica, a livello concreto, la necessità di attribuire una rilevanza maggiore sia a quanto è stato effettivamente fatto sia a quanto occorre effettivamente fare.

L'attività di vigilanza e l'attività propositiva delle Autorità indipendenti si rivela

a tale proposito, come sarà meglio esplicitato negli approfondimenti successivi, uno strumento prezioso.

Il prevalere delle regole di comportamento rispetto alle regole di struttura determina una crescente rilevanza dei profili di responsabilità che, visti nell'ottica di un legislatore sempre più propenso a emanare regole dettate in termini di risultato, implicano la necessità di un costante controllo sul modo in cui si esercita il potere attribuito anche per quanto riguarda la stessa autonomia dei privati (a tale riguardo appare illuminante il modo in cui, di recente, si è riaperto il dibattito sul tema dell'abuso del diritto).

L'impatto effettivo o potenziale del comportamento dell'impresa sul mercato rappresenta, quindi, l'approccio sul quale si fondano sia la tutela della concorrenza che la tutela del consumatore, anche se il comune punto di partenza comporta la complementarietà delle regole operative che devono sovrintendere disciplina della concorrenza e tutela dei consumatori, che si pongono in termini relazionali, senza potersi surrogare.

Così come fin dall'inizio, analizzando la definizione di consumatore, è stato suggestivamente evidenziato che il consumatore non esiste senza il professionista, allo stesso modo potremmo dire che attualmente non si può guardare disgiuntamente alla tutela della concorrenza e alla tutela dei consumatori. Entrambe, infatti, concorrono a contribuire a creare quel mercato unico che l'U.E. intende costruire.

La difficoltà di coniugare esigenze specifiche e concrete, che sovente costituiscono la spinta propulsiva di alcuni interventi legislativi, con esigenze di unità di sistema, senza le quali verrebbe a mancare lo stesso effetto deterrente che caratterizza le regole, è però evidente e l'arduo compito – che, nel contempo, rappresenta una sfida ineludibile – di fare emergere, attraverso le decisioni del caso singolo, regole generali di comportamento è affidato in massima parte alle Autorità.

Queste considerazioni hanno indotto a inserire nel Rapporto un'ampia parte dedicata ai Trasporti che costituiscono, attualmente, un settore nel quale appare evidente l'esigenza di una verifica e di un controllo che esprime l'attesa da parte del consumatore di un presidio di tutela correttamente ispirato a queste linee evolutive.

4. CONCLUSIONI

Questi rapidi cenni, che hanno inteso focalizzare alcuni dei problemi sottesi ai diversi interventi sui quali si è incentrata l'attenzione al fine di promuovere il dibattito, hanno tralasciato un aspetto importante che ancora resta nell'ombra: la necessità di cercare meccanismi di raccordo fra la tutela del mercato dei consumatori, così come lo definisce l'Unione europea (Comunicazione della Commissione del 13 marzo 2007, COM 2007,

99 def.) e la tutela della persona.

Il consumatore, seppure non è più oggetto di tutela, ma è soggetto del mercato, aspira tuttora a divenire non solo soggetto del mercato, quanto, piuttosto, soggetto di sviluppo. A tale riguardo bisognerebbe tener conto delle differenze tra industrializzazione, che non guarda alla persona, e sviluppo, che invece tiene conto della persona umana.

In questa prospettiva, il consumatore dovrebbe essere al centro di politiche che non guardino solo alla industrializzazione, ma che tengano in considerazione anche indici di sviluppo umano, quali, ad esempio, l'acqua, la sanità, i servizi pubblici essenziali, la stessa istruzione. Questi indici rappresentano, infatti, fattori di espansione non solo della libertà di concorrenza, ma anche della libertà dei soggetti. Questo profilo si spera che non rappresenti un'utopia, ma che possa essere al centro del nostro prossimo Rapporto.

ABSTRACT

Piuttosto che dare atto delle specifiche novità, appare opportuno individuare le linee evolutive del sistema, enucleando i problemi principali determinati dalle codificazioni di settore e dalla frantumazione dell'unità del consumatore, seguita alla frantumazione della unità del soggetto. Diviene prioritaria la necessità di ricostruire il sistema, ritrovando un senso nella attuale asistematicità alla luce dei principi generali.

L'arduo compito – che, nel contempo, rappresenta una sfida ineludibile – di fare emergere, attraverso le decisioni del caso singolo, regole generali di comportamento in grado di coniugare esigenze specifiche e concrete con esigenze di unità di sistema, è oggi affidato in massima parte alle Autorità.

Si sottolinea, infine, l'esigenza di tener conto che queste linee evolutive dovrebbero, in un prossimo futuro, siano aderenti all'aspirazione del consumatore – quale soggetto del mercato e non più oggetto di tutela – a divenire anche soggetto di sviluppo. In questa prospettiva si invita a individuare meccanismi di raccordo fra la tutela del mercato e la tutela della persona.

2. AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI E TUTELA DEI CONSUMATORI: INNOVAZIONI E PROBLEMATICHE ATTUALI (Paolo Lazzara)

SOMMARIO: 1.- Autorità indipendenti e tutela del consumatore dai compiti di vigilanza alla funzione “regolatoria” e “proconcorrenziale”. 2.- La promozione dell’educazione finanziaria. 3.- La legge annuale per il mercato e la concorrenza, le proposte “semivincolanti” dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato. 4.- Le Autorità indipendenti tra “garanzia” e “regolazione”: i principali riferimenti di questa evoluzione. 5.- La definizione del quadro “regolatorio”: i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie. 6.- La competenza concorrente delle diverse Autorità e le esigenze di coordinamento. 7.- La regolazione nel settore idrico. Problematiche attuali e prospettive di riforma. 8.- Recenti proposte in materia di servizio postale e nuove Autorità di garanzia e regolazione.

1. AUTORITÀ INDIPENDENTI E TUTELA DEL CONSUMATORE DAI COMPITI DI VIGILANZA ALLA FUNZIONE REGOLATORIA E PROCONCORRENZIALE

Il crescente ampliamento dei compiti affidati alle Autorità amministrative indipendenti segna, da ultimo, alcuni importanti sviluppi. Il quadro legislativo sembra rispettare alcune linee teoriche fondamentali comuni che sanciscono la maggiore “esposizione” di queste speciali Istituzioni nella relazione orizzontale professionista – consumatore (o risparmiatore) nonché la particolare connotazione della potestà sanzionatoria in modo peculiare rispetto alla tradizionale azione punitiva della pubblica amministrazione. In vista della tutela del consumatore, l’esercizio del potere risulta formalmente legato al rapporto sottostante, in maniera per certi versi anomala e distante dai caratteri generali dell’autotutela.

Ciò determina il progressivo mutamento dei connotati fondamentali dell’attività delle Autorità indipendenti, concepita quest’ultima in chiave principalmente “ripristinativa” e *lato sensu* “regolatoria”, con conseguente accrescimento – anche da questo punto di vista - delle aspettative dei consumatori e dell’opinione pubblica.

Evoluzione in parte incoraggiata dalla più aggiornata concezione della tutela della concorrenza che comprende non soltanto i compiti di repressione e sanzione delle infrazioni ma che, in vario modo, include interventi volti alla regolazione e al ripristino dell’equilibrio perduto così come interventi (c.d. «*proconcorrenziali*») mirati a ridurre gli squilibri attraverso la creazione delle condizioni per la instaurazione del libero mercato (*ex multis*, C. cost., n. 14-2004).

Anche il settore della finanza e del credito è interessato da questa evoluzione; nell’ultimo periodo, invero, le Autorità di vigilanza (Banca d’Italia, Consob, ISVAP e

COVIP) hanno assunto la posizione di organismi direttamente competenti in materia di tutela dei consumatori-risparmiatori, con significative implicazioni sul sistema generale. Basti considerare le attribuzioni di potere nel codice del consumo in materia di negoziazione a distanza degli strumenti finanziari, a dimostrazione del formale ingresso di questi organismi nel contesto ordinamentale della tutela dei consumatori. Si pone, evidentemente, il rischio di possibili sovrapposizioni delle competenze per la effettiva concorrenza di più Istituzioni nella medesima finalità e per la vicinanza delle ipotesi sanzionatorie previste dalla legge. Tale evenienza, tuttavia, non sembra essersi presentata di frequente così come relativamente poco utilizzati sembrano i protocolli di intesa previsti dalla legge per evitare la duplicazione dei procedimenti e delle sanzioni. Sembra dunque che le Autorità del credito e del risparmio ancora scontino la scarsa dimestichezza nello svolgimento dei nuovi compiti di tutela del consumatore essendo ancora principalmente votate allo svolgimento dei compiti di vigilanza e sanzione nella prospettiva tradizionale degli ordinamenti amministrativi sezionali.

2. LA PROMOZIONE DELL'EDUCAZIONE FINANZIARIA.

La tutela del cittadino-risparmiatore accomuna sempre più le funzioni di garanzia e di vigilanza di tutti gli organismi di garanzia e regolazione, sino a costituire il collante logico attorno al quale la disciplina dei diversi apparati trova un solido ordine sistematico. Significativo, in questo senso, appare il «*Protocollo di intesa in materia di educazione finanziaria recentemente sottoscritto dalle Autorità di vigilanza sul settore del credito e della finanza privata e dall'AGCM*» (1).

Sulla base di una sollecitazione sovranazionale, le suddette autorità hanno ritenuto di dovere assumere un ruolo attivo nelle politiche di promozione dell'educazione finanziaria anche attraverso il coordinamento delle relative iniziative e la predisposizione di azioni e strategie comuni; nel breve periodo si intende realizzare un portale *web* comune nonché procedere alla predisposizione di un piano nazionale di educazione finanziaria, alla realizzazione di progetti di ricerca in tema di educazione finanziaria, all'ampliamento di forme di collaborazione con altre Autorità internazionali, ecc. (2).

1 Va ricordato in questo senso il «Protocollo di intesa in materia di educazione finanziaria» del 9 giugno 2010, sottoscritto da Banca d'Italia, Consob, Covip, Isvap ed Autorità Garante della concorrenza e del mercato, finalizzato a promuovere e realizzare iniziative congiunte, rafforzare gli strumenti di cooperazione reciproca già esistenti e coordinare attività future.

2 OCSE, *Recommendation on Principles and Good Practices for Education and Awareness...*

3. LA LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA, LE PROPOSTE SEMIVINCOLANTI DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

A sancire la proiezione regolativa dei compiti di vigilanza delle Autorità indipendenti, ed a conferma dello strettissimo nesso che unisce tutela dei consumatori e sviluppo dei mercati in senso concorrenziale, è giunta la previsione di una “*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*” con la quale devono essere approvate le misure legislative volte a rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all’apertura dei mercati, nonché per promuovere lo sviluppo della concorrenza e garantire la tutela dei consumatori.

Il disegno di legge governativo deve essere presentato, ogni anno, entro sessanta giorni dalla relazione annuale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, su proposta del Ministro dello sviluppo economico e sentita la Conferenza unificata. Le misure proposte terranno conto, evidentemente, delle segnalazioni della stessa Autorità *antitrust* così come di quelle avanzate dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e delle altre Autorità amministrative indipendenti.

Alla legge annuale deve essere allegata una relazione con la quale il Governo chiarisca: a) lo stato di conformità dell’ordinamento interno ai principi comunitari sulla libera circolazione, concorrenza e apertura dei mercati, nonché alle politiche europee in materia; b) lo stato di attuazione degli interventi previsti nelle precedenti leggi per il mercato e la concorrenza, indicando gli effetti per i cittadini, le imprese e la pubblica amministrazione; c) l’elenco delle segnalazioni e dei pareri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, specificando gli ambiti in cui non si è ritenuto opportuno darvi seguito.

L’iniziativa legislativa governativa è dunque quasi-vincolata dalle proposte e dalle segnalazioni dell’Autorità antitrust, che acquistano in questo modo un rilievo formale di non poco momento. Il Governo, addirittura, dovrà evidenziare i motivi per i quali determinate segnalazioni non hanno avuto seguito.

Sulla base di questa sollecitazione, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato ha già presentato una relazione con la quale rileva l’esigenza di interventi urgenti nel settore postale e dei trasporti, soprattutto al fine di introdurre nuovi assetti che garantiscano la possibilità di fruire di servizi efficienti, di elevata qualità e a condizioni economiche accessibili. Nel settore dei trasporti si auspica l’unificazione delle competenze e maggiore indipendenza dei soggetti regolatori. Altri importanti rilievi riguardano il settore bancario-assicurativo, dell’energia e del gas.

Analogamente, l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha formulato

osservazioni sul recepimento della direttiva comunitaria 2008/6/CE, rimarcando, in particolare, la necessità di istituire un'autorità indipendente di regolazione del settore dei servizi postali e segnalando, al contempo la possibilità di svolgere essa stessa i relativi compiti. Sarebbe in questo modo seguito un modello presente in numerosi altri sistemi nazionali europei ⁽³⁾. L'attuale competenza ministeriale, d'altra parte, non sembra soddisfare a pieno i caratteri richiesti dal diritto dell'Unione europea soprattutto per la scarsa indipendenza del Regolatore rispetto al soggetto regolato: il Governo, infatti, è preposto alla regolazione del settore (Ministero dello sviluppo economico) essendo, allo stesso tempo, principale azionista di Poste Italiane s.p.a. ⁽⁴⁾.

E' presto per dire se la "Legge annuale" consentirà all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ed alle altre Autorità indipendenti di assumere un ruolo così avanzato sul fronte della regolazione legislativa; l'impressione è che tale compito di segnalazione e proposta sia stato interpretato in modo eccessivamente ampio, sul piano qualitativo e quantitativo. Per un verso, infatti, appare difficile immaginare che si possa dare seguito ad un così ampio spettro di proposte, le quali, peraltro, non sempre si limitano a suggerire soluzioni di carattere tecnico-operativo ma involgono opzioni di tipo politico o politico-amministrativo, comprese quelle che attengono al riparto delle competenze amministrative tra Stato, regioni ed enti locali. Il timore, d'altra parte, è che un così radicale mutamento di prospettiva di azione possa far diminuire il valore della missione principale di garanzia e vigilanza del mercato con conseguente perdita di autorevolezza dell'Autorità stessa.

4. LA AUTORITÀ INDIPENDENTI TRA "GARANZIA" E "REGOLAZIONE": I PRINCIPALI RIFERIMENTI DI QUESTA EVOLUZIONE

Alcuni riferimenti legislativi hanno assunto primario rilievo in questa evoluzione; la principale base normativa si rinviene nella previsione che consente alle imprese di proporre all'Autorità impegni spontanei idonei a ripristinare condizioni di libera concorrenza e di correttezza commerciale, evitando il procedimento a proprio danno così come eventuali sanzioni pecuniarie. A questa possibilità ha fatto ampio ricorso l'Autorità garante della concorrenza e del mercato per svolgere in chiave regolatoria i compiti di vigilanza.

Le critiche che al riguardo sono state avanzate richiamano, soprattutto, il principio di legalità e di proporzionalità dell'azione amministrativa nel senso di esigere

³ In questo senso disponeva l'art. 3 del d.d.l. A.S. 1366, presentato nella scorsa legislatura.

⁴ Anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha (5 luglio 2010) formulato alcune osservazioni e proposte tese a rendere più corretto il funzionamento del mercato dei contratti pubblici di servizi, lavori e forniture: «sono stati evidenziati alcuni ambiti prioritari di intervento atti a rimuovere i principali ostacoli al confronto concorrenziale nel mercato dei contratti pubblici, il cui corretto funzionamento è condizione indispensabile per ottimizzare l'efficienza della spesa pubblica ed incrementare la competitività del Paese».

un'interpretazione rigorosa e formale delle disposizioni attributive di potere tale per cui la suddetta mutazione della funzione sarebbe inammissibile e vietata ⁽⁵⁾. Anche la giurisprudenza amministrativa ha censurato talvolta le decisioni a carattere "regolativo" dell'Autorità *antitrust*, considerate esorbitanti rispetto alle attribuzioni di verifica del corretto svolgimento delle dinamiche concorrenziali ⁽⁶⁾. Il tribunale amministrativo del Lazio segue, in questo caso, la celebre sentenza *Alrosa* ⁽⁷⁾ con cui il giudice di primo grado ha censurato l'adozione di impegni che, per contenuto, sembravano oltrepassare le cause di anticoncorrenzialità rilevate, con conseguente violazione del principio di proporzionalità stabilito dall'art. 7 del Reg. 1-2003. Secondo questo rigoroso orientamento, sebbene dunque l'adozione di impegni in sostituzione delle sanzioni spinga la funzione antitrust ad azioni e risultati di tipo regolatorio, deve essere tuttavia rispettato un nesso di pertinenza e di proporzionalità tra condotte oggetto del procedimento ed impegni proposti dalle imprese ed approvati dalla Commissione.

In senso contrario, di recente, la Corte di Giustizia ha ritenuto che il principio di proporzionalità - previsto dall'art. 7, Reg. 1-2003 per le decisioni repressive unilaterali della Commissione - abbia portata ridotta rispetto agli impegni assunti *ex art. 9*, soprattutto perché i mezzi di azione offerti dalle due disposizioni sono significativamente diversi. Ciò significa che gli impegni assunti dalle imprese non debbono necessariamente avere identico contenuto rispetto alle decisioni prese unilateralmente dalla Commissione *ex art. 7* di talché il contenuto del potere unilaterale non costituisce parametro di valutazione della portata degli impegni di cui all'art. 9; con la conseguenza che non si può considerare sproporzionato tutto quanto sia, per contenuto, oltre i confini degli obblighi che la Commissione potrebbe imporre in via autoritativa.

La Corte ritiene infatti che le imprese che propongono gli impegni sono coscienti del fatto che le loro concessioni possano eccedere quanto la Commissione potrebbe imporre loro con la decisione adottata al termine dell'istruttoria. Per contro, la conclusione del procedimento d'infrazione consente loro di evitare la constatazione di una violazione del diritto della concorrenza e l'eventuale irrogazione di un'ammenda ⁽⁸⁾.

Ritiene dunque la Corte di Giustizia che, nel contesto dell'art. 9, Reg. 1/2003, la Commissione debba soltanto verificare che gli impegni proposti siano soddisfacenti in relazione alle preoccupazioni avanzate, mentre il sindacato giurisdizionale deve limitarsi al controllo dell'eventuale errore manifesto.

Le due sentenze sul caso *Alrosa* non soltanto evidenziano le diverse chiavi di

5 In questo senso, da ultimo, Di Cataldo, *L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato vent'anni dalla sua istituzione. Appunti critici*, in *Concorrenza e mercato*, 2010, 480.

6 Tar Lazio, Sez. I, 8 maggio 2009, n. 4994 (*servizi soccorso autostradale*).

7 Trib. I Gr. CE, 11 luglio 2007, causa T 170/06, *Alrosa*.

8 C. Giust. UE, Grande Sezione, 29 giugno 2010, C-441/07 P, *Alrosa*, punti 34 e ss.

lettura dell'istituto degli impegni ma dimostrano le implicazioni legate a ciascuna di esse. Invero, il richiamo alla volontarietà degli impegni assunti ed al particolare e diverso vantaggio che le imprese traggono dalla archiviazione allontanano il riferimento alla decisione unilaterale come parametro per valutare la proporzionalità degli obblighi assunti spontaneamente. Di guisa che la causa della relativa obbligazione si rinviene soprattutto su scelte consapevoli di autonomia mettendo in conto che le misure proposte possono eccedere quanto la Commissione potrebbe imporre autoritativamente.

La conclusione della Corte di Giustizia, da questo punto di vista, non convince pienamente in quanto tende a sconnettere, forse inconsapevolmente, gli impegni dall'infrazione rischiando di perdere il necessario nesso tra i due elementi. Passa così in secondo piano il presupposto fondamentale costituito dal fatto che le imprese si impegnano solo sotto la minaccia delle sanzioni e che dunque la relativa scelta è solo in parte libera. Tanto più quando la Commissione o l'Autorità respingono le proposte costringendo, di fatto, le imprese a formulare una proposta più impegnativa.

Al di là delle diverse posizioni in campo, è evidente che attraverso l'accettazione degli impegni la funzione *antitrust* muta significativamente, soprattutto per essere la potestà sanzionatoria formalmente collocata in posizione strumentale (e dunque secondaria) rispetto all'esigenza ripristinatoria (regolatoria e pro concorrenziale) del mercato di talché appare legittimamente percorribile qualsiasi rimedio in grado di raggiungere il suddetto scopo modulando discrezionalmente (sino ad eliderlo del tutto) il potere sanzionatorio.

Vero è che siffatta mutazione di ruolo non soltanto trova riscontro nelle richiamate disposizioni di legge ma è il risultato di una più ampia e complessiva evoluzione del sistema della tutela affidato alle Autorità indipendenti.

5. LA PIÙ COMPIUTA DEFINIZIONE DEI COMPITI DI “REGOLAZIONE” ED “ENFORCEMENT”: I SISTEMI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE

Il nuovo quadro della regolazione si completa poi significativamente con i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie che costituiscono ormai un tassello fondamentale del disegno generale che si sta compiendo e che sono anch'essi strutturati nel contesto organizzativo delle Autorità, accanto ai tradizioni compiti di vigilanza e sanzione. Con riferimento alle nuove camere di conciliazione nei settori del credito e del mercato degli strumenti finanziari, la dottrina sottolinea come la relativa funzione quasi-giustiziale integri, sul piano finalistico ed in prospettiva generale, l'attività di *enforcement* intesa quest'ultimo come nozione di sintesi che ricomprende tutte le attività che contribuiscono, sul piano amministrativo, giudiziario e quasi-giudiziario all'effettività delle regole dei

mercati finanziari. Anche in questo caso, si assiste al coinvolgimento dell’Autorità amministrativa nella complessa relazione orizzontale risparmiatore (consumatore) – professionista con la possibilità che il bene giuridico privato abbia diretta considerazione e tutela (amministrativa).

6. LA COMPETENZA CONCORRENTE DELLE DIVERSE AUTORITÀ E LE ESIGENZE DI COORDINAMENTO

Vero è, d’altra parte, che - aumentando il novero dei soggetti istituzionali e delle Autorità amministrative attive in materia di tutela del consumatore – si accrescono i rischi di sovrapposizione e le difficoltà di coordinamento delle azioni. La concorrenza delle competenze attribuite alle diverse Autorità indipendenti rende dunque necessario definire il piano delle competenze a ciascuna spettanti. Un significativo esempio di coordinamento tra le competenze dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e le altre autorità di settore si è posto in materia di pratiche commerciali scorrette con soluzioni giurisprudenziali che hanno evidenziato i vantaggi conseguenti a beneficio dei consumatori nei diversi settori oggetto di regolazione presi in esame.

7. LA REGOLAZIONE NEL SETTORE IDRICO. PROBLEMATICHE ATTUALI E PROSPETTIVE DI RIFORMA.

Anche il settore del servizio idrico integrato presenta alcune importanti novità. Va ricordata anzitutto, l’istituzione della nuova “Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche” (art. 9 bis comma 6 della Legge n. 77 del 24 giugno 2009) che assume le funzioni del soppresso “Comitato per la vigilanza sull’uso delle risorse idriche” e che subentra nelle competenze dell’Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti di cui al d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell’ambiente).

La composizione della nuova Commissione ha caratteri particolari e disomogenei rispetto al modello di autorità indipendente, soprattutto per la forte valenza locale della materia delle acque. Essa è composta da cinque membri nominati con decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, che durano in carica tre anni; in particolare, due dei componenti sono designati dalla Conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome e tre, di cui uno con funzioni di presidente, scelti tra persone di elevata qualificazione giuridico-amministrativa o tecnico-scientifica, nel settore pubblico e privato. Il presidente è scelto nell’ambito di questa seconda componente.

La nuova Commissione è chiamata principalmente a garantire l’osservanza dei

principi della riforma dei servizi idrici, con particolare riferimento all'efficienza, efficacia ed economicità del servizio, alla regolare determinazione ed al regolare adeguamento delle tariffe, nonché alla tutela degli interessi degli utenti. La stessa Commissione è legittimata a proporre azioni giurisdizionali contro gli atti posti in essere in violazione della normativa vigente in materia di servizio idrico integrato, nonché ad esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e di risarcimento dei danni a tutela dei diritti dell'utente (art. 161 del D.lgs 3 aprile 2006, n. 152, come modificato e integrato dall'art. 2, c. 15 del D.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 e dall'art. 9 bis, c. 6, della legge 24 giugno 2009, n.77).

L'ultima relazione della Commissione (anno 2009) evidenzia numerosi aspetti di criticità del settore delle risorse idriche, principalmente riguardanti la scarsa informazione e partecipazione degli utenti che costituisce uno dei principali punti deboli del sistema; da qui una serie di recenti riforme e di iniziative degli organismi di settore volte a raggiungere migliori livelli di chiarezza e trasparenza ed a contrastare l'asimmetria informativa a danno dei cittadini-utenti.

Tra le altre misure adottate va ricordato l'obbligo imposto ai gestori di approvare una carta dei servizi che includa, tra l'altro, strumenti di risoluzione delle controversie e di conciliazione con gli utenti. Al riguardo, la Commissione ha richiamato alcuni importanti provvedimenti, scaturiti da segnalazioni o reclami di associazioni dei consumatori o singoli utenti, riguardanti proprio la violazione degli obblighi previsti dalle carte dei servizi e dai regolamenti di utenza; la maggior parte dei reclami lamenta la scarsa chiarezza o diffusione delle informazioni all'utente per accedere ai principali aspetti (tecnici ed economici) del servizio. Si rileva, altresì, come gli obblighi previsti dalle carte dei servizi siano osservati in modo «approssimativo» nonché, più in generale, una ridotta propensione da parte dei gestori a curare il rapporto con l'utenza.

Gli aspetti amministrativi relativi alla titolarità ed alla organizzazione del settore sono dunque ancora altamente problematici tali porre in secondo piano le questioni attinenti la qualità del servizio la trasparenza della tariffa e la tutela del consumatore.

8. LA LIBERALIZZAZIONE DEL SERVIZIO POSTALE E LE PIÙ RECENTI PROPOSTE IN MATERIA DI AUTORITÀ INDIPENDENTI, REGOLAZIONE E TUTELA DEL CONSUMATORE

Anche nell'attuale legislatura il tema delle Autorità indipendenti riceve l'attenzione del Parlamento anche se gli *iter* di approvazione delle proposte non ha avuto sinora particolare impulso. Il tema non è più urgente dell'agenda politica, sia per la contingenza negativa delle attività economiche private, sia perché i compiti e le funzioni delle Autorità

sembrano ormai definiti in quadro legislativo sufficientemente chiaro e relativamente stabile. Con riferimento ai servizi di interesse generale il modello regolatorio che fa perno sulle Autorità indipendenti non appare recessivo essendo destinato – verosimilmente – a perfezionarsi con riferimento al servizio idrico integrato nonché ad estendersi all’attività postale ed al servizio autostradale. In questo modo, i più rilevanti settori di servizi di interesse generale sarebbero definitivamente sottratti al vecchio sistema di regolazione amministrativo-discrezionale.

In particolare:

a) con riferimento al settore postale è urgente la definizione di una disciplina organica che tenga conto dell’esigenza di sostanziale ed ampia liberalizzazione del mercato. Soluzione che – d’altra parte - si impone per l’apertura nei confronti dell’Italia di una procedura di infrazione (n. 2009/2149) per violazione delle disposizioni dell’Unione europea che impongono l’istituzione di un organismo indipendente nel settore postale, così come previsto nelle direttive comunitarie. Nel dibattito dottrinale ed istituzionale sembra prevalere il suggerimento di affidare questi compiti di regolazione all’Autorità di vigilanza sulle telecomunicazioni in modo tale da evitare gli aggravati di spesa che si avrebbero in collegamento all’istituzione di un nuovo ente. Ed in questo senso spingono le richiamate proposte dell’Autorità antitrust e dell’AGCOM inviate per la predisposizione del d.d.l. di *“Legge annuale per il mercato e la concorrenza”*.

b) In tema di Autorità indipendenti va segnalata la proposta di *“Istituzione dell’Autorità indipendente per il controllo e la vigilanza del settore autostradale”* (Atto Senato n. 1619 - Sen. Marco Filippi – PD) che mira ad regolare questo settore in base ai principi generali sulla regolazione dei beni e dei servizi pubblici, prevedendo adeguati poteri di vigilanza e sanzione per quanto attiene agli obblighi nascenti in capo ai gestori dalle convenzioni di concessione. L’Autorità promuove e garantisce adeguati livelli di efficienza e di qualità dei servizi offerti agli utenti autostradali, l’attuazione degli investimenti di adeguamento e manutenzione delle autostrade a carico dei concessionari, nonché stabilisce livelli tariffari equi, trasparenti tenendo conto degli interessi economico-finanziari dei gestori, e degli obiettivi generali di politica economica, ambientale e sociale nel settore autostradale. A tal fine sarebbero trasferite alla nuova Autorità le relative funzioni esercitate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dall’ANAS Spa. L’Autorità fissa i livelli qualitativi essenziali che i gestori delle autostrade devono assicurare e ne verifica il rispetto in periodi pluriennali; essa, infine, valuta reclami, istanze e segnalazioni presentati dagli utenti. Essa stessa, infine, provvede all’istituzione di procedure volte alla facile conciliazione e risoluzione delle controversie. Al di là della sorte del progetto di legge in questione, interessa evidenziare come il modello compiuto di regolazione sia

ormai il principale riferimento sistematico della normativa, soprattutto quando si intende spingere un determinato settore fuori dall'area dell'amministrazione discrezionale dando trasparenza alle relazioni giuridiche che legano i gestori dei servizi, l'amministrazione concedente e gli utenti.

c). Con riferimento ai criteri di nomina dei componenti, va menzionata, poi, l'iniziativa parlamentare di modifica dell'art. 2, L. 481/1995, che mira a rafforzare le prerogative di autonomia ed indipendenza delle Autorità di regolazione (Atto Camera 3567). In base alla proposta non potrebbero essere nominati come componenti delle Autorità amministrative indipendenti coloro che, nei tre anni immediatamente precedenti la data della nomina, abbiano ricoperto incarichi, anche elettivi, nelle Assemblee parlamentari e amministrative regionali o siano stati membri del Governo o abbiano avuto incarichi di rappresentanza nei partiti politici. La modifica intende, evidentemente, accentuare le garanzie di indipendenza di tali amministrazioni rispetto all'area della politica e dei partiti prevedendo un divieto di nomina di soggetti che, in passato, abbiano ricoperto incarichi politico- elettivi o abbiano intrattenuto, direttamente o indirettamente, rapporti di collaborazione, di consulenza o di impiego con le imprese operanti nei settori di competenza delle Autorità stesse.

ABSTRACT

In base alla più recente evoluzione, le Autorità amministrative indipendenti svolgono un ruolo sempre più importante nei compiti di tutela dei consumatori. Questo nuovo assetto si determina, gradualmente, sia sulla base di importanti riforme, sia in virtù di soluzioni giurisprudenziali interne e comunitarie, nonché per la prassi di volta in volta ingaggiata dalle stesse Istituzioni di garanzia e regolazione; con il risultato di una parziale, ma significativa, mutazione della funzione di garanzia e vigilanza in attività lato sensu "regolatoria". I rischi insiti in questo nuovo assetto consistono principalmente nella possibilità che l'eccessiva esposizione delle Autorità spinga queste Istituzioni sul terreno del policy making, lontano cioè dalle finalità tecnico-esecutive entro cui la loro funzione è stata originariamente concepita.

D'altra parte, la concorrenza di numerose Autorità nel sistema ormai complesso della tutela del consumatore aumenta il rischio di sovrapposizioni e duplicazioni di procedimenti; eventualità che sembra tuttavia efficacemente scongiurata attraverso il ricorso ai protocolli di intesa ed in virtù di alcuni recenti chiarimenti di ordine giurisprudenziale.

3. IL COORDINAMENTO TRA LA COMPETENZA GENERALE DELLA AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO IN MATERIA DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E LA COMPETENZA DELLE AUTORITÀ DI SETTORE: I PRIMI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA
(Lucia Minervini)

SOMMARIO: 1.- Il quadro normativo. 2.- Il parere del Consiglio di stato sulla competenza Consob e AGCM. 3.- Competenza generale dell'Antitrust e competenze settoriali di altre Autorità: gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa.

1. IL QUADRO NORMATIVO

In attuazione della direttiva 2005/29/CE il nostro legislatore ha attribuito all'Agcm la competenza di carattere generale nella repressione di tutte le tipologie di pratiche commerciali scorrette disciplinate agli artt. 18- 27 quater cod.cons.

Il novellato art. 27 cod. cons. recante la disciplina della tutela amministrativa non affronta tuttavia il problema del coordinamento con le competenze attribuite alle altre Autorità dalle regolamentazioni settoriali.

Dal punto di vista applicativo il carattere "orizzontale" della disciplina accentua, infatti, il rischio che specifici aspetti dell'attività siano affidati ad altre Autorità; basti richiamare la nozione stessa di pratica commerciale ex art.18 cod.cons. riferita a qualunque attività che il professionista svolga "in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori", massimamente ampia e ulteriormente estesa sotto il profilo spazio – temporale dalla previsione di cui all'art. 19, comma 1, cod. cons. che ne estende l'ambito di applicazione a qualsiasi condotta omissiva o commissiva posta in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale.

Il legislatore attraverso l'art. 19, comma 3, cod. cons. ha stabilito che solo qualora vi sia un contrasto tra la disciplina sulle pratiche commerciali ed una norma contenuta in direttive o altre disposizioni comunitarie o in leggi nazionali di recepimento prevalgono, per tali specifici e limitati aspetti, le suddette regolamentazioni settoriali.

Sembra, dunque, che la disciplina delle pratiche abbia carattere sussidiario di guisa che essa "cede" nelle ipotesi in cui esista una normativa che disciplini "aspetti specifici" delle pratiche commerciali scorrette di derivazione comunitaria, e sussista un contrasto tra la disciplina di settore e quella contenuta nel codice del consumo.

Con tale previsione sul rapporto tra disciplina generale e regole di origine comunitaria che riguardino specifici aspetti delle pratiche commerciali scorrette il legislatore ha posto un

limite all'applicazione della nuova disciplina e alla competenza dell'AGCM: le disposizioni speciali sono destinate a trovare applicazione accanto a quelle generali e anche a prevalere nel caso di incompatibilità.

E' compito dell'interprete operare una ricognizione delle disposizioni legislative speciali vigenti nei diversi settori merceologici per stabilire se debbano ritenersi applicabili.

Ed, invero, il raffronto tra la disciplina del codice del consumo e quelle settoriali deve essere operato caso per caso per evitare per un verso, il rischio di "spezzare" oltremodo la competenza "generale" dell'autorità garante della concorrenza e del mercato nonché per risolvere eventuali conflitti di competenze tra autorità o duplicazioni di interventi.

2. IL PARERE DEL CONSIGLIO DI STATO SULLA COMPETENZA CONSOB E AGCM

Il delicato problema del coordinamento delle competenze, si è posto con riferimento *in primis* alla competenza della Consob, Autorità competente per il settore finanziario ai sensi del T.U.F.(dlgs. 58/1998).

Con parere n. 3 dicembre 2008, n. 3999, il Consiglio di Stato enuncia il principio per cui la normativa di settore contenuta nel T.U.F. del 1998 prevale su quella generale, di cui agli artt. 18-27 *quater* del codice del consumo anche "*ai fini dell'identificazione dell'Autorità competente ad intervenire.*"

Il Consiglio di Stato analizza il rapporto tra la normativa generale sulle pratiche commerciali scorrette e quella di settore e riscontra la sussistenza di *un duplice apparato normativo* per la cura di un *medesimo interesse* che si identifica nella regolare concorrenza tra soggetti economici.

Al duplice apparato normativo secondo il Consiglio di Stato corrisponde una duplice competenza: il T.U.F prevede obblighi di informazione, di trasparenza e assegna alla Consob poteri di vigilanza, inibitori e sanzionatori e la disciplina introdotta agli artt. 18 ss. assegna la competenza generale in materia di pratiche commerciali scorrette all'AGCM. Rebus sic stantibus, trattandosi di normative pariordinate, in applicazione dei principi generali, il contrasto poteva essere risolto facendo ricorso non al criterio cronologico ma a quello di specialità per due ordini di ragioni.

Il primo, esplicito, rinvenibile nel dato normativo della direttiva, è rappresentato dalla lettera del considerando 10 che precisa che per i "*prodotti complessi che comportano rischi elevati per i consumatori occorrono obblighi più particolareggiati*", e dall'art. 2 che per i servizi finanziari pone una deroga al principio dell'armonizzazione massima; l'altro, implicito costituito dall'esistenza di fatto di una *organica e compiuta disciplina di settore* che tocca tutti gli aspetti di tutela del consumatore e che, dunque, non si risolve solo in affermazioni di

principio.

Per queste ragioni il Consiglio di Stato enuncia il principio per cui *“la disciplina generale sulle pratiche commerciali scorrette, per la quale è competente l’agcm, non si applica se ed in quanto operano disposizioni sugli obblighi informativi e di correttezza nella commercializzazione dei servizi finanziari, la cui applicazione è riservata alla Consob”*. Dunque, limitatamente al settore finanziario la competenza della Consob prevale su quella della AGCM per il criterio della specialità.

Il parere del Consiglio di Stato solleva perplessità in merito alla rilevata identità di interessi coincidente con la corretta informazione al consumatore.

Invero, l’effettivo interesse tutelato dal codice del consumo non attiene solo alla correttezza e veridicità delle informazioni ma alla capacità di determinarsi del consumatore che può essere lesa tutte le volte in cui sia destinatario non solo di pratiche ingannevoli ma anche di pratiche aggressive. Pertanto, non può sottovalutarsi il rischio che questa tipologia di condotte non risulti sanzionabile dalla Consob.

3. COMPETENZA GENERALE DELL’ANTITRUST E COMPETENZE SETTORIALI DI ALTRE AUTORITÀ: GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

Il parere del Consiglio di Stato 3 dicembre 2008, n.3999 non offre una soluzione unica applicabile a tutti i settori regolamentati ma degli utili criteri interpretativi che possono guidare l’indagine caso per caso.

A tale riguardo è opportuno dare conto delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza amministrativa in questo ultimo anno in relazione al rapporto tra norme speciali e competenze delle autorità di settore da un lato, e norme generali del Codice del consumo e l’intervento sanzionatorio dell’Agcm dall’altro (Cfr. *Relazione annuale sull’attività svolta*, 31 marzo 2010, consultabile su www.agcm.it).

Ed, infatti, successivamente al parere sopracitato, il Tar Lazio si è occupato dell’impugnativa di alcuni provvedimenti resi dall’AGCM in materia di pratiche commerciali, e riguardanti il credito, le comunicazioni, l’energia elettrica e il gas, nonché l’etichettatura di prodotti e di integratori alimentari.

Relativamente al settore dell’energia elettrica e del gas regolamentati dall’Autorità per l’energia elettrica e il gas, il Tribunale amministrativo ha evidenziato, tra l’altro, che in relazione a pratiche commerciali scorrette nel settore elettrico che *“il nuovo quadro di tutela offerto dal Codice del consumo venga ad aggiungersi, da un lato, ai normali strumenti di tutela contrattuale, dall’altro, a quelli derivanti dall’esistenza di specifiche discipline in settori oggetto di regolazione”* (cfr: *Tar Lazio, sez. I, sentenza 8 settembre 2009, caso Enel Energia*

- *Bolletta gas, n. 8399, e sentenza 8 settembre 2009, caso Prezzi bloccati dell'elettricità, n. 8400*).

Nella sentenza Tar Lazio, I Sez., 6 aprile 2009, n. 3696, caso *Portabilità dei mutui*, il giudice amministrativo ha escluso la sussistenza di un contrasto tra la disciplina speciale di settore e il Codice del consumo, ritenendo che la clausola di specialità, di cui all'articolo 19, comma 3, cod.cons., non potesse essere utilmente invocata *“attenendo la disciplina asseritamente violata ad aspetti (pratiche commerciali) che non necessariamente coincidono (e comunque non esauriscono) le disposizioni poste a tutela della trasparenza”*. Ed ha, inoltre, affermato che il legislatore si è *“limitato a precisare come le infrazioni in questione assumono rilievo anche in ambito di supervisione bancaria “ senza dunque elidere la competenza generale dell'Agcm.*

Nella sentenza n. 13779 del 29 dicembre 2009, caso *Società Milkon Alto Adige*, in ragione della differente natura degli interessi tutelati dall'attività dell'Autorità, finalizzata alla tutela del consumatore e alla tutela della concorrenza fra imprese, e dal controllo del Ministero della Salute, volto a verificare la sicurezza e l'assenza di pericolosità per la salute umana, il Tar ha ritenuto che *“la normativa di carattere generale in materia di tutela dei consumatori non pregiudica l'applicazione della disciplina, comunitaria e nazionale, in materia di salute e sicurezza dei prodotti, ma coesiste con essa”*.

Più volte nel settore delle telecomunicazioni il problema si è posto all'attenzione dei tribunali amministrativi.

In particolare si segnala, per le motivazioni addotte a sostegno della complementarità delle competenze, la sentenza Tar Lazio 29 marzo 2010 n. 4931 che ha confermato il provv. 19603 del 5 marzo 2009 adottato per il caso PS 95 che riguardava una pratica commerciale scorretta posta in essere da una società di telecomunicazioni e consistente nell'aver acquisito nuova clientela attraverso la conclusione di contratti di utenza a mezzo contatto telefonico ponendo in essere condotte ingannevoli e aggressive

In sede di impugnativa il professionista, sulla base dei principi espressi dal Consiglio di Stato, assumendo cioè che sussiste una regolamentazione organica e compiuta volta a curare il medesimo interesse, ha eccepito l'incompetenza dell'AGCM ad intervenire in materia di conclusione di contratti a distanza che rientrerebbero sotto la competenza dell'AGCOM.

Ed invero, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, a fronte dell'ingente mole di segnalazioni, ha adottato la delibera 664/06/CONS che stabilisce i tempi e le procedure da seguire in materia di fornitura di servizi di comunicazione a distanza. Le disposizioni regolamentari precisano le norme del Codice del Consumo (artt. 50ss.), e in particolare, per quanto riguarda l'utilizzo del mezzo telefonico, l'art. 2 - *Conclusione dei contratti a distanza di fornitura di beni e servizi di comunicazione elettronica* – dispone che l'adempimento

degli obblighi informativi da parte del professionista e il consenso informato del titolare dell'utenza telefonica possono risultare dalla registrazione integrale della conversazione telefonica, previo consenso dell'interessato alla registrazione, purché il consumatore, prima o al più tardi al momento dell'inizio dell'esecuzione del contratto, riceva i moduli contrattuali con tutte le informazioni previste.

Inoltre, il codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259) all'art. 70 affida all'autorità di settore il compito di vigilare sul rispetto degli obblighi di legge posti a tutela del consumatore e all'art.71 il compito di garantire la trasparenza delle informazioni relative ai prezzi in materia di accesso e uso dei servizi telefonici.

L'AGCM ha affermato che il corretto assolvimento da parte del professionista degli obblighi stabiliti dalla regolamentazione settoriale e, nel caso di specie, dall'Autorità competente (AGCOM) non esclude la possibilità di individuare ipotesi di pratiche commerciali scorrette . Si afferma che *“l'applicazione delle disposizioni in materia di pratiche commerciali scorrette da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato non può essere condizionata dalla presenza di norme regolamentari, avendo la normativa a tutela del consumatore portata generale ed una finalità diversa (individuazione ex post e sanzione di specifiche pratiche commerciali poste in essere dai professionisti ed idonee a falsare il comportamento economico dei consumatori) rispetto a quella perseguita dall'attività dell'ente di regolamentazione”*.

E' evidente che questo componimento del piano delle competenze delle diverse autorità produce importanti ricadute sui cittadini consumatori; la valutazione di scorrettezza di una pratica effettuata dall'Autorità, come rilevato più volte, ha una portata più ampia dell'accertamento della formale osservanza da parte di un professionista della regolamentazione settoriale (*Prov. 19464 del 29 gennaio 2009 PS126 –*) In particolare è stato posto in rilievo che *“la sostanza del rapporto tra utenti e professionista, e non solo il dato formale del contratto, deve essere improntato a diligenza e tutela degli interessi del soggetto debole e con maggiore deficit informativo”*. Pertanto il fornitore di servizi di comunicazione, che utilizzi di tecniche di comunicazione che prescindono dalla presenza fisica simultanea delle parti contraenti, come canale di promozione e di vendita dei propri servizi al pubblico in base al principio di diligenza professionale sopra richiamato dovrà tener conto dell'accentuazione dell'esigenza di protezione del contraente debole. Ciò perchè *“in settori caratterizzati da continua evoluzione tecnologica, vi è il naturale innalzamento del gap di asimmetria informativa tra consumatore e professionista, e che, pertanto, ad esso, l'onere di diligenza gravante sull'impresa deve essere costantemente adeguato”* (Tar Lazio, sentenze 15 giugno 2009, nn. 5625, 5627 e 5629 nonché sentenza 7 luglio 2009, n. 6446, *Fatturazione per chiamate satellitari*, sentenza 8 settembre 2009, n. 8400, *Prezzi bloccati dell'elettricità*, sentenza 9 aprile 2009, n. 3722,

Enel Energia/Cambio di fornitore). Pertanto, la pratica commerciale posta in essere dalla società di telecomunicazione consistente nella conclusione di contratti di utenza a distanza a mezzo telefono è stata censurata per due profili ovverosia l'attivazione di servizi non richiesti e l'attivazione di servizi con caratteristiche difformi rispetto a quelle promesse. Nel caso di specie il giudice amministrativo ha riconosciuto la competenza dell'AGCM anche in presenza di una regolamentazione di settore.

Ciò vuol dire che il Tar ha seguito principio di specialità enunciato dal parere del Consiglio di Stato per cui ove vi sia un duplice apparato normativo che persegue lo stesso interesse e che preveda l'esistenza di poteri non solo sanzionatori ma anche inibitori, può prevalere la disciplina settoriale o se ne è discostato?

Secondo il giudice amministrativo l'Autorità di settore non definisce in modo esaustivo il contenuto del "professionista diligente" che può non esaurirsi con le regole imposte dall'autorità settoriale.

Nel caso esaminato non sussiste una completa sovrapposizione tra le norme del codice di consumo e quelle del codice di settore e, dunque, difetterebbe il requisito del duplice apparato normativo, individuato nel parere del Consiglio di Stato e ciò perchè sussiste diversità di interessi pubblici primari affidati alle autorità che riguardano in un caso la tutela del consumatore e nell'altro la conformazione del mercato.

Questi aspetti portano ad affermare la complementarietà delle competenze delle Autorità diversamente da quanto riconosciuto con riferimento ai rapporti tra la Consob e l'AGCM e le rispettive normative.

Dunque, solo ove vi sia coincidenza degli interessi primari tutelati dalla normativa in tema di pratiche commerciali contenuta nel codice del consumo e quella contenuta nelle discipline di settore, la sovrapposizione delle discipline viene risolta con il criterio di specialità.

Il giudice amministrativo nel caso in esame ha rilevato i diversi strumenti di intervento sono fisiologicamente destinati ad operare in maniera complementare. E nello stesso senso si è pronunciato nelle sentenze riguardanti il caso *Fatturazione per chiamate satellitari* (sentenze del 15 giugno 2009, nn. 5625, 5627 e 5629 nonché sentenza del 7 luglio 2009, n. 6446 e Tar Lazio, sez. I, sentenza n. 5628 del 15 giugno 2009, caso Sms Messaggi in Segreteria), evidenziando come "il nuovo quadro di tutela offerta dal Codice del consumo, venga ad aggiungersi, da un lato, ai normali strumenti di tutela contrattuale, dall'altro, a quelli derivanti dall'esistenza di specifiche discipline in settori oggetto di regolazione".

Dunque, anche dall'esame della giurisprudenza amministrativa si evince il principio affermato dal Consiglio di Stato per cui nel caso di contrasto tra le normative di cui si è detto si applicherà il criterio di specialità a vantaggio dell'autorità di settore, ma ciò che è importante

sottolineare è che il contrasto deve sussistere tra la regola di comportamento imposta *ex ante* e quella che l'antitrust di fatto individua come esigibile dal professionista diligente.

La autorità della Concorrenza e del mercato ha adottato il provvedimento Ps 95 esercitando un potere proprio verificando, cioè, la concreta attuazione di quello standard di diligenza richiesto dall'art. 20 cod.cons.

Ciò sembra significare che l'antitrust può andare oltre lo standard di diligenza previsto dalla regola di comportamento posta *ex ante* ma non può incidere sulla norma che regola quel comportamento ritenendola contraria a diligenza.

Nella stessa prospettiva con riferimento alla diligenza professionale richiesta nei settori regolamentati, il Tar ha concluso che *“Le norme in materia di contrasto alle pratiche commerciali sleali richiedono ai professionisti l'adozione di modelli di comportamenti in parte desumibili da siffatte norme [ossia dalle discipline di settore], ove esistenti, in parte dall'esperienza propria del settore di attività, nonché dalla finalità di tutela perseguita dal Codice”* (Tar Lazio, sentenze 15 giugno 2009, nn. 5625, 5627 e 5629 nonché sentenza 7 luglio 2009, n. 6446, *Fatturazione per chiamate satellitari*, sentenza 8 settembre 2009, n. 8400, *Prezzi bloccati dell'elettricità*; sentenza 8 settembre 2009, n. 8399, *EnelEnergia/Bolletta gas*). Pertanto, l'assolvimento degli obblighi di informazione e trasparenza nei confronti del consumatore stabiliti dall'autorità di settore non esclude di per sé l'esistenza di una pratica scorretta (Tar Lazio, sentenza 8 settembre 2009, n. 8399, *Enel Energia/Bolletta gas*).

Conclusivamente si ritiene opportuno porre in risalto il principio per cui il richiamo alla disciplina di settore che si rinviene nei provvedimenti sanzionatori dell'Autorità non produce l'effetto di sottrarre una fetta di competenza alle autorità settoriali, ma vale a porre in risalto l'elevato standard di diligenza richiesto a professionisti operanti in settori regolamentati, producendo un innalzamento della tutela del consumatore e una più efficace applicazione della normativa.

ABSTRACT

La competenza generale della Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pratiche commerciali scorrette ha posto il problema della possibile sovrapposizione con le competenze delle autorità di settore. Dopo il parere del Consiglio di stato reso in materia di servizi bancari che ha “eroso” la generalità della competenza dell'antitrust si pongono in evidenza le pronunce della giurisprudenza amministrativa che ha fornito delle soluzioni specifiche in diversi settori oggetto di regolazione.

SEZIONE II
LE ASSICURAZIONI

LA RESPONSABILITÀ CIVILE PER LA CIRCOLAZIONE DI AUTO: LE PRATICHE DI “CARTELLO” E I POTERI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

(Matteo Padellaro – Aurora Muselli)

SOMMARIO: 1.- Introduzione - 2.- Il quadro di riferimento e le più recenti evoluzioni - 2.a) I profili orizzontali relativi alla cooperazione tra imprese assicurative - 2.b) I profili verticali legati alla distribuzione dei prodotti assicurativi - 2.c) I profili verticali nei rapporti con i consumatori - 3.- Considerazioni in chiave prospettica - 4.- Conclusioni.

1. INTRODUZIONE

Il mercato della RC Auto costituisce ormai a tutti gli effetti il “tallone d’achille” del sistema assicurativo nazionale, come seccamente affermato nella sua ultima relazione dall’ISVAP.

La portata di tali criticità si apprezza facilmente a fronte delle dimensioni del mercato della RC Auto (17 miliardi di euro nel 2009), della sua incidenza sui premi raccolti dall’intero comparto (circa il 15%), e soprattutto delle sue ricadute sul bilancio delle famiglie italiane (una spesa media che nel 2007 era di circa 940 euro) nonché sull’economia generale del nostro Paese (1,2% del PIL).

La natura delle difficoltà che caratterizzano il mercato sono note: nonostante i numerosi e profondi interventi del legislatore susseguitisi negli ultimi cinque anni e diretti a vivacizzare il mercato e il confronto competitivo tra compagnie assicurative, il costo delle polizze ha osservato - specie nell’ultimo anno - dei sensibili aumenti, stimati approssimativamente dall’Autorità Garante della Concorrenza in circa il 15% medio, con punte fino al 30% per i motocicli. Ciò ha contribuito ad incrementare ulteriormente il differenziale rispetto ad altri Paesi europei con caratteristiche simili, dove i costi dei premi assicurativi risultano notevolmente più contenuti (secondo quanto riportato dal Presidente dell’ISVAP in sede di audizione dinanzi al Senato in data 28 luglio 2010, in Italia il premio medio nel corso del 2008 è risultato praticamente doppio rispetto a Germania, Francia e Spagna). A ciò si deve aggiungere, che anche sotto il profilo “strutturale”, il mercato non sembra aver reagito alle innovazioni legislative intervenute: dal lato dell’offerta le quote di mercato detenute dalle principali imprese operanti in tale settore si sono mantenute sostanzialmente stabili nel corso del tempo e negli ultimi anni il numero di ingressi di nuovi operatori è stato limitato, con quote di mercato piuttosto esigue.

Le ragioni alla base di tale evoluzione del mercato non sono univoche: a seconda dei soggetti interessati esse vengono ricondotte, tra l’altro, alla incompletezza o inefficacia

delle riforme attuate, all'inadeguato contrasto del fenomeno delle frodi e all'elevata valutazione giurisprudenziale dei risarcimenti, all'inefficiente distribuzione territoriale ed organizzazione dei servizi di liquidazione dei sinistri, o ancora a comportamenti opportunistici o collusivi da parte delle società di assicurazione, peraltro in passato già sanzionate dall'Autorità Garante per una pratica di cartello nel mercato in esame (tale intervento, come noto, ha poi favorito la proposizione di numerose azioni risarcitorie da parte dei consumatori, sulla cui legittimazione ad agire si sono ormai dissipati i residui dubbi interpretativi e resistenze giurisprudenziali: recentemente peraltro la Corte d'Appello di Salerno, con sentenza n. 545 del 28 maggio 2009, ha affermato in termini innovativi che per le relative azioni di risarcimento proposte dai consumatori è competente in via esclusiva ed inderogabile la Corte d'Appello nel cui distretto si trovi la residenza o il domicilio del consumatore, e ciò anche in caso di apposita clausola derogatoria sottoscritta dal consumatore nel contratto di assicurazione contestato).

Vi è poi un dato a monte che non si può trascurare e che ha degli inevitabili riflessi sull'intero scenario analizzato nonché più in generale a livello sociale, ossia che in Italia il numero di sinistri in rapporto ai veicoli circolanti e dei feriti in incedenti stradali è molto più alto che all'estero (nell'ultima relazione del presidente dell'ANIA si citava come metro di paragone l'esperienza francese).

Ciò premesso, assumendo una prospettiva concorrenziale, si può osservare come le dinamiche competitive nel mercato della RC Auto risultino fortemente condizionate da tre aspetti fondamentali, corrispondenti ai diversi livelli di cui si compone il mercato.

In primo luogo, a livello orizzontale rilevano i rapporti di cooperazione tra imprese concorrenti che sono necessari per il funzionamento del mercato e per l'operatività del meccanismo del risarcimento.

In secondo luogo, sotto il profilo verticale, giocano un ruolo decisivo la figura dell'agente assicurativo che funge da intermediario tra la domanda e l'offerta e le caratteristiche del rapporto di mandato ad esso affidato dalle compagnie assicurative.

Infine, da un punto di vista verticale di "secondo livello", un ulteriore elemento caratterizzante è costituito dall'asimmetria informativa che caratterizza i rapporti tra le compagnie assicurative ed i consumatori, con le conseguenti criticità connesse alla trasparenza e comprensibilità delle condizioni contrattuali applicate.

Tali profili costituiscono gli snodi essenziali del processo concorrenziale nel mercato della RC Auto su cui l'Autorità Garante ha storicamente concentrato la propria attività investigativa e di segnalazione e su cui il legislatore è intervenuto con più decisione negli ultimi anni. Una rapida rassegna delle recenti evoluzioni in materia appare dunque necessaria per inquadrare i termini del problema da un punto di vista competitivo ed

accennare poi alcune considerazioni in una prospettiva evolutiva.

2. IL QUADRO DI RIFERIMENTO E LE PIÙ RECENTI EVOLUZIONI

2.a) I profili orizzontali relativi alla cooperazione tra imprese assicurative

L'introduzione del meccanismo del risarcimento diretto operato con l'adozione del Codice delle Assicurazioni (rif., art. 150) e attuato con il DPR 254/2006 ha costituito un momento di svolta importante nella dimensione orizzontale dei rapporti tra compagnie assicurative e più in generale per l'intero meccanismo di funzionamento dell'indennizzo nel mercato in considerazione.

In chiave competitiva, il nuovo meccanismo di risarcimento, instaurando una relazione diretta tra l'indennizzato e la compagnia erogante l'indennizzo, mirava a introdurre un parametro di concorrenza tra imprese assicurative ulteriore a quelli tradizionali dei premi e delle garanzie, nella specie costituito dalla qualità dei servizi di liquidazione forniti al cliente: come osservato dall'Autorità Garante in un intervento sull'argomento risalente al 2003, la circostanza che il danneggiato fosse risarcito da una compagnia diversa da quella con la quale aveva instaurato una relazione contrattuale faceva infatti sì che, al momento della scelta della compagnia di assicurazione, per il consumatore fosse del tutto indifferente la qualità del servizio di liquidazione fornito da quest'ultima (Provvedimento dell'Autorità Garante del 17 aprile 2003 n. 11891, IC 19 – Settore RC Auto, poi seguito dalle segnalazioni AS301, del 1 giugno 2005 – Riassetto normativo delle disposizioni vigenti in materia di assicurazioni – Codice delle Assicurazioni, e AS324 del 3 febbraio 2006 – Disciplina del risarcimento diretto dei danni derivanti dalla circolazione stradale). Il nuovo meccanismo invece, ponendo in capo alla compagnia dell'assicurato danneggiato l'onere di procedere alla liquidazione, dovrebbe favorire gli incentivi di quest'ultima a gestire i rischi e i costi del sistema in modo efficiente, in modo da conservare la clientela acquisita e attrarne di nuova, favorendo così una maggiore mobilità e selettività della domanda.

Di recente, l'Autorità Garante ha valutato i risultati del nuovo sistema di indennizzo: nell'intervento del giugno 2008 (segnalazione AS 453, Considerazioni e proposte per una regolazione pro concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica), essa ha ribadito le potenzialità pro-competitive associate al nuovo metodo di indennizzo, ma ha altresì rilevato come in pratica il meccanismo potrebbe stare operando in maniera non ottimale, appuntando le proprie riserve sul sistema di forfetizzazione, cioè l'ammontare che le compagnie definiscono come reciproca compensazione a fronte del danno risarcito dalla compagnia del danneggiato: ad avviso dell'Autorità Garante, infatti, tale ammontare se non adeguatamente differenziato per tipologia di danno e di veicolo, rischia di

pregiudicare gli incentivi a un efficiente controllo dei costi, determinando il ribaltamento sugli utenti degli oneri corrispondenti alle somme non coperte dalla compensazione forfetaria.

Tali aspetti sono stati da ultimo ripresi nel recente provvedimento con cui nel maggio scorso l'Autorità Garante – a fronte della critica evoluzione delle tariffe osservata nell'ultimo anno di cui si è dato conto nel paragrafo introduttivo - ha deciso di avviare un'indagine conoscitiva per approfondire l'operatività concreta della procedura di risarcimento diretto e gli assetti concorrenziali del settore r.c. auto e i riflessi in termini di andamento dei prezzi e dei costi del settore (Cfr. Provvedimento dell'Autorità Garante del 6 maggio 2010 n. 21091 – IC 42 – Procedura di risarcimento diretto e assetti concorrenziali del settore r.c. auto). In particolare, l'Autorità Garante sembra orientata a condurre un'analisi di tipo strutturale, volta cioè a ricostruire analiticamente il meccanismo di funzionamento del risarcimento diretto sotto vari profili, quali quello (i) normativo (inclusivo degli aspetti attuativi sia dal punto di vista regolamentare che convenzionale), (ii) economico (con particolare attenzione al tema già menzionato degli importi forfettari e alle modalità adottate per il contenimento dei costi) e (iii) commerciale (in termini di strategia adottata dalle imprese di assicurazione in termini di ristrutturazione dei portafogli clienti, aree geografiche e tipologie di veicoli/rischi di riferimento),

Il testo del provvedimento di avvio dell'indagine conoscitiva non opera invece alcun richiamo ad un tema che l'Autorità Garante pur aveva sollevato in precedenti interventi e che appare di primaria importanza per la comprensione delle dinamiche di settore, rappresentato dagli assetti proprietari delle compagnie di assicurazione: questi ultimi, infatti, come l'Autorità Garante aveva già avuto modo di sottolineare (Cfr. segnalazione AS 659, Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza), risultano caratterizzati dalla sussistenza di legami azionari e personali fra operatori concorrenti che rendono gli assetti di *governance* “insoddisfacenti” e che potrebbero impedire l'instaurazione di una reale concorrenza tra gli stessi, o per lo meno attenuarne gli effetti. A tal proposito, nell'intervento richiamato, l'Autorità Garante aveva sollecitato il legislatore a introdurre nella legge annuale per il mercato almeno delle disposizioni di principio miranti a risolvere il problema della diffusa presenza dei c.d. *interlocking directorates*, lasciando poi agli statuti delle società assicurative la loro concreta attuazione (l'ultima versione accessibile del DDL si limita a prevedere che le società pubblichino sul proprio sito internet le situazioni di conflitto di interesse in cui si trovino i propri dirigenti o i titolari di cariche gestionali in virtù di incarichi che questi ricoprano in società concorrenti o che controllano o sono controllate da concorrenti).

Nonostante come detto il testo dell'avvio dell'indagine conoscitiva non menzioni

espressamente tale profilo, appare probabile che l'indagine si estenderà anche agli assetti proprietari, in considerazione della grande rilevanza che l'Autorità stessa ha dedicato a tale tema nei suoi più recenti interventi nel settore bancario, sia di carattere consultivo (Cfr. segnalazione AS 496, Interventi di regolazione sulla *governante* di banche e assicurazioni) che operativo (si considerino le operazioni di concentrazione C 9182, Banca Monte dei Paschi di Siena/ Banca Antonveneta, C 9817, Istituto Generale delle banche popolari italiane/SI Holding dove l'Autorità Garante ha rispettivamente subordinato l'autorizzazione alla presentazione di impegni volti ad evitare la creazione di legami con operatori concorrenti o alla recisione dei legami (contrattuali, azionari e personali) sussistenti tra l'entità *post- merger* ed il principale concorrente sul mercato rilevante.

Da ultimo, sempre sotto il profilo orizzontale, occorre osservare che, al di là dei legami strutturali, il mercato assicurativo è caratterizzato da significativi legami operativi tra le imprese del settore, essenzialmente legati allo scambio e alla condivisione di dati statistici e commerciali che si rendono necessari al fine di ampliare il patrimonio informativo per la valutazione dei rischi e il conseguente efficientamento dell'attività assicurativa. Rispetto a tale profilo, si segnala che a livello comunitario è stato adottato in data 24 marzo 2010, il nuovo Regolamento (n. 267/2010) che ha rinnovato (con limitate modifiche) l'esenzione dal divieto di intese di cui all'art. 101 del Trattato, per quelle forme di cooperazione tra imprese assicurative volte per l'appunto alla condivisione di dati statistici per il calcolo del costo medio di copertura di determinati rischi (cd. compilazione), oltre che per la elaborazione di tavole e studi, sempre che (come in passato) gli accordi non riguardino i premi commerciali la cui definizione deve rimanere nella completa autonomia delle imprese. E' altresì da notare che il nuovo Regolamento ha opportunamente previsto che da ora innanzi l'accesso alle suddette compilazioni, tavole e studi debba essere consentito, a fini di trasparenza, anche alle associazioni dei consumatori e alle organizzazioni dei clienti; inoltre, il Regolamento ha escluso dal proprio ambito di applicabilità l'elaborazione in comune da parte delle imprese assicurative di condizioni tipo contrattuali anche se non vincolanti, fattispecie che prima beneficiava dell'esenzione automatica: secondo la Commissione europea infatti tale genere di cooperazione non risulta specifico del settore assicurativo ma è comune a molti altri settori, ciò che giustifica l'eliminazione del regime speciale prima vigente e la conseguente applicazione delle (più stringenti) regole generali in tema di cooperazione orizzontale e di scambio di informazione (peraltro attualmente in fase di revisione a livello comunitario). Ad avviso della Commissione, per quanto sia necessario ed auspicabile che i consumatori possano confrontare i prodotti assicurativi, occorre considerare che l'eccesso di standardizzazione può nuocere loro e può causare una mancanza di concorrenza su parametri diversi dal prezzo.

2.b) I profili verticali legati alla distribuzione dei prodotti assicurativi

La dimensione verticale dei rapporti tra compagnie assicurative e agenti è stata ridisegnata dai due interventi di liberalizzazione noti come “decreti Bersani”, emanati tra il 2006 e il 2007. Con il primo intervento (Decreto Legge 4 luglio 2006 n. 223 convertito in Legge 4 agosto 2006 n. 248.), il legislatore ha tra l’altro introdotto il divieto per le compagnie di assicurazione di stipulare clausole di distribuzione in esclusiva con i proprio agenti nonché il divieto di imporre prezzi minimi o sconti massimi per l’offerta di polizze assicurative. Il secondo provvedimento (d.l. 7/2007 Decreto Legge 7/2007 convertito in Legge n. 40/2007) - oltre ad introdurre altre importanti modifiche al Codice delle Assicurazioni quali ad esempio, la fissazione in cinque anni della durata dell’attestato di rischio, la eliminazione del declassamento nella stipulazione di un nuovo contratto, nonché la possibilità, per il caso di contratti pluriennali, di recedere senza oneri con un preavviso di sessanta giorni - ha poi esteso i divieti concernenti la distribuzione in esclusiva, inizialmente previsti solo per il settore dell’assicurazione obbligatoria della responsabilità civile auto, a tutti gli altri rami danni.

In chiave concorrenziale, alla base dell’intervento del legislatore sui rapporti tra compagnia assicurativa ed agente vi è la considerazione per cui data la scarsa trasparenza informativa (su cui v. infra), il modello di distribuzione ottimale per il consumatore finale è quello che vede l’esistenza di intermediari indipendenti, ossia di figure professionali in grado di supportare quella consistente fascia di consumatori che hanno bisogno di essere coadiuvati nella selezione del prodotto maggiormente confacente alle proprie esigenze. In un regime di agenzia monomandato, invece, il rivenditore propone la sola offerta della sola impresa a cui è legato da un contratto di lavoro dipendente o da un contratto di agenzia; ciò ha come implicazione che il consumatore per conoscere offerte differenti deve rivolgersi ai distributori di più imprese e, in ogni caso, non necessariamente sarà in grado di confrontarne il contenuto.

La distribuzione tramite agenzia multimandataria, introdotta dal decreto Bersani, si avvicina al modello distributivo ottimale, anche se rispetto al distributore indipendente l’agente plurimandatario in genere tenderà a proporre un numero di alternative inferiori e a collocare il prodotto del proprio portafoglio per cui percepisce la commissione più remunerativa (e dunque non necessariamente il più conveniente per il consumatore). A ciò si è cercato di ovviare attraverso la previsione dell’obbligo di pubblicità delle provvigioni previsto dal secondo decreto Bersani (cfr. l’art. 9 del Regolamento ISVAP del 23 luglio 2008), anche se occorre considerare che le forme di compensazione per l’agente possono assumere svariate forme e dunque non sempre essere soggette ai suddetti obblighi di

pubblicità e trasparenza.

Tali considerazioni sono alla base della posizione assunta dall'Autorità Garante con la segnalazione del giugno 2008 (AS 453 del 11 giugno 2008 – Considerazioni e proposte per una regolazione pro concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica), in cui quest'ultima l'Autorità Garante ha tratto delle prime conclusioni sugli effetti del passaggio verso forme di agenzia plurimandato. In particolare, l'Autorità Garante ha osservato come nonostante la modifica normativa, l'esclusiva permanga di fatto in molti dei rapporti in corso tra compagnie assicurative ed agenti: inoltre, essa si è lamentata dell'assenza nel nostro mercato di intermediari realmente indipendenti e dunque di sufficienti incentivi a orientare il proprio rapporto con la clientela ad elevati livelli di qualità e serietà professionale. Di conseguenza, l'Autorità Garante ha auspicato il passaggio a modalità retributive dell'intermediario che prevedano la corresponsione di commissioni direttamente da parte dei clienti, sì da recidere i rapporti economici con le compagnie assicurative ed allineare gli incentivi dei distributori agli interessi dei consumatori finali, limitando i rischi connessi a situazioni di conflitto di interessi e a comportamenti opportunistici.

2.c) I profili verticali nei rapporti con i consumatori

Per quanto concerne l'ultimo livello, ossia quello dei consumatori finali, occorre muovere dalla considerazione per cui il rapporto di assicurazione per la RC Auto - al pari di altri servizi (si pensi a quelli di conto corrente bancario) - si caratterizza per un'elevata asimmetria informativa a scapito del consumatore finale che si traduce per quest'ultimo in una posizione di marcata inferiorità negoziale. Tale stato di inferiorità si manifesta, da un lato, nella limitata possibilità per il cliente di contrattare sulle singole condizioni contrattuali (che presentano natura tendenzialmente standard), e d'altro lato nella difficoltà ad interpretare, comprendere e valutare l'effettiva portata delle condizioni contrattuali proposte, stante il significativo livello di complessità del prodotto in questione.

Tali caratteristiche del rapporto di assicurazione fanno sì che il tema della trasparenza e informativa contrattuale costituisca uno dei nodi essenziali della disciplina, stante la necessità di introdurre correttivi per ridurre per quanto possibile la situazione di squilibrio tra le due controparti e per rendere il consumatore, potenzialmente indipendente, dall'intermediazione spesso come si è visto "interessata" degli agenti.

L'Autorità Garante non ha mancato di attirare l'attenzione su questi profili con ripetute segnalazioni (si veda ad esempio AS 433 e AS 453, vedi anche AS 613 sullo schema di regolamento sugli obblighi di informazione e pubblicità dell'ISVAP, AS 659) che si sono concentrate sulle carenze informative ed eccessive complessità della nota informativa

e delle condizioni di contratto, nonché sulle difficoltà che ne derivano in termini di confrontabilità delle varie polizze offerte sul mercato. In tal senso, l’Autorità Garante (Cfr. AS 453, Segnalazione del 11 giugno 2008 – Considerazioni e proposte per una regolazione pro concorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica.) ha individuato quali possibili correttivi, da un lato, la semplificazione delle informazioni fornite agli utenti attraverso ad esempio una standardizzazione dei modelli contrattuali con identità di contenuti per le clausole non derogabili e un format comune per gli elementi su cui è possibile una differenziazione in modo da favorire la confrontabilità delle diverse offerte, e d’altro lato un incremento della trasparenza sulle condizioni economiche del rapporto (specie sulle condizioni relative alla variazione del premio in caso di sinistri o assenza degli stessi) sempre al fine di incoraggiare una maggiore mobilità della domanda.

Rispetto a tali esigenze, è specificamente intervenuto da ultimo il regolamento ISVAP n. 35 del 26 maggio 2010 recante la disciplina degli obblighi di informazione e pubblicità dei prodotti assicurativi: tale regolamento per quanto concerne il ramo r.c. auto ha sancito l’obbligo per le imprese di assicurazione di redigere la documentazione pre-contrattuale (il c.d. fascicolo informativo da rendere disponibile anche on-line) e contrattuale (la c.d. nota informativa) attraverso criteri di redazione in grado di facilitare la comprensione delle clausole e l’individuazione degli oneri a carico degli utenti. Il Regolamento contiene poi uno schema di Nota Informativa il quale prevede un contenuto minimo di informazioni e avvertenze da fornire al cliente (modalità di rinnovo e recesso in caso di variazioni tariffarie, esclusioni e limitazioni della copertura assicurativa, soggetti esclusi dalla garanzia, modalità per la denuncia dei sinistri), nonché l’impegno per gli operatori di comunicare tempestivamente eventuali variazioni peggiorative relative alla classe di rischio senza oneri per gli utenti.

Quanto al tema del posizionamento del cliente rispetto alla classe di merito, che costituisce uno dei principali elementi che incidono sulle condizioni economiche applicate, lo schema di Nota Informativa prevede un’avvertenza che la classe di merito di conversione universale (c.d. CU) riportata sull’attestato di rischio costituisce uno strumento di confronto tra le varie proposte di contratti R.C. auto di ciascuna compagnia (per le osservazioni dell’Autorità Garante sulla prima bozza di regolamento dell’ISVAP si veda la segnalazione AS 613 del 13 agosto 2009 – Schema di Regolamento obblighi di informazione e di pubblicità dei prodotti assicurativi).

Un ulteriore intervento volto a sollecitare la mobilità della domanda attraverso una riduzione degli ostacoli informativi alla confrontabilità dell’offerta si è infine avuto con la realizzazione del Preventivatore Unico ad opera dell’ISVAP e del Ministero per lo Sviluppo Economico (secondo quanto disposto dal secondo decreto Bersani): si tratta

infatti di uno strumento on-line liberamente accessibile dal consumatore per ottenere e confrontare i preventivi r.c. auto per le polizze più comuni e diffuse di tutte le imprese presenti sul mercato. Sebbene non sia possibile procedere all'acquisto della polizza direttamente dal sito, i preventivi ivi ottenuti rimangono vincolanti per le imprese almeno per i successivi 60 giorni.

3. CONSIDERAZIONI IN CHIAVE PROSPETTICA

La sintetica rassegna delle evoluzioni registrate nel settore appare rappresentativa delle varie resistenze, strutturali e comportamentali, che rallentano ai diversi livelli una evoluzione pienamente competitiva del mercato. A fronte di uno scenario così complesso, il dibattito riaccessosi a seguito dei rincari osservati sul mercato ha inevitabilmente evidenziato profonde difformità di vedute tra i vari soggetti interessati (istituzioni, compagnie assicurative e associazioni dei consumatori), e la proposizione di misure di intervento molto differenziate tra loro.

Rispetto ad esse è possibile svolgere alcune considerazioni di carattere generale, sulla scorta del quadro delineato nella prima parte del presente contributo.

Il punto di partenza può essere costituito dalle riflessioni proposte dalle organizzazioni di categoria degli agenti di assicurazione nel corso di un convegno tenutosi all'inizio di quest'anno. Queste, in sostanza, a seguito di una indagine interna hanno verificato che le polizze disponibili sul mercato hanno contenuti e clausole contrattuali (specie sulle esclusioni e sulla rivalsa) molto complesse e differenziate: tale ginepraio contrattuale dimostrerebbe ad avviso dei sindacati che è falsa la percezione secondo cui le varie polizze tendono ad equivalersi e che i consumatori dovrebbero considerare (o essere messi nelle condizioni di farlo) anche criteri diversi dal mero parametro economico, concentrandosi anche sul contenuto contrattuale e sull'estensione della copertura contrattuale. Di qui la proposta di individuare una sorta di polizza tipo di base che – se ben si comprende - assicuri uno standard minimo contrattuale di copertura, ferma restando la possibilità per le compagnie di derogare in melius alle condizioni tipizzate.

Appare interessante notare che la proposta riprende – approfondendola – una delle varie misure prospettate nel tempo dall'Autorità Garante per aumentare la mobilità della domanda. L'approvazione da parte dell'ISVAP del suddetto Regolamento contenente uno schema di Nota Informativa non si ritiene superi interamente i problemi posti dal sindacato degli agenti assicurativi, atteso che lo schema in questione sembra focalizzarsi sul genere di informazioni e di avvertenze che devono essere necessariamente contenute, ma non interviene nel senso di uniformare e standardizzare le condizioni di polizza per

facilitare la confrontabilità delle offerte.

Rimangono da valutare le eventuali modalità concrete di attuazione della proposta dei sindacati (soggetti incaricati di procedere alla standardizzazione e estensione oggettiva di quest'ultima), soprattutto in considerazione delle indicazioni parzialmente difformi emerse a livello comunitario, dove come si è visto, il legislatore con il nuovo Regolamento ha eliminato dal precedente beneficio dell'esenzione automatica l'elaborazione di condizioni tipo da parte delle compagnie assicurative in considerazione dei potenziali rischi sulla dimensione orizzontale dei rapporti derivanti dalla omogeneizzazione delle condizioni contrattuali di polizza.

In tale scenario, ove si volesse realmente perseguire la strada proposta dai sindacati degli agenti, si tratterebbe dunque di individuare un possibile punto di equilibrio tra le diverse istanze, limitando la standardizzazione ad aspetti contrattuali che non tocchino parametri in grado effettivamente di orientare la scelta dei consumatori e lasciando all'autonomia delle imprese la definizione di tutti quegli aspetti che presentino concreti margini per una concorrenza sul merito dell'offerta. Al riguardo, potrebbe essere opportuna una presa di posizione da parte dell'Autorità Garante al fine di chiarire se la proposta originariamente avanzata e fatta propria dai sindacati degli agenti assicurativi sia ancora attuale alla luce delle evoluzioni intervenute e sia comunque compatibile con il nuovo quadro regolamentare, oltre che con i primi riscontri ottenuti nell'ambito dell'indagine conoscitiva.

In ogni caso, ci si potrebbe domandare se la trasparenza e la comparabilità delle offerte non possano essere ottenute attraverso modalità che incidano meno sull'autonomia (e la varietà) contrattuale delle imprese e in particolare mediante strumenti di interpretazione, raffronto e semplificazione delle varie offerte esistenti sul mercato, più sofisticati di quelli esistenti. Il principale limite del già citato Preventivatore Unico attualmente disponibile on-line è stato infatti individuato nella limitazione del confronto tra le varie polizze al dato economico del prezzo (oltre che nelle difficoltà connesse alla compilazione delle numerose informazioni richieste ed altre imperfezioni nel funzionamento), mentre come si è visto esistono anche aspetti contrattuali che ben possono assumere rilevanza nella selezione dell'offerta più confacente e la cui comprensione e valutazione allo stato può risultare difficile per gli stessi agenti specializzati.

Ebbene, l'esperienza in materia bancaria, settore che presenta delle indubbie affinità a quello in considerazione, può costituire un utile parametro di riferimento. In particolare, il consorzio volontario Patti Chiari, a cui aderiscono gran parte degli istituti bancari nazionali, ha realizzato una serie di iniziative volte a migliorare il grado di comprensione da parte degli utenti delle caratteristiche economiche e qualitative dei prodotti e servizi

bancari da parte della clientela, così da promuovere il confronto concorrenziale tra gli operatori all'interno del mercato. In sostanza tali obiettivi sono stati realizzati attraverso un duplice ordine di interventi: da un lato un sito internet sofisticato che permette una comparabilità delle varie offerte di conto corrente relative ai vari profili di utenza attraverso uno specifico indicatore numerico che sintetizza il costo complessivo dei vari servizi di cui si compone il conto corrente. Dall'altro, attraverso una certificazione di qualità alle sole banche che aderiscano alle iniziative del consorzio in termini di impegni per la trasparenza e confrontabilità delle offerte.

Al riguardo è interessante notare che nel corso dell'istruttoria I-704 sugli accordi interbancari in materia di MAV e assegni (commissioni interbancarie e condizioni applicate alla clientela in termini di giorni di valuta), l'Autorità Garante ha accettato e reso vincolanti impegni proposti proprio da Patti Chiari volti a sviluppare e a rendere più complete le iniziative informative da essa assunte per tali specifici servizi bancari, anche attraverso il miglioramento dei dati disponibili sul suo motore di ricerca. Attraverso l'istituto degli impegni ex art. 14 *ter* della legge 287/90, l'istruttoria antitrust sulle asserite intese restrittive in ambito bancario – che verteva principalmente sulla fase a monte delle regole interbancarie più che sul momento finale di contrattazione con la clientela - è così divenuta l'occasione per un intervento condiviso tra il sistema bancario e l'Autorità Garante sulle modalità di presentazione e di offerta al pubblico dei servizi in questione.

Un'analoga capacità da parte dell'Autorità Garante di utilizzare i propri strumenti di intervento per favorire la trasparenza e la confrontabilità delle offerte in settori sofferenti da un punto di vista concorrenziale non si è invece ancora manifestata nel settore assicurativo, dove non solo non sono state avviate istruttorie antitrust ma anche le indagini per le pratiche commerciali scorrette (rispetto a cui le segnalazioni dell'Autorità Garante sull'incompletezza delle informazioni fornite nella contrattualistica lasciavano invece presagire interventi mirati) sono risultate molto limitate (negli ultimi due anni si registrano solo due/tre casi relativi peraltro a messaggi promozionali ingannevoli).

4. CONCLUSIONI

Alla luce di quanto precede, si ritiene che una intensificazione dell'attività di controllo e un utilizzo degli strumenti di intervento diretto da parte dell'Autorità Garante potrebbe senza dubbio orientare il sistema verso un più veloce adeguamento agli standard di trasparenza, correttezza e informazione che si stanno affermando in altri settori. Un intervento propulsivo in tal senso potrebbe peraltro innescare effetti benefici anche sugli altri nodi dell'attuale conformazione del mercato, specie per i profili di criticità verticali

legati alla distribuzione: in questo senso, la dotazione di strumenti di confronto più sofisticati dovrebbe aumentare l'autonomia degli utenti finali nell'individuazione del prodotto più confacente alle proprie esigenze e per questa via il ricorso a canali distributivi diversi da quello agenziale, come ad esempio la stipula dei contratti di assicurazione direttamente on-line, attualmente ferma nel nostro Paese ad una percentuale molto limitata (7%) e assai inferiore rispetto all'estero.

In sede conclusiva, appare inoltre opportuno effettuare almeno una menzione al diffuso fenomeno delle frodi da parte degli utenti: l'ISVAP riprendendo le istanze dell'ANIA ha recentemente sostenuto l'opportunità di istituire un'Unità Antifrode con compiti di intelligence investigativa volta alla segnalazione alle autorità giudiziarie (e alle imprese assicurative interessate) dei fenomeni di frode riscontrati. E' innegabile che il fenomeno delle frodi intacchi la competitività delle imprese assicurative, determinando un innalzamento dei costi e del livello di inefficienza complessivo del sistema. Ciò tuttavia non dovrebbe ragionevolmente costituire una giustificazione per eventuali comportamenti delle imprese volti ad addossare ai consumatori a cui tali fenomeni non siano ascrivibili corrispettivi economici ulteriori e non legati ad alcuna controprestazione da parte dell'impresa (si pensi ad esempio gli 8.500 euro richiesti ai neopatentati in alcune zone del Mezzogiorno come riportato dal Presidente dell'ISVAP in sede di audizione davanti al Senato lo scorso 28 luglio), soprattutto laddove queste ultime non abbiano effettivamente posto in essere meccanismi per contenere il livello dei premi (si pensi alla inefficiente organizzazione e copertura territoriale dei servizi di liquidazione).

Al riguardo, è interessante notare come nel diverso settore della telefonia fissa, l'Autorità Garante nel corso di un'istruttoria - poi chiusa con impegni nel corso del 2008 - abbia sostenuto l'abusività delle condotte con cui un operatore tentava di arginare il fenomeno delle frodi, ritenendo in sostanza che le contromisure apprestate (nella specie obbligo per il soggetto che subentrava nell'utenza telefonica di un utente moroso di corrispondere le somme dovute da quest'ultimo) non fossero proporzionate rispetto all'esigenza di proteggersi da situazioni di insolvenza preordinata (e ciò anche in considerazione della possibilità di adottare misure meno gravose per i consumatori).

E' certamente vero che il settore assicurativo presenta delle spiccate peculiarità sotto il profilo della individuazione delle situazioni di frode e alle gestione dei relativi rischi che non permetterebbero un'applicazione *sic et simpliciter* dei medesimi principi: tuttavia, la fattispecie menzionata sembra confermare che nel settore assicurativo l'Autorità Garante non ha sinora mostrato quella "creatività" che le ha consentito di intervenire ed ottenere risultati in altri mercati caratterizzati da un altrettanto elevato tasso di criticità.

ABSTRACT

Nonostante i numerosi *interventi legislativi diretti ad incentivare il confronto competitivo tra compagnie assicurative, il costo delle polizze abbia comunque registrato sensibili aumenti, difficilmente riconducibili a cause univoche. In questo senso si osserva che le principali resistenze ad un'evoluzione competitiva del mercato possano essere individuate in una prospettiva concorrenziale su tre livelli distinti: uno di tipo orizzontale, concernente i rapporti di cooperazione tra imprese concorrenti, uno di tipo verticale relativo ai rapporti tra impresa assicurativa ed agente ed, infine, uno verticale di secondo livello relativo ai rapporti tra compagnia assicurativa e consumatore. Ciascuno di tali livelli è stato oggetto dell'attività, investigativa e di segnalazione, dell'Autorità Garante nonché di importanti interventi legislativi e regolamentari da parte dell'ISVAP, rispetto a cui viene operato un breve richiamo. Dall'analisi svolta emerge che nonostante gli sforzi profusi, sussistono ancora rilevanti fattori strutturali e comportamentali che rallentano ai diversi livelli un'evoluzione pienamente competitiva del mercato. In questo senso, si osserva che la capacità investigativa e di intervento da parte dell'Autorità Garante nell'ambito del settore RC Auto in questi ultimi anni ha stentato a manifestarsi con la stessa intensità che ha caratterizzato settori affini (come quello bancario dove anche per effetto dell'azione dell'Autorità si sono registrate interessanti iniziative sul fronte della semplificazione e trasparenza dei rapporti con i consumatori finali). Il recente avvio dell'indagine conoscitiva sulle polizze auto appare senza dubbio un intervento utile in chiave di approfondimento ma da solo insufficiente ad alterare gli insoddisfacenti equilibri di mercato attualmente osservati.*

SEZIONE III
I SERVIZI BANCARI E FINANZIARI

1. IL CREDITO AL CONSUMO: IL RECENTE RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA COMUNITARIA

(Antonio Liguori)

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo antecedente al d.lgs. 141/2010. - 2. La nuova direttiva 08/48/CE ed il suo recepimento nell'ordinamento interno. - 3. Il mercato del credito al consumo in Italia. - 4. Gli interventi della Banca d'Italia e la nuova disciplina degli intermediari del credito. - 5. Un primo giudizio sulla riforma del credito al consumo: prospettive applicative e impatto sulla tutela dei consumatori.

1. IL QUADRO NORMATIVO ANTECEDENTE AL D.LGS. 141/2010

Il credito al consumo consiste nell'attività di concessione di credito, nell'esercizio di un'attività professionale o commerciale, sotto forma di dilazione di pagamento, finanziamento o di altra analoga facilitazione finanziaria, a favore di una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta.

Si tratta quindi di uno strumento che da un lato consente ai consumatori di soddisfare il proprio fabbisogno di determinati beni e servizi, ponendo rimedio ad eventuali carenze di liquidità; dall'altro aiuta anche le imprese che tali beni e servizi offrono a continuare ad operare.

La prima disciplina del credito al consumo è stata introdotta nell'ordinamento nazionale a seguito del recepimento della direttiva 87/102/CEE.

Obiettivo del legislatore comunitario fu quello di rimuovere le principali differenze normative esistenti all'interno dei vari Stati membri, predisponendo un sistema di tutela minimo che i singoli Stati avrebbero dovuto adottare.

Il legislatore nazionale diede quindi attuazione alla direttiva 87/102/CEE mediante gli artt. 18 – 24 della legge 19 febbraio 1992 n. 142 (Legge Comunitaria per il 1991), disposizioni successivamente abrogate e riprodotte all'interno del Titolo VI, Capo II e III, del TUB (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385); a seguito, poi, dell'introduzione del Codice del Consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) parte dell'art. 125 TUB fu trasposta, senza modifiche, nell'art. 42 del Codice stesso; da ultimo questa disciplina ha subito notevoli modifiche a seguito della nuova direttiva 08/48/CE, recentemente attuata dal legislatore nazionale con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

Prima di analizzare tali ultime novità, e al fine di comprenderne meglio la portata, è utile passare in rassegna le disposizioni che hanno regolato in questi anni il credito al consumo nel nostro ordinamento.

Il TUB esordiva, all'art. 121, comma 1, fornendo una precisa definizione di credito al consumo, in base alla quale è tale l'attività di «*concessione di credito, nell'esercizio di un'attività professionale o commerciale, sotto forma di dilazione di pagamento, finanziamento o di altra analoga facilitazione finanziaria, a favore di una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta*».

L'ambito di applicazione soggettivo della disciplina era poi ulteriormente individuato dal successivo comma 2, ove si affermava che l'attività di credito al consumo deve intendersi riservata alle banche, agli intermediari finanziari e ai soggetti autorizzati alla vendita di beni e servizi, ma – in quest'ultimo caso – esclusivamente nella forma di dilazione di pagamento; nonché dal comma 3 dello stesso art. 121, ove si leggeva che le norme sul credito al consumo si applicano, in quanto compatibili, anche ai soggetti che s'interpongono tra finanziatore e consumatore.

Con riguardo, poi, ai limiti oggetti, il TUB individuava una serie di fattispecie per le quali si escludeva l'applicazione della disciplina del credito al consumo:

- (i) i contratti di finanziamento per un importo inferiore o superiore ai limiti individuati con apposita delibera dal CICR (tale delibera non è stata tuttavia mai emanata e pertanto tali limiti erano individuati in quelli stabiliti dalla legge 142/1992, pari cioè a euro 154,93, come limite minimo, ed euro 30.987,41, come limite massimo);
- (ii) i contratti di somministrazione *ex art. 1559 c.c.*, stipulati preventivamente in forma scritta e consegnati contestualmente in copia al consumatore;
- (iii) i finanziamenti rimborsabili in un'unica soluzione entro diciotto mesi, con il solo eventuale addebito di oneri non calcolati nella forma di interesse;
- (iv) i finanziamenti privi di corrispettivo, di interessi o di altri oneri, ad eccezione del rimborso per le spese vive sostenute e documentate; i finanziamenti destinati all'acquisto e alla conservazione di un diritto di proprietà su un terreno o immobile edificato o da edificare, ovvero all'esecuzione di opere di restauro o di miglioramento;
- (v) i contratti di locazione, purché sia prevista la clausola che escluda la possibilità che la proprietà della cosa locata possa essere trasferita al locatario.

Precisato l'ambito di applicazione della disciplina, il legislatore si proponeva di predisporre un sistema di tutela che fosse in grado di proteggere il consumatore in tutte le varie fasi del rapporto contrattuale.

Con riguardo al momento antecedente alla stipula del contratto,

l'art. 123 imponeva precisi obblighi informativi in capo al finanziatore: al comma 1 si estendeva quindi ai contratti di credito al consumo l'art. 116 TUB, dettato in materia di trasparenza dei contratti bancari e avente a oggetto la pubblicità effettuata all'interno di locali aperti al pubblico; il comma 2 dell'art. 123 riguardava invece la pubblicità effettuata con qualsiasi altro mezzo.

Tra i contenuti imposti alla comunicazione pubblicitaria rientravano le informazioni relative al TAEG definito dall'art. 122 TUB come il costo totale del credito a carico del consumatore, comprensivo degli interessi e di tutti gli oneri da sostenere per l'utilizzazione del credito, espresso in percentuale annua del credito concesso.

Con riguardo alla tutela predisposta in sede negoziale, l'art. 124 del TUB, rinviando ai commi 1 e 3 dell'art. 117, richiedeva la forma scritta, pena la nullità del contratto e la consegna di una copia dello stesso al consumatore. Tale invalidità, tuttavia, non operava secondo le regole classiche del codice civile, atteso che l'art. 127 TUB precisava che essa potesse essere fatta valere solo dal consumatore, configurandosi quindi come una nullità di protezione.

Oltre alla forma scritta, poi, lo stesso art. 124, ai commi 2 e 3, imponeva un contenuto minimo obbligatorio del contratto di credito al consumo e al successivo comma 4 aggiungeva che il finanziatore non potesse richiedere alcuna somma al consumatore che non fosse espressamente prevista nel contratto, sancendo la nullità di qualsiasi clausola contrattuale che rinviasse agli usi per la determinazione di condizioni economiche.

Qualora, poi, il contratto di credito al consumo sottoscritto dal finanziatore e dal consumatore fosse stato mancante di alcune delle previsioni richieste dalle suddette norme come contenuto minimo del regolamento contrattuale, ovvero le stesse fossero state affette da nullità, il comma 5 dell'art. 124 TUB prevedeva un sistema d'integrazione automatica del contratto in base al quale:

- (i) il TAEG era individuato nel tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto;
- (ii) la scadenza del credito s'intendeva di trenta mesi;
- (iii) era esclusa la costituzione in favore del finanziatore di qualsiasi garanzia

o copertura assicurativa.

Erano inoltre previste, all'art. 125 TUB, una serie di disposizioni dirette a tutelare il consumatore in seguito alla stipula del contratto di credito al consumo.

In primo luogo si prevedeva l'estensione della disciplina di cui all'art. 1525 c.c. ai contratti in cui sia stato concesso un diritto reale di garanzia sul bene acquistato con il denaro ricevuto in prestito: ciò comportava che il finanziatore non potesse richiedere la risoluzione del contratto e la restituzione della somma finanziata qualora l'inadempimento del consumatore non superasse l'ottava parte del prezzo.

Il comma 2 dell'art. 125 TUB attribuiva esclusivamente al consumatore il diritto di adempimento anticipato e di recesso, escludendo la possibilità di patto contrario: per quanto riguarda il diritto di estinzione anticipata, esso si configura come un vero e proprio diritto potestativo in capo al consumatore, cui è altresì riconosciuto il diritto ad un'equa riduzione del costo del credito, secondo le modalità fissate dal Ministero del Tesoro con decreto dell'8 luglio 1992.

La disciplina del diritto di recesso era invece dettata dall'art. 118 TUB, in base al quale il finanziatore aveva diritto a modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto, purché tali modifiche fossero comunicate espressamente al consumatore, con un preavviso minimo di trenta giorni, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal consumatore, il quale poteva recedere, senza spese, dal contratto entro sessanta giorni.

L'ultimo comma dell'art. 125 TUB tutelava infine il consumatore in caso di cessione del credito da parte del finanziatore, consentendo al primo di opporre al cessionario tutte le eccezioni derivanti dal contratto, anche in deroga all'art. 1248 c.c. in materia di compensazione.

Tale norma era stata oggetto di dibattito in dottrina, in particolare circa l'opportunità di estendere il richiamo all'art. 1248 c.c. sia al comma 2 che al comma 3: tuttavia in considerazione della *ratio* che aveva ispirato il legislatore, consistente, evidentemente, nel voler disincentivare, nell'ambito della tipologia contrattuale di cui si tratta, la cessione del credito, tutelando in tal modo maggiormente i diritti del consumatore, si era ritenuto che la norma dovesse essere interpretata nel senso che la deroga riguardasse l'intero testo dell'art. 1248 c.c.

Altra disposizione posta a protezione del consumatore era poi prevista all'interno del Codice del Consumo all'art. 42 cod. cons., ove si prendeva in considerazione l'ipotesi in cui il contratto di credito al consumo sia finalizzato all'acquisto di un bene o di un servizio: si tratta di casi in cui si è quindi di fronte a due contratti, uno di compravendita e l'altro di finanziamento, i quali sono distinti sul piano giuridico ma sicuramente interdipendenti sul piano economico. Affinché, quindi, il consumatore potesse agire contro il finanziatore, per l'inadempimento del fornitore del bene o del servizio, nei limiti del credito concesso, era richiesta, oltre all'inutile costituzione in mora del fornitore, la prova dell'esistenza di un accordo di esclusiva tra il finanziatore e il fornitore per la concessione di credito ai clienti di quest'ultimo.

2. LA NUOVA DIRETTIVA 08/48/CE ED IL SUO RECEPIMENTO NELL'ORDINAMENTO INTERNO

Con la nuova direttiva 08/48/CE si è assistito a un mutamento dell'obiettivo del legislatore comunitario nel settore del credito al consumo: mentre in precedenza, con la direttiva 87/102/CEE, si volle prevedere uno standard minimo di tutela, rispetto al quale i singoli Stati membri erano liberi di adottare o meno disposizioni più incisive, ora il risultato cui si è mirato è stato quello della massima armonizzazione degli ordinamenti nazionali.

Come si evince dai considerando della direttiva, infatti, la Comunità Europea ha preso atto di come gli ampi spazi di manovra lasciati dalla precedente normativa comunitaria avesse portato a un'eccessiva frammentazione normativa all'interno dei singoli ordinamenti dei vari Stati membri nel settore del credito al consumo, e ciò, unito al rapido sviluppo e all'evoluzione del mercato del credito, aveva costituito un ostacolo alla realizzazione del mercato unico del credito. A tal fine, quindi, il legislatore comunitario ha inteso intervenire nella materia del credito al consumo, ponendo rimedio alle problematiche applicative che erano sorte con la precedente disciplina, e vietando agli Stati membri, come si evince dall'art. 22 della direttiva, di mantenere o introdurre disposizioni in contrasto con la nuova normativa.

L'iter per il recepimento nell'ordinamento interno della direttiva 08/48/CE è stato avviato dal legislatore nazionale con l'attribuzione al Governo di un'apposita delega legislativa, ai sensi dell'art. 33 legge n. 88 del 2009 (Legge Comunitaria per il 2008); delega che è stata da ultimo esercitata con l'approvazione del d.lgs. 141/2010, che ha

modificato l'intero Titolo VI del TUB e ad abrogare agli artt. 40, 41 e 42 cod. cons.. Analizzando la nuova normativa si evince come le principali novità riguardino in primo luogo l'ambito applicativo della stessa.

Sotto il profilo oggettivo risulta, infatti, modificato l'art. 122 TUB con riguardo alle fattispecie escluse, e con l'aggiunta di alcune ipotesi in cui vi è solo una parziale disapplicazione della disciplina.

Con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione si fa invece riferimento alla figura dell'intermediario del credito, espressamente definito dall'art. 121, comma 1, lett. h), come qualsiasi soggetto diverso dal finanziatore che, nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale, provveda, dietro pagamento di un compenso in denaro o di altro vantaggio economico, a presentare proposte di credito ai consumatori, ad assisterli nella conclusione dei contratti, ovvero a stipulare contratti di credito con i consumatori in nome e/o per conto del finanziatore.

Tali soggetti sono quindi sottoposti agli stessi obblighi, ivi compresi quelli informativi, previsti per il finanziatore, con l'aggiunta di ulteriori e specifici obblighi informativi indicati dal nuovo art. 125-*novies* aventi ad oggetto l'ampiezza dei propri poteri, la circostanza se lavori a titolo esclusivo per uno o più finanziatori ovvero come mediatore, ed inoltre il compenso che il consumatore deve versare all'intermediario.

Con riferimento agli obblighi informativi previsti in applicazione della nuova direttiva, essi si concentrano non solo nella fase più prettamente precontrattuale, ma anche nel momento antecedente della comunicazione commerciale rivolta al consumatore.

L'art. 123 TUB individua quindi quello che deve costituire il contenuto minimo di qualsiasi comunicazione commerciale relativa ai contratti di credito, all'interno della quale si faccia riferimento a qualsiasi dato numerico riguardante il costo del credito al consumatore, informazioni che devono essere fornite in maniera chiara, concisa e con l'impiego di un esempio rappresentativo.

Passando al momento strettamente precontrattuale, il nuovo art. 124 TUB non solo amplia in modo considerevole, rispetto alla precedente normativa, il contenuto delle informazioni rilevanti, ma precisa, al comma 1, che queste devono essere fornite al consumatore in tempo utile prima che egli sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito ed in modo tale da consentirgli di raffrontare le varie offerte contrattuali. Si tratta evidentemente di disposizioni attraverso le quali si vuole che il consumatore sia posto nella condizione di compiere una scelta consapevole in merito alla conclusione del contratto.

L'importanza di tali informazioni per il compimento di una scelta consapevole da parte del consumatore ha poi portato il legislatore comunitario a far sì che esse siano

fornite nel modo più chiaro possibile. Da ciò derivano le previsioni di cui al comma 2 dell'art. 124 TUB, concernenti non solo la naturale prescrizione della forma scritta o di altro supporto durevole, ma anche la precisazione che qualsiasi altra informazione che il finanziatore intenda fornire dovrà essere tenuta distinta rispetto a quelle indicate dalla norma, in modo da evitare qualsiasi rischio di confusione per il consumatore.

Particolare rilievo assume poi la previsione di cui al comma 5 dello stesso art. 124 TUB, in base alla quale il finanziatore, ovvero anche il suo intermediario, dovranno assistere il consumatore per consentirgli di scegliere le condizioni economiche del contratto di credito a lui maggiormente confacenti. La norma precisa in particolare che dovranno essere illustrate al consumatore le informazioni precontrattuali, le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento.

Tale nuovo onere imposto ai finanziatori e agli intermediari è strettamente connesso con la nuova disciplina del cosiddetto "merito creditizio": l'obiettivo è di evitare che il consumatore, aderendo a un'operazione di credito al consumo, si sottoponga ad un rischio eccessivo rispetto alle sue capacità economiche ed in tal senso si vuole che anche il creditore si attivi per evitare che tale rischio sia corso.

In applicazione dell'art. 8 della direttiva, il nuovo art. 124-*bis* TUB impone, quindi, lo svolgimento, da parte del finanziatore di una verifica sul merito creditizio del consumatore, cioè sulla sua solvibilità e sulla sua capacità di adempiere gli oneri economici derivanti dal contratto di credito, mediante l'acquisizione di informazioni che possono essere fornite anche dal consumatore stesso ovvero tramite la consultazione di apposite banche dati permanenti, in base alla disciplina dettata dal nuovo art. 125 TUB. Tale valutazione non dovrà essere compiuta solo prima della stipula del contratto, ma anche successivamente qualora le parti intendano modificare l'importo totale del credito.

Va detto, peraltro, che quella del merito creditizio non costituisce una novità assoluta per il nostro ordinamento: si pensi alla disciplina dettata dagli artt. 39-40 della delibera Consob n. 16190/2007 in materia di prestazione di servizi di gestione di portafoglio.

Tra le altre novità apportate in materia di credito al consumo, vi è la disciplina del diritto di recesso, all'interno della quale è dedicata un'apposita previsione, contenuta nel nuovo art. 125-*quater* TUB, per i casi di contratti aventi durata indeterminata.

Per tali ipotesi si prevede quindi che il consumatore potrà recedere in qualsiasi momento dal contratto senza penalità e senza alcun obbligo di preavviso, a meno che quest'ultimo non sia previsto contrattualmente e comunque in misura non superiore ad un mese; diversamente il finanziatore potrà recedere solo se tale possibilità sia prevista nel contratto, mediante comunicazione scritta o su altro supporto durevole al consumatore

con un preavviso di due mesi.

Non è stata invece prevista la possibilità, concessa al finanziatore dall'art. 13 della direttiva, di recedere senza preavviso laddove sussista un motivo oggettivamente giustificato; tuttavia il finanziatore potrà, sempre se previsto contrattualmente, sospendere per una giusta causa l'utilizzo del credito da parte del consumatore, dandogliene comunicazione su supporto cartaceo o altro durevole, in anticipo ovvero, laddove ciò non sia possibile, immediatamente dopo la sospensione.

Con riguardo poi alla normativa generale del diritto di recesso, il legislatore comunitario ha inteso porre rimedio alla frammentazione che si era creata nei vari ordinamenti nazionali, circa il diritto di ripensamento in capo al consumatore, escluso in alcuni, tra cui anche nel nostro ordinamento, e previsto in altri, dove, come visto, il recesso si configura come uno strumento di reazione del consumatore alle modifiche unilaterali delle condizioni contrattuali.

A tal fine l'art. 14 della direttiva, attuato nel nostro ordinamento con l'introduzione di un nuovo art. 125-*ter* TUB, ha previsto definitivamente anche nel settore del credito al consumo il diritto di recesso come diritto di ripensamento del consumatore, da esercitarsi entro 14 giorni decorrenti dalla conclusione del contratto di credito, ovvero dal giorno in cui il consumatore ha ricevuto le informazioni contrattuali, se tale giorno è posteriore a quello della stipula del contratto.

L'esercizio di tale diritto dovrà avvenire secondo le modalità indicate dal finanziatore nelle informazioni precontrattuali, prescelte tra quelle previste nell'art. 64, comma 2, cod. cons. In conseguenza dell'esercizio del diritto di recesso, il consumatore dovrà pagare al creditore il capitale e gli interessi dovuti, calcolati sulla base del tasso debitore pattuito dalla data di prelievo del credito fino alla data di rimborso del capitale, non oltre 30 giorni dall'invio della notifica del recesso al creditore. Il finanziatore non ha diritto a nessun altro indennizzo da parte del consumatore in caso di recesso, salvo le spese non rimborsabili pagate dal creditore stesso alla pubblica amministrazione.

Il legislatore comunitario ha poi inteso rivedere anche la disciplina dei contratti di credito collegati, precedente prevista nel nostro ordinamento, come visto, dall'art. 42 cod. cons.

In applicazione dell'art. 15 della direttiva, si è quindi provveduto per la prima volta a dare una definizione normativa del contratto di credito collegato, contenuta nell'art. 121, comma 1, lett. d) TUB, individuandone la caratteristica fondamentale nella sua finalizzazione all'acquisto di beni o servizi per scopi di consumo all'interno di un'unica operazione commerciale. Tale unità è stata ravvisata sia nel caso in cui sia lo stesso fornitore del bene a finanziare il credito al consumo, sia quando il credito è concesso da

un soggetto finanziatore terzo rispetto al fornitore del bene.

La principale novità sul punto riguarda la disciplina della responsabilità del finanziatore a seguito dell'inadempimento del fornitore del bene o del servizio: il nuovo art. 125-*quinquies* TUB consente, infatti, al consumatore di agire contro il finanziatore con il solo limite di aver preventivamente ma inutilmente agito nei confronti del fornitore e che, ai sensi dell'art. 1455 c.c., l'inadempimento del fornitore non sia di scarsa importanza.

Altro punto molto importante riguarda la nuova disciplina di cui all'art. 19 della direttiva sulle modalità di calcolo del TAEG, ora prevista all'art. 121, comma 2, TUB, che dovrà comprendere non solo tutti i costi concernenti il contratto di credito, ma anche i contratti collegati, quali ad esempio i contratti di assicurazione, sia nel caso in cui la loro sottoscrizione sia obbligatoria sia qualora sia richiesta dal finanziatore per ottenere le condizioni offerte con il contratto.

Ulteriori aspetti della disciplina del credito al consumo toccati dalla nuova direttiva comunitaria riguardano, poi, il contenuto minimo del contratto (art. 125-*bis* TUB), la disciplina dell'adempimento anticipato in cui si specifica rispetto al passato i criteri per la determinazione dell'indennizzo spettante al finanziatore (art. 125-*sexies* TUB) e la cessione dei diritti (art. 125-*septies* TUB).

Va poi evidenziato come il legislatore comunitario abbia precisato che tutti i diritti sopra esaminati riconosciuti ai consumatori in materia di credito al consumo siano in ogni caso irrinunciabili ed all'art. 22, comma 2 della direttiva impone agli Stati membri di provvedere affinché la normativa nazionale preveda tale irrinunciabilità.

Tale disposizione era peraltro già presente nel nostro ordinamento, all'art. 127, ora comma 2, TUB, ove si precisa che tutte le disposizioni dettate nel Titolo VI sono derogabili solo a favore del cliente.

3. IL MERCATO DEL CREDITO AL CONSUMO IN ITALIA

L'esigenza avvertita dalla Comunità Europea di procedere ad un aggiornamento della disciplina dei contratti di credito al consumo è derivata dalla forte crescita e sviluppo che tale mercato ha avuto in questi anni in tutto il territorio del mercato unico.

Le ragioni di questa espansione del mercato del credito al consumo vanno ravvisate *in primis* nell'ultima crisi economica che ha colpito anche gli Stati membri della Comunità Europea, a fronte della quale il ricorso a tale strumento da un lato consente ai consumatori di soddisfare il proprio fabbisogno di determinati beni e servizi, dall'altro fa sì che le imprese che tali beni e servizi offrono di poter continuare ad operare nel mercato.

In Italia questa tendenza è stata ampiamente analizzata in un'indagine conoscitiva

della Commissione VI (Finanze) della Camera dei deputati, approvata il 23 febbraio 2010, dalla quale è emersa chiaramente la crescita della propensione all'indebitamento delle famiglie italiane: tra i vari dati riportati dall'indagine rilevante è quello relativo alla consistenza dei finanziamenti in essere, pari a giugno 2009 a 109 miliardi di euro - il 28,6% del totale degli impieghi delle famiglie italiane - con una crescita annuale di circa l'8,5%.

La stessa indagine ha poi evidenziato che, parallelamente alla crescita del mercato del credito al consumo, in forte espansione è anche il numero di soggetti che offrono prodotti sul mercato medesimo: accanto alle banche, ai gruppi bancari e alle società finanziarie, iscritte nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del TUB, si pongono, infatti, gli intermediari minori, ma più numerosi, iscritti nell'elenco di cui all'art. 106 del TUB. Al tempo stesso è in costante aumento anche il numero degli operatori che s'interpongono nella distribuzione dei prodotti di credito al consumo, ed in particolare degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi.

Questi ultimi costituiscono peraltro due aspetti molto critici del mercato italiano del credito al consumo e ciò per due ragioni fondamentali.

In primo luogo il rilevante ricorso a canali distributivi esterni, quali appunto i mediatori creditizi e gli agenti in attività finanziaria, contribuisce in materia decisiva a far sì che il costo del credito al consumo all'interno del mercato italiano sia il più alto tra quello degli altri Stati membri.

Deve poi rilevarsi che per la maggior parte dei suddetti soggetti la Banca d'Italia non era dotata di effettivi e penetranti poteri di vigilanza: in particolare, ad eccezione di quanto previsto per gli istituti iscritti nell'elenco di cui all'art. 107 del TUB, le competenze e i poteri della Banca d'Italia nei confronti dei soggetti iscritti nell'elenco di cui all'art. 106 TUB, nonché degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi risultavano, prima del recente d.lgs. 141/2010, circoscritti alla verifica dei requisiti per l'accesso al mercato e al rispetto della normativa di settore.

Si trattava, peraltro, di requisiti facilmente raggiungibili da qualsiasi soggetto che intenda cimentarsi nell'attività d'intermediazione nella vendita di prodotti di credito al consumo; basti pensare alla disciplina dettata per i mediatori creditizi, che prevedeva quali requisiti per le persone fisiche che aspirano all'iscrizione nell'apposito albo:

- i) il domicilio in Italia;
- ii) il possesso di un diploma di scuola media superiore ovvero iscrizione nei ruoli di cui alla [legge 3 febbraio 1989, n. 39](#);
- iii) l'onorabilità ai sensi dell'articolo 109 TUB.

Quanto sopra ha favorito negli ultimi anni l'ingresso nel mercato del credito al

consumo di operatori dotati di scarsa professionalità, fortemente orientati alla generazione di profitto piuttosto che all'impostazione di un rapporto corretto e trasparente con il consumatore.

Ulteriore conseguenza di quanto sopra è stata poi la notevole diffusione che sempre negli ultimi anni hanno avuto particolari prodotti finanziari, quali le carte di credito *revolving* e la cessione del quinto dello stipendio, collocati prevalentemente proprio da mediatori creditizi e agenti in attività finanziaria, e acquistati dai consumatori spesso con una non completa consapevolezza dei costi e dei vincoli contrattuali che da tali prodotti derivano.

4. GLI INTERVENTI DELLA BANCA D'ITALIA E LA NUOVA DISCIPLINA DEGLI INTERMEDIARI DEL CREDITO

In tale contesto va segnalato lo sforzo messo in atto negli ultimi anni dalla Banca d'Italia volto ad incrementare la correttezza nei rapporti tra intermediari e consumatori e conseguentemente la tutela di questi ultimi.

In primo luogo l'Istituto di Via Nazionale in data 29 luglio 2009 ha emanato una nuova normativa in tema di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, entrata in vigore l'1 gennaio 2010, che trova applicazione per le operazioni e i servizi bancari e finanziari disciplinati dal Titolo VI del TUB, tra cui, quindi, anche ai contratti di credito al consumo. Attraverso tale complesso di regole e principi la Banca d'Italia intende sia garantire una maggior tutela dei clienti, rendendo noti gli elementi essenziali del rapporto contrattuale e le loro eventuali variazioni; sia consentire agli intermediari di attenuare i propri rischi legali e reputazionali, concorrendo altresì alla sana e prudente gestione dei medesimi.

La Banca d'Italia ha poi provveduto recentemente ad emanare due importanti circolari dirette a richiamare l'attenzione degli operatori con riguardo alle operazioni di cessione del quinto dello stipendio e di credito *revolving*.

La prima operazione consiste nella cessione da parte del consumatore di una quota fino a un quinto di un proprio credito futuro, quale appunto lo stipendio, a garanzia del rimborso delle rate dovute dall'intermediario cessionario. Le anomalie riscontrate dalla Banca d'Italia in tale settore riguardano, tra l'altro:

- (i) il mancato rispetto delle regole e dei principi di trasparenza e correttezza nei rapporti con la clientela;
- (ii) l'eccessiva lunghezza della catena distributiva;
- (iii) la rilevante incidenza, sul costo complessivo a carico del cliente, delle

polizze assicurative richieste per legge, i cui premi sono spesso determinati in modo non trasparente;

(iv) la diffusa mancanza di controlli nella rete distributiva.

Con la circolare n. 192691/09 la Banca d'Italia ha quindi invitato gli operatori ad astenersi dalle prassi anomale riscontrate, evitando condotte fraudolente del consumatore, e a rafforzare i presidi organizzativi in materia di controlli interni; si sottolinea, infatti, che l'istituto erogante il finanziamento è responsabile della complessiva attività di collocamento sul mercato posta in essere dalla catena distributiva ed è pertanto tenuto ad evitare che da tale attività derivino pregiudizi per il consumatore.

Ancora più recente è la determinazione adottata dalla Banca d'Italia in materia di credito *revolving*, consistente nella sottoscrizione da parte del consumatore di una carta di credito utilizzabile in tutti i negozi convenzionati, cui è associata una linea di credito rotativa che consente di rateare i pagamenti: il consumatore s'impegna quindi a restituire gli importi utilizzati e gli interessi maturati rispettando la rata mensile minima stabilita nel contratto.

Le irregolarità evidenziate dalla Banca d'Italia con la circolare n. 0313116/10 del 20 aprile 2010 sono:

- (i) l'inosservanza della normativa civilistica e in materia di usura circa la determinazione del tasso d'interesse;
- (ii) l'inosservanza della normativa in materia di trasparenza e correttezza, ad esempio mediante invio di carte di credito non espressamente richieste dal cliente;
- (iii) l'inosservanza delle disposizioni in materia di promozione e conclusione dei contratti di finanziamento, avendo rilevato la prassi di utilizzare gli esercizi commerciali convenzionati per la promozione e conclusione del contratto concernente le carte di credito *revolving*.

Anche in questo caso gli intermediari bancari e finanziari sono stati quindi richiamati ad una condotta responsabile nei confronti dei consumatori, improntata alla massima trasparenza e correttezza sostanziale ed a tal fine la Banca d'Italia ha concentrato la propria attenzione sulla necessità di assicurare la comprensibilità da parte dei consumatori delle caratteristiche contrattuali del prodotto offerto e sulle verifiche riguardo alla professionalità, trasparenza e correttezza degli operatori utilizzati nella catena distributiva.

La disciplina dei soggetti operanti nel mercato del credito al consumo è peraltro destinata a mutare profondamente con l'entrata in vigore delle disposizioni del recentissimo d.lgs. 141/2010, attuazione della delega conferita al Governo con l'art. 33 della Legge Comunitaria per il 2008, concernenti la riforma della disciplina dei soggetti operanti nel

settore finanziario di cui al Titolo V TUB, nonché degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi.

Con riguardo ai primi scompare la differenziazione tra soggetti iscritti nell'albo generale e speciale di cui agli artt. 106 e 107 TUB, prevedendosi ora nella nuova versione dell'art. 106 TUB un unico albo degli intermediari autorizzati all'attività di cessione di finanziamenti, per la cui iscrizione sono richiesti determinati requisiti organizzativi, patrimoniali, nonché di onorabilità, professionalità e indipendenza, indicati dall'art. 107 TUB.

Su tali soggetti opererà la vigilanza diretta della Banca d'Italia, sia al momento dell'iscrizione nell'albo, essendo l'Istituto di Via Nazionale tenuto al mantenimento dell'albo stesso e al controllo dei requisiti richiesti dalla normativa per il rilascio dell'autorizzazione; sia nel corso dello svolgimento dell'attività da parte dell'intermediario finanziario, esercitando i poteri di vigilanza conferiti dagli artt. 108 e 109 TUB. Particolarmente significativa è la disposizione di cui al nuovo art. 109, in materia di vigilanza consolidata, che consente alla Banca d'Italia di esercitare poteri di vigilanza anche nei confronti delle società facenti parte di un gruppo finanziario, e nei confronti di:

- i) intermediari finanziari e società bancarie, finanziarie e strumentali partecipate per almeno il 20% dalle società appartenenti a un gruppo finanziario o da un intermediario finanziario;
- ii) intermediari finanziari e società bancarie, finanziarie e strumentali, non comprese in un gruppo finanziario, ma controllate dalla persona fisica o giuridica che controlla un gruppo finanziario o un intermediario finanziario;
- iii) società diverse dagli intermediari finanziari e da quelle bancarie, finanziarie e strumentali quando siano controllate da un intermediario finanziario ovvero quando società appartenenti a un gruppo finanziario detengano, anche congiuntamente, una partecipazione di controllo.

Accanto agli intermediari finanziari autorizzati a compiere ogni attività di cessione di finanziamento, la nuova disciplina prevede poi una diversa categoria di operatori che potranno compiere unicamente operazioni di cosiddetto microcredito, consistenti in finanziamenti che siano di ammontare non superiore a euro 25.000,00 e non assistiti da garanzie reali; finalizzati all'avvio o allo sviluppo di iniziative imprenditoriali o all'inserimento nel mercato del lavoro; accompagnati dalla prestazione di servizi ausiliari di assistenza e monitoraggio dei soggetti finanziati.

La vigilanza su tali soggetti opererà su un duplice livello, prevedendosi in primo

luogo l'istituzione di un apposito Organismo avente personalità giuridica di diritto privato e forma di associazione, ai sensi dell'art. 113 TUB, che dovrà curare la tenuta dell'elenco cui tali soggetti dovranno iscriversi, nonché a verificare il rispetto della disciplina cui gli stessi sono sottoposti. A sua volta tale Organismo sarà poi sottoposto alla vigilanza della Banca d'Italia che dovrà verificare l'adeguatezza delle procedure interne dallo stesso adottate per lo svolgimento della propria attività e potrà informare il Ministro dell'economia e delle finanze delle eventuali carenze riscontrate nell'attività dell'Organismo e, in caso di grave inerzia o malfunzionamento, proporre lo scioglimento.

Anche per tali soggetti sarà necessario possedere determinati requisiti organizzativi e di onorabilità e professionalità, per la cui individuazione, tuttavia, l'art. 111 TUB rinvia alle disposizioni attuative che dovranno essere emesse dal Ministro dell'economia e delle finanze.

Come da tempo auspicato, il legislatore ha poi totalmente rivisto la normativa riguardante i mediatori creditizi e agli agenti in attività finanziaria, rendendo più difficile l'accesso di tali operatori nel mercato, mediante la previsione di più seri requisiti di professionalità, onorabilità, oltre che di capacità economica, che ne assicurino, in maniera più efficace di quanto sia avvenuto sino ad oggi, l'affidabilità e la correttezza.

In primo luogo molto opportunamente viene chiarita la differenza tra tali due figure precisandosi, al nuovo art. 128-*quater* TUB, che gli agenti in attività finanziaria operano su mandato della società finanziaria, a differenza del mediatore creditizio che non è legato da alcun rapporto con le parti che mette in contatto.

Entrambe le suddette attività saranno riservate ai soggetti, persone fisiche o giuridiche, che otterranno l'iscrizione nei rispettivi elenchi tenuti dall'Organismo istituito ai sensi del nuovo art. 128-*undecies* TUB, subordinata all'accertamento di più stringenti requisiti, previsti dagli artt. 128-*quinquies* per gli agenti e 128-*septies* per i mediatori, tra cui anche il superamento di un esame che, attestando un'adeguata conoscenza delle materie giuridiche, economiche, finanziarie e tecniche sia in grado di assicurare una maggiore professionalità di tali soggetti.

L'Organismo sarà poi chiamato a verificare il rispetto da parte degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi della disciplina cui sono sottoposto e, così come visto per la nuova disciplina del microcredito, a sua volta sarà sottoposto al controllo della Banca d'Italia, che, a differenza di quanto avvenuto nel recente passato, sarà dotata di più stringenti poteri anche in quest'ambito.

L'Istituto di Via Nazionale dovrà quindi essere informato tempestivamente dall'Organismo degli atti e degli eventi di maggior rilievo riguardanti l'esercizio delle proprie funzioni e dovrà ricevere, entro il 31 gennaio di ogni anno, una relazione dettagliata

sull'attività svolta nell'anno precedente e sul piano delle attività predisposto per l'anno in corso.

La Banca d'Italia potrà inoltre accedere al sistema informativo che gestisce gli elenchi in forma elettronica, richiedere all'Organismo la comunicazione periodica di dati e notizie e la trasmissione di atti e documenti con le modalità e nei termini dalla stessa stabiliti, compiere ispezioni nonché richiedere l'esibizione dei documenti e il compimento degli atti ritenuti necessari presso l'Organismo, convocare i componenti dell'Organismo, informare il Ministro dell'economia e delle finanze delle eventuali carenze riscontrate nell'attività dell'Organismo e, in caso di grave inerzia o malfunzionamento dello stesso, proporre lo scioglimento al Ministro medesimo.

5. UN PRIMO GIUDIZIO SULLA RIFORMA DEL CREDITO AL CONSUMO: PROSPETTIVE APPLICATIVE E IMPATTO SULLA TUTELA DEI CONSUMATORI

L'attuazione della direttiva 08/48/CEE ha rappresentato per il legislatore nazionale l'occasione per porre in essere una più profonda riforma della disciplina del credito al consumo: con il d.lgs. n. 141/2010 non ci si è quindi limitati, in ossequio agli obblighi comunitari, a rivedere la normativa relativa alle modalità di esercizio del credito al consumo e agli strumenti di tutela nei confronti dei consumatori, ma allo stesso tempo si è provveduto a modificare radicalmente il quadro relativo agli operatori professionali che agiscono su tale mercato.

Alcuni dei primi commentatori della riforma (tra cui G. DE CRISTOFARO, nella relazione tenuta al Convegno *“La disciplina del credito al consumo. Problemi applicativi e prospettive di riforma”* svoltosi a Salerno, in data 28 giugno 2010) hanno tuttavia criticato la scelta di ricondurre l'intera disciplina del credito al consumo all'interno del TUB, attuata mediante l'adozione del nuovo art. 125-quinquies TUB e la conseguente abrogazione degli artt. 40, 41 e 42 cod. cons.

Si è infatti osservato come tale scelta sarebbe in contrasto con l'art. 144 cod. cons. a norma del quale *“ogni intervento normativo incidente sul codice, o sulle materie dallo stesso disciplinate, va attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute”*: è tuttavia evidente come tale disposizione abbia un valore prettamente programmatico, essendo priva di qualsiasi efficacia vincolante per il legislatore che intenda intervenire, con norme di fonte primaria, nelle materie disciplinate dal Codice del Consumo.

Condivisibile è invece la critica secondo cui la nuova disciplina appare insoddisfacente per l'assenza di alcun tipo di coordinamento con le disposizioni del codice

civile in materia contrattuale, con le disposizioni del codice del consumo relativamente alle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori e con la disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

In ogni caso non può non rilevarsi come l'intento perseguito dal legislatore nazionale sia stato sicuramente quello di rafforzare la tutela del consumatore nel settore del credito al consumo, ed in tal direzione si pone anche la nuova disciplina in materia di contratti collegati di cui al sopra richiamato art. 125-*quinquies* TUB: si è visto, infatti, come tale disposizione non richieda più che il consumatore provi l'esistenza di un accordo di esclusiva tra fornitore e finanziatore per agire con il secondo per l'inadempimento del primo.

Nonostante, quindi, sul punto l'art. 15 della direttiva avesse rinunciato all'armonizzazione massima, lasciando agli Stati membri la libertà di stabilire in che misura e a quali condizioni potesse essere attuato tale nuovo rimedio, appare meritevole la scelta del legislatore italiano di dare pieno accoglimento a tale nuova disciplina. Non pare, peraltro, criticabile il richiamo operato dal nuovo art. 125-*quinquies* TUB all'art. 1455 c.c., avendo questo l'obiettivo di non far ricadere sul finanziatore conseguenze eccessive a seguito di piccoli inadempimenti da parte del fornitore, che tantomeno giustificerebbero la risoluzione da parte del consumatore da quel contratto.

Ciò che emerge dalla nuova disciplina è, poi, il nuovo e fondamentale ruolo attribuito alla Banca d'Italia in materia di credito al consumo, essendole stato riconosciuto il compito di vigilare sul corretto esercizio di tale attività da parte degli operatori professionali presenti nel mercato.

Si tratta, peraltro, di una funzione che, come detto, la Banca d'Italia aveva cercato di perseguire anche prima delle recenti novità legislative, pur in assenza di concreti ed effettivi poteri da esercitare, mediante l'adozione di provvedimenti che, riferendosi a specifiche operazioni di credito al consumo (credito *revolving*, cessione del quinto, etc.), richiamavano gli intermediari bancari e finanziari a comportamenti nei confronti dei consumatori improntati a maggiore correttezza e trasparenza.

Si può, quindi, auspicare che la Banca d'Italia prosegua ora ad esercitare tale propria funzione in maniera anche più efficace rispetto al recente passato, sfruttando appieno i nuovi poteri che le sono stati riconosciuti, sia con riguardo all'accesso al mercato del credito al consumo degli operatori professionali, sia con riferimento alla vigilanza sugli stessi, garantendo in tal modo una più concreta tutela del consumatore in tale ambito.

ABSTRACT

Con la direttiva 08/48/Ce il legislatore comunitario è intervenuto a modificare profondamente la disciplina del credito al consumo, ricorrendo, a differenza di quanto

avvenuto in passato con la direttiva 87/102/Cee, allo strumento dell'armonizzazione massima, al fine di eliminare le differenze emerse nelle normative dei vari Stati membri ed assicurare una tutela uniforme del consumatore in tutto il mercato unico.

L'intervento comunitario si era reso necessario anche a seguito della notevole crescita che ha contraddistinto il mercato del credito al consumo negli ultimi anni, con il conseguente emerge di fattispecie e problematiche sconosciute all'epoca della precedente direttiva.

In Italia l'iter attuativo della direttiva 08/48/Ce è stato avviato con la Legge Comunitaria per il 2008, in cui all'art. 33 è stata conferita apposita delega legislativa al Governo e si è concluso con l'adozione del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, con il quale è stato interamente rivisto il Titolo VI del Testo Unico Bancario.

Con tale recentissimo provvedimento è stata peraltro attuata l'ulteriore delega legislativa, conferita al Governo con lo stesso art. 33 della Legge Comunitaria per il 2008, avente ad oggetto la riforma della disciplina relativa ai soggetti operanti all'interno del mercato del credito al consumo e alla vigilanza sugli stessi.

In tal modo si è voluto porre rimedio alle criticità emerse in tale settore con riguardo alla correttezza e professionalità dei soggetti intermediari e ai poteri attribuiti alla Banca d'Italia nei confronti degli stessi.

BIBLIOGRAFIA

BARTOLOMUCCI P., *Dal credito al consumo al credito ai consumatori. La disciplina del credito al consumo in Italia*, relazione presentata all'incontro "Indagine sul Credito al Consumo: prospettive, normativa e tutela del consumatore", Roma 27 aprile 2010

CACCAVALE C., *Commento agli artt. 40, 41, 42 e 43 del Codice del Consumo*, in *Codice del Consumo. Commentario*, a cura di Alpa e Rossi Carleo, Napoli, 2005

DE CRISTOFARO G., relazione tenuta al Convegno "La disciplina del credito al consumo. Problemi applicativi e prospettive di riforma", Salerno 28 giugno 2010

2. LA COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO NEI RAPPORTI DI CONTO CORRENTE BANCARIO

(Marinella Moramarco)

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il quadro normativo - 3. L'evoluzione giurisprudenziale in materia di CMS - 4. Interventi della Banca d'Italia e dell'AGCM - 5. I nodi irrisolti della nuova disciplina della CMS.

1. PREMESSA

Tra le numerose questioni che da tempo contribuiscono ad animare il dibattito in sede contenziosa in materia di rapporti bancari, particolare rilievo ha assunto nel corso degli ultimi anni la discussione in ordine alla commissione di massimo scoperto (di seguito "CMS"), e ciò tanto con riguardo al problema della computabilità o meno dei suoi costi nel tasso-soglia rilevante ai fini della normativa antiusura (legge 7 marzo 1996, n. 108), quanto in merito alla stessa validità, sotto il profilo causale, delle clausole dei contratti bancari che ne prevedono l'addebito a carico del cliente. È noto, infatti, che nella prassi degli istituti di credito in presenza di un contratto di conto corrente (connesso o meno ad una apertura di credito), viene ormai da lungo tempo addebitata una commissione variamente strutturata, denominata per l'appunto di massimo scoperto, che genera l'insorgere di un'ulteriore voce di costo che si va ad aggiungere a quelle relative agli interessi ed alle altre somme già poste a carico del correntista (quali le spese postali, le spese di estratto conto ed ogni altro onere contrattualmente previsto).

Può ipotizzarsi ragionevolmente che tra le varie circostanze che hanno contribuito ad accrescere il contenzioso in materia, un particolare rilievo abbia assunto la carenza di una espressa definizione normativa di CMS, atteso che le differenti e variegate accezioni assunte da quest'ultima nel corso del tempo non sono state altro che il frutto di una tale carenza. Originariamente, infatti, il lemma CMS veniva utilizzato per contraddistinguere il corrispettivo dovuto alla banca dal cliente per il servizio di messa a disposizione di una data somma di denaro, indipendentemente dalla sua effettiva utilizzazione. Per la parte del credito erogato, la banca riceveva la sua remunerazione mediante la corresponsione degli interessi; mentre per la parte non utilizzata, la pronta disponibilità delle somme era remunerata per l'appunto attraverso la CMS, che veniva calcolata in una misura percentuale del fido accordato. La giustificazione economica e causale del compenso dovuto all'istituto di credito si rinveniva, in tal caso, nella funzione di compensare quest'ultimo per l'onere di dover far fronte alla richiesta di liquidità proveniente dal correntista e, dunque, per

l'impossibilità di utilizzare detta somma per ulteriori e differenti finalità.

Successivamente, però, il sistema bancario ha applicato la CMS con un diverso significato, considerandola quale remunerazione della somma concretamente erogata al cliente, per l'appunto il massimo scoperto, slegando la debenza della commissione dalla messa a disposizione del denaro e giustificando l'addebito in funzione del capitale effettivamente erogato. In altri termini la diversa accezione invalsa nel sistema creditizio ha fatto sì che la CMS venisse calcolata non sull'importo affidato, bensì sullo scoperto massimo di conto verificatosi nel periodo di riferimento, individuando la percentuale dovuta a titolo di commissione in misura maggiore o minore a seconda che l'esposizione del cliente fosse rimasta all'interno del fido a questi accordato o fosse, invece, risultata extra fido. Lo "snaturamento" qualificatorio della CMS così operato dalla prassi del mondo bancario ha trovato presumibilmente le sue ragioni proprio nella l. 108/1996, che, introducendo precise soglie per la rilevazione dei tassi usurari, ha portato gli istituti di credito a riversare nelle CMS le percentuali di interessi che avrebbero condotto a superare i limiti di legge.

Questa differente connotazione della locuzione è stata oggetto di accese critiche in dottrina, essendosi rilevato da più parti come la diversa metodologia di calcolo della CMS utilizzata dagli istituti di credito avesse, in realtà, portato ad una sovrapposizione tra quest'ultima e le somme dovute a titolo di interessi, facendo perdere a tale commissione ogni giustificazione sotto il profilo causale. Infatti, la circostanza che le banche calcolassero la CMS sulla massima esposizione debitoria del cliente nel periodo di riferimento, procedendo anche alla capitalizzazione trimestrale delle relative somme, ha ingenerato in molti l'idea che questa rappresentasse null'altro che un corrispettivo volto a remunerare la banca per il credito effettivamente utilizzato nel periodo di riferimento, attività che, tuttavia, trovava già il proprio compenso nella corresponsione degli interessi.

La stessa Banca d'Italia, nel tentativo di giustificare la particolare modalità di calcolo utilizzata dalle banche per il rilievo della CMS, ha avanzato una propria definizione di tale commissione nelle "Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge antiusura" (aggiornamento del febbraio 2006), affermando che questa «*nella tecnica bancaria viene definita come il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto di conto. Tale compenso – che di norma viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni – viene calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificato nel periodo di riferimento*». È di tutta evidenza come lo sforzo definitorio così operato dall'Autorità di vigilanza avesse, in realtà, l'obiettivo di spostare il fondamento della

CMS sulla “rapidità di espansione” del credito erogato e, dunque sul possibile costo derivante dall’elasticità nell’utilizzo del fido, nel tentativo di ritrovare una valida ragione causale che fosse in grado di giustificare la modalità di addebito adoperata nella prassi bancaria.

Dall’insieme di queste circostanze è derivata, dunque, l’avversione della giurisprudenza nei confronti delle clausole dei contratti bancari che commisuravano la CMS al credito erogato in luogo di quello affidato, nonché il conseguente tentativo di ricondurre i relativi costi nell’ambito delle voci computabili ai fini della determinazione del tasso soglia rilevante ai fini della normativa antiusura. Tentativo che (sino a poco tempo fa) era, tuttavia, ostacolato dal fatto che il decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze, che trimestralmente rileva, ai sensi della stessa legge n. 108/1996, il valore dei tassi ed il costo del credito per poter determinare lo sconfinamento ai fini della soglia usuraria, escludeva la CMS dal relativo calcolo e ciò nonostante il fatto che fosse proprio la suddetta legge a sancire esplicitamente che *«Per la determinazione del tasso di interesse usurario, si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all’erogazione del credito»*. In altri termini mentre la disposizione normativa ha cura di precisare chiaramente che, ai fini della ricorrenza della fattispecie di usura, il concetto di interesse deve ritenersi comprensivo di ogni forma di remunerazione, a qualunque titolo percepita dalla banca per l’erogazione del credito (con l’unica eccezione delle imposte e tasse dovute alla Amministrazione Finanziaria), il decreto ministeriale, invece, nella rilevazione del tasso effettivo globale medio (TEGM) ai fini della normativa antiusura, sino allo scorso anno, non teneva conto della remunerazione relativa alla CMS.

La manifesta contraddittorietà tra la normativa di fonte primaria e quella di fonte secondaria, peraltro, trae origine dal fatto che a sua volta il decreto ministeriale, per la individuazione del tasso-soglia, si avvale delle rilevazioni effettuate nel trimestre antecedente dalla Banca d’Italia, la quale, tuttavia, sino al 2009, nelle proprie “Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge antiusura”, escludeva espressamente la CMS dal relativo calcolo. Tali Istruzioni, infatti, erano informate a criteri che lasciavano agli istituti di credito ampi margini di flessibilità dal punto di vista operativo ed utilizzavano per la rilevazione delle soglie rilevanti ai fini dell’usura la formula del TEG ($\text{Interessi} \times 36.500 / \text{Numeri debitori} + \text{Oneri} \times 100 / \text{Accordato}$), in luogo di quella del TAEG ($[\text{Interessi} + \text{Oneri}] \times 36.500 / \text{Numeri debitori}$) prevista in ambito comunitario ed adoperata dalla stessa Banca d’Italia per la rilevazione dei tassi attivi.

In questo contesto di accentuato contrasto esegetico ha trovato le proprie origini il d.l. n. 185 del 29 novembre 2008 (di seguito “decreto anticrisi 2008”), convertito con

l. 28 gennaio 2009 n. 2, che, nel disciplinare per la prima volta la materia della CMS, ha finalmente portato all'eliminazione della discrasia esistente tra la normativa di fonte primaria e quella di fonte secondaria, sancendo chiaramente la rilevanza della CMS ai fini della determinazione del tasso soglia ai sensi della normativa antiusura.

2. IL QUADRO NORMATIVO

Con l'evidente scopo di sopire la vivace *querelle* sorta in dottrina e giurisprudenza con riguardo alla legittimità delle clausole dei contratti bancari che commisuravano la CMS al credito erogato in luogo di quello affidato ed alla computabilità di tale commissione ai fini della determinazione del tasso-soglia ai sensi della normativa antiusura (l. n. 108/1996), il decreto anticrisi 2008 ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento una definizione di CMS, fornendone una (seppur scarna) prima disciplina. Il primo comma dell'art. 2 *bis* del citato decreto dispone, infatti, con una formulazione alquanto articolata, che *«Sono nulle le clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto se il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni ovvero a fronte di utilizzi in assenza di fido. Sono altresì nulle le clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del cliente titolare di conto corrente indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma, ovvero che prevedono una remunerazione accordata alla banca indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, salvo che il corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme sia predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente e sia specificatamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo, fatta salva comunque la facoltà di recesso del cliente in ogni momento»*.

Sebbene la citata disposizione esordisca sancendo la nullità delle clausole contrattuali aventi ad oggetto la CMS, non può non rilevarsi come, in realtà, il precetto legislativo finisca, al contrario, per riconoscere la legittimità nel nostro ordinamento di ben due tipologie di commissioni: una prima commissione commisurata al saldo risultante a debito per periodi continuativi pari o superiori a trenta giorni ovvero a fronte di utilizzi con fido (denominata, per l'appunto, commissione di massimo scoperto) ed una ulteriore remunerazione per la messa a disposizione delle somme, dovuta indipendentemente dal loro utilizzo (denominata corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle

somme). La principale ricaduta del precetto legislativo sul piano giuridico sta, dunque, nel fatto che ad oggi non è più possibile considerare la pattuizione relativa alla “nuova” CMS nulla per carenza dell’elemento causale. Infatti, la validità di una tale remunerazione viene ora espressamente sancita dalla legge, la quale ne individua l’autonoma funzione economico-sociale, alternativa a quella rappresentata dagli interessi, nel fatto che il relativo calcolo viene effettuato sulla massima esposizione debitoria del cliente nel periodo di tempo di riferimento, a condizione che questa non sia inferiore a 30 giorni e nei limiti dell’affidamento accordato.

Per converso, il disposto normativo sancisce chiaramente la nullità *i)* delle clausole negoziali che impongono CMS su saldi a debito per periodi continuativi inferiori a trenta giorni, *ii)* delle clausole negoziali che impongono CMS a fronte di utilizzi in assenza di fido, *iii)* nonché di ogni altra clausola, comunque denominata, che preveda una remunerazione a favore della banca per la messa a disposizione di fondi, indipendentemente dall’effettivo prelevamento della somma, ovvero una remunerazione accordata indipendentemente dall’effettiva durata dell’utilizzazione dei fondi da parte del cliente.

Non ci si può esimere dal rilevare, tuttavia, che, per quest’ultima tipologia di clausole (corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme), la nullità è per così dire soltanto “apparente”, dal momento che il medesimo art. 2 *bis* del decreto ne ripristina la legittimità nell’ipotesi in cui la banca, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, predetermini il corrispettivo per la messa a disposizione delle somme, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, in misura onnicomprensiva e proporzionale all’importo ed alla durata dell’affidamento. Il che, in buona sostanza equivale a dire che le pattuizioni negoziali aventi per oggetto la remunerazione per la messa a disposizione di fondi devono essere calcolate dalle banche o in una misura percentuale dell’importo accordato oppure in misura proporzionale ad esso (applicando, ad esempio degli importi minimi e massimi per scaglioni di somme).

A quest’ultimo proposito, poi, occorre precisare, che a brevissima distanza dall’introduzione del decreto anticrisi 2008, l’autonomia negoziale delle parti (*rectius* delle banche) in materia è stata ulteriormente limitata per effetto del d.l. 1 luglio 2009 (c.d. decreto anticrisi 2009), convertito nella l. n. 102/2009, che ha inserito nel primo comma dell’art. 2 *bis* la statuizione secondo cui l’ammontare del corrispettivo onnicomprensivo dovuto per la commissione di messa a disposizione delle somme non può comunque eccedere lo 0,50%, per trimestre dell’importo dell’affidamento, a pena di nullità del patto di remunerazione, demandando al Ministro dell’Economia e delle Finanze la vigilanza sul rispetto del limite quantitativo così introdotto. La totale carenza nel decreto anticrisi 2008 della previsione di un limite all’ammontare massimo del corrispettivo applicabile

per il servizio di messa a disposizione di fondi, infatti, ha reso sin da subito evidente la necessità di un ulteriore intervento normativo in tal senso, al fine di porre un freno alla prassi bancaria che, immediatamente dopo l'entrata in vigore del decreto anticrisi 2008, aveva già cominciato ad applicare delle percentuali di remunerazione di tale servizio di importo sempre più elevato.

Sempre avendo riguardo a questa tipologia di commissioni occorre, altresì, rilevare come il legislatore abbia voluto affidare la tutela della posizione negoziale del cliente agli obblighi informativi ed al rimedio dello scioglimento unilaterale del contratto. Per un verso viene disposto, infatti, che l'istituto di credito è tenuto a rendicontare, al massimo con cadenza annuale, l'effettivo utilizzo avvenuto nel periodo di riferimento e, per l'altro, che il correntista ha sempre la facoltà di recedere dal relativo contratto in ogni momento. Pur non essendo nulla precisato dalla norma, sembra lecito presumere che il diritto di recesso così accordato *ex lege* al cliente debba trovare applicazione tanto in presenza di contratti a tempo indeterminato quanto determinato e che questo, ove esercitato, produca immediatamente effetti, tenuto conto, peraltro, delle ragioni di tutela nei confronti del cliente che ne costituiscono la *ratio*.

In coerenza con la neointrodotta definizione di CMS, il successivo secondo comma dell'art. 2 *bis* del decreto anticrisi 2008, stabilisce, inoltre, che queste, a far data dall'entrata in vigore della legge di conversione, sono da considerarsi rilevanti ai fini dell'applicazione sia dell'art. 1815 c.c., sia dell'art. 644 c.p., sia, infine, degli artt. 2 e 3 della l. 108/1996. La statuizione assume importanza sotto molteplici profili. In primo luogo il testuale richiamo legislativo all'art. 1815 c.c. dovrebbe sopire definitivamente i dubbi che erano sorti in dottrina e giurisprudenza in merito alla possibilità di ritenere applicabile tale disposizione a tutti i rapporti di finanziamento in conto corrente nonostante la sua collocazione all'interno del capo dedicato al mutuo, apparendo tale richiamo un chiaro indice in favore della tesi che ne ammette la valenza. In secondo luogo, poi, la statuizione di cui al secondo comma dell'art. 2 *bis* sancisce definitivamente l'inclusione della CMS nel costo del finanziamento e, dunque, la sua rilevanza ai fini della verifica della soglia di usura. Sebbene, ad onor del vero, la norma, facendo riferimento ai fini dell'usura alle sole «*commissioni [...] che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dalla effettiva durata dell'utilizzo dei fondi*», solleva incertezze in ordine alla computabilità o meno ai medesimi fini delle commissioni per il servizio di messa a disposizione delle somme. Il problema interpretativo, tuttavia, non pare per il momento assumere rilievo, dal momento che le ultime "Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge antiusura", emanate dalla Banca d'Italia nell'agosto del 2009 per recepire il nuovo dettato legislativo, non operano alcuna

distinzione ai fini del computo del tasso soglia, includendo nel relativo calcolo tanto le commissioni commisurate all'utilizzo quanto quelle commisurate al fido. L'adeguamento al nuovo dettato legislativo da parte della Banca d'Italia, dunque, ha posto la parola fine alla precedente discrasia derivante dal diverso computo delle CMS nell'ambito della legge anti-usura e dei decreti ministeriali di rilevazione del tasso soglia. Sennonché una contraddizione in termini pare, peraltro, ancora sussistere tra la normativa di fonte primaria e le nuove disposizioni dell'Autorità di vigilanza. Con riguardo, infatti, alle modalità di calcolo delle CMS ai fini della rilevazione del tasso soglia, occorre rilevare che mentre il dettato legislativo definisce come tali le commissioni commisurate all'effettivo utilizzo (che, quindi andrebbero calcolate sulla base dell'importo del fido impiegato), le "nuove" Istruzioni della Banca d'Italia, invece, continuano a computare queste fra gli oneri rapportati all'importo del fido accordato, mantenendo invariata la formula del TEG già utilizzata in precedenza.

Lo stesso secondo comma dell'art. 2 *bis* del decreto anticrisi 2008 per il passato precisa, inoltre, che la definizione del limite al di là del quale gli interessi sono da considerarsi usurari resta regolata dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione sino a quando la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni, demandando al Ministro dell'Economia e delle Finanze l'emanazione della relativa disciplina transitoria.

Infine, il comma 3 dell'art. 2 *bis* del decreto in esame prevede, per i contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione, un obbligo di adeguamento alle nuove disposizioni normative da effettuarsi entro i successivi 150 giorni decorrenti dalla medesima data, avendo cura di precisare che siffatto obbligo costituisce giustificato motivo ai sensi dell'art. 118, comma 1, TUB, a mente del quale *«nei contratti di durata può essere convenuta la facoltà di modificare unitariamente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto qualora sussista un giustificato motivo nel rispetto di quanto previsto dall'art. 1341, comma 2, c.c.»*.

Nonostante il fatto che la norma di cui all'art. 2 *bis* del decreto anticrisi 2008 pecchi in termini di chiarezza, non pare revocabile in dubbio quantomeno una circostanza. E cioè che tale disposizione abbia, in realtà, prodotto soltanto l'effetto di introdurre limitazioni alle condizioni al ricorrere delle quali le "nuove" CMS sono da considerarsi legittime (come correttamente rilevato dalla stessa Banca d'Italia nelle proprie nuove "Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge antiusura"), senza, tuttavia, portare alla loro definitiva espunzione dall'ordinamento. Peraltro, la circostanza che il testo di legge manchi di ogni precisazione in ordine alle modalità di calcolo da seguire per la loro determinazione ha di recente portato i suoi primi risultati, dal momento

che i singoli istituti di credito hanno già iniziato ad applicare diverse formule matematiche per il relativo conteggio.

Occorre, infine, segnalare che la normativa appena presa in esame, già di per sé molto approssimativa nelle sue definizioni, è stata ulteriormente resa incerta per effetto del suo mancato coordinamento con la direttiva comunitaria dettata in tema di contratti di credito ai consumatori (2008/48/CE del 23 aprile 2008, che ha abrogato la previgente direttiva 87/102/CE, recepita nel nostro ordinamento con la legge comunitaria per il 1991 e, successivamente, confluita nel TUB), attuata con il d. lgs. n. 141 del 13 agosto 2010 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 207 del 4 settembre 2010). Infatti, con l'art. 33 della legge comunitaria per il 2008 (l. 7 luglio 2009, n. 88), il legislatore aveva demandato al Governo l'attuazione della citata direttiva, prevedendo, tra i criteri della delega, la necessità di coordinare le nuove disposizioni del Titolo VI del TUB con quelle contenute in svariati provvedimenti legislativi, tra cui, per l'appunto, il [decreto n. 185/2008](#). Era stato evidenziato dai primi commentatori del provvedimento di delega come il problema di coordinamento si ponesse proprio con riguardo al disposto dell'art. 2 *bis* del decreto, riguardante per l'appunto i contratti bancari e, precisamente, nella parte in cui questo dispone la nullità della CMS in caso di saldi a debito a fronte di utilizzi in assenza di fido, dal momento che la disciplina comunitaria, al contrario, sembra lasciarne presupporre la relativa validità. L'art. 18, par. 2 della direttiva 2008/48/CE stabilisce, infatti, che in caso di sconfinamenti di durata eccedente il mese, l'istituto di credito è tenuto a comunicare al cliente «*le penali, le spese o gli interessi di mora eventualmente applicabili*» ed il precedente art. 3 della citata direttiva definisce come “sconfinamento” «*uno scoperto tacitamente accertato in forza del quale il creditore mette a disposizione del consumatore fondi che eccedono il saldo del conto corrente di quest'ultimo*». In altri termini, dunque, il dettato comunitario nel momento in cui richiede che al consumatore vengano comunicati i costi dello sconfinamento (ivi comprese le penali e le spese), ammette implicitamente la validità di tali addebiti, mettendo, per converso, quantomeno in dubbio la legittimità del divieto di commissioni applicate a fronte di utilizzi in assenza di fido previsto dalla normativa di diritto interno.

Ebbene, il legislatore delegato, seguendo una prassi ormai consolidata, si è semplicemente limitato ad importare nell'ordinamento italiano (con poche modifiche) le due disposizioni di matrice comunitaria senza, tuttavia, andare a realizzare quell'opera di coordinamento con il decreto anticrisi del 2008 richiesta dalla legge delega. Infatti, da una parte, il nuovo art. 125 *octies* del d. lgs. n. 385/1993, come introdotto dal d. lgs. n. 141/2010, sancisce l'obbligatorietà dell'invio al consumatore della comunicazione delle «*penali, le spese o gli interessi di mora eventualmente applicabili*» in caso di

sconfinamenti “consistenti” di durata eccedente il mese, demandando alla Banca d’Italia l’individuazione dei criteri per la determinazione di tale consistenza dello sconfinamento. Dall’altra parte, il nuovo testo dell’art. 121 del d. lgs. n. 385/1993 (sempre introdotto dal d. lgs. n. 141/2010), precisa che per “sconfinamento” deve intendersi *«l’utilizzo da parte del consumatore di fondi concessi dal finanziatore in eccedenza rispetto al saldo del conto corrente in assenza di apertura di credito ovvero rispetto all’importo dell’apertura di credito concessa»*, andando in tal modo a ripristinare la legittimità dell’applicazione di voci di costo ulteriori e diverse rispetto agli interessi in presenza di saldi debitori a fronte di utilizzi in assenza di fido.

3. L’EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE IN MATERIA DI CMS

La giurisprudenza, dal canto suo, ha svolto un ruolo di primaria importanza nell’ambito del dibattito che ruota attorno alla CMS, ponendosi come ultimo baluardo a difesa del contraente debole. Infatti, dopo un’iniziale tendenza volta a valutare con favore l’operato degli istituti di credito, le corti di merito e di legittimità, soprattutto grazie all’introduzione della nuova normativa bancaria ed alla maggiore attenzione prestata anche a livello comunitario nei confronti del consumatore, hanno operato un deciso *revirement* dei propri indirizzi, rivolgendo una particolare cura alla tutela del contraente debole ed al rispetto delle reciproche posizioni delle parti nell’ambito del rapporto contrattuale.

Già con la sua prima decisione in tema di CMS, la Suprema Corte ha avuto modo di rilevare la contraddittorietà tra la natura della commissione e la modalità di calcolo applicata per la sua determinazione dagli istituti di credito, osservando che *«o tale commissione è un accessorio che si aggiunge agli interessi passivi – come potrebbe inferirsi anche dall’esser conteggiata, nella prassi bancaria, in una misura percentuale dell’esposizione debitoria massima raggiunta [...] o ha una funzione remunerativa dell’obbligo della banca di tenere a disposizione dell’accreditato una determinata somma di denaro per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo»*, giungendo, per l’effetto, a sancire la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale della CMS (Cass. n. 11772/02). Con la successiva pronuncia del 18 gennaio 2006, n. 870 la stessa Cassazione ha, poi, fornito una propria definizione di CMS, qualificando come tale la *«remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall’effettivo prelevamento della somma»* ed ancorando, dunque, la commissione al credito affidato piuttosto che a quello erogato. Tale definizione si contrapponeva, quindi, alla prassi invalsa nel mondo bancario di commisurare la CMS allo scoperto massimo di conto verificatosi nel periodo di riferimento mediante l’utilizzo

di una modalità di calcolo tale da farle assumere le caratteristiche proprie degli interessi.

Proprio la discrasia esistente tra la qualificazione della CMS fornita dalla Suprema Corte e la metodologia di calcolo adoperata nella pratica bancaria ha portato, dunque, la giurisprudenza di merito a dubitare della legittimità delle relative clausole ed a rinvenirne il profilo patologico nella mancanza di causa o nella indeterminatezza dell'oggetto. Con riguardo alla carenza dell'elemento causale si è avuto modo di rilevare che la CMS, sostanziandosi *«in un ulteriore e non pattuito aggravio di interessi corrispettivi rispetto a quelli convenzionalmente pattuiti per l'utilizzazione dell'apertura di credito»* (così Tribunale Lecce, 11 febbraio 2005), rappresenta un'ingiustificata percezione di un ulteriore compenso sul capitale erogato, per il quale la banca è già utilmente remunerata dagli interessi corrispettivi (in termini analoghi anche Tribunale Salerno, 12 giugno 2009; Tribunale Lecce, 11 febbraio 2005; Tribunale Monza, 12 dicembre 2005; Tribunale Milano 4 settembre 2002). Come ben chiarito dal Tribunale di Monza con la propria decisione dell'11 giugno 2007 *«Il fatto che la commissione di massimo scoperto venga di volta in volta determinata in termini percentuali facendo riferimento alle somme effettivamente utilizzate dal cliente nell'ambito del fido a lui concesso, ovvero secondo una modalità di determinazione del tutto coincidente con quella propria degli interessi, comporta un ulteriore aumento del costo effettivo del credito e quindi del tasso di interesse effettivamente applicato, con la conseguenza che la pattuizione della relativa clausola dovrà essere ritenuta nulla per mancanza di causa»*.

Diversamente la nullità per indeterminatezza dell'oggetto è stata, invece, motivata dalla giurisprudenza argomentando dalla totale assenza, tanto nelle pattuizioni contrattuali quanto nelle norme di legge, delle modalità di determinazione della CMS (Tribunale di Vibo Valentia 16 gennaio 2006; Tribunale Velletri 5 aprile 2005). La stessa Cassazione, con sentenza del 14 maggio 2005, n. 10127, ha avuto modo di precisare al riguardo che la CMS deve essere contrattualmente prevista e che, a tal fine, non è idoneo a giustificarne l'applicazione il semplice richiamo contenuto nelle condizioni generali di contratto alle Istruzioni della Banca d'Italia e/o alle norme bancarie uniformi. Con pronuncia la del 16 gennaio 2006 il Tribunale di Vibo Valentia, in particolare, ha poi osservato come *«l'indicazione sui contratti bancari [...] della mera percentuale di calcolo non appare sufficiente a soddisfare il requisito della determinabilità a priori richiesto dall'art. 1346 c.c.; infatti la banca non chiarisce se per massimo scoperto si debba intendere il debito massimo che il conto corrente raggiunge anche per un solo giorno o quello che duri almeno dieci giorni, oppure sull'importo generale dei prelievi o altro ancora»*.

Sotto il diverso profilo della ricorrenza della fattispecie di usura, inoltre, le corti di merito hanno ritenuto che la CMS, in quanto onere aggiuntivo a carico del correntista calcolato

sul credito effettivamente erogato, debba essere computata ai fini dell'accertamento dell'eventuale superamento del tasso soglia di cui alla relativa normativa (Tribunale di Monza, 12 dicembre 2005; Tribunale Palmi 27 novembre 2007). Ancorché, dunque, le Istruzioni della Banca d'Italia all'epoca vigenti (ed applicabili *ratione temporis*) escludessero espressamente la rilevanza della CMS ai fini dell'usura, la giurisprudenza di merito, facendo leva sul chiaro tenore letterale dell'art. 644, comma 4, c.p., ha censurato ugualmente i comportamenti delle banche ed imposto consulenze tecniche d'ufficio che tenessero conto anche delle CMS.

In questo senso si è da ultimo espressa anche la Suprema Corte in sede penale, la quale, con sentenza n. 12028 del 19 febbraio 2010, ha statuito che «*Stante il disposto dell'art. 644, comma 4, c.p. - a detta del quale per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, delle remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito - ai fini della determinazione della fattispecie di usura occorre considerare rilevanti tutti gli oneri che un utente supporti in connessione con il suo uso del credito. Tra tali oneri rientra la commissione di massimo scoperto, trattandosi di un costo indiscutibilmente collegato all'erogazione del credito, atteso che ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo scoperto di conto corrente, e funge da corrispettivo per l'onere, a cui l'intermediario finanziario si sottopone, di procurarsi la necessaria provvista di liquidità e tenerla a disposizione del cliente. Pertanto, nella determinazione del tasso effettivo globale praticato da un intermediario nei confronti del soggetto fruitore del credito deve tenersi conto della commissione di massimo scoperto, ove prevista*».

Il principio di diritto così enunciato dalla Suprema Corte, come ben è facile intuire, appare suscettibile di produrre effetti dirompenti sul piano del contenzioso giudiziario. Infatti, sotto il profilo civilistico, la sancita rilevanza della CMS ai fini della determinazione del tasso soglia anche per i rapporti di conto corrente bancari cui non è applicabile *ratione temporis* il decreto anticrisi 2008 potrebbe determinare in molti casi il superamento di tale tasso, considerata la prassi bancaria invalsa negli anni passati di applicare condizioni economiche ai limiti della usurarietà.

In ultimo, v'è da rilevare che neppure l'intervento legislativo da ultimo operato con il decreto anticrisi 2008 è riuscito a sopire la lunga e complicata vicenda contenziosa legata alla validità delle CMS. Infatti, subito dopo la sua entrata in vigore, il Codacons ha promosso due *class action*, ai sensi dell'art. 140 *bis*, comma 1, del Codice del Consumo, avverso la Intesa SanPaolo e la Unicredit, rispettivamente presso il Tribunale di Torino e di Roma, al fine di sentire dichiarare l'invalidità delle nuove strutture commissionali applicate dai due istituti di credito nei rapporti con i correntisti sia sul fido sia sull'extra

fido. Il primo dei due procedimenti si è di recente chiuso con un nulla di fatto. Infatti, il Tribunale di Torino, con l'ordinanza del 27 maggio 2010, ha dichiarato l'inammissibilità dell'azione per carenza di interesse ad agire dell'attore, motivando la propria scelta in ragione del fatto che a questi non erano mai state applicate le condizioni economiche praticate dall'istituto convenuto di cui si richiedeva la nullità.

Ciò, tuttavia, non ha impedito al tribunale adito di esprimere comunque un proprio giudizio sulle due nuove commissioni sottoposte al suo vaglio. Nel caso di specie, in particolare, la banca convenuta aveva applicato, in sostituzione della "vecchia" CMS due differenti strutture commissionali: *i*) la commissione per scoperto di conto (CSC), utilizzata su conti privi di affidamento ed applicata nella misura di euro 2 per ogni giorno in cui sul conto si era determinato un saldo debitore e per ogni 1.000 euro di saldo debitore ed *ii*) il tasso debitore di utilizzo oltre fido (TUOF), introdotto per i conti correnti assistiti da un'apertura di credito ed applicata nella misura del 12,5% nell'ipotesi in cui il saldo debitore fosse stato superiore all'importo del fido accordato e per il numero di giorni per cui si era manifestato lo scoperto.

La nullità della CSC sarebbe derivata, secondo il Codacons, dal fatto che tale remunerazione veniva applicata immediatamente al realizzarsi dello scoperto e, dunque, in violazione della regola stabilita dall'art. 2 *bis* che, invece, prevede che il saldo del cliente debba risultare a debito per un periodo continuativo non inferiore a trenta giorni. A dire dell'attore, dunque, la nuova commissione in realtà non era altro che la vecchia commissione di massimo scoperto, cui la banca aveva cambiato nome, ma non disciplina. Allo stesso modo anche la clausola relativa al TUOF doveva ritenersi, secondo il Codacons, affetta da nullità, disponendosene l'addebito, in caso di sconfinamento, sull'intero importo del saldo debitore e non soltanto sull'importo utilizzato oltre l'ammontare dell'apertura di credito.

Tuttavia, nonostante le argomentazioni dell'attore, il Tribunale di Torino ha alla fine ritenuto che entrambe le *commitment fees* applicate dalla Intesa SanPaolo, non rientrassero nella nozione di CMS, rilevando che i compensi «*introdotti dalla convenuta in sostituzione della commissione di massimo scoperto, non costituiscono una modifica soltanto terminologica della disciplina contrattuale [...] perché essi non si applicano sul saldo massimo debitore in misura percentuale secca*».

4. INTERVENTI DELLA BANCA D'ITALIA E DELL'AGCM

In considerazione dell'acceso dibattito giurisprudenziale sviluppatosi nel corso degli ultimi anni in tema di CMS, già nel 2005 la Banca d'Italia, aveva reputato necessario

intervenire sul punto, indicando agli istituti di credito uno schema operativo su cui potersi basare per valutare l'impatto della CMS sulle condizioni del finanziamento. Con nota del 2 dicembre 2005, l'Autorità di vigilanza aveva, infatti, suggerito alle banche le modalità da utilizzare per la verifica del rispetto delle soglie di legge, pur precisando che tali istruzioni operative non erano da considerarsi in ogni caso vincolanti ai fini dell'interpretazione della l. 108/1996. Nel successivo intervento all'Assemblea ordinaria dell'Abi dell'11 luglio 2007, il Governatore della Banca d'Italia, nel definire la CMS come "un istituto poco difendibile sul piano della trasparenza e dell'efficienza", aveva anche invitato gli istituti di credito a sostituirla con una commissione "commisurata alla dimensione del fido accordato, come avviene in altri paesi", dando un chiaro segnale di preferenza verso tali forme di remunerazioni, considerate più coerenti e rispondenti alla funzione economica di corrispettivo per la messa a disposizione di somme, tipico del contratto di apertura di credito.

Ci sono voluti, tuttavia, altri due anni ed un provvedimento legislativo di fonte primaria perché la Banca d'Italia, con le nuove "Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge antiusura", includesse la CMS nel costo del finanziamento sancendone la rilevanza ai fini della verifica della soglia di usura, conformandosi così all'indirizzo giurisprudenziale che da anni ne invocava a forte voce la relativa computazione.

In tema di CMS si è, poi, pronunciata anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito "AGCM" o "*Antitrust*") la quale, in più occasioni, ha censurato i comportamenti degli operatori bancari sotto il profilo del mancato rispetto degli obblighi di trasparenza e chiarezza informativa posti dal Codice del Consumo (d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206). Di recente sono stati, infatti, avviati quattro distinti procedimenti nei confronti di BNL, Intesa SanPaolo, Unicredit ed MPS, con l'obiettivo di verificare l'eventuale sussistenza di condotte integranti fattispecie di pratiche commerciali scorrette (ai sensi degli artt. 20, 21 e 22 del Codice del Consumo). Il principale motivo di contestazione mosso dall'*Antitrust* avverso i comportamenti tenuti dagli istituti di credito sottoposti ad istruttoria riguardava la carenza di un'informazione sufficientemente esaustiva e trasparente in merito alle modalità di calcolo delle CMS, alla loro natura ed alla *ratio* che le contraddistingue, soprattutto con riferimento alle varie tipologie di configurazioni da questa assunte nell'ambito degli utilizzi intra fido, extra fido e degli scoperti di conto corrente non affidati. In particolare l'AGCM ha rilevato che *«la condotta avrebbe potuto essere considerata scorretta alla luce del fatto che ai consumatori non sono state fornite informazioni rilevanti, in modo da indurli in errore riguardo alle condizioni economiche, diverse dagli interessi, applicate con riferimento agli affidamenti accordati ed ai citati*

utilizzi sui conti non affidati e da farli assumere delle decisioni di natura commerciale che altrimenti non avrebbero mai preso».

In risposta agli addebiti così formulati, gli istituti di credito, nel tentativo di giustificare l'applicazione delle CMS sotto il profilo causale, hanno fatto leva sulla definizione contenuta nelle previgenti "Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge antiusura" della Banca d'Italia (febbraio 2006), affermando che tale commissione rappresenta "il corrispettivo pagato dal cliente per compensare la Banca dall'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo della linea di credito" e precisando al riguardo che questa viene calcolata "sulla punta massima di esposizione verificatasi nel corso di ogni trimestre solare, indipendentemente dalla sua durata". I vari procedimenti si sono, tuttavia, chiusi senza l'accertamento delle relative infrazioni e la conseguente irrogazione di sanzioni (Provvedimenti nn. 19352-55 del 23 dicembre 2008), in quanto tutti gli istituti coinvolti hanno presentato una proposta di assunzione di impegni ai sensi dell'articolo 27, comma 7, del Codice del Consumo. La disposizione da ultimo citata, infatti, attribuisce all'*Antitrust*, «ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale» la possibilità di «ottenere dal professionista responsabile l'impegno di porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità. L'Autorità [...] valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione».

Nello specifico, le quattro banche, tra i vari obblighi assunti, si sono impegnate a commercializzare, una nuova struttura commissionale alternativa rispetto alla CMS, basata sull'importo e sulla durata dell'affidamento accordato, indipendentemente dal suo utilizzo, dando la possibilità tanto ai clienti vecchi quanto a quelli nuovi di poter scegliere, tra le varie soluzioni offerte, quella maggiormente rispondente alle proprie esigenze ed al proprio comportamento economico.

Nel caso della BNL, della Intesa SanPaolo e della MPS, peraltro, l'assunzione di tale obbligo è avvenuta solo a seguito di un'espressa sollecitazione dell'AGCM, che aveva reputato gli impegni di carattere meramente informativo originariamente proposti da tali istituti non sufficienti a sanare gli addebiti contestati, ritenendo che «l'offerta alla clientela di strutture commissionali alternative alla suddetta commissione [CMS], se accompagnata da una corretta ed adeguata informazione, avrebbe consentito al consumatore di assumere una consapevole decisione di natura commerciale tra le diverse offerte» e con ciò "indirizzando" detti istituti verso l'introduzione di differenti *commitment fees* da porre in concorrenza tra loro. Di assoluto rilievo appare, per i fini che qui interessano, la circostanza che la maggior parte delle banche coinvolte, nell'aderire al

sollecito dell'*Antitrust*, si sia orientata verso l'inserimento di remunerazioni commisurate all'importo dell'affidamento, tornando così alla originaria accezione della CMS intesa quale corrispettivo per la messa a disposizione di somme. Con l'unica eccezione della BNL che ha, invece, preferito optare per una remunerazione di *ratio* opposta, denominata "Commissione di mancato utilizzo", dovuta esclusivamente nell'ipotesi in cui al termine del trimestre di riferimento il credito messo a disposizione sia rimasto completamente inutilizzato

Ciò posto, gli istituti di credito, al fine di consentire al consumatore di poter scegliere tra le varie tipologie di condizioni, si sono, altresì, impegnati ad inserire nei fogli informativi, nei contratti, nei documenti di sintesi e nelle comunicazioni periodiche alla clientela le indicazioni relative alla natura ed alle modalità di calcolo delle varie commissioni offerte, nonché a comunicare periodicamente il costo complessivo del fido accordato ed il costo che, invece, sarebbe derivato dalla scelta delle condizioni proposte in alternativa. Inoltre, tanto la Unicredit quanto la Intesa SanPaolo hanno espressamente assunto l'obbligo di procedere ad una eliminazione progressiva della CMS sugli scoperti di valuta.

L'intervento dell'AGCM in materia, quindi, ha avuto il merito di riuscire nel difficile intento di tutelare il consumatore sotto il profilo del pluralismo delle scelte commerciali, portando, di fatto, alla introduzione di differenti tipologie di remunerazioni tra cui poter liberamente scegliere, compresa la commissione commisurata all'accreditamento, ormai in disuso nella prassi bancaria. Sennonché, prima che le banche sottoposte ad istruttoria potessero iniziare ad adempiere agli impegni assunti secondo le tempistiche concordate con l'AGCM, è sopravvenuto l'art. 2 *bis* del d.l. n. 185 del 29 novembre 2008, che è andato a regolare d'imperio la materia della CMS proprio nel momento in cui, per la prima volta, questa sarebbe stata sottoposta al vaglio critico del consumatore e del mercato. Ciononostante, a dispetto della scelta legislativa di sancire la legittimità (a certe condizioni) della CMS, numerosi istituti di credito, a seguito dell'entrata in vigore di tale disposizione, hanno preferito ugualmente optare per l'espunzione delle stesse dalle condizioni economiche applicate nei rapporti di conto corrente e di affidamento ed introdurre nuove strutture commissionali volte a remunerare l'impegno delle banche di mettere a disposizione del cliente una determinata somma per un determinato periodo di tempo, avvalendosi dello *ius variandi* concesso dall'art. 118 TUB. A detta della stessa AGCM, tali decisioni "sarebbero state conseguenti a profili di interpretazione asseritamente dubbia della nuova disposizione normativa che avrebbero reso più complessa l'applicazione della Commissione di Massimo Scoperto e che hanno indotto questi Istituti bancari a ricercare nuove strutture di prezzo".

L'effetto dell'introduzione di queste nuove *commitment fees*, tuttavia, non è stato

positivo per i correntisti. Tanto emerge, infatti, dalla rilevazione effettuata dall'AGCM ed inviata al Governo, al Parlamento ed alla Banca d'Italia con comunicazione del 29 dicembre 2009 (AS647 – Commissioni sugli affidamenti e sugli scoperti di conto corrente). Dall'analisi svolta dall'Autorità è risultato, infatti, che, successivamente all'entrata in vigore dell'articolo 2 *bis* del decreto anticrisi 2008, la situazione è nettamente peggiorata sia per gli affidamenti, sia per gli scoperti temporanei di conto corrente, ove si è verificato un innalzamento dei costi per i correntisti. In particolare, si è rilevato che, per quanto concerne gli affidamenti, un tale innalzamento ha subito un arresto “soltanto a seguito dell'ultimo intervento legislativo [*decreto anticrisi 2009*], che ha ricondotto le aliquote dei corrispettivi previsti per la messa a disposizione di fondi da parte delle Banche entro un valore più contenuto”. In merito, invece, agli scoperti transitori su conto corrente l'Autorità ha riscontrato che “la situazione è risultata nettamente peggiore rispetto alle strutture di prezzo precedentemente previste e permane in tal modo ancora oggi”. Considerate le criticità emerse, l'AGCM ha, pertanto, concluso la propria comunicazione invitando il legislatore ad intervenire sul punto con provvedimenti idonei.

I risultati dell'analisi condotta dall'*Antitrust* non hanno lasciato indifferente la Banca d'Italia, la quale, nel settembre 2009, ha svolto una propria indagine parallela del settore bancario, sempre con la duplice finalità di *i*) verificare quali fossero le tipologie di commissioni applicate in vece della CMS e di *ii*) compararne gli effetti sotto il profilo della onerosità per il correntista rispetto a quelle previste in precedenza (Indagine conoscitiva sulle commissioni applicate dalle banche su affidamenti e scoperti di conto, del 17 marzo 2010).

Dopo aver preliminarmente riscontrato una generale tendenza alla sostituzione della commissione di massimo scoperto con la nuova commissione per la messa a disposizione di fondi, la Banca d'Italia è, tuttavia, pervenuta a conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle formulate dall'AGCM in merito al costo per il correntista, rilevando nel complesso una diminuzione dell'onerosità delle commissioni con una flessione media del 41 % per gli affidamenti e del 35 % per gli scoperti di conto corrente. Nel farlo, la stessa Autorità ha, inoltre, ritenuto di dover precisare in proposito che il dato medio riscontrato costituisce la sintesi di una situazione molto differenziata, soprattutto nel caso degli scoperti di conto, dal momento che in questa ipotesi i maggiori benefici per la clientela scattano soltanto per utilizzi di importo molto contenuto o di durata estremamente breve. Al contrario, in presenza della crescita della durata dell'utilizzo i benefici si riducono, sino a diventare negativi e ciò, secondo la Banca d'Italia, in ragione del fatto che mentre la “vecchia” CMS era legata al valore dello scoperto massimo e non alla sua durata, le nuove commissioni presentano in molti casi una relazione con la durata dello stesso.

La Banca d'Italia ha anche tenuto a sottolineare il fatto che i propri risultati non sarebbero incompatibili rispetto alle considerazioni molto severe espresse dall'AGCM, sostenendo che le differenti risultanze delle due indagini deriverebbero esclusivamente dal fatto che nella propria analisi si tiene conto di un numero più elevato di scenari di utilizzo del conto, che riflettono l'operatività di differenti fasce di clientela.

Ad ogni buon conto, ciò che maggiormente colpisce dell'indagine condotta dalla Banca d'Italia sono le considerazioni finali cui essa perviene. Infatti, nonostante l'apparente scenario tranquillizzante così appalesato, quest'ultima non si è potuta esimere dal rilevare che, allo stato, un elemento di preoccupazione esiste e riguarda la complessità e l'eterogeneità delle nuove commissioni introdotte sugli scoperti di conto in sostituzione della commissione di massimo scoperto, concludendo anch'essa per la necessità di un ulteriore intervento normativo sul fronte delle remunerazioni applicate su affidamenti e scoperti, con l'obiettivo di rendere chiare e confrontabili per i correntisti le offerte presenti sul mercato e di accrescere la competizione tra gli istituti di credito.

5. I NODI IRRISOLTI DELLA NUOVA DISCIPLINA DELLA CMS

Si è già avuto modo di rilevare come la nuova disciplina dettata dall'art. 2 *bis* del decreto anticrisi 2008 abbia, in realtà, fatto tutt'altro che sancire definitivamente la nullità delle CMS, arrivando, al contrario, a decretarne la legittimità al ricorrere di determinate condizioni e, per di più, intervenendo in un momento in cui grazie agli accordi raggiunti tra l'AGCM e le banche, queste tipologie di commissioni sarebbero state sottoposte alla valutazione critica del consumatore e del mercato. Non a caso i primi commentatori della disposizione avevano sin da subito rilevato come questa apparisse un infelice compromesso tra la necessità di tutelare la delicata funzione di intermediazione creditizia e la dichiarata finalità di dare sostegno alle famiglie, all'occupazione ed all'impresa, presentandosi come il frutto (poco maturo) di un tentativo giuspolitico di contemperamento di interessi contrapposti. Se a ciò si aggiunge, poi, il fatto che neppure risultano del tutto chiare quali siano le condizioni al ricorrere delle quali le CMS sono da considerarsi legittime, soprattutto alla luce del mancato coordinamento dell'art. 2 *bis* del decreto anticrisi con il d. lg.s. n. 141/2010 (attuativo della direttiva comunitaria in materia di contratti di credito dei consumatori), risulta evidente quanto sia difficile esprimere un giudizio positivo sul quadro normativo d'insieme.

La stessa recente esperienza avutasi sul piano contenzioso, peraltro, costituisce un'ulteriore conferma della situazione di incertezza che regna ancora oggi sovrana in materia di CMS. Basti semplicemente rilevare in proposito, come, nella sua ordinanza del

27 maggio 2010, il Tribunale di Torino, sia giunto alla conclusione di ritenere entrambe le *commitment fees* applicate dalla Intesa SanPaolo estranee alla nozione di CMS, apparendo propenso ad escluderle dal novero delle fattispecie espressamente sanzionate dall'art. 2 *bis* del decreto anticrisi 2008. E ciò nonostante il fatto che, nel caso di specie, la CSC venisse applicata su conti correnti non affidati e per saldi debitori di durata inferiore ai trenta giorni continuativi e che il TUOF venisse calcolato sull'intero importo del saldo debitore, invece che sull'importo utilizzato eccedente il fido accordato.

Non sembra arduo ipotizzare, dunque, che, al di là delle ipotesi testualmente contemplate, la neo introdotta disciplina legislativa non consentirà di reputare nulle altre tipologie di clausole, lasciando, per l'effetto, gli istituti di credito liberi di *i)* introdurre qualunque ulteriore e differente struttura commissionale, nonché di *ii)* applicare diverse formule matematiche per il relativo conteggio. Il che, per converso, rende legittima l'idea che la nuova normativa non abbia portato, in realtà, i risultati sperati in termini di tutela della posizione del contraente debole, avendo mancato l'obiettivo di colmare la lacuna legislativa rendendo chiaro il contenuto delle strutture commissionali che saranno da reputarsi legittime. In ragione di ciò, pertanto, appare pienamente condivisibile l'auspicio espresso dall'AGCM e dalla Banca d'Italia circa la necessità di un ulteriore intervento normativo sul fronte delle remunerazioni applicate su affidamenti e scoperti, dal momento che la nullità sanzionata dall'art. 2 *bis* del decreto anticrisi 2008 ha, a ben vedere, una portata molto meno pregnante di quanto possa apparire *prima facie*.

ABSTRACT

Con l'art. 2 bis del d.l. n. 185 del 29 novembre 2008, convertito con l. 28 gennaio 2009 n. 2, il legislatore italiano ha disciplinato per la prima volta una delle clausole più controverse dei contratti bancari, quella relativa alla commissione di massimo scoperto. La norma, di articolata formulazione, ha introdotto limitazioni alle condizioni al ricorrere delle quali tali commissioni sono da considerarsi legittime, senza, tuttavia, raggiungere l'obiettivo di tutelare appieno la posizione negoziale del contraente debole. La sua entrata in vigore, infatti, se per un verso ha portato gli istituti di credito ad espungere la commissione di massimo scoperto dalle condizioni economiche applicate nei rapporti di conto corrente e di affidamento, per l'altro, ha fatto sì che venissero introdotte, al suo posto, nuove e differenti strutture commissionali, con effetti tutt'altro che chiari in ordine ad i nuovi costi così posti a carico dei correntisti. Le due indagini rispettivamente condotte in merito dalla Banca d'Italia e dall'AGCM in seguito all'entrata in vigore del provvedimento legislativo, infatti, sono giunte a conclusioni diametralmente opposte. Mentre, infatti, l'AGCM ha rilevato un peggioramento delle condizioni economiche sopportate dal cliente, al contrario a Banca d'Italia ha fotografato una situazione nettamente diversa, rilevando nel complesso una diminuzione dell'onerosità delle commissioni applicate. La difformità di vedute delle due Autorità, nonché la prima pronuncia giurisprudenziale avutasi in seguito alla prima class action promossa in tema, rende palese, dunque, come

la nuova normativa non abbia portato, in realtà, i risultati sperati in termini di tutela della posizione del contraente debole, avendo mancato l'obiettivo di rendere chiaro il contenuto delle strutture commissionali da reputarsi legittime.

BIBLIOGRAFIA

- BERNARDI M., *Profili civilistici dell'usura nel contratto di mutuo e di apertura in conto corrente*, documento del 18 dicembre 2009, reperibile su www.ilcaso.it;
- CARLEVALE C., *La commissione di massimo scoperto ed il costo del credito bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 394 ss.
- CRISTOFORETTI P., *La commissione di massimo scoperto e il corrispettivo per la messa a disposizione di somme. Primi spunti interpretativi sull'art. 2 bis della l. n. 2/2009: "Ulteriori disposizioni concernenti i contratti bancari"*, reperibile su www.dirittobancario.it;
- DAGNA P., *Esclusione dell'eccezione di obbligazione naturale per la ripetizione degli interessi anatocistici, commissione di massimo scoperto e soglia d'usura*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, 204 ss.
- FERRO LUZZI P., *Ci risiamo. (A proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto)*, in *Giur. comm.*, 2006, 671 ss.
- INZITARI B., *Diversa funzione della chiusura nel conto ordinario e in quello bancario. Anatocismo e commissione di massimo scoperto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, 452 ss.
- MANTOVANO G., *Usura e commissione di massimo scoperto: profili di indeterminatezza della fattispecie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 1558 ss.
- MARCELLI R., *Le commissioni di massimo scoperto e le soglie d'usura. La cassazione penale ridimensiona la Banca d'Italia*, documento del 30 aprile 2010, reperibile su www.ilcaso.it;
- MARCELLI R., *Dopo, 'anatocismo trimestrale anche le commissioni di massimo scoperto divengono lecite. Le CMS smantellate dalla magistratura vengono ripristinate dalla legge n. 2/09*, documento del 27 maggio 2009, reperibile su www.ilcaso.it;
- MARCELLI R., *Criteri e modalità di determinazione del tasso d'usura: ambiguità e contraddizioni*, documento del 7 ottobre 2008, reperibile su www.ilcaso.it;
- ROMANO G., *La "nuova" commissione di massimo scoperto e la remunerazione per la messa a disposizione di fondi nel decreto "anticrisi"*, documento del luglio 2010, reperibile su www.luiss.it;
- RUGGIERO C., *La "nuova" commissione di massimo scoperto dopo il decreto "anticrisi"*, in *Contratti*, 2010, 55 ss.
- SIRENA P., *Ius variandi, commissione di massimo scoperto e recesso dal contratto*, in *Contratti*, 2010, 1169 ss.

3. COMMERCIALIZZAZIONE A DISTANZA DEI SERVIZI FINANZIARI (ARTT. 67BIS-67VICIES BIS CODICE DEL CONSUMO)

(Luca Reali)

SOMMARIO: 1.- Il quadro normativo; 2.- La disciplina: ambito di applicazione: 2.a) Ambito soggettivo. 2.b) Ambito oggettivo. 3.- Gli obblighi informativi precontrattuali; 4.- Il diritto di recesso: 4.a) Le conseguenze dell'esercizio del diritto di recesso: la procedura d'infrazione contro l'Italia per inadeguato recepimento della Direttiva. 5.- Forniture di servizi e comunicazioni non richieste; 6.- Le sanzioni amministrative e la nullità del contratto; 7.- Il problematico coordinamento tra disciplina dei contratti relativi a servizi finanziari a distanza e codice del consumo: 7.a) Il coordinamento con la disciplina sulle clausole vessatorie; 7.b) Commercializzazione a distanza dei servizi finanziari e disciplina sui contratti a distanza; 7.c) Commercializzazione a distanza e contatti negoziati fuori dei locali commerciali; 7.d) Articolo 67-septiesdecies e altri regimi sanzionatori. 8.- Servizi finanziari a distanza e commercio elettronico; 9.- Il provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009 in tema di trasparenza bancaria; 10.- Valutazioni conclusive: la duplice funzione dell'informazione e il "rischio" di un diluvio di informazioni.

1. IL QUADRO NORMATIVO

La disciplina sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, prima affidata al d.lgs. 190/2005, con il quale era stata data attuazione nell'ordinamento italiano alla Direttiva 2002/65/CE, è stata successivamente trasposta nel Codice del consumo ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 221/2007 mediante l'aggiunta di una nuova sezione IV *bis* al capo I, Titolo III, Parte III, composta dagli articoli da 67-*bis* a 67-*vicies bis*, con la conseguente abrogazione, ad opera dell'art. 21 d.lgs. 221/2007, del d.lgs. 190/2005.

Come è noto, le altre sezioni del medesimo Capo contengono disposizioni rispettivamente dedicate ai «*Contratti negoziati fuori dei locali commerciali*» (Sez. I), ai «*Contratti a distanza*» (Sez. II), alle «*Disposizioni comuni*» con riferimento alle sanzioni ed al foro competente (Sez. III), nonché al «*Diritto di recesso*» (Sez. IV).

Più nel dettaglio, attraverso la Direttiva 2002/65/CE veniva finalmente completato il sistema normativo predisposto dalla Ce per tutelare i consumatori nei confronti dei rischi e pregiudizi cui gli stessi si trovano esposti quando negoziano e concludono contratti con professionisti ricorrendo esclusivamente a tecniche di comunicazione a distanza.

In precedenza, infatti, la direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti per la fornitura di beni mobili o la prestazione di servizi stipulati a distanza, aveva espressamente escluso (art. 3 par.1) dal suo campo di applicazione proprio i contratti relativi ai servizi finanziari, e a questa scelta si era rigorosamente attenuto il legislatore italiano in sede di recepimento avvenuto con il d.lgs. 185/1999 (cfr. ora artt.

50 ss. cod. cons.).

L'approvazione della direttiva 2002/65/CE, relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, colma dunque la lacuna che si era determinata nel quadro degli interventi a tutela del consumatore, dettando una disciplina complementare con quella delineata mediante la direttiva 1997/7/CE.

In particolare, con la citata direttiva il legislatore europeo, nell'ottica di una armonizzazione completa e non minimale delle legislazioni nazionali, perseguiva l'obiettivo di «*contribuire al conseguimento di un elevato livello di protezione dei consumatori*» (cfr. il Considerando n. 1) in considerazione dei maggiori rischi che tale tipo di contrattazione comporta per i consumatori.

Secondo la Direttiva, infatti, l'instaurazione di un quadro giuridico comune ed uniforme risponde all'esigenza di accrescere la fiducia del consumatore nell'utilizzazione delle nuove tecniche di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ed assicurare, in tal modo, la libertà di scelta ai cittadini europei fra tutti i servizi disponibili nella comunità, con conseguente beneficio per il mercato interno.

Giova fin da ora sottolineare come la trasposizione della disciplina *de qua* nel Codice del Consumo se da un lato ha posto fine alla incongruente scelta compiuta dal legislatore interno di recepire la direttiva 2002/65 in un provvedimento esterno e autonomo, lasciando pertanto fuori dal codice un *corpus* normativo finalizzato a completare l'apparato di tutele contemplato dagli artt. 50 ss. (attuativi della direttiva 1997/7/CE) per i contratti conclusi a distanza da consumatori con professionisti per la fornitura di beni mobili o la prestazione dei servizi non finanziari, non ha però comportato interventi modificativi delle singole disposizioni fino ad allora contenute nel d.lgs. 190 del 2005, fatte salve le necessarie correzioni dovute all'esigenza di aggiornare il riferimento ai mutati articoli o sezioni cui le singole disposizioni, di volta in volta fanno rinvio, ovvero dovute all'esigenza di coordinamento con disposizioni contenenti nozioni ricorrenti, come quella di «*contratto a distanza*», già prevista nell'articolo 50 cod. cons. e richiamata espressamente dall'art. 67-ter comma 1 lett. a.

Il significato dell'intervento normativo di cui al d.lgs. 221/2007, dunque, non si apprezza tanto in riferimento alle singole disposizioni di tutela, che ripetono quelle già introdotte con il d.lgs. 190/2005, quanto con riguardo alle conseguenze prodotte sul piano sistematico e del coordinamento tra norme.

Nel silenzio del legislatore nazionale sul punto in esame, tale coordinamento normativo non può che essere rimesso all'attenta valutazione degli interpreti, cui spetta il delicato compito di verificare le conseguenze prodotte sul piano sistematico dal concatenarsi delle nuove disposizioni con l'impianto normativo preesistente.

Tale valutazione non può però ovviamente prescindere da una analisi, ancorchè non dettagliata, delle disposizioni di cui agli artt. 67-*bis* ss. cod. cons.

Per completezza, si rileva, infine, che nel caso di servizi finanziari conclusi via *Internet*, accanto alla direttiva in esame, trova applicazione altresì la Direttiva 2000/31/CE, relativa al commercio elettronico, recepita in Italia ad opera del d.lg. 70/2003.

2. LA DISCIPLINA: AMBITO DI APPLICAZIONE

2.a) Ambito soggettivo.

Gli artt. 67-*bis* ss. cod. cons., al fine di consentire al contraente debole del rapporto di disporre di tutti gli elementi necessari per assumere in modo consapevole e razionale la decisione relativa all'*an* dell'instaurazione del rapporto contrattuale, forniscono un quadro di tutela piuttosto ampio astrattamente riconducibile a tre essenziali pilastri approntati a beneficio del consumatore.

In particolare, vengono disciplinati approfonditamente gli obblighi informativi a carico del fornitore, il diritto di recesso spettante al consumatore, nonché alcune delle sanzioni previste in caso di violazioni dei prefissati obblighi da parte del fornitore.

L'analisi in concreto della disciplina non può che muovere dall'individuazione dell'ambito di operatività dell'articolato in esame che il legislatore, sulla scorta delle puntuali indicazioni contenute nella direttiva comunitaria, ha delimitato sia sotto il profilo soggettivo, che sotto quello oggettivo.

Più nel dettaglio, relativamente all'ambito soggettivo, le disposizioni in commento risultano applicabili ai cosiddetti contratti *b2c* (*business to consumers*), ovvero ai contratti conclusi tra un fornitore ed un consumatore.

In particolare, quanto alla definizione di fornitore, ai sensi dell'art. 67-*ter* lett. c) è del tutto irrilevante tanto la natura giuridica del medesimo, quanto la sua soggettività pubblica o privata, mentre gli elementi determinanti risultano, da un lato, lo svolgimento di un'attività professionale o commerciale nell'ambito della quale sia inserita la prestazione dei servizi finanziari e, dall'altro, il vincolo contrattuale col consumatore.

Per il consumatore, per contro, non viene offerta alcuna definizione, essendosi il legislatore limitato a richiamare la nozione contenuta nell'art. 3 lett. a) cod. cons.

Ferma restando la coerenza di tale rinvio alla disciplina consumeristica, l'aspetto più critico è costituito dalla mancata armonizzazione alle altre normative di settore le quali, peraltro, sono fatte salve, ove non espressamente derogate, dall'art. 67-*bis* comma 3 cod. cons. e, quindi, destinate a prevalere in caso di contrasto.

Come noto, infatti, né la disciplina comunitaria e in particolare la direttiva 2004/39/

Ce MiFID, né il Testo Unico dell'intermediazione finanziaria (d.lgs. 58/1998) e nemmeno la disciplina secondaria (Reg. Consob n. 16190 del 31 ottobre 2007) fanno riferimento al «consumatore» parlando, invece, di cliente al dettaglio (*retail*).

In particolare in tale nozione, diversamente da quanto previsto per i consumatori, non ha alcun rilievo la circostanza che il cliente sia o meno una persona fisica.

La delimitazione dell'ambito di applicazione degli artt. 67-*bis* ss. ai soli consumatori non sembra poter andare esente da critiche: non pare ragionevole, infatti, che i clienti dell'intermediario che non siano consumatori né operatori qualificati, siano trattati in maniera identica ai consumatori quando il servizio di investimento venga prestato con la contestuale presenza fisica del consumatore e del fornitore del servizio, e in maniera differenziata quando il medesimo servizio avvenga a distanza.

Proprio tali modalità di promozione e collocamento degli strumenti finanziari necessitano infatti di una tutela rafforzata.

Un ulteriore aspetto sul quale le discipline considerate si differenziano maggiormente muove dall'esistenza di una graduazione di tutela in base all'appartenenza ad una diversa categoria (maggiore per i clienti al dettaglio e minore per le controparti qualificate) che, diversamente da quanto generalmente previsto dalla legislazione comunitaria, non è fissa ed immutabile. L'investitore, infatti, può richiedere, rispettando i requisiti dettati dalla normativa, un diverso livello di tutela parametrato alle proprie conoscenze. Approccio, quello ora descritto, del tutto sconosciuto alla legislazione consumeristica, che si presenta molto più statica ed oggettiva di quella relativa ai servizi di investimento.

In conclusione, l'ambito soggettivo di applicazione degli artt. 67-*bis* ss. cod. cons. e del Reg. Consob 16190/2007 in materia di promozione e collocamento a distanza dei servizi finanziari si sovrappongono in maniera disarmonica ed irragionevole (FIORIO, *Offerte a distanza e fuori sede tra Testo Unico della finanza, nuovo regolamento intermediari e codice del consumo*, reperibile su www.ilcaso.it, Sezione II- *Dottrina, opinioni e interventi*, 14 gennaio 2008, p. 16). Mentre ad esempio le imprese non sono mai consumatori ma possono essere classificate come clienti al dettaglio e quindi essere soggette alla sola disciplina prevista dal Reg. Consob, gli investitori sofisticati sono allo stesso tempo clienti professionali e consumatori, con la conseguenza che nei loro confronti troverebbero applicazione gli artt. 67-*bis* ss. cod. cons. e non invece la disciplina generale che regola i doveri di informazione degli intermediari anche nei contratti a distanza.

2.b) Ambito oggettivo.

L'ambito oggettivo di applicazione degli artt. 67-*bis* ss. cod. cons. comprende tutti i contratti a distanza che hanno ad oggetto servizi finanziari, ovvero come specificato

dall'art. 67-ter comma 1 lett. b), «qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale».

Per vero, l'ampia portata della normativa viene immediatamente ridotta dai limiti operativi fissati dalla direttiva e ripresi dagli stati membri. Come osservato, infatti, la gran parte dei servizi citati risulta disciplinata da normative di settore, che sono fatte salve dall'art. 67-bis, lasciando così alla normativa in commento il ruolo di enunciare principi generali destinati a piegarsi di fronte ad altre regole speciali.

Inoltre, ai sensi degli artt. 67-ter comma 1 lett. a) e 50 comma 1 lett. a) per «contratto a distanza» si intende qualunque contratto avente ad oggetto servizi finanziari concluso tra un fornitore ed un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore che, per tale contratto «impieghi esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso», dovendosi pertanto ritenere che non siano soggette alle regole di cui agli artt. in esame le attività promozionali quando il contratto sia concluso *inter presentes*. Peraltro, soddisfano i requisiti della disciplina in commento anche quei negozi che si sono perfezionati ricorrendo, durante l'*iter* formativo, a tecniche di negoziazione a distanza diverse, posto che il *discrimen* è dato dalla mancanza di una contestuale presenza delle parti in un luogo e non anche dalla tecnica utilizzata.

Inoltre, sempre l'art. 67-bis ha cura di precisare che le disposizioni della Sezione, in caso di contratti costituiti da un accordo quadro seguito da operazioni successive o, comunque, da operazioni distinte della stessa natura scaglionate nel tempo, si applicano, nel primo caso solo all'accordo iniziale, mentre nella seconda ipotesi, solo alla prima operazione. Tali deroghe, tuttavia, sono temporalmente limitate, posto che non si applicano qualora non venga compiuta alcuna operazione della stessa natura entro un anno, nel qual caso l'operazione che dovesse successivamente essere compiuta, verrebbe considerata come la prima, dovendosi applicare nuovamente gli artt. 67-quater ss.

Infine, deve ritenersi di scarso rilievo la differente terminologia utilizzata dal Codice del consumo il quale si occupa della *commercializzazione* a distanza di servizi finanziari, laddove l'art. 32 t.u.f. si riferisce alla *promozione* e *collocamento* a distanza di servizi e attività di investimento e strumenti finanziari; tale terminologia deve utilizzarsi in senso atecnico atteso che il Codice fa ricadere nel suo ambito applicativo anche le ipotesi di promozione e collocamento senza la necessaria conclusione di un accordo contrattuale.

3. GLI OBBLIGHI INFORMATIVI PRECONTRATTUALI

Come si accennava in precedenza, uno dei tre pilastri essenziali in cui si articola la

tutela che il legislatore ha approntato al contraente debole, concerne la previsione di una serie di obblighi di *disclosure* a carico del fornitore attraverso i quali il legislatore tende a ridurre la asimmetrie informative, particolarmente evidenti in un settore caratterizzato da un elevato tecnicismo.

Giova premettere che, relativamente agli obblighi informativi, oltre alla previsione generale di cui all'art. 67-*bis* comma 3, che fa salve le disposizioni settoriali, opera altresì il disposto dell'art. 67-*decies* comma 1, in virtù del quale, ai rapporti con i consumatori, dovranno applicarsi sia gli artt. dal 67-*quater* al 67-*octies* sia tutte le disposizioni più rigorose delle altre discipline di settore.

Il codice del consumo offre nella materia in commento un'elencazione precisa e dettagliata delle informazioni che il fornitore deve dare alla controparte, avendo altresì cura di precisare gli strumenti e i termini per adempiere agli obblighi imposti.

Lo scopo di dette prescrizioni è, evidentemente, quello di garantire al consumatore tutte le informazioni necessarie per decidere, in modo consapevole ed informato, se aderire o meno alla proposta contrattuale formulata dal fornitore.

Più nel dettaglio, l'art. 67-*quater* comma 1 prevede che al consumatore siano fornite le informazioni relative al fornitore, al servizio finanziario, al contratto a distanza ed alle procedure di ricorso giurisdizionale o amministrativo (artt. da 67-*quinquies* a 67-*octies*) durante la fase delle trattative e, comunque, prima che questi sia vincolato da un contratto a distanza o da una offerta.

Le informazioni precontrattuali di cui agli artt. da 67-*quinquies* a 67-*octies* alla cui lettura si rinvia, sono riprese pressoché pedissequamente dall'art. 3 della direttiva CE, ad eccezione di quelle «*relative al servizio finanziario*». L'art. 67-*sexies* cod. cons. aggiunge infatti nell'elenco sia «*l'individuazione delle caratteristiche essenziali delle condizioni di sicurezza delle operazioni di pagamento*» (lett. f), sia l'indicazione dell'«*esistenza di collegamenti o connessioni con altri servizi finanziari*» (lett. h).

Una attenuazione degli obblighi informativi è prevista, invece, dall'articolo 67-*novies*, in via di eccezione, per la commercializzazione attraverso il canale telefonico.

Il secondo comma dell'art. 67-*quater* stabilisce, inoltre, che lo scopo commerciale del contatto deve risultare in modo inequivocabile e che le informazioni devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile, con ogni mezzo purchè *adeguato* alla tecnica di comunicazione utilizzata: ciò tenendo conto dei principi di buona fede e correttezza nella fase precontrattuale, nonché dei principi che disciplinano la protezione degli incapaci di agire e dei minori.

Una maggiore precisione nella descrizione di come adempiere agli obblighi informativi è utilizzata invece, nell'art. 67-*undecies* laddove non è più ritenuto sufficiente

fare ricorso a qualsiasi mezzo adeguato, ma è richiesto che le informazioni siano comunicate su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, con la precisazione che, in tale ultimo caso, detto supporto dovrà essere disponibile ad accessibile al consumatore in tempo utile, prima che lo stesso sia vincolato dal contratto. Unica eccezione a tale principio è il caso disciplinato dal secondo comma del medesimo articolo la cui applicazione è circoscritta all'ipotesi in cui il contratto sia concluso su iniziativa del consumatore e la tecnica utilizzata non consenta di rispettare il disposto del primo comma.

La scelta compiuta dal legislatore comunitario di anticipare alla fase delle trattative il momento della *disclosure* costituisce una tutela importante per il consumatore posto che in tal modo si mira a ridurre da subito il *gap* informativo ontologicamente connesso alla sua posizione.

4. IL DIRITTO DI RECESSO

Come si accennava in precedenza, il diritto di recesso costituisce, accanto ad una corretta informativa precontrattuale, uno degli strumenti più efficaci posti dall'ordinamento comunitario e nazionale a tutela del consumatore.

Più nel dettaglio, l'art. 67-*duodecies* del cod. cons., attribuisce al consumatore il diritto di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale senza penali e senza specificare il motivo, subordinando tale facoltà solamente ad un limite temporale entro il quale deve manifestare una volontà in tal senso.

Si tratta, quindi, di un diritto esercitabile incondizionatamente e senza costi per il consumatore, nei cui confronti non può essere esperita alcuna pretesa risarcitoria, indennitaria, o di altra natura da parte del fornitore.

La ragione di siffatta tutela deve individuarsi nella complessità tecnica dei servizi finanziari offerti al consumatore, il quale non sempre in prima battuta riesce ad apprezzarne le caratteristiche, che, per vero, risultano complesse anche per gli stessi operatori professionali.

Il diritto di recesso *ad nutum* nella commercializzazione a distanza dei servizi finanziari mira, quindi, non tanto a tutelare il consumatore dall'effetto sorpresa, quanto piuttosto ad assicurargli un ampio spazio di riflessione sulla sensatezza e convenienza del contratto che ha concluso.

Il fattore sorpresa, infatti, gioca un ruolo importante nella conclusione dei contratti fuori dei locali commerciali, mentre è più raro nei contratti a distanza ove, almeno di norma, è il consumatore a prendere l'iniziativa.

La previsione di un periodo di riflessione assolve in sostanza la funzione, sul

presupposto della differenza di potere contrattuale tra fornitore e consumatore, di riequilibrare la posizione delle parti, consentendo al contraente debole di raccogliere ulteriori informazioni sul servizio acquistato e di fare una scelta quanto più possibile ragionata e oculata.

Nonostante uno strumento analogo sia previsto anche per le ipotesi di negoziazione conclusa fuori dei locali commerciali e a distanza, l'art. 67-*duodecies* si presenta come del tutto autonomo e non fa alcun riferimento alla disciplina più generale dettata dagli artt. 64-67 del Codice del consumo.

Il termine per l'esercizio del diritto di recesso è fissato in 14 giorni come regola generale valida per tutti i contratti ed in 30 giorni per i soli contratti stipulati a distanza aventi ad oggetto assicurazioni sulla vita e schemi pensionistici individuali.

Tale termine viene fatto decorrere alternativamente dalla data di conclusione del contratto o, se successiva alla prima, dalla data in cui il consumatore ha ricevuto le condizioni contrattuali e le informazioni *ex art. 67-undecies*.

Non tutti i contratti stipulati a distanza tra un professionista e un consumatore, risultano però suscettibili di essere risolti unilateralmente da quest'ultimo. Il comma 5 dell'art. 67-*duodecies* alla cui lettura si rinvia, esclude il diritto di recesso per quattro categorie di contratti, al fine di evitare che il consumatore abusi dello strumento a lui concesso per trarre ingiustificati vantaggi.

Per esercitare validamente il diritto di recesso, ai sensi del comma 6 dell'art. 67-*duodecies*, il consumatore deve inviare, entro i termini previsti, una comunicazione scritta al fornitore, contenente la sua volontà con lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Nel far ciò deve seguire le istruzioni che gli sono state date ai sensi dell'art. 67-*septies* comma 1 lett. d) e che devono essere inserite tra le informazioni preliminari che vanno trasmesse al consumatore in tempo utile prima della conclusione del contratto. Al fine del tempestivo esercizio del recesso è sufficiente che la lettera raccomandata venga inviata dal consumatore prima della scadenza del termine, rimanendo indifferente che questa giunga a destinazione entro il suddetto termine.

Passando al tema degli effetti giuridici ed economici che seguono all'esercizio del diritto di ripensamento, non può non rilevarsi come il legislatore abbia fornito alcuni utili elementi idonei a risolvere dubbi interpretativi. E' indubbio, infatti, che il contratto *de quo*, durante la pendenza del termine per esercitare il diritto di recesso, sia valido ed anche produttivo di effetti; infatti, laddove il legislatore ha voluto escluderne l'efficacia è intervenuto espressamente in tale senso, circoscrivendo peraltro tale ipotesi ai soli contratti relativi ai servizi di investimento (cfr. art. 67-*duodecies* comma 4).

Infine, con riferimento al momento di caducazione del contratto a seguito del valido

esercizio del recesso, si osserva che esso non coincide con l'esercizio di tale diritto da parte del consumatore, bensì, stante la natura recettizia della manifestazione della volontà di recedere, gli effetti del medesimo cesseranno solo al momento in cui detta dichiarazione giungerà all'indirizzo del fornitore.

4.a) Le conseguenze dell'esercizio del diritto di recesso: la procedura d'infrazione contro l'Italia per inadeguato recepimento della Direttiva.

Il codice del consumo, recependo la normativa comunitaria, regola le conseguenze e gli obblighi delle parti a seguito dell'esercizio del diritto di recesso: il comma 1 dell'art. 67-terdecies stabilisce che, sciolto il rapporto contrattuale, sorge in capo al consumatore l'obbligo di pagare solamente l'importo del servizio effettivamente prestato dal fornitore conformemente al contratto a distanza. L'importo della restituzione, in ogni caso, non può essere di entità tale da costituire una penale, né eccedere un importo proporzionale all'importanza del servizio già fornito (art. 67-terdecies comma 2). Si osservi che, proprio a maggiore garanzia del consumatore, l'esecuzione del contratto può iniziare solo previa sua richiesta.

Il comma 3 dell'art. in commento subordina il diritto del fornitore al pagamento delle prestazioni già eseguite a due fondamentali condizioni: in primo luogo, il fornitore deve essere in grado di provare che il consumatore è stato debitamente informato dell'importo dovuto attraverso le informazioni precontrattuali. In secondo luogo, è necessario che qualora l'esecuzione del contratto sia iniziata prima della scadenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso, ciò sia avvenuto a seguito di una preventiva richiesta del consumatore.

In capo al professionista, invece, a seguito dell'esercizio del recesso, sorge l'obbligo di rimborsare al consumatore, entro 15 giorni dalla ricezione della dichiarazione del recesso, tutte le somme eventualmente già versate dal consumatore in esecuzione e in conformità alle clausole del contratto (art. 67-terdecies comma 4), decurtate di quello che ha diritto a trattenere *ex art. 67-terdecies* comma 1. Nei contratti di assicurazione l'impresa trattiene la frazione di premio relativa al periodo in cui il contratto ha avuto effetto.

Da parte sua il consumatore è tenuto a restituire al fornitore, entro 15 giorni dall'invio della dichiarazione di recesso, qualsiasi bene o somma abbia ricevuto dalla controparte. Non sono invece ripetibili gli indennizzi e le somme eventualmente corrisposte dall'impresa agli assicurati e agli altri aventi diritto (art. 67-terdecies comma 5).

La previsione del termine massimo di 15 giorni per l'adempimento da parte del consumatore degli obblighi restitutori, ha recentemente determinato la messa in mora

dell'Italia per non aver recepito in modo adeguato nell'ordinamento nazionale la direttiva comunitaria sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori.

Più nel dettaglio, la Commissione europea in data 08/10/2009 ha comunicato di ritenere che l'Italia, così come altri paesi, nel recepire tale direttiva nella normativa nazionale, non abbia tutelato a sufficienza i diritti del consumatore il quale, recedendo dal contratto, disporrebbe di un periodo più breve di quello fissato dalla direttiva per restituire gli importi o i beni ricevuti. Il comma 5 dell'art. 7 della direttiva disponeva, infatti, che il consumatore fosse tenuto alle restituzioni entro il più ampio termine di *trenta* giorni di calendario.

La stessa Commissione europea concedeva due mesi di tempo all'Italia per rispondere alla lettera di costituzione in mora, con l'avvertimento che nel caso di mancata risposta ritenuta soddisfacente, la Commissione sarebbe andata avanti nella procedura di infrazione fino a deferire la questione alla Corte di giustizia europea.

A fronte del silenzio dello stato italiano, la Commissione ha comunicato in data 3 giugno 2010 di voler portare avanti il procedimento d'infrazione contro l'Italia ed altri stati per il recepimento sul punto ritenuto inadeguato della direttiva 2002/65/CE nella legislazione nazionale.

5. FORNITURE DI SERVIZI E COMUNICAZIONI NON RICHIESTE

Gli artt. 67-*quinquiesdecies* e 67-*sexiesdecies* cod. cons. contengono una serie di divieti, imposti al fornitore per tutelare il consumatore dai pregiudizi che potrebbero derivare dall'utilizzo di servizi e tecniche commerciali e promozionali aggressive.

Più nel dettaglio, si vieta la fornitura di servizi di cui il contraente debole non abbia fatto preliminarmente richiesta, se la stessa implica una richiesta di pagamento preliminare o successiva. Il comma 2 precisa che in caso di fornitura non richiesta il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva e che la mancata risposta non significa consenso.

L'art. 67-*sexiesdecies* pone, invece, dei limiti all'impiego di alcune tecniche di comunicazione a distanza condizionando al preventivo consenso del consumatore l'utilizzazione del *telex* e dei sistemi di chiamata mediante dispositivo automatico, essendo per contro sufficiente ottenere il consenso del consumatore sia esso prestato anteriormente o successivamente, nel caso di una diversa tecnica di comunicazione a distanza che consenta la comunicazione individuale (telefono, posta etc.).

6. LE SANZIONI AMMINISTRATIVE E LA NULLITÀ DEL CONTRATTO

Una ulteriore considerazione merita il peculiare regime sanzionatorio previsto dall'art. 67-*septiesdecies* cod. cons.

In primo luogo, salvo che il fatto non costituisca reato, il fornitore che viola le disposizioni degli artt. 67-*bis* ss. o che ostacola l'esercizio del diritto di recesso, o che non rimborsa al consumatore le somme da questi pagate, è punito con una sanzione amministrativa da euro 5.000 a euro 50.000.

Competente a sindacare tali comportamenti e ad irrogare le sanzioni è l'Autorità deputata al controllo dello specifico ambito in cui opera il fornitore. Legittimate ad avviare il procedimento innanzi alle Autorità sono, ai sensi dell'art. 67-*noviesdecies*, le associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale ed iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 cod. cons. Peraltro, nonostante il silenzio della legge, si ritiene che analogo reclamo possa essere inoltrato dai consumatori interessati.

Le stesse associazioni sono inoltre legittimate ad agire innanzi all'Autorità giudiziaria competente per chiedere la cessazione del comportamento lesivo in atto e l'inibizione per il futuro del medesimo, nei modi e nelle forme indicate nell'art. 140 cod. cons.

Alla sanzione amministrativa si affianca, in alcune ipotesi specifiche, quella civilistica della nullità del contratto.

Più nel dettaglio, l'art. 67-*septiesdecies* comma 4 commina tale sanzione in tre distinti casi: a) qualora il fornitore ostacoli il diritto di recesso da parte del contraente; b) in caso di mancato rimborso delle somme eventualmente pagate dal consumatore; c) in caso di violazione degli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche.

La *ratio* ispiratrice della norma è da individuare ancora una volta nell'intenzione del legislatore di riequilibrare la situazione di debolezza del consumatore e l'asimmetria informativa che caratterizza i servizi finanziari. Trattasi pertanto di una nullità speciale, ormai pacificamente qualificabile come di protezione *ex art.* 36 cod. cons. e relativa, giacchè essa opera esclusivamente a favore della parte che la previsione della nullità intende proteggere. Si ritiene inoltre che in difetto di espressa previsione normativa tale nullità non possa essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Quanto alla prima delle ipotesi previste, il rimedio demolitorio è invocabile quando il fornitore ponga in essere comportamenti tali da escludere lo *jus poenitendi*, pur accordato, sia nella fase precontrattuale sia in quella successiva alla conclusione del contratto, o ancora qualora il fornitore induca il consumatore in errore negando la facoltà di recedere.

Quanto al caso in cui il fornitore non rimborsi le somme eventualmente pagate dal consumatore, si tratta di una ipotesi che secondo i principi generali ricadrebbe nell'ambito dell'inadempimento delle obbligazioni contrattuali; tale previsione, quindi, non può che far sorgere dubbi in ordine alla coerenza sistematica nell'utilizzo delle categorie giuridiche da parte del legislatore. La nullità tuttavia pare diretta ad evitare che in caso di mancata restituzione di quanto ricevuto da parte del fornitore, il consumatore possa essere tenuto al pagamento del corrispettivo per il servizio fornito di cui all'art. 67-*terdecies*.

L'ultima ipotesi di nullità sancita per la violazione degli obblighi informativi suscita maggiore interesse e delicati dubbi interpretativi. La disposizione, infatti, costituisce una peculiarità per l'ordinamento giuridico italiano ove di norma la violazione di obblighi informativi non determina nullità del contratto *ex art.* 1418 comma 1 c.c.

Non può negarsi, infatti, che la comminatoria della nullità in caso di violazione dei doveri di informazione, contrasti con la tradizionale distinzione tra vizi funzionali che non influiscono sulla validità del contratto e vizi genetici i quali attenendo ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale ed incidendo sulla struttura e sul contenuto del contratto possono determinarne la radicale nullità.

Distinzione peraltro ribadita dalla Cassazione a Sezioni Unite (sent. nn. 26724 e 26725 del 19 dicembre 2007) secondo cui la violazione dei doveri di informazione può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tale violazione avvenga nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto; può, invece, dar luogo a responsabilità contrattuale ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto, ove si tratti di violazione riguardante le operazioni compiute in esecuzione del contratto stesso. In nessun caso, in difetto di previsione normativa espressa, la violazione di tipo comportamentale può determinare la nullità del contratto a norma dell'art. 1418 comma 1 c.c.

Ai fini che qui interessano è utile sottolineare che le Sezioni unite nella sentenza citata si sono soffermate anche sulla commercializzazione a distanza ritenendo la disposizione in commento una espressa eccezione alla regola generale per cui la violazione degli obblighi informativi non determina la nullità del contratto. Non si può quindi ricavare dall'art. 67-*septiesdecies* comma 4 cod. cons. un principio per effetto del quale la violazione di obblighi comportamentali determina nullità del contratto; solo in via d'eccezione, infatti, la tradizionale distinzione tra norme di comportamento e norme di validità cede il passo ad esigenze valutate superiori, quali quella di riequilibrare le posizioni contrattuali in caso di strutturale debolezza del consumatore.

L'art. 67-*septiesdecies* comma 4 si caratterizza, inoltre, per il fatto che la violazione degli obblighi informativi deve essere tale da alterare in modo significativo la

rappresentazione delle caratteristiche del contratto, con una terminologia che riecheggia quella delle disposizioni sui vizi del consenso (artt. 1427 ss. c.c.). La formulazione della norma lascia aperti numerosi interrogativi: ci si può infatti domandare se tale alterazione vada ricercata in concreto o se, invece, sia sufficiente una mera valutazione in astratto.

La caducazione del contratto obbliga le parti alla restituzione di quanto ricevuto ed è comunque fatto salvo il diritto del consumatore ad agire in via risarcitoria.

Il legislatore, inoltre, ha avuto cura di sancire l'irrinunciabilità dei diritti attribuiti al consumatore dalla Sezione IV *bis* in esame, disponendo la nullità di ogni pattuizione tesa a privarlo della protezione assicurata da tali disposizioni.

Infine, sotto il profilo processuale, particolare rilevanza assume l'art. 67-*vicies semel* che detta regole in materia di onere probatorio stabilendo che grava sul professionista l'obbligo di provare, in caso di controversia, l'esatto adempimento degli obblighi di informazione del consumatore, la prestazione del consenso del consumatore alla conclusione del contratto, l'esecuzione del contratto stesso e infine la responsabilità per inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto. Il comma 2 dell'art. in esame ha cura di precisare che costituisce clausola abusiva, ai sensi della lettera t) del comma 3 dell'art. 33 del codice ed è pertanto nulla ogni pattuizione tendente ad invertire l'onere della prova.

7. IL PROBLEMATICCO COORDINAMENTO TRA DISCIPLINA DEI CONTRATTI RELATIVI A SERVIZI FINANZIARI A DISTANZA E CODICE DEL CONSUMO

7.a) Il coordinamento con la disciplina sulle clausole vessatorie.

Come già rimarcato, la riallocazione nel Codice del consumo della disciplina sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari originariamente contenuta nel d.lgs. n. 190 del 2005, ha posto in essere numerose questioni di coordinamento normativo prodotte dal sistematico concatenarsi delle nuove disposizioni con l'impianto normativo preesistente.

Più nel dettaglio, una prima questione problematica discende dalla definizione stessa di *servizi finanziari*; l'art. 67-*ter* comma 1 lett. b) cod. cons. prevede, infatti, che con tale espressione debba intendersi qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale. A tale definizione occorre oggi avere riguardo nell'interpretazione dell'art. 33 comma 3 ss. cod. cons. in tema di clausole vessatorie là dove si fa espresso riferimento ai servizi finanziari. Ai sensi della disposizione da ultimo citata nei contratti intercorrenti tra professionista e consumatore aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato,

il professionista in deroga ai principi generali di cui alle lettere h) e m) del comma 2 può, in presenza di giustificato motivo, tanto esercitare il recesso anche senza preavviso dandone comunicazione immediata al consumatore, quanto variare le condizioni del contratto, mediante preavviso al consumatore entro un congruo termine, con conseguente facoltà, per quest'ultimo, di esercitare il recesso dal contratto.

Come facilmente intuibile, l'ampia nozione di servizi finanziari accolta dall'art. 67-ter comma 1 lett. b) porta ad una dilatazione del diritto di recesso immediato in favore del professionista e del *jus variandi* di cui all'art. 33 comma 3 con conseguente compressione della tutela più ampia altrimenti accordata al consumatore in forza della disciplina generale. La definizione di servizi finanziari introdotta per iniziativa delle istituzioni comunitarie pur sempre nell'ambito dei contratti con i consumatori, finisce col perdere quella riferibilità quasi esclusiva ai contratti di cui al testo unico della finanza dovendo essere allargata a tutti i contratti relativi a servizi di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale, determinando quindi un'estensione della portata applicativa dell'eccezione prevista dal comma 3 dell'art. 33.

7.b) Commercializzazione a distanza dei servizi finanziari e disciplina sui contratti a distanza.

La disciplina dei contratti a distanza di cui agli artt. 50 ss. cod. cons. e quella sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari possono dirsi complementari, giacchè intervengono entrambe a regolamentare l'attività contrattuale *business to consumer* instaurata attraverso tecniche di comunicazione a distanza.

Tale rapporto di complementarietà risulta oggi evidente dalla lettura del nuovo art. 51 comma 1 lett. a) cod. cons. come riformulato dall'art. 7 d.lgs. 221/2007, ai sensi del quale la disciplina sui contratti a distanza non si applica alla disciplina sulla commercializzazione a distanza di cui all'art 67-bis ss. di modo che, a seconda dell'oggetto del contratto concluso a distanza finirà per trovare applicazione ora l'una ora l'altra disciplina.

Inoltre, vista l'ampia definizione di servizi finanziari contenuta nella disciplina ora trasposta nella Sezione IV *bis* è stato altresì definitivamente abrogato l'allegato I al Codice del consumo, contenente un elenco esemplificativo di servizi finanziari da ritenersi esclusi dalla disciplina sui contratti a distanza.

Pur essendo i due impianti legislativi somiglianti per aspetti considerati, definizioni e tecniche di tutela, come visto la specificità dei servizi finanziari ha richiesto l'emanazione di norme *ad hoc* in grado di riequilibrare la posizione contrattuale delle parti nei contratti aventi ad oggetto servizi di particolare complessità.

7.c) Commercializzazione a distanza e contratti negoziati fuori dei locali commerciali.

Ulteriore profilo problematico attiene alla parziale sovrapposibilità tra la disciplina in commento e quella dettata in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali *ex artt. 45 ss. cod. cons.*

Come noto, infatti, l'art. 45 comma 1 lett. d) consente di applicare l'intera disciplina sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali ai contratti che siano stati stipulati *per corrispondenza*.

Contemporaneamente l'art. 46 comma 1 lett. c) e d) ritiene inapplicabile la disciplina in questione non già ai contratti relativi a tutti i servizi finanziari, bensì solamente ai contratti di assicurazione e a quelli relativi a strumenti finanziari.

Sussiste, pertanto, una sovrapposibilità normativa tra le due discipline in parola per tutti i contratti aventi ad oggetto servizi finanziari diversi dai contratti di assicurazione e dai contratti relativi a strumenti finanziari, conclusi avvalendosi della corrispondenza quale tecnica di comunicazione a distanza (ad es. contratti aventi ad oggetto servizi di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di previdenza individuale).

Per tali contratti potrebbe dunque verificarsi che taluni importanti istituti di tutela non trovino applicazione nell'ambito della disciplina sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari *ex artt. 67-bis ss.*, ma che i medesimi istituti finiscano per essere applicati in forza della concorrente applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 45 ss. cod. cons.

A mero titolo esemplificativo, se un contratto avente ad oggetto un servizio bancario o un servizio di pagamento o un servizio pensionistico individuale viene concluso per corrispondenza, con dichiarazioni dei consumatori previamente rilasciate dinanzi a un pubblico ufficiale a condizione che quest'ultimo confermi che al consumatore sono garantiti i diritti di cui all'art. 67-*undecies* comma 1, la disciplina del recesso prevista dalle norme sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari è destinata a non operare in ragione dell'esclusione di cui all'art. 67-*duodecies* comma 5 lett. d), ma il diritto di recesso risulterebbe comunque applicabile in forza degli artt. 45 ss. e 64 ss. del cod. cons., nell'ambito della disciplina sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali.

Quindi, in assenza di una espressa norma di coordinamento tra le due discipline in commento e nell'attesa di un ulteriore intervento normativo, l'interprete sembrerebbe poter ritenere invocabili, per il consumatore, le norme di maggior favore previste dall'una o dall'altra disciplina.

7.d) Articolo 67-septiesdecies e altri regimi sanzionatori.

L'inserimento nel Codice del Consumo della disciplina sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori essendo stata inserita nella Sezione IV *bis* del Capo I dedicato alle particolari modalità di conclusione del contratto, finisce per essere assoggettato anche alle previsioni ubicate nell'intera Sezione III («*Disposizioni comuni*»), contenente oltre all'art. 63 sul foro competente, anche l'art. 62 sulle sanzioni.

Tale ultimo articolo, non emendato in sede di novellazione del Codice, estende l'applicazione delle sanzioni pecuniarie al professionista che contravvenga alle norme di cui *al presente capo*, dovendosi perciò ritenere incluse anche le disposizioni sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari.

La norma in esame, però, contiene significative divergenze rispetto alla disciplina sanzionatoria di cui alla Sezione IV *bis*. In primo luogo, i limiti edittali sono sensibilmente più modesti (da 516 a 5.165 euro); inoltre, nelle ipotesi di raddoppiamento dei limiti edittali non viene contemplata, ovviamente, l'inosservanza delle prescrizioni che l'Autorità di vigilanza abbia adottato per l'inosservanza della disciplina di cui all'art. 67-*bis* ss.; in terzo luogo, è diverso il regime di accertamento e di applicazione delle sanzioni; infine, l'art. 62 comma 2 prevede una definizione di recidiva, secondo cui la stessa si verifica qualora sia stata commessa la stessa violazione per due volte in un anno, anche se si è proceduto al pagamento della sanzione mediante oblazione, che non compare nel corrispondente art. 67-*septiesdecies*.

Nel silenzio del legislatore, spetterà dunque all'interprete coordinare le disposizioni analizzate, non potendosi per vero negare l'opportunità di un ulteriore intervento normativo volto a tenere in maggiore considerazione l'impatto sistematico conseguente all'inserimento del d.lgs. 190/2005 nel Codice del Consumo.

8. SERVIZI FINANZIARI A DISTANZA E COMMERCIO ELETTRONICO

L'introduzione della disciplina sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari nel codice del consumo ha portato rilevanti effetti anche riguardo al rapporto con la disciplina sul commercio elettronico.

L'art. 68 cod. cons. infatti, prevede espressamente che si applicano per gli aspetti non disciplinati dal codice, le disposizioni di cui al d.lgs. 70 del 2003. Tale norma regola anche i possibili conflitti normativi disponendo che le disposizioni del d.lgs. 70/2003 sono destinate a trovare applicazione solamente qualora altre norme del codice non abbiano già disciplinato la materia di volta in volta in esame. Pertanto, con riferimento alla disciplina sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari, si deve ritenere che la stessa

abbia, in caso di conflitto tra norme, un'applicazione prevalente rispetto a quella in tema di commercio elettronico, con quest'ultima destinata ad avere un valore sussidiario.

9. IL PROVVEDIMENTO DELLA BANCA D'ITALIA DEL 29 LUGLIO 2009 IN TEMA DI TRASPARENZA BANCARIA

Il recepimento della direttiva 2002/65 e la successiva trasposizione della relativa disciplina nel Codice del consumo hanno spinto la Banca d'Italia ad adottare, in sostituzione di quella emanata nel 2003, una nuova normativa di settore in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari nonché di correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti (provvedimento del 29 luglio 2009).

Le norme previgenti, infatti, avevano mostrato, in sede di applicazione, di dare vita ad un pesante onere informativo a carico degli operatori che si traduceva nella consegna alla clientela di numerosi documenti cartacei, talora eccessivamente analitici, che finivano per rendere i prodotti scarsamente comparabili fra loro.

Più nel dettaglio e per la parte che maggiormente interessa la presente trattazione, il provvedimento dedica una intera sezione, la quinta, alla disciplina delle tecniche di comunicazione utilizzate nella prestazione da parte degli intermediari dei servizi a distanza, coprendo tutte le fasi del rapporto, ovvero l'informativa precontrattuale, la stipula del contratto e l'invio delle informazioni non richieste, ripercorrendo lo schema adottato, come visto, dal legislatore europeo nella stesura della direttiva 2002/65/CE.

Il quadro regolamentare, la cui operatività è assicurata dagli artt. 67-*bis* comma 3 e 67-*decies* comma 1 cod. cons., rimane tuttavia parziale dato che, in merito alla prestazione dei servizi ai consumatori, esso deve essere completato dalla normativa contenuta negli artt. 67-*bis* ss. cod. cons.

Quanto agli obblighi di trasparenza propedeutici alla conclusione del contratto il provvedimento citato al par. 2.1 introduce una preliminare distinzione circa l'ambito di applicazione della stessa disciplina, individuando le caratteristiche del servizio svolto a distanza dagli intermediari operanti in Italia (par. 2.1.1), nonché le peculiarità che lo stesso servizio deve avere per poter essere inquadrato come rivolto ai consumatori (par. 2.1.2) o a favore dei soggetti che non rientrano in tale categoria (par. 2.1.3). Sulla base di questa precisazione il par. 2.2 passa a disciplinare gli aspetti concreti dell'informativa precontrattuale, imponendo agli intermediari offerenti, di pubblicare sui propri siti *internet* un documento generale denominato «*Principali diritti del cliente*», nonché le guide e i fogli informativi relativi ai servizi offerti, qualora gli stessi siano forniti solamente tramite la rete telematica. In caso contrario i medesimi dovranno essere messi a disposizione su un

supporto cartaceo o su un altro strumento durevole in tempo utile prima della conclusione del contratto.

Una particolare attenzione è dedicata alla disciplina del *phone banking* che, in ottemperanza a quanto stabilito nel cod. cons., obbliga l'intermediario a fornire delle specifiche informazioni circa la natura del servizio proposto e i diritti del cliente.

Quanto alle comunicazioni non richieste il par. 2.3 del provvedimento in esame richiama l'art. 67-*sexiesdecies* del Codice secondo cui l'uso delle reti telematiche o del servizio postale quale veicolo di trasmissione di informazioni gratuite non richieste rese con sistemi automatizzati necessita comunque di una specifica autorizzazione da parte del cliente consumatore.

Infine, quanto alla stipula dei contratti il par. 3 stabilisce che tale stipula mediante tecniche di comunicazione a distanza è ammessa nel rispetto delle condizioni e dei requisiti previsti dal par. 2 della sezione III.

Il consumatore ha diritto di richiedere, in qualsiasi momento del rapporto, copia cartacea del contratto nonché di cambiare la tecnica di comunicazione utilizzata, a meno che ciò sia incompatibile con il contratto concluso o con la natura del servizio prestato.

10. VALUTAZIONI CONCLUSIVE: LA DUPLICE FUNZIONE DELL'INFORMAZIONE E IL RISCHIO DI UN "DILUVIO" DI INFORMAZIONI

L'analisi sin qui compiuta della disciplina sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari rende possibile sottolineare, da un lato, gli aspetti positivi arrecati dalla stessa alla tutela del consumatore, senza tuttavia sottovalutare, dall'altro, i possibili punti di debolezza e criticità.

Tra gli aspetti certamente positivi della disciplina in esame deve sottolinearsi la duplice funzione che l'elemento dell'informazione assume in tale settore.

In primo luogo, in una materia tanto tecnica e complessa l'informazione mira a ridurre le forti asimmetrie informative che caratterizzano il rapporto fornitore-consumatore e che qui risultano acuite dalla mancanza del contatto personale tra i soggetti interessati alla stipulazione del contratto. In altri termini, le informazioni precontrattuali rendono possibile il corretto instaurarsi del rapporto contrattuale riducendo il *gap* informativo che caratterizza la posizione contrattuale del contraente debole (funzione privatistica).

Tuttavia, accanto alla descritta funzione privatistica, le informazioni sono utili anche per assicurare il buon funzionamento e l'efficienza dei mercati finanziari, fondati su una ragionevole fiducia dei contraenti più deboli nei contraenti più forti (funzione pubblicistica); proprio la possibilità di effettuare scelte consapevoli non può che rafforzare,

infatti, la fiducia dei consumatori nell'efficienza stessa dei mercati.

Quanto ai possibili punti di debolezza, la disciplina sulle informazioni precontrattuali non è andata esente da critiche dal momento che la stessa non fissa espressamente la durata del *cooling off period*, con la conseguenza che tra le trattative, la comunicazione delle informazioni e la conclusione del contratto potrebbe intercorrere un lasso temporale ridotto e, in quanto tale inidoneo ad una effettiva ponderazione delle circostanze concrete da parte del consumatore.

Inoltre, a fronte dell'imposizione di dettagliati obblighi informativi vi è sempre il rischio di sommergere il consumatore di troppe nozioni che finiscono spesso per non essere lette, vanificando lo scopo stesso della loro imposizione.

Più nel dettaglio, potrebbe in concreto accadere che il consumatore, pur essendo in astratto efficacemente tutelato a fronte di una tecnica di contrattazione altamente pericolosa, non sia posto in concreto nelle condizioni di avvalersi dei diritti e delle tutele che la normativa in esame gli riconosce.

Il consumatore, infatti, a causa dell'elevata quantità di informazioni ricevute e della loro complessità, potrebbe non essere in grado di reperire tra le stesse quelle effettivamente utili, con la conseguenza finale di non poter usufruire in concreto delle tutele predisposte.

In tale ottica sembrerebbe forse più opportuno ridurre la quantità delle informazioni obbligatorie con una migliore evidenziazione di quelle essenziali.

Spesso, infatti, avere a disposizione *troppe* informazioni equivale a non averne *nessuna*.

ABSTRACT.

La disciplina sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, di derivazione comunitaria, è oggi contenuta nella sezione IV bis del capo I, titolo III, Parte III del Codice del Consumo, composta dagli articoli da 67-bis a 67-vicies bis.

La normativa in esame persegue l'obiettivo di contribuire al conseguimento di un elevato livello di protezione dei consumatori in considerazione dei maggiori rischi che tale tipo di contrattazione comporta, al fine di accrescere la fiducia dei medesimi nell'utilizzazione delle nuove tecniche di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari con conseguente beneficio per il mercato europeo.

Più nel dettaglio, gli artt. 67-bis ss. cod. cons., al fine di consentire al contraente debole del rapporto di disporre di tutti gli elementi necessari per assumere in modo consapevole e razionale la decisione relativa all'instaurazione del rapporto contrattuale, forniscono un quadro di tutela piuttosto ampio astrattamente riconducibile a tre essenziali pilastri approntati a beneficio del consumatore.

In particolare, vengono disciplinati approfonditamente gli obblighi informativi a carico del fornitore, il diritto di recesso spettante al consumatore, nonché alcune delle sanzioni previste in caso di violazione dei prefissati obblighi da parte del fornitore.

Giova sottolineare come, nello specifico settore delle conseguenze del valido esperimento del diritto di recesso, la previsione del termine massimo di 15 giorni per l'adempimento da parte del consumatore degli obblighi restitutori di cui all'art. 67-terdecies comma 5, ha recentemente (Commissione europea comunicazione del 3/06/2010) determinato l'avviamento di una procedura d'infrazione contro l'Italia per inadeguato recepimento nell'ordinamento nazionale della Direttiva comunitaria, posto che, il consumatore italiano, recedendo dal contratto, disporrebbe di un periodo più breve di quello fissato dalla direttiva (30 gg.) per restituire gli importi o i beni ricevuti.

Al di là dell'inconveniente citato, al quale potrà auspicabilmente porre rimedio il legislatore nazionale, l'analisi della disciplina sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari dimostra come in tale settore l'elemento dell'informazione al consumatore assume una duplice funzione.

In primo luogo, in una materia tanto tecnica e complessa, l'informazione mira a ridurre le forti asimmetrie informative che caratterizzano il rapporto fornitore-consumatore acuite dalla mancanza del contatto personale tra i soggetti interessati alla stipulazione del contratto (funzione privatistica); inoltre, accanto alla descritta funzione privatistica, le informazioni risultano utili anche per assicurare il buon funzionamento e l'efficienza dei mercati finanziari, fondati su una ragionevole fiducia dei contraenti più deboli nei contraenti più forti (funzione pubblicistica).

BIBLIOGRAFIA

- ALPA G.- ZATTI P., *Commentario breve al codice civile. Decreto legislativo 6 settembre 2005, 206*, tomo III, Cedam, Padova, 2009, 1293.
- BATTELLI E., *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, in MINERVINI E.-ROSSI CARLEO L., *Le modifiche al codice del consumo*, Giappichelli, Torino, 2008, 357.
- BENUCCI S., *Commento agli artt. 67 bis-67 vices bis codice del consumo*, in VETTORI G., *Codice del consumo aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, Cedam, Padova, 2009, 152.
- BRAVO F., *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, in *Contratti*, 2008, 373.
- DE CRISTOFARO G., *Il "cantiere aperto" codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal d. legis. 23 ottobre 2007, n. 221*, in *Studium Iuris*, 2008, 265.
- DE CRISTOFARO G., *Contratti aventi ad oggetto «servizi finanziari» stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d. legis. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE (prima e seconda parte)*, in *Studium Iuris*, 2006, 265
- DE CRISTOFARO G.-ZACCARIA A., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Cedam, Padova, 2010, 535.
- DONA M., *I singoli contratti del consumo*, Utet, Milano, 2008, 45.
- FIORIO P., *Offerte a distanza e fuori sede tra testo unico della finanza, nuovo regolamento intermediari e codice del consumo*, reperibile su www.ilcaso.it, 2008, n. 90.

- GRACO F., *Profili del contratto del consumatore*, reperibile su www.ilcaso.it, 2006.
- PALMIERI M.-VELLA F., *Il provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009 in tema di trasparenza bancaria*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2010, n. 1.
- SANGIOVANNI V., *La nullità del contratto nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Corriere Giuridico*, 2008, 1469.
- TRAMONTANO L. (a cura di), *Codice del diritto dei consumatori*, Celt, Piacenza, 2010, 187.
- VISCONTI G., *Il decreto legislativo n. 190 del 2005 sui contratti a distanza aventi per oggetto la vendita di servizi finanziari ai consumatori*, reperibile su www.Dirittodeiconsumatorionline.it, 2006.

4. NEGOZIAZIONE DI TITOLI DI STATO E DERIVATI

(Salvatore Arena -Andrea SaccoGinevri)

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo. – 1.1.- I Derivati. – 1.2.- I Titoli di Stato. – 1.3. La negoziazione. – 1.4. Derivati ed enti pubblici. - 2. Le regole di condotta degli intermediari. - 2.1. La graduazione soggettiva degli obblighi informativi. – 2.2. La graduazione oggettiva degli obblighi informativi. - 3. La posizione degli investitori. - 4. Gli obblighi informativi successivi alla negoziazione.

1. IL QUADRO NORMATIVO

L'analisi delle problematiche riguardanti la negoziazione dei titoli di stato e dei derivati presuppone un sintetico inquadramento della nozione oggettiva in disamina (*i.e.* l'appartenenza dei titoli, rispettivamente, alla categoria dei valori mobiliari e degli strumenti finanziari) unitamente a una breve ricostruzione dei connotati essenziali dell'attività di "negoziazione".

1.1. I derivati

Prendendo le mosse da un'analisi della categoria "derivati", è piuttosto diffusa una loro definizione in termini di strumenti finanziari dal valore dipendente da un'attività finanziaria o reale sottostante.

Tale ampiezza definitoria ne ha consentito un notevole polimorfismo nella prassi dei mercati finanziari.

Nella categoria dei derivati, infatti, rientrano fattispecie diverse, riconducibili in ogni caso a tre macro-categorie (in ragione delle finalità perseguite):

- a) copertura di posizioni (*hedging*), il derivato protegge il valore di una posizione da variazioni indesiderate dei prezzi di mercato;
- b) speculazione, i derivati vengono sottoscritti per ricavare un profitto scommettendo sull'andamento del prezzo del sottostante;
- c) arbitraggio, i derivati sfruttano un momento di disallineamento tra l'andamento del prezzo del derivato e quello del sottostante.

Un'ulteriore distinzione di rilievo è quella tra derivati negoziati su mercati regolamentati⁹ e derivati trattati al di fuori del mercato (c.d. derivati OTC, acronimo di *over the counter*).

L'art. 1, comma 3, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 ("TUF"), fornisce un'elencazione dei derivati che rientrano nella nozione di "strumenti finanziari", e segnatamente:

⁹ Il mercato italiano dei derivati è l'Idem, gestito da Borsa Italiana.

- (i) i contratti di opzione, i contratti finanziari a termine standardizzati (“future”), “swap”, accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a valori mobiliari, valute, tassi di interesse o rendimenti, o ad altri strumenti derivati, indici finanziari o misure finanziarie che possono essere regolati con consegna fisica del sottostante o attraverso il pagamento di differenziali in contanti;
- (ii) i contratti di opzione, i contratti finanziari a termine standardizzati (“future”), “swap”, accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento avviene attraverso il pagamento di differenziali in contanti o può avvenire in tal modo a discrezione di una delle parti, con esclusione dei casi in cui tale facoltà consegue a inadempimento o ad altro evento che determina la risoluzione del contratto;
- (iii) i contratti di opzione, i contratti finanziari a termine standardizzati (“future”), “swap” e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento può avvenire attraverso la consegna del sottostante e che sono negoziati su un mercato regolamentato e/o in un sistema multilaterale di negoziazione;
- (iv) i contratti di opzione, i contratti finanziari a termine standardizzati (“future”), “swap”, contratti a termine (“forward”) e altri contratti derivati connessi a merci il cui regolamento può avvenire attraverso la consegna fisica del sottostante, diversi da quelli indicati al punto (iv) che non hanno scopi commerciali, e aventi le caratteristiche di altri strumenti finanziari derivati, considerando, tra l’altro, se sono compensati ed eseguiti attraverso stanze di compensazione riconosciute o se sono soggetti a regolari richiami di margini;
- (v) strumenti derivati per il trasferimento del rischio di credito;
- (vi) contratti finanziari differenziali;
- (vii) i contratti di opzione, i contratti finanziari a termine standardizzati (“future”), “swap”, contratti a termine sui tassi d’interesse e altri contratti derivati connessi a variabili climatiche, tariffe di trasporto, quote di emissione, tassi di inflazione o altre statistiche economiche ufficiali, il cui regolamento avviene attraverso il pagamento di differenziali in contanti o può avvenire in tal modo a discrezione di una delle parti, con esclusione dei casi in cui tale facoltà consegue a inadempimento o ad altro evento che determina la risoluzione del contratto, nonché altri contratti derivati connessi a beni, diritti, obblighi, indici e misure, diversi da quelli indicati alle lettere precedenti, aventi le caratteristiche di altri strumenti finanziari derivati, considerando, tra l’altro, se sono negoziati su un mercato regolamentato o in un sistema multilaterale di negoziazione, se sono compensati ed eseguiti attraverso stanze di compensazione riconosciute o se sono soggetti a regolari richiami di margini;

(viii) qualsiasi altro titolo che comporta un regolamento in contanti determinato con riferimento ai valori mobiliari indicati alle precedenti lettere, a valute, a tassi di interesse, a rendimenti, a merci, a indici o a misure.

1.2. I Titoli di Stato

Sensibilmente diverse sono le caratteristiche dei Titoli di Stato, che sono titoli di debito emessi da uno Stato sovrano, rientranti nella definizione di “valore mobiliare” di cui all’art. 1, comma 1 *bis*, lett. b), TUF.

Per quanto riguarda i titoli italiani, si segnalano in particolare:

- a) i Buoni Ordinari del Tesoro (BOT), titoli a breve termine – o comunque con durata non superiore a un anno – privi di cedole; il rendimento, infatti, è dato tutto dallo scarto d’emissione;
- b) i Certificati del Tesoro Zero Coupon (CTZ), titoli a 24 mesi privi di cedole;
- c) i Buoni del Tesoro Poliennali (BTP), titoli con cedole fisse semestrali e che offrono la possibilità di scegliere tra le seguenti scadenze: 3, 5, 10, 15 e 30 anni;
- d) i Buoni del Tesoro Poliennali indicizzati all’Inflazione Europea (BTP€i), titoli con durata a 5 e 10 anni che garantiscono una protezione contro l’aumento del livello dei prezzi in Europa. Infatti, sia il capitale rimborsato a scadenza, sia le cedole semestrali di questi titoli sono rivalutati in base all’andamento dell’inflazione europea, misurato dall’Indice Armonizzato dei Prezzi al Consumo nell’area dell’euro (IAPC) con esclusione del tabacco;
- e) i Certificati di Credito del Tesoro (CCT), hanno una durata di 7 anni e cedole variabili semestrali, legate al rendimento dei BOT a 6 mesi più una maggiorazione.

1.3. La negoziazione

Inquadrate le caratteristiche essenziali dei derivati e dei titoli di Stato, è opportuno concentrarsi sull’attività di negoziazione. Con tale termine si intendono i seguenti servizi, indicati dall’art 1, comma 5, TUF:

- a. Negoziazione per conto proprio;
- b. Esecuzione di ordini per conto dei clienti;
- c. Ricezione e trasmissione di ordini.

In particolare, la “negoziazione per conto proprio” si articola nell’attività di acquisto e vendita di strumenti finanziari, in contropartita diretta e in relazione a ordini dei clienti, e nell’attività di *market maker*. Secondo il costante orientamento della Consob, tale attività non è limitata al *trading* ma si estende, nel caso dei derivati, anche alla stipulazione dei contratti.

L'“esecuzione di ordini per conto dei clienti” è l'attività di acquisto o di vendita di titoli, anche in nome proprio ma per conto altrui, che trova il proprio corrispettivo nella provvigione che il cliente corrisponde all'intermediario per il servizio ricevuto.

L'attività di “ricezione e trasmissione di ordini” consiste nella ricezione da parte dell'intermediario degli ordini di investimento o disinvestimento del cliente per darvi esecuzione ovvero al fine della loro trasmissione ad un altro intermediario per l'esecuzione.

1.4. Derivati ed Enti Pubblici

Vista l'attualità del tema, possono rivelarsi utili alcuni cenni sull'operatività degli enti pubblici in strumenti finanziari, e segnatamente in derivati.

Le modalità di ricorso al mercato dei capitali da parte degli enti pubblici sono state inizialmente definite dal decreto del Ministero dell'economia e delle finanze n. 389 dell'1 dicembre 2003.

Tale decreto, oltre a regolare le procedure di coordinamento per l'accesso ai mercati dei capitali da parte degli enti territoriali, ha definito le operazioni in strumenti derivati consentite.

Ai sensi dell'art. 3, comma 2, del d.m. richiamato, erano “*consentite le seguenti operazioni derivate:*”

- a) «swap di tasso di interesse» tra due soggetti che assumono l'impegno di scambiarsi regolarmente flussi di interessi, collegati ai principali parametri del mercato finanziario, secondo modalità, tempi e condizioni contrattualmente stabiliti;*
- b) acquisto di «forward rate agreement» in cui due parti concordano il tasso di interesse che l'acquirente del forward si impegna a pagare su un capitale stabilito ad una determinata data futura;*
- c) acquisto di «cap» di tasso di interesse in cui l'acquirente viene garantito da aumenti del tasso di interesse da corrispondere oltre il livello stabilito;*
- d) acquisto di «collar» di tasso di interesse in cui all'acquirente viene garantito un livello di tasso di interesse da corrispondere, oscillante all'interno di un minimo e un massimo prestabiliti;*
- e) altre operazioni derivate contenenti combinazioni di operazioni di cui ai punti precedenti, in grado di consentire il passaggio da tasso fisso a variabile e viceversa al raggiungimento di un valore soglia predefinito o passato un periodo di tempo predefinito;*
- f) altre operazioni derivate finalizzate alla ristrutturazione del debito, solo qualora non prevedano una scadenza posteriore a quella associata alla sottostante passività. Dette operazioni sono consentite ove i flussi con esse ricevuti dagli enti interessati siano*

uguali a quelli pagati nella sottostante passività e non implicino, al momento del loro perfezionamento, un profilo crescente dei valori attuali dei singoli flussi di pagamento, ad eccezione di un eventuale sconto o premio da regolare al momento del perfezionamento delle operazioni non superiore a 1% del nozionale della sottostante passività.”

Tali operazioni “sono consentite esclusivamente in corrispondenza di passività effettivamente dovute e possono essere indicizzate esclusivamente a parametri monetari di riferimento nell’area dei Paesi appartenenti al Gruppo dei Sette più industrializzati”.

L’intento delle indicate disposizioni era duplice: da un lato, ridurre l’esposizione a rischi connessi con l’evoluzione dei mercati finanziari; dall’altro, evitare la possibilità di traslare l’onere finanziario delle operazioni in essere sugli esercizi futuri.

Si richiedeva, altresì, che i contratti derivati non fossero speculativi e, quindi, volti a contenere “unicamente” il rischio collegato all’aumento dei tassi di interesse o a ridurre il costo dell’indebitamento a tasso fisso.

Un ulteriore rafforzamento dei vincoli nell’utilizzo dei derivati da parte di Regioni ed Enti locali si rinveniva nella circolare esplicativa adottata dal Ministero dell’economia e delle finanze in data 27 maggio 2004.

A seguito delle segnalazioni e del progressivo emergere di situazioni potenzialmente dannose per gli Enti territoriali, il legislatore con la legge 296/2006 (legge finanziaria per il 2007) è intervenuto nuovamente in materia dettando regole maggiormente restrittive nell’utilizzo di tali strumenti, disponendo che dal 1° gennaio 2007 le operazioni in strumenti derivati devono essere trasmesse, a cura degli enti contraenti, al Ministero dell’economia e delle finanze. Tale trasmissione, da effettuarsi prima della sottoscrizione dei contratti, incideva sull’efficacia dei contratti medesimi.

Sulla materia il legislatore è intervenuto, da ultimo, modificando – con la L. n. 203/2008 – l’art. 62 del d.l. n. 112/2008 (convertito nella L. 133/2008).

Il nuovo art. 62 d.l. n.112/2008 – rubricato *Contenimento dell’uso degli strumenti derivati e dell’indebitamento delle regioni e degli enti locali* – dispone che: *“Il Ministro dell’economia e delle finanze, sentite la Banca d’Italia e la Commissione nazionale per le società e la borsa, con uno o più regolamenti [...] individua la tipologia dei contratti relativi agli strumenti finanziari derivati previsti all’articolo 1, comma 3, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, che gli enti di cui al comma 2 possono concludere, e indica le componenti derivate, implicite o esplicite, che gli stessi enti hanno facoltà di prevedere nei contratti di finanziamento.”* (comma 3).

Inoltre, *“ai fini della conclusione di un contratto relativo a strumenti finanziari derivati o di un contratto di finanziamento che include una componente derivata, il*

soggetto competente alla sottoscrizione del contratto per l'ente pubblico attesta per iscritto di avere preso conoscenza dei rischi e delle caratteristiche dei medesimi” (comma 4).

“Il contratto relativo a strumenti finanziari derivati o il contratto di finanziamento che include una componente derivata, stipulato dagli enti di cui al comma 2 in violazione delle disposizioni previste dal regolamento emanato in attuazione del comma 3 o privo dell’attestazione di cui al comma 4, è nullo. La nullità può essere fatta valere solo dall’ente.” (comma 5).

Infine, ai sensi del comma 6 del citato articolo, *“agli enti di cui al comma 2 è fatto divieto di stipulare, fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 3, e comunque per il periodo minimo di un anno decorrente dalla data di entrata in vigore del presente decreto, contratti relativi agli strumenti finanziari derivati. Resta ferma la possibilità di ristrutturare il contratto derivato a seguito di modifica della passività alla quale il medesimo contratto derivato è riferito, con la finalità di mantenere la corrispondenza tra la passività rinegoziata e la collegata operazione di copertura.”*

Allo stato attuale, si deve rilevare che tale regolamento non risulta ancora approvato. Tuttavia, il Ministero dell’economia e delle finanze ha predisposto uno schema di regolamento che è stato oggetto di una pubblica consultazione.

2. LE REGOLE DI CONDOTTA DEGLI INTERMEDIARI

È ben noto che all’intermediario non è richiesto di garantire ai propri clienti investimenti sicuri nel risultato economico finale, bensì di consentire scelte di investimento consapevoli, anche alla luce della fisiologica asimmetria informativa che caratterizza il rapporto tra intermediario e investitore.

La sempre maggiore complessità dei prodotti finanziari ha di fatto reso, per la grande maggioranza degli investitori, difficilmente valutabile il rischio dell’investimento finanziario. Solo soggetti altamente specializzati, in grado di acquisire conoscenze sufficientemente dettagliate, possono compiere efficacemente tale valutazione.

Il principale strumento per attenuare gli effetti negativi che le asimmetrie informative producono sul mercato è costituito dall’istituzione di un complesso apparato di norme che, attraverso l’imposizione ai soggetti informativamente forti di condividere le informazioni rilevanti in loro possesso, compensi lo squilibrio informativo fra investitore e intermediario.

A tal riguardo, il TUF, a livello primario, definisce una serie di regole di condotta, specificate nel dettaglio, a livello secondario, dal Reg. 16190/2007, cui gli intermediari

devono attenersi nella prestazione dei servizi di investimento. Gli obblighi in capo agli intermediari sono variamente modulati in funzione della qualità della controparte e del tipo di servizio prestato.

In particolare, tali regole includono il dovere di attivarsi affinché l'investitore sia debitamente informato sulle operazioni e di accertare l'adeguatezza delle operazioni rispetto alle caratteristiche del cliente. Si distingue, in particolare, tra l'*adeguatezza* delle operazioni, che deve essere valutata dagli intermediari nel caso dei servizi di gestione patrimoniale e consulenza, e l'*appropriatezza*, che viene accertata per i rimanenti servizi di investimento, secondo parametri meno stringenti rispetto a quelli impiegati per valutare l'adeguatezza.

Si deve osservare che nel regime antecedente al recepimento della MiFID, la disciplina sull'adeguatezza poteva essere disapplicata allorché il cliente fosse un "operatore qualificato", in possesso cioè di una specifica competenza in materia di investimenti. Tale possibilità aveva dato luogo a questioni interpretative di difficile soluzione, relativamente al valore da attribuire alla dichiarazione – resa ai sensi dell'art. 31 reg. 11522/1998 – con cui, attestando il "possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari", si otteneva lo *status* di "operatore qualificato". In particolare, la questione era se l'art. 31 reg. 11522/1998 esonerasse o meno la banca dall'onere di accertare la veridicità della dichiarazione in esame.

A seguito dell'attuazione della MiFID il regime delle deroghe agli obblighi di condotta è divenuto anch'esso più articolato. Difatti, sotto un profilo soggettivo, obblighi e responsabilità degli intermediari divergono in ragione della seguente tripartizione di clientela: "controparte qualificata", "clientela professionale" e "clientela al dettaglio".

2.1. La graduazione soggettiva degli obblighi informativi

Tutti gli obblighi informativi e le conseguenti responsabilità degli intermediari trovano integrale applicazione quando i servizi di investimento sono resi a "clienti al dettaglio".

Nei confronti dei "clienti professionali" (intendendosi per tali i soggetti individuati dall'Allegato III al Reg. Consob 16190/2007), invece, gli intermediari sono esonerati da taluni obblighi informativi previsti dal Regolamento, e segnatamente da quelli riguardanti i propri servizi (art. 29), la salvaguardia degli strumenti finanziari e delle somme di denaro (art. 30) e i costi ed oneri del servizio (art. 32), da talune modalità e termini di comunicazione delle informazioni (art. 34), dall'onere della forma scritta per i contratti diversi dalla consulenza (art. 37), dalla necessità di talune indicazioni nel contratto di gestione di portafogli (art. 38) e, soprattutto, sono autorizzati a presumere -

ai sensi dell'art. 40, commi 2 e 3 (valutazione di adeguatezza) e dell'art. 42, comma 3 (valutazione di appropriatezza) - che il cliente abbia il livello di esperienza e conoscenza necessario per gli strumenti, le operazioni ed i servizi in relazione ai quali è classificato come cliente professionale e sia finanziariamente in grado di sopportare qualsiasi rischio di investimento compatibile con i propri obiettivi.

In altri termini, il nuovo Regolamento definisce come “professionale” il “cliente che possiede l'esperienza, le conoscenze e la competenza necessarie per prendere consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e per valutare correttamente i rischi che assume”. Ma la novità più significativa rispetto al previgente Regolamento è la previsione di un'analitica individuazione dei parametri cui è ancorata l'attribuzione della qualifica di “cliente professionale”.

Alle “controparti qualificate”, ossia a quei soggetti (individuati dall'art. 58 Reg. Consob 16190/2007 e dall'art. 6, comma 2 *quater*, del TUF) in possesso del più alto livello di esperienza, conoscenza e competenza in materia di investimenti, infine, non sono applicabili gli artt. da 27 a 56, che prevedono tutti gli obblighi informativi e le conseguenti responsabilità fin qui esaminati, ad eccezione del comma 2 dell'articolo 49.

Questa tripartizione non è tuttavia rigida considerato che il comma 3 dell'art. 35 del Regolamento ammette che, su iniziativa dell'intermediario o su richiesta del cliente, una “controparte qualificata” possa essere trattata come “cliente al dettaglio” o come “cliente professionale” e che un “cliente professionale” possa essere trattato come “cliente al dettaglio”, così dandosi luogo all'applicazione delle diverse conseguenze normative che tali differenti qualifiche comportano. In particolare, per quanto riguarda i soggetti (persone fisiche e giuridiche) che richiedono il trattamento di “clienti professionali su richiesta”, dalle previsioni contenute nell'Allegato si può desumere, quale requisito imprescindibile, il possesso da parte del cliente della competenza, esperienza e conoscenze necessarie da consentirgli di adottare consapevolmente le proprie scelte di investimento e valutare i relativi rischi.

Tale competenza, esperienza e conoscenza, dovrà essere reale, e non meramente dichiarata. A tal fine, proprio per rendere la tutela quanto più effettiva, è stato previsto in capo all'intermediario l'obbligo puntuale di effettuare una “valutazione adeguata” di tali requisiti, consentendo la disapplicazione delle regole di condotta, solo all'esito del positivo riscontro degli stessi. L'Allegato stabilisce che *“non è comunque consentito presumere che tali clienti possiedano conoscenze ed esperienze di mercato comparabili a quelle delle categorie elencate alla sezione I”*.

In estrema sintesi, la mera dichiarazione del cliente non è sufficiente ai fini dell'attribuzione della qualifica professionale richiesta. La dichiarazione, nella nuova

disciplina, rappresenta solamente il primo atto di un procedimento di valutazione della competenza del cliente, che è interamente a carico dell'intermediario.

2.2. La graduazione oggettiva degli obblighi informativi.

Sotto un profilo oggettivo, gli obblighi dell'intermediario sono modulati sulla base del tipo di servizio reso al cliente, e dunque dalla qualificazione del relativo rapporto.

Tutti gli obblighi e le conseguenti responsabilità, che fin qui si sono esaminati, ricorrono integralmente quando con il "cliente al dettaglio" sia intervenuto un contratto di intermediazione che assegni all'intermediario una funzione di *consulenza* o di *gestione di portafogli*.

In tale evenienza ai sensi dell'art. 41 Reg. 16190/2007 l'intermediario è gravato della valutazione di adeguatezza in forza della quale deve accertare che l'operazione corrisponda agli obiettivi di investimento del cliente e sia di natura tale che questi sia finanziariamente in grado di sopportarla e possieda le conoscenze ed esperienze necessarie per comprenderne i rischi.

Obblighi e conseguenti responsabilità ricorrono, invece, in misura diversa e differenziata quando il servizio che la banca presta al cliente presenti un contenuto meno ampio.

Ed infatti, l'art. 41 del Regolamento rispetto ai *servizi diversi* da quelli di consulenza e di gestione di portafogli resi ai "clienti al dettaglio" esclude che l'intermediario abbia l'obbligo di assumere le informazioni di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 39 e l'obbligo, previsto dal comma 6, di astenersi in loro mancanza dall'esecuzione dell'operazione, esonerandolo in ragione di ciò dal giudizio di "adeguatezza" dell'art. 40.

L'art. 41, tuttavia, prevede che l'intermediario sia tenuto alla più semplice valutazione di "appropriatezza", e cioè in merito al possesso da parte del cliente del *«livello di esperienza e conoscenza necessario per comprendere i rischi che lo strumento o il servizio di investimento offerto o richiesto comporta, e sia obbligato, ove l'esito del giudizio sia negativo, ad «avvertir[lo] di tale situazione».*

Quanto ai servizi di *execution only* (esecuzione di ordini per conto dei clienti o di ricezione e trasmissione ordini), a determinate condizioni gli intermediari possono prestare tali servizi addirittura senza alcuna valutazione di appropriatezza.

Infatti, ai sensi dell'art. 43 del Regolamento Intermediari: " *1. Gli intermediari possono prestare i servizi di esecuzione di ordini per conto dei clienti o di ricezione e trasmissione ordini, senza che sia necessario ottenere le informazioni o procedere alla valutazione di cui al Capo II (appropriatezza, n.d.r.), quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:*

a) i suddetti servizi sono connessi ad azioni ammesse alla negoziazione in un mercato regolamentato, o in un mercato equivalente di un paese terzo, a strumenti del mercato monetario, obbligazioni o altri titoli di debito (escluse le obbligazioni o i titoli di debito che incorporano uno strumento derivato), OICR armonizzati ed altri strumenti finanziari non complessi¹⁰;

b) il servizio è prestato a iniziativa del cliente o potenziale cliente;

c) il cliente o potenziale cliente è stato chiaramente informato che, nel prestare tale servizio, l'intermediario non è tenuto a valutare l'appropriatezza e che pertanto l'investitore non beneficia della protezione offerta dalle relative disposizioni. L'avvertenza può essere fornita utilizzando un formato standardizzato [...]”.

Le uniche tutele che in queste fattispecie rimangono al cliente sono, perciò, quelle scaturenti dalla previa avvertenza che l'investitore non beneficia della valutazione di “appropriatezza” e dal rispetto dei doveri dipendenti dall'eventualità di un conflitto di interessi.

3. LA POSIZIONE DEGLI INVESTITORI

Definite le regole di condotta cui devono attenersi gli intermediari, è ora possibile analizzare quali siano, dopo il recepimento della MiFID, i principi che regolano l'attività di negoziazione di titoli di stato e di derivati.

Quanto ai titoli di stato, se l'intermediario presta il servizio di negoziazione per conto proprio a favore di un cliente al dettaglio, come visto, sarà tenuto alla mera valutazione dell'appropriatezza dell'operazione.

Viceversa, ove venga prestato un servizio di *execution only* ad iniziativa del cliente, l'intermediario, ai sensi dell'art 43 Reg. Consob 16190/2007, non dovrà compiere alcun tipo di valutazione, essendo tenuto esclusivamente (i) ad informare l'investitore che non beneficerà della valutazione di “appropriatezza” e (ii) al rispetto dei doveri scaturenti dall'eventualità di un conflitto di interessi.

Per la negoziazione dei derivati, invece, l'intermediario è sempre tenuto alla

¹⁰ Ai sensi dell' Art. 44 Regolamento Intermediari:” 1. Uno strumento finanziario che non sia menzionato all'articolo 43, comma 1, lettera a), è considerato non complesso se soddisfa i seguenti criteri:

a) non rientra nelle definizioni di cui all'articolo 1, comma 1-bis), lettere c) e d), del Testo Unico, nonché nelle definizioni di cui all'articolo 1, comma 2, lettere d), e), f), g) h), i) e j) del Testo Unico;

b) esistono frequenti opportunità di cedere, riscattare od ottenere altrimenti il corrispettivo di tale strumento a prezzi che siano pubblicamente disponibili per i partecipanti al mercato. Tali prezzi devono essere quelli di mercato o quelli messi a disposizione, ovvero convalidati, da sistemi di valutazione indipendenti dall'emittente;

c) non implica alcuna passività effettiva o potenziale per il cliente che vada oltre il costo di acquisizione dello strumento;

d) sono pubblicamente disponibili informazioni sufficientemente complete e di agevole comprensione sulle sue caratteristiche in modo tale che il cliente al dettaglio medio possa prendere una decisione informata in merito alla realizzazione o meno di un'operazione su tale strumento”.

valutazione dell'appropriatezza. Infatti, la previsione di cui all'art. 43 Reg. Consob 16190/2007, che esclude gli obblighi informativi a carico dell'intermediario quando sia prestato un servizio di *execution only*, non si applica quando vengano negoziati prodotti complessi, e tali sono i derivati per espressa disposizione dell'art. 44 del citato regolamento.

Quanto ai requisiti soggettivi degli investitori, si segnala che con il nuovo Regolamento Intermediari si è optato per una perfetta equiparazione tra persone fisiche e giuridiche, con la conseguenza che oggi anche le persone fisiche possono essere classificate come "investitore professionale", superandosi quindi la precedente impostazione - riflessa anche nella formulazione dell'art. 31 - per la quale solo le persone giuridiche potevano richiedere di essere considerate « operatori qualificati » (ai sensi dell'ultima parte dell'art. 31, comma 2o, Regolamento Intermediari n. 11522).

Inoltre - a seguito del recepimento della MiFID e dell'introduzione del nuovo regolamento intermediari n. 16190/2007 - sembra ormai superata la questione interpretativa concernente il valore da attribuire alla dichiarazione resa dal legale rappresentante di una società attestante il "possesso di una specifica competenza ed esperienza in materia di operazioni in strumenti finanziari" (ai sensi dell'art. 31 del regolamento intermediari del 1998, assurgendo così allo *status* di "operatore qualificato"). Infatti, ad oggi affinché un investitore non professionale (*rectius*: al dettaglio) possa rinunciare alla protezione generalmente spettantegli in ragione della propria particolare qualifica soggettiva, è prevista una procedura articolata, nella quale la valutazione dell'intermediario circa l'effettiva esperienza e competenza dell'investitore assume rilievo centrale.

In primo luogo il Regolamento disponendo che "*non è comunque consentito presumere che tali clienti possiedano conoscenze ed esperienze di mercato comparabili a quelle delle categorie elencate alla sezione P*" sembra ritenere che la mera dichiarazione non possa sanare l'effettiva mancanza dei requisiti di esperienza e competenza.

Più in particolare, il nuovo Regolamento (All. n. 3, pt. II.1.) prevede che "*la disapplicazione di regole di condotta previste per la prestazione dei servizi nei confronti dei clienti non professionali è consentita quando, dopo aver effettuato una valutazione adeguata della competenza, dell'esperienza e delle conoscenze del cliente, l'intermediario possa ragionevolmente ritenere, tenuto conto della natura delle operazioni o dei servizi previsti, che il cliente sia in grado di adottare consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e di comprendere i rischi che assume*".

Con la precisazione che "*nel corso della predetta valutazione, devono essere soddisfatti almeno due dei seguenti requisiti: - il cliente ha effettuato operazioni di dimensioni significative sul mercato in questione con una frequenza media di 10 operazioni*

al trimestre nei quattro trimestri precedenti; - il valore del portafoglio di strumenti finanziari del cliente, inclusi i depositi in contante, deve superare 500.000 EUR”.

Inoltre, affinché il cliente sia effettivamente trattato come “professionale” è prevista una procedura “rafforzata” il cui obiettivo è quello di stimolare l’attenzione dell’investitore sulle dichiarazioni rese e sulla loro incidenza sui meccanismi di tutela. Non è più sufficiente un’unica dichiarazione sul modello di quella prevista dall’art. 31 comma 2 del regolamento Consob del 1998. Occorre invece uno scambio di più comunicazioni: i clienti devono comunicare per iscritto all’intermediario il loro desiderio di essere “trattati come clienti professionali (a titolo generale o rispetto ad un particolare servizio od operazione di investimento); l’intermediario deve avvertire i clienti, in una comunicazione scritta e chiara, in merito a quali sono le protezioni e i diritti di indennizzo che potrebbero perdere; i clienti devono dichiarare per iscritto, in un documento separato dal contratto, di essere a conoscenza delle conseguenze derivanti dalla perdita di tali protezioni.

Si deve in ogni caso osservare che il medesimo Regolamento considera investitori professionali le imprese che soddisfino almeno due dei seguenti requisiti dimensionali: (i) totale di bilancio 20.000.000 euro; (ii) fatturato netto 40.000.000 euro; (iii) fondi propri 2.000.000 euro.

Si noti inoltre come, ai sensi dell’art. 58 Reg. 16190/2007, gli investitori professionali a cui sono prestati i servizi di esecuzione di ordini e/o negoziazione per conto proprio e/o di ricezione e trasmissione di ordini, vengono trattati come “controparti qualificate”, con disapplicazione degli articoli da 27 a 56, ad eccezione del comma 2 dell’articolo 49.

Le dimensioni dell’impresa fanno, in altri termini, presumere che la stessa sia dotata di una organizzazione interna, tale da garantire un’adeguata competenza ed esperienza nei mercati finanziari.

In sostanza, la nuova disciplina se da un lato prevede criteri più stringenti affinché un cliente al dettaglio possa essere trattato come cliente professionale, dall’altro sembra allargare la base degli investitori professionali, nel momento in cui valuta a tal fine esclusivamente requisiti dimensionali di un’impresa (tra l’altro non eccessivamente elevati), senza considerare l’effettiva esperienza e competenza.

Si deve evidenziare che anche a seguito del recepimento della MiFID sembrano ancora residuare con d’ombra nella tutela di quei soggetti che, pur privi di una effettiva competenza ed esperienza in tema di investimenti finanziari, sono formalmente investitori professionali per il possesso di un mero requisito dimensionale. In tale contesto, all’intermediario che tratti da investitore professionale colui che lo sia solo formalmente non potrebbero imputarsi responsabilità a differenza della previgente disciplina.

A nulla rilevarebbe poi la possibilità che anche l’investitore professionale possa

richiedere un livello di protezione maggiore. Se l'esperienza maturata sotto il precedente regolamento insegna che gli intermediari hanno avuto la forza, se non di imporre, quanto meno di persuadere la propria clientela a sottoscrivere la dichiarazione di cui all'art. 31 reg. 11522/98, a maggior ragione potrebbe risultare fondato il timore che abbiano la forza di disincentivare eventuali richieste di maggiore protezione.

4. GLI OBBLIGHI INFORMATIVI SUCCESSIVI ALLA NEGOZIAZIONE

Un aspetto di particolare rilievo pratico, sorto sotto la vigenza del Regolamento 11522/98 (oggi sostituito dal Reg. 16190/07), concerne l'obbligo per l'intermediario di fornire informazioni nella fase successiva all'avvenuta compravendita dei titoli.

Secondo una parte della giurisprudenza, tale obbligo, pur non essendo espressamente previsto dalle norme del Regolamento Consob 11522/98, trovava fondamento nella più generale disposizione di cui all'art. 21 comma 1 lett. b) del TUF, ove si dispone che nella prestazione dei servizi di investimento gli intermediari devono operare in modo che essi siano “*sempre adeguatamente*” informati.

Ad avviso di tale giurisprudenza, la necessaria adeguatezza dell'informazione (corroborata dall'avverbio “sempre”) lascerebbe intendere che gli obblighi informativi non possano ritenersi esauriti con il perfezionamento della negoziazione.

E a tali conclusioni si è pervenuti non solo traendo spunto dalla norma di settore ma anche argomentando in base al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto. In tale senso si è espresso il Tribunale di Cosenza affermando che “*la banca ha il dovere di informare l'investitore dell'andamento del titolo anche successivamente al suo acquisto e ciò non soltanto in base al principio generale di buona fede nell'esecuzione del contratto, ma anche in base alle specifiche disposizioni contenute nell'art. 21 del TUF, ove alla lettera b) impone agli intermediari di “operare in modo che (i clienti) siano sempre adeguatamente informati”, al fine di consentire ad essi di effettuare “consapevoli scelte di investimento o di disinvestimento” si riferisce ai servizi di investimento indicati nell'art. 1, comma 5 del TUF, senza alcuna distinzione tra le varie tipologie di servizi*” [Trib. Cosenza, 1 marzo 2006, in *Riv. dir. comm.*, 2006, II, 10 ss.; cfr. Trib. Roma 25 maggio 2005, in *Contratti*, 2005, 796 ss.].

Tuttavia, il filone giurisprudenziale maggioritario negava l'obbligo per l'intermediario di informare l'investitore in merito al progressivo deterioramento del titolo acquistato. Tale obbligo informativo veniva negato dai giudici sulla scorta di differenti argomentazioni. Essenzialmente si valorizzava la circostanza che il Regolamento Consob 11522/98 all'art. 24 commi 3 e 4 imponeva tale obbligo solo relativamente agli strumenti

finanziari derivati, ovvero solo nel servizio di gestione di portafogli di investimento¹¹.

Sul punto non sembra che il Regolamento 16190/2007 si presti a risolvere la questione. Spetterà pertanto alla giurisprudenza pronunciarsi con maggiore precisione in ordine all'estensione degli obblighi di informazione degli intermediari.

ABSTRACT.

Recenti avvenimenti hanno portato all'attenzione degli investitori i rischi connessi all'attività di negoziazione di titoli di stato e derivati.

In un mercato caratterizzato da una fisiologica asimmetria informativa nel rapporto investitore/intermediario, gli interventi normativi perseguono fini di tutela degli investitori (soggetti informativamente deboli) e, in ultima analisi, della loro fiducia nel mercato finanziario.

La disciplina vigente prevede una serie di obblighi cui gli intermediari devono attenersi nella prestazione delle attività e dei servizi di investimento, graduati secondo parametri sia soggettivi che oggettivi.

In particolare, per quanto riguarda i criteri soggettivi, gli obblighi incombenti sugli intermediari sono modulati in funzione dei soggetti percettori delle attività o servizi di investimento. Quanto invece ai criteri oggettivi, gli obblighi sono graduati in funzione dell'attività o del servizio prestato.

In tale contesto la negoziazione di titoli di stato e derivati può essere soggetta a disposizioni differenti in funzione del destinatario della prestazione e in base all'effettivo servizio prestato, potendo la generica definizione di "negoziazione" comprendere servizi soggetti a discipline in parte diverse.

BIBLIOGRAFIA.

- M. BARCELLONA, *Mercato mobiliare e tutela del risparmio*, Milano, 2009.
- A. DE LUCA, *Derivati, Enti Locali e diritto internazionale privato: soluzioni ad un problema mai previsto*, in www.diritto.it.
- E. FAUSTINI, *Le modifiche introdotte dalla direttiva MiFID nell'ordinamento italiano*, Luiss Ceradi, Roma, 2008.
- E. GUERINONI, *Contratti di investimento e responsabilità degli intermediari finanziari*, Milano, Ipsa, 2010.
- S. MEUCCI, *La classificazione della clientela ed il nuovo regime introdotto dalla MiFID. Dall'operatore qualificato al cliente professionale su richiesta*, in *Contratto e Mercato*, 2007.
- G. SALATINO, *Varietà contratti di swap dall' "operatore qualificato" al "cliente professionale": il tramonto delle dichiarazioni "autoreferenziali"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 02, 201.
- A. SIROTTI GAUDENZI, *Derivati e swap responsabilità civile e penale*, Maggioli Editore, 2009.
- S. TORELLI, *Derivati e swap responsabilità civile e penale*, a cura di A. Sirotti Gaudenzi, Maggioli Editore, 2009.

¹¹ Trib. Milano, 18 ottobre 2006, in www.ilcaso.it.; Trib. Venezia, 4 maggio 2006, in www.ilcaso.it.; Trib. Catania, 21 ottobre 2005, in www.ilcaso.it.; Trib. Mantova, 14 aprile 2005, in www.ilcaso.it.

5. LE AGENZIE DI *RATING* (*Andrea Sacco Ginevri*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Quadro normativo. – 3. Il Regolamento CE n. 1060/2009. – 4. Impatto della nuova normativa sugli investitori: la giurisprudenza.

1. PREMESSA

Da qualche tempo le agenzie di *rating* recitano un ruolo di primo piano nei mercati finanziari internazionali, tanto da aver suscitato l'interesse di studiosi, operatori del mercato, autorità di vigilanza, Stati sovrani e piccoli investitori. E ciò dipende dal fatto che l'attribuzione (e la modifica) di *credit rating* può costituire, talvolta, un evento così rilevante da condizionare l'esistenza stessa di imprese di grandi dimensioni e l'andamento economico di Stati sovrani.

Ma chi ha il potere di formulare tali giudizi? E nel rispetto di quali regole? Quali sono i rimedi in caso di malfunzionamento del sistema? E quali le protezioni per gli investitori che hanno riposto affidamento su un *rating* poi rivelatosi inesatto?

A queste e ad altre problematiche legislatori e autorità di vigilanza hanno recentemente tentato di fornire alcune prime soluzioni.

2. QUADRO NORMATIVO

In risposta alle crisi finanziarie recenti le legislazioni più evolute hanno rafforzato la disciplina cogente dei mercati finanziari, ridisegnando e potenziando il ruolo e l'attività degli operatori del mercato, incluse le agenzie di *rating* del credito. A queste ultime è stato rimproverato di non aver saputo operare con la necessaria correttezza e trasparenza, anche in ragione della troppa libertà loro consentita da una regolamentazione all'epoca sin troppo nebulosa, e ciò in un contesto in cui il giudizio di *rating* sui prodotti finanziari e sugli emittenti costituiva – e costituisce tutt'oggi – il principale, e talvolta l'unico, elemento di valutazione della rischiosità di un investimento.

Si sono quindi succeduti interventi legislativi e regolamentari volti a disegnare un quadro normativo moderno ed efficiente nel settore del *rating*.

Prima di accennare alle normative applicabili, è opportuno rammentare che per "*credit rating*" si è soliti intendere quei giudizi, espressi nell'ambito di una scala alfanumerica predeterminata, che vengono rilasciati da soggetti privati, specializzati e indipendenti (le cc.dd. agenzie o società di *rating*), in merito al grado di probabilità del

regolare pagamento di capitale e/o interessi da parte dell'emittente di determinati prodotti finanziari (cd. *issue rating*) ovvero in relazione alla capacità generale dell'emittente valutato di far fronte regolarmente a tutte le proprie obbligazioni (cd. *issuer rating*).

I *credit rating* (nel prosieguo anche semplicemente “*rating*”) presentano le seguenti caratteristiche essenziali: (a) hanno natura prognostica; (b) costituiscono una forma tipica di “informativa derivata”¹²; (c) sono suscettibili di continuo aggiornamento per riflettere l'evoluzione del grado di rischio correlato all'investimento giudicato; (d) hanno carattere relativo e non assoluto, essendo inquadrati in una scala alfanumerica il cui criterio ordinante è rappresentato dal rischio di insolvenza del prodotto/emittente valutato; (e) infine, poiché sono sovente ritenuti – da normative primarie e secondarie – presupposti idonei ad attribuire determinati trattamenti giuridici ai prodotti finanziari/emittenti valutati, hanno assunto in numerosi casi “valenza regolamentare”¹³ e, anche per questa ragione, sono ritenuti fisiologicamente capaci di ingenerare un affidamento legittimo negli investitori.

Benché in linea di principio l'attività di *credit rating* sia liberamente esercitabile, si registra una crescente proliferazione di normative volte ad attribuire valenza regolamentare solo ai *rating* prodotti da agenzie in possesso di determinate caratteristiche di natura organizzativa e operativa (ad esempio, e a seconda del contesto, ove munite di personalità giuridica ovvero costituite in forma societaria o, ancora, dotate di requisiti organizzativi e operativi predeterminati).

Negli Stati Uniti il settore del *rating* è stato profondamente ridisegnato dal *Credit Rating Agency Reform Act* del 2006 (CRARA), con lo scopo di migliorare la qualità dei *rating*, rafforzando la trasparenza e concorrenza degli operatori pur lasciando impregiudicata l'autonomia valutativa delle società di *rating* (rimanendo nella discrezionalità delle NSRO¹⁴, oltre alla sostanza dei giudizi, anche la scelta delle metodologie utilizzate per la determinazione dei *rating*). Tale apparato normativo è stato recentemente integrato e modificato dal *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* del 21 luglio 2010, in modo da adeguare le disposizioni alle esigenze emerse nell'ambito della crisi della finanza strutturata (c.d. bolla dei mutui *sub-prime*).

Anche l'Unione europea ha ritenuto opportuno un intervento normativo in materia, tanto che il Parlamento europeo ha approvato in data 23 aprile 2009 il Regolamento

12 Per “informativa derivata” si intendono quei flussi informativi che non sono prodotti dagli emittenti ma da soggetti “terzi” in ciò specializzati: principalmente gli analisti finanziari e le società di *rating* e che, come tali, sono influenzati in massima parte dai dati trasmessi al valutatore dall'entità valutata.

13 Con “valenza regolamentare” si intende la capacità del *rating* di condizionare (a seconda del posizionamento lungo la scala valutativa utilizzata dall'agenzia) l'ottenimento o meno di un determinato trattamento giuridico per l'entità valutata ovvero, a seconda del caso, l'assoggettamento ad una disciplina di favore.

14 Fra le agenzie di *rating* solo quelle in possesso della qualifica di NSRO (*Nationally recognized statistical rating organizations*) hanno il potere di emettere *rating* aventi valenza regolamentare secondo le disposizioni primarie e secondarie di volta in volta applicabili, negli Stati Uniti e non solo.

del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle agenzie di *rating* del credito (nel prosieguo il “Regolamento”).

Con l’entrata in vigore degli articolati normativi richiamati¹⁵, il settore del *rating* non è più in mano ai codici di autodisciplina e alla discrezionale adozione degli stessi da parte delle società di *rating*, ma è soggetto a una regolamentazione dotata di *vis cogens*, modernità, tendenziale completezza e ampio ambito di applicazione.

Volendo focalizzare l’analisi che segue sulle novità introdotte dal Regolamento, e quindi nella prospettiva dell’investitore comunitario, è opportuno tracciare sin d’ora i principi generali che attualmente governano l’operato delle agenzie di *rating* nell’Unione europea.

In primo luogo, il Regolamento non limita la capacità di investimento degli investitori (siano essi soggetti privati oppure vigilati), nel senso che non è impedito *tout court* l’investimento in prodotti finanziari che non siano dotati di *rating* conformi al Regolamento; si è tuttavia deciso di limitare l’utilizzo a “fini regolamentari” esclusivamente dei *rating* emessi nel rispetto del Regolamento.

In secondo luogo, l’introduzione delle nuove disposizioni comunitarie incide sul regime di responsabilità civile delle società di *rating* registrate ai sensi del Regolamento. Nel nuovo quadro normativo, infatti, ove la società di *rating* non osservi le prescrizioni del Regolamento, la responsabilità nei confronti degli investitori che abbiano riposto legittimo affidamento sulla correttezza e completezza d’indagine da parte dell’agenzia potrà essere di più immediata dimostrazione, con maggiori possibilità di protezione risarcitoria da parte del pubblico degli investitori lesi¹⁶.

Infine, nonostante la novella comunitaria rafforzi notevolmente l’incidenza della vigilanza esterna da parte delle autorità pubbliche sulle agenzie di *rating*, rimane comunque intatta e preservata l’indipendenza tecnica delle stesse nel processo di emissione dei propri giudizi in quanto, come è efficacemente evidenziato a livello di principio nel cinquantottesimo considerando del Regolamento, *«né le autorità competenti né gli Stati membri dovrebbero interferire in relazione alla sostanza dei rating e alle metodologie con le quali un’agenzia di rating del credito determina i rating al fine di evitare di compromettere i rating»*.

¹⁵ Il Regolamento è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell’Unione europea in data 17 novembre 2009 ed, eccezion fatta per talune disposizioni, è entrato in vigore il ventesimo giorno successivo alla predetta pubblicazione in Gazzetta (si veda l’art. 41 del Regolamento).

¹⁶ È piuttosto evidente che l’ampliamento e l’irrigidimento degli obblighi comportamentali imposti a livello normativo primario alle società di *rating*, sia in termini di organizzazione strutturale sia nella conduzione della propria attività caratteristica, contribuiscono a connotare uno *status* soggettivo delle agenzie dotato di caratteri di particolare complessità e l’esistenza di una procedura di registrazione a dimensione pubblicistica, con controlli preventivi e successivi circa l’esistenza dei requisiti anzidetti da parte di autorità di vigilanza pubbliche (terze e imparziali) genera un più sicuro e legittimo affidamento da parte del mercato nella genuinità, professionalità e indipendenza delle società di *rating* registrate e nella correttezza del loro operato.

3. IL REGOLAMENTO CE N. 1060/2009

Per comprendere molte delle nuove previsioni introdotte dal Regolamento si rende opportuno rammentare che esse sono state ideate in risposta a talune inefficienze riscontrate nell'ambito della crisi della finanza strutturata.

Le società di *rating*, difatti, hanno svolto una parte attiva nell'articolazione e nel successo delle operazioni di finanza strutturata: a fronte dell'opacità dei prodotti e del conseguente proliferare di condizioni di incertezza informativa sulla valutazione degli stessi, il giudizio delle agenzie costituiva elemento fondante delle politiche di investimento della clientela (sia professionale che *retail*).

I *rating* dei prodotti strutturati, tuttavia, sono per loro natura meno stabili di quelli relativi ai titoli tradizionali, caratterizzandosi per una forte componente soggettiva, che riflette modelli sofisticati e altamente discrezionali di stima probabilistica di flussi di cassa futuri di difficile percezione e quantificazione.

È stata inoltre mossa loro l'accusa non solo di aver attribuito *rating* troppo favorevoli alle operazioni di cartolarizzazione dei mutui *subprime*, ma anche di aver ritardato colposamente la revisione al ribasso dei giudizi già assegnati e pubblicati.

Di qui si comprende perché la disciplina delle agenzie di *rating* introdotta dal Regolamento persegue essenzialmente i seguenti obiettivi: (a) un'appropriata gestione dei conflitti di interesse, (b) un'adeguata vigilanza delle metodologie valutative e dei giudizi emessi, unitamente a (c) un accrescimento della trasparenza nei confronti del mercato.

In linea generale il Regolamento stabilisce le condizioni per l'emissione dei *rating* e fissa disposizioni in merito all'organizzazione e all'esercizio delle attività delle società di *rating* al fine di promuoverne l'indipendenza e la prevenzione dei conflitti di interesse. Il disposto regolamentare è strumentale al miglioramento dell'integrità, della trasparenza, della responsabilità, della *governance* e dell'affidabilità dell'attività di *rating*, allo scopo di consentire un incremento della qualità dei *rating*, un miglior funzionamento del mercato interno e, in ultima analisi, un grado elevato di protezione degli investitori (v. art. 1).

Lievemente più complessa è l'impostazione seguita dal legislatore comunitario nel definire l'ambito di applicazione dei nuovi precetti normativi.

Il Regolamento si applica ai *rating* emessi dalle società di *rating* registrate nella Comunità che sono comunicati al pubblico o distribuiti previo abbonamento. Come anticipato in precedenza, il Regolamento non impone agli investitori di qualsiasi natura alcuna limitazione alla capacità di investimento a seconda del fatto che il singolo prodotto

finanziario disponga o meno di un *rating* conforme alle prescrizioni normative, bensì si limita a consentire ai soggetti vigilati (banche, assicurazioni, imprese di investimento, ecc.) l'utilizzo a «*fini regolamentari*» esclusivamente di *rating* emessi da agenzie stabilite nella Comunità e registrate conformemente al Regolamento.

Una maggiore trasparenza e informativa del mercato in merito al concreto esercizio dell'attività di *rating* è garantita anche dalla disciplina sulla comunicazione e sulla presentazione dei *rating*. Le norme regolamentari prevedono infatti che le società di *rating* comunichino qualsiasi *rating* e qualsiasi decisione di abbandono di un *rating* su base non selettiva e in modo tempestivo. Si noti che nei casi in cui l'agenzia adotti una decisione di abbandono di un *rating*, le informazioni dalla stessa comunicate al riguardo debbono includere tutti i motivi alla base di detta decisione (v. art. 10, comma 1).

Particolarmente innovativa è la previsione contenuta all'art. 10, comma 3, del Regolamento, a mente della quale le agenzie di *rating* che emettono giudizi su strumenti finanziari strutturati devono garantire una differenziazione chiara fra le categorie di *rating* che sono attribuite agli strumenti finanziari strutturati e quelle assegnate ai prodotti finanziari tradizionali, ricorrendo a un simbolo aggiuntivo che distingue le prime dalle seconde. La misura normativa indicata era stata fortemente sollecitata a seguito della crisi della finanza strutturata, in cui si era osservato come le differenti caratteristiche dei prodotti strutturati – per loro natura con profili di rischio generalmente più elevati e meno stabili dei prodotti finanziari tradizionali – ne giustificassero una diversa valutazione alfanumerica tale da rendere avvertiti gli investitori delle peculiarità ad essi sottese.

Per quanto poi concerne i *rating* non sollecitati (cc.dd. *unsolicited rating*), le società di *rating* sono adesso tenute a comunicare le proprie politiche e procedure al riguardo e, quando li emettono, devono dichiararlo espressamente nel *rating*, evidenziando tale informazione, unitamente al fatto che l'entità valutata, o terzi alla stessa collegati, abbiano partecipato o meno al processo di *rating* e se l'agenzia medesima abbia avuto accesso ai documenti contabili o ad altri documenti interni dell'entità valutata o di terzi ad essa collegati. I *rating* non sollecitati devono quindi essere chiaramente identificati come tali.

Inoltre, sempre ai sensi del Regolamento (v. Allegato I, sezione D), una società di *rating* deve garantire il rispetto di alcuni *standard* minimi nella presentazione dei propri giudizi, tra cui: (i) l'indicazione di tutte le principali fonti rilevanti utilizzate per predisporre il *rating*, precisando se il *rating* è stato comunicato all'entità valutata o a terzi collegati e modificato a seguito della sua comunicazione prima dell'emissione; (ii) la chiara indicazione della principale metodologia utilizzata per determinare il *rating*; (iii) la spiegazione del significato di ciascuna categoria di *rating*, la definizione di insolvenza

(*default*) o di recupero (*recovery*) e qualsiasi segnalazione di rischio appropriata; (iv) l'indicazione chiara e visibile della data in cui il *rating* è stato distribuito per la prima volta ed aggiornato per l'ultima volta; e (v) l'indicazione se il *rating* riguarda strumenti finanziari di recente emissione e se l'agenzia di *rating* stia effettuando la valutazione dello strumento finanziario per la prima volta.

In termini generali, una società di *rating* deve indicare in modo chiaro e visibile, nel comunicare i propri *rating*, qualsiasi loro caratteristica specifica e limite, precisando in particolare se considera soddisfacente la qualità delle informazioni disponibili sull'entità valutata e in che misura ha verificato le informazioni fornitele dall'entità valutata o da terzi collegati. Se poi il *rating* riguarda un tipo di entità o di strumento finanziario per cui i dati storici sono limitati, l'agenzia di *rating* deve chiarire in modo visibile le conseguenze che ciò produce sul *rating* medesimo. Laddove la mancanza di dati affidabili o la complessità della struttura di un nuovo tipo di strumento finanziario, o la qualità insoddisfacente delle informazioni disponibili, suscitino seri dubbi circa la capacità dell'agenzia di *rating* di emettere un giudizio attendibile, l'agenzia si deve astenere dall'emettere il *rating* o ritirare il giudizio già emesso.

Oltre agli obblighi di trasparenza relativi ai *rating*, le agenzie sono sottoposte a tutta una disciplina informativa di carattere generale, oggetto di aggiornamento continuo e periodico. In linea di principio le società di *rating* devono rendere noto al pubblico il fatto di essere registrate a norma del Regolamento e divulgare le seguenti informazioni: (a) i conflitti di interesse effettivi e potenziali in cui incorrono; (b) l'elenco dei servizi ausiliari prestati; (c) la politica in materia di pubblicazione di *rating* ed altre comunicazioni collegate; (d) la natura generale delle proprie politiche retributive; (e) le metodologie e le descrizioni dei modelli e delle ipotesi di *rating* fondamentali, quali le ipotesi matematiche o in materia di correlazioni, utilizzati nell'attività di *rating* nonché le modifiche sostanziali loro apportate; (f) qualsiasi modifica sostanziale apportata ai sistemi, alle risorse o alle procedure utilizzati; e (g) se del caso, il proprio codice di condotta.

Norme fondamentali sono state introdotte dal Regolamento in materia di metodologie valutative, modelli e ipotesi di *rating* (v. art. 8 del Regolamento). Sotto un profilo sostanziale, il Regolamento dispone che le agenzie di *rating* adottino e applichino effettivamente le misure adeguate a garantire che i *rating* emessi siano basati su un'analisi accurata di tutte le informazioni di cui dispongono e che siano rilevanti per l'analisi condotta in base alle proprie metodologie di *rating*. Esse adottano tutte le misure necessarie affinché le informazioni utilizzate ai fini dell'assegnazione di un *rating* siano di qualità sufficiente e provengano da fonti affidabili. Le metodologie di *rating*

utilizzate devono essere rigorose, sistematiche, continuative e soggette a convalida sulla base dell'esperienza storica, inclusi i *test* retrospettivi.

Fondamentale nell'ottica del legislatore è poi l'attività di monitoraggio e revisione dei *rating* già assegnati, attività che è stata accusata di gravi malfunzionamenti nelle recenti crisi finanziarie a causa dei consistenti ritardi con cui i *rating* delle società in stato di crisi sono stati adeguati dalle agenzie. A norma dell'art. 8, comma 5, del Regolamento, una società di *rating* monitora i propri giudizi e li rivede costantemente, almeno a cadenza annuale, insieme alle metodologie utilizzate, nonché in particolare quando intervengano modifiche significative che potrebbero incidere sul *rating*. A tal fine le agenzie adottano procedure interne per sorvegliare l'impatto delle variazioni delle condizioni macroeconomiche o dei mercati finanziari sui *rating* emessi.

Sebbene le previsioni normative dianzi esaminate già rivelino la considerevole capacità innovativa che caratterizza il Regolamento, pietra angolare della novella comunitaria sui *rating* è costituita dalla disciplina sull'indipendenza delle agenzie e sulla prevenzione dei conflitti di interessi in cui esse strutturalmente versano.

A livello di principio le società di *rating* sono obbligate ad adottare tutte le misure necessarie per garantire che l'emissione di un *rating* non sia influenzata da alcun conflitto di interesse, attuale o potenziale, o relazione d'affari riguardante l'agenzia che emette il *rating*, i suoi *manager*, analisti di *rating*, dipendenti o qualsiasi altra persona fisica i cui servizi sono messi a disposizione o sono sotto il controllo dell'agenzia di *rating* medesima o qualsiasi persona direttamente o indirettamente collegata ad essa da un legame di controllo.

Al fine di dare attuazione al principio generale appena indicato, il Regolamento pone una serie di obblighi strumentali, di natura organizzativa e strutturale, a cui le società di *rating* devono uniformarsi ove desiderino che i propri *rating* siano considerati conformi al Regolamento e quindi utilizzabili ai *fini regolamentari*.

I requisiti che le società di *rating* devono osservare per garantire la propria indipendenza e una concreta prevenzione dei propri conflitti di interesse sono di due specie: organizzativi e operativi.

I requisiti organizzativi che un'agenzia di *rating* deve possedere ai sensi del Regolamento sono evidentemente volti ad assicurare che gli interessi economici dell'agenzia non mettano a repentaglio l'indipendenza e l'accuratezza nello svolgimento dell'attività di *rating*. A tal fine, *inter alia*, l'alta dirigenza di una società di *rating* deve godere di buona reputazione e disporre di sufficiente capacità ed esperienza, garantendo la gestione sana e prudente dell'agenzia di *rating*.

Inoltre, sotto un profilo operativo, l'operatività delle società di *rating* è

significativamente ristretta in una serie di casi in cui il giudizio reso, o da rendere, sia potenzialmente compromesso, ad es. in caso di rapporti di partecipazione incrociati fra agenzia ed emittente valutato o di condivisione di alti dirigenti, ecc.

Infine, come da più parti auspicato, il Regolamento vieta alle società di *rating* di fornire servizi di consulenza all'entità valutata o a terzi collegati per quanto riguarda la loro struttura societaria o giuridica, il loro attivo e il loro passivo o le loro attività. Un'agenzia di *rating*, tuttavia, può fornire servizi diversi dall'emissione di *rating*, di natura ausiliaria alla propria attività caratteristica. Tali servizi ausiliari non costituiscono attività di *rating* del credito in senso stretto e ricomprendono le previsioni di mercato, le valutazioni delle tendenze economiche, l'analisi dei prezzi e altre analisi generali dei dati nonché i servizi di distribuzione connessi.

La regolamentazione del soggetto "società di *rating*" e della sua attività caratteristica non esaurisce la trattazione del nuovo impianto normativo comunitario in materia di *rating* in quanto gran parte del Regolamento è dedicata a previsioni di carattere più tecnico, che riguardano la procedura di registrazione delle agenzie, le modalità di "avallo" dei *rating* emessi in Paesi terzi, i poteri di vigilanza applicabili e i rapporti fra le autorità competenti.

4. IMPATTO DELLA NUOVA NORMATIVA SUGLI INVESTITORI: LA GIURISPRUDENZA

I paragrafi che precedono hanno messo in luce la complessità del ruolo svolto dalle società di *rating* nei mercati finanziari e la centralità che legislatori e operatori attribuiscono ai giudizi sul merito creditizio.

Tali giudizi, infatti, pur essendo basati su valutazioni complesse sono immediatamente ed intuitivamente comprensibili da tutti gli investitori, a prescindere dal relativo livello di competenza e profilo di rischio.

In virtù della buona reputazione che le società di *rating* si sono guadagnate negli anni, gli investitori ripongono un notevole affidamento nei giudizi da queste espressi, tanto che sempre più spesso il *rating* rappresenta il fattore di scelta principale e determinante, se non talvolta unico, delle loro politiche di investimento.

Le società di *rating* svolgono pertanto un ruolo positivo nei mercati finanziari, sia nell'ottica degli investitori sia in quella degli emittenti. Ai primi forniscono un'informazione sintetica che li aiuta a valutare con immediatezza i rischi connessi ad un determinato investimento; ai secondi, ove venga loro attribuito un *rating* favorevole, consentono di abbassare i costi di raccolta dei capitali.

Con l'incremento progressivo del volume degli investimenti sui mercati finanziari

da parte di soggetti non professionali, lo strumento del *rating* ha accresciuto la propria importanza in virtù della capacità di sintesi della ben più vasta e opaca informativa primaria di cui gode, con evidente beneficio soprattutto per gli investitori inesperti.

Ciò si è fatto ancor più evidente nell'economia degli ultimi anni in cui la globalizzazione dei mercati, la concorrenza tra emittenti e l'emissione di prodotti finanziari di ogni tipologia e complessità hanno reso sempre più difficile la ponderazione delle politiche di investimento da parte dei risparmiatori.

Il *rating* viene quindi a costituire, al contempo, un parametro selettivo che indirizza in maniera efficiente l'allocazione del risparmio e, di per sé considerato, un'autonoma informazione di secondo grado relativa ai prodotti finanziari cui è attribuito.

Il ruolo fondamentale del *rating* nell'ottica dell'investitore quale criterio principale, se non addirittura unico, che ne indirizza la scelta di investimento e quindi l'allocazione del risparmio a beneficio dei prenditori più meritevoli è affermata con estrema chiarezza dalla giurisprudenza italiana di merito.

È infatti ricorrente tra le Corti italiane la convinzione che incorra in responsabilità l'intermediario che non abbia segnalato al proprio cliente la valutazione operata dalle agenzie specializzate sul merito creditizio di un determinato emittente o prodotto finanziario.

Ciò in quanto il *rating* costituirebbe un fattore idoneo ad influenzare in modo rilevante il processo decisionale dell'investitore, con la conseguenza che la mancata comunicazione dello stesso da parte dell'intermediario incaricato rappresenterebbe la violazione dei più elementari obblighi informativi sottesi al rapporto contrattuale cliente-intermediario.

Emblematiche al riguardo sono, *inter alia*, le parole del Tribunale di Catania: «*l'intermediario finanziario, in qualità di operatore qualificato, ha il preciso obbligo di segnalare al risparmiatore in modo non generico ed approssimativo, la natura dell'investimento alla stregua della valutazione operata dalle maggiori agenzie di rating, trattandosi di un dato che costituisce fattore idoneo ad influenzare in modo rilevante il processo decisionale dell'investitore e che la banca è normalmente in grado di conoscere ed essendo comunque obbligata ad acquisire tali informazioni in base all'art. 26, comma 1, lett e), REG [...] (c.d. know your merchandise rule)*» [Trib. Catania, 5 maggio 2006, in *Resp. Civ.*, 2007, 912, con nota di G.Facci, *Il rating e la circolazione del prodotto finanziario: profili di responsabilità*; cfr. Trib. Pinerolo, 14 ottobre 2005; Trib. Cagliari, 2 gennaio 2006, anch'esse in *Resp. Civ.*, 2007, 912].

Ciò significa che l'intermediario che voglia agire con la diligenza richiesta all'operatore qualificato è tenuto ad informare il cliente dei rischi connessi alle specifiche

operazioni di investimento, segnalando la natura altamente rischiosa dell'investimento secondo le valutazioni operate dalle agenzie di *rating*.

In sostanza «*il rating costituisce un'informazione se non determinante, quanto meno indicativa del tipo di investimento che si è in procinto di effettuare e la sua mancata indicazione rappresenta la violazione dei più elementari obblighi informativi. L'intermediario pertanto ha il preciso obbligo di segnalare al risparmiatore in modo non generico ed approssimativo la natura dell'investimento alla stregua della valutazione operata dalle maggiori agenzie di rating, trattandosi di dato che costituisce fattore idoneo ad influenzare in modo rilevante il processo decisionale dell'investitore*» [Trib. Firenze, 6 luglio 2007, in *www.ilcaso.it*].

È così che, nonostante le agenzie di *rating* utilizzino nella pratica ampie formule (*disclaimer*) volte a sottolineare che i propri *rating* non rappresentano delle raccomandazioni di investimento/disinvestimento né forme di consulenza finanziaria, bensì mere opinioni (rimanendo quindi responsabile delle politiche di investimento esclusivamente l'investitore), il tema della responsabilità civile da informativa inesatta si fa sempre più attuale in quanto, come anticipato, nella mentalità comune il *rating* «*si pone come primo (e a volte unico) elemento di valutazione della rischiosità e, più in generale, della validità (rectius: redditività) di una determinata operazione*» [F.CAPRIGLIONE, *I «prodotti» di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche? (Riflessioni a margine della crisi causata dai mutui sub-prime)*, in *Banca e borsa*, 2008, I, 53].

Di conseguenza l'attribuzione di un *rating* non esaurisce i propri effetti nella sfera del rapporto contrattuale in essere fra agenzia ed emittente cliente, ma è intrinsecamente idoneo ad interagire anche sulla situazione giuridico-patrimoniale di soggetti che, pur essendo terzi rispetto all'attività negoziale anzidetta, si pongono in relazione con questa subendone le implicazioni.

Se quindi non v'è dubbio che il *rating* rappresenti una risorsa informativa estremamente utile per gli operatori del mercato, i problemi sorgono allorché l'operazione economica realizzata sulla base di un determinato *rating* non dia i profitti attesi, ovvero cagioni a chi ne usufruisce delle perdite. In tali evenienze è lecito domandarsi chi, tra l'agenzia di *rating* informante e l'investitore informato, debba sopportare la perdita o il mancato guadagno, ed eventualmente in che misura.

Si anticipa sin d'ora che, ad avviso della dottrina prevalente, la responsabilità dell'agenzia di *rating* nei confronti degli investitori terzi rispetto al rapporto contrattuale che ha giustificato l'emissione del *rating* rientra nelle maglie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., in ragione dell'estraneità dell'investitore rispetto al rapporto negoziale che lega emittente e agenzia di *rating*, sulla cui base il *rating* viene appunto

emesso.

Tuttavia, la questione potrebbe essere rimeditata ove si ritenga che l'entrata in vigore del Regolamento abbia spostato la prospettiva di osservazione del fenomeno, in modo da attrarre tale responsabilità nell'alveo della responsabilità da contatto qualificato in virtù del particolare *status* soggettivo di cui adesso godono le agenzie registrate ai sensi del Regolamento.

Diversi sono i casi che, in astratto, potrebbero dar luogo a responsabilità della società di *rating* per l'emissione di *rating* infondati o inesatti (o anche per aver mantenuto troppo a lungo *rating* non più rispondenti alla mutata realtà delle cose). Tipica è l'ipotesi in cui vengono a coesistere due differenti relazioni giuridiche: il rapporto negoziale fra società di *rating* ed emittente valutato (sulla cui base viene emesso il *rating* e poi monitorato ed eventualmente revisionato nel tempo) e il "contatto" che si viene a creare fra società di *rating* e investitori terzi ogni qual volta questi ultimi fondino, in tutto o anche solo in parte, le proprie politiche di investimento su *rating* pubblicati dall'agenzia, sulla cui genuinità e qualità ripongono particolare affidamento.

Il bene giuridico la cui violazione è lamentata dall'investitore che si asserisce pregiudicato da un *rating* inadeguato rispetto alla situazione economica, patrimoniale e finanziaria reale dell'emittente è la propria "libertà contrattuale". Si è soliti sostenere che la società di *rating*, attraverso l'assegnazione di un *rating* inesatto, avrebbe interferito nella libera determinazione dell'attività negoziale dell'investitore avendone alterato il ciclo corretto di formazione della volontà, dal momento che egli riponeva un legittimo affidamento sulla genuinità del giudizio emesso dall'agenzia e di riflesso sulla solvibilità dell'emittente valutato.

In concreto occorrerà verificare se, ai sensi del diritto italiano, l'affidamento incolpevole del risparmiatore nella genuinità, correttezza e qualità delle informazioni rese da un soggetto dalla reputazione particolarmente attendibile (quale è l'agenzia di *rating*) trovi un grado di protezione sufficiente ovvero sia destinato a cedere dinanzi ai principi di libertà di informazione.

In termini generali, la responsabilità dell'informante non deriva dalla pura e semplice inesattezza delle informazioni comunicate, bensì dalla negligenza nell'attività di assunzione e di monitoraggio delle notizie, e quindi la finalità dell'obbligazione "di mezzi" in capo al medesimo non è quella di fornire elementi certi sul buon esito delle operazioni commerciali cui le informazioni si riferiscono bensì quella di rendere le informazioni che è ragionevolmente possibile cogliere o formulare con rigorosa e oculata indagine.

Per quanto attiene all'onere probatorio, nel caso in cui la prestazione informativa

abbia avuto ad oggetto la (negligente) valutazione circa la solvibilità di un determinato imprenditore, l'informante (colpevole) è tenuto al risarcimento del danno cagionato solo «ove risulti che furono le favorevoli assicurazioni ricevute ad indurre il richiedente a concludere l'affare (...) e che senza di esse, e senza l'affidamento conseguentemente ripostovi, egli non avrebbe posto in essere l'operazione» [A.LUMINOSO, *Responsabilità civile della banca per false o inesatte informazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, 208].

ABSTRACT.

Il presente intervento intende fornire al lettore una ricostruzione sintetica delle principali disposizioni normative applicabili alle agenzie di rating (e, segnatamente, del Regolamento CE n. 1060/2009), in modo da comprendere se, ed eventualmente come, la recente novella abbia inciso sui rapporti fra agenzie di rating e investitori (ingiustamente lesi dall'aver riposto affidamento su un giudizio di rating poi rivelatosi inesatto).

In quest'ottica, l'intervento si articola nei seguenti passaggi:

(i) breve ricognizione della natura dei giudizi di credit rating e delle inefficienze che hanno caratterizzato l'operato delle agenzie di rating nel contesto della crisi della finanza strutturata;

(ii) disamina sintetica dei principi normativi recentemente introdotti dal Regolamento CE n. 1060/2009 sulle agenzie di rating; cenni sulla loro portata applicativa e sulla loro capacità di rispondere alle criticità riscontrate in merito all'operato delle agenzie nel contesto della crisi finanziaria;

(iii) cenni sulla capacità dei credit rating di influenzare in maniera determinante il percorso di formazione delle scelte di investimento del pubblico dei risparmiatori; richiami giurisprudenziali;

(iv) infine, avendo inquadrato obblighi e adempimenti in capo alle agenzie di rating e l'incidenza di tali giudizi nella formazione delle scelte di investimento, riferimenti alla questione dell'eventuale responsabilità civile delle agenzie nei confronti degli investitori che abbiano legittimamente riposto affidamento in un rating poi rivelatosi inesatto.

BIBLIOGRAFIA

- CAPRIGLIONE F., *I «prodotti» di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche? (Riflessioni a margine della crisi causata dai mutui sub-prime)*, in *Banca e borsa*, 2008, I, 20 ss.
- CERVONE E., *Riflessioni per un'indagine sulle agenzie di rating*, in *Riv. trim. dir. dell'economia*, 2009, 280 ss.
- COFFEE JR. J., *Gatekeepers. The Professions and Corporate Governance*, Oxford, 2006, 297 ss.
- DRIGO F., *La responsabilità delle agenzie di rating per il danno all'informato. L'esperienza statunitense*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 488 ss.
- FACCI G., *Le agenzie di rating e la responsabilità per informazioni inesatte*, in *Contratto e impr.*, 2008, 164 ss.
- FERRI G.– LACITIGNOLA P., *Le agenzie di rating*, Bologna, Il Mulino, 2009.
- HILL C., *Regulating the Rating Agencies*, Working Paper. No. 452022, Georgetown University Law Center, in www.ssrn.com, 2004.

- LUMINOSO A., *Responsabilità civile della banca per false o inesatte informazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, 189 ss.
- PARMEGGIANI F., *La regolazione delle agenzie di rating tra tentativi incompiuti e prospettive future*, in *Giur. comm.*, I, 2010, 121 ss.
- PERRONE A., *Le società di rating*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, Atti del convegno di Venezia del 10-11 novembre 2006, Milano, Giuffrè, 2007, 1023 ss.
- PICARDI L., *Il rating fra crisi e riforma dei mercati finanziari*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 713 ss.
- PRESTI G., *Le agenzie di rating: dalla protezione alla regolazione*, in Atti del convegno di Courmayeur del 26-27 settembre 2008 su I nuovi equilibri mondiali: imprese, banche, risparmiatori, Giuffrè, Milano, 2009, 75 ss.
- WYMEERSCH E.- KRUIHOF M., *Regulation and Liability of Credit Rating Agencies under Belgian Law*, in *The Belgian Reports to the 2006 Utrecht Congress of the International Academy of Comparative Law*, 2006, in www.ssrn.com.

6. L'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO

(Alfonso Ingenito)

SOMMARIO: 1.- L'Arbitro bancario finanziario (ABF) ed i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR). 2.- Le fonti normative dell'ABF: 2.a) le fonti comunitarie; 2.b) le fonti nazionali. La fonte legislativa; 2.c) le fonti regolamentari. 3.- Soggetti ed organi: 3.a) i soggetti delle controversie: clienti ed intermediari; 3.b) l'Arbitro bancario finanziario: sedi ed organi; 3.c) la Banca d'Italia: l'attività di segreteria tecnica; 3.d) le associazioni di categoria. 4.- L'ambito di applicazione ed il procedimento dell'ABF: 4.a) l'ambito di applicazione soggettivo; 4.b) l'ambito di applicazione oggettivo; 4.c) il procedimento. La fase di reclamo; 4.d) il ricorso. L'istruzione preliminare della controversia; 4.e) il procedimento dinanzi al collegio. La decisione. 5.- Considerazioni finali.

1. L'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO (ABF) ED I SISTEMI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE (ADR)

Nel ventennio a cavallo del nuovo millennio gli Ordinamenti dei Paesi dell'Unione europea hanno conosciuto una celere espansione degli strumenti, alternativi alla giurisdizione ordinaria, di composizione delle controversie nascenti dalla dinamica dei rapporti di scambio, ed in generale, di relazione, nei vari settori di mercato, primo tra tutti, quello relativo ai prodotti bancari e finanziari.

Tale sviluppo dei sistemi di ADR è stato incoraggiato soprattutto a livello comunitario, mediante consueto sapiente dosaggio di strumenti normativi più o meno cogenti a seconda degli scopi perseguiti e dei livelli di armonizzazione delle discipline interne, essendo possibile individuare il fattore propulsivo accomunante tali interventi nelle finalità di sostegno e di tutela dei consumatori: i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, infatti, assecondano (in una prospettiva di garanzia) l'aspetto di maggiore ed intrinseca problematicità che connota i consumatori, rappresentando essi, se considerati nella loro dimensione d'insieme, protagonisti essenziali alla sussistenza (e prosperità) del mercato (anche) dei prodotti bancari e finanziari; ma, se considerati *uti singulis*, i soggetti più deboli tra quelli che il mercato stesso annovera quali operatori.

In tal modo, nel contesto europeo, «si è assistito ad un fiorire di iniziative e di discipline normative nelle quali la conciliazione e l'arbitrato rivestono un'importanza fondamentale e, per certi aspetti, strategica nella gestione del contenzioso» (N. SOLDATI, *L'arbitrato bancario finanziario della Banca d'Italia*, in *Contratti*, 2009, 854).

Anche in Italia si è avuta, fin dai primi anni '90, una rapida proliferazione di organismi deputati alla risoluzione stragiudiziale delle controversie tra banche, imprese e clienti-consumatori; in particolare, a tali fini, la legge 29 dicembre 1993, n. 580, ha

autorizzato l'istituzione (art. 2, comma 4) di commissioni arbitrali e conciliative presso le singole Camere di commercio; l'ABI, con circolare del 1 febbraio 1993, n. 3 ha dato vita all'Ombudsman bancario; la Riforma del diritto societario (d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 e n. 6) ha affidato al Ministero della Giustizia la gestione di un Registro degli Organismi di conciliazione, tra i quali, con particolare riferimento al settore bancario, è da annoverare il Conciliatore bancario-finanziario, nel cui ambito, dal 1 giugno 2007, è confluito l'Ombudsman bancario; infine, con d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 è stata creata, in seno alla CONSOB, una Camera di conciliazione ed arbitrato con competenze circoscritte al contenzioso tra investitori ed intermediari finanziari.

L'elencazione, nonostante la sua schematicità, è sufficiente ad evidenziare la sussistenza, nell'Ordinamento italiano, di un «micro-sistema di norme dedicato agli strumenti alternativi di composizione delle controversie» (S. RUPERTO, *L'«Arbitro bancario finanziario»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 327).

In tale contesto è divenuto operativo, dal 15 ottobre 2009, anche l'Arbitro Bancario finanziario, un «nuovo sistema» di ADR la cui essenza è difficile sintetizzare altrimenti, collocandosi l'istituto al punto di confluenza: tra precedenti esperienze del settore, e caratteri di novità da queste ultime suggeriti; tra funzionalità, dinamicità dell'autoregolamentazione, e eteronomia, controllo pubblici; tra tutela dei risparmiatori (in special modo «piccoli») ed efficienza del mercato finanziario nel suo complesso. Un «nuovo sistema» interamente fondato su «trasparenza» e «fiducia» tra risparmiatori ed intermediari bancari e finanziari, in una prospettiva di virtuosa autodisciplina del mercato, con tutti i vantaggi ad essa conseguenti soprattutto a beneficio dei consumatori e, non ultima, la deflazione del contenzioso giudiziario ordinario.

Le peculiarità del nuovo meccanismo, che valgono a distinguerlo sia, e a dispetto del nome, dai modelli di arbitrato, sia da quelli di conciliazione, non sono, peraltro, scevre dal creare aporie in sede di riconduzione agli schemi e modelli della dommatica civilistica e processualistica (cfr., al riguardo, le considerazioni di RUPERTO, *L'Arbitro, passim*).

2. LE FONTI NORMATIVE DELL'ABF

L'assetto sia strutturale, che operativo dell'Arbitro bancario finanziario è disciplinato da molteplici fonti normative: innanzitutto, quella comunitaria; e, a livello nazionale, quella legislativa e quella regolamentare a portata generale.

2.a) le fonti comunitarie.

La raccomandazione della Commissione europea del 30 marzo 1998 (98/257/

CE) riguardante i «*principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*» ne reca quelli di carattere generale che permeano (o dovrebbero permeare) uniformemente e costantemente la disciplina interna.

In sintetica rassegna, essi sono: il principio di indipendenza del sistema di ADR, che sottende l'imparzialità ed indipendenza dei suoi organi, e, in caso di collegialità del meccanismo di pronuncia, la rappresentanza paritaria dei titolari dei contrapposti interessi; il principio di trasparenza della procedura, da realizzarsi mediante adeguata chiarezza e pubblicità degli ambiti soggettivi, oggettivi e territoriali di applicazione dello strumento di ADR, dei suoi costi e del valore giuridico della sua pronuncia; il principio del contraddittorio, pur senza l'obbligo di audizione orale delle parti; il principio di efficacia, che implica la facoltatività della rappresentanza legale da parte del consumatore la gratuità o quasi-gratuità e la brevità delle procedure; il principio di legalità, secondo cui la soluzione stragiudiziale non deve violare le norme imperative nazionali e deve essere motivata ed idoneamente comunicata agli interessati; il principio di libertà, che vieta sia la vincolatività delle pronunce in assenza della sua previa accettazione da parte del consumatore, sia l'imposizione, a quest'ultimo, della alternatività della procedura di ADR alle ordinarie giurisdizioni, anteriormente al sorgere della controversia; infine, il principio di libera rappresentanza durante l'intero procedimento.

2.b) le fonti nazionali. La fonte legislativa.

L'art. 128-*bis* del Testo unico bancario (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385), introdotto dall'art. 29 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 (c.d. legge sul risparmio) e poi modificato dall'art. 1, comma 6, d.lgs. 26 dicembre 2006, n. 303, dispone, al primo comma, che «*i soggetti di cui all'art. 115 [del medesimo TUB] aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela*», e nei due commi susseguenti affida ad una successiva «*deliberazione del CICR*» la determinazione dei criteri «*di svolgimento delle procedure*» e «*di composizione dell'organo decidente*», recependo a rango di legge ordinaria una selezione dei principi appena elencati, e, in particolare: l'imparzialità dell'organo, la rappresentatività dei soggetti interessati, la rapidità ed economicità della procedura, l'effettività della tutela ed il rispetto del diritto della clientela di ricorrere «*a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento*».

«Sul piano sistematico, la collocazione dell'art. 128-*bis* nel Titolo VI del t.u.b. è giustificato dal fatto che l'adesione a sistemi efficaci per la decisione stragiudiziale delle liti incentiva il rispetto dei principi di trasparenza e di correttezza nella relazione con il cliente» (M.R. LA TORRE, *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore*

finanziario, Cedam, Padova, 2010, 256).

2.c) le fonti regolamentari.

Costituisce fonte regolamentare di primo livello la Deliberazione del 29 luglio 2008, n. 275 emanata dal Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio e volta a disciplinare i tratti essenziali del nuovo sistema di ADR, ed in particolare, il campo d'applicazione, la struttura e le regole procedurali fondamentali.

Con la stessa delibera (cfr. art. 7), poi, il CICR ha affidato alla competenza regolamentare (di secondo livello) della Banca d'Italia la definizione degli aspetti integrativi ed applicativi della disciplina stessa. La Banca d'Italia vi ha provveduto innanzitutto emanando, il 18 giugno 2009, le «*Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari*» (di seguito, 'Disposizioni') con le quali, per la prima volta, si attribuisce al sistema la denominazione di *Arbitro Bancario finanziario*; in particolare, l'istituto ha avviato, relativamente alle stesse un procedimento di consultazione (conclusosi il 31 maggio 2009), tenendo conto, poi, in sede di stesura finale, di osservazioni critiche e suggerimenti, riassunti in un apposito «*Resoconto*». È, inoltre, del 29 luglio 2009 l'emanazione della disciplina sulla «*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*» (di seguito, 'disciplina sulla trasparenza'). Le due fonti regolamentari sono state, poi, modificate con provvedimento del 15 febbraio 2010, conformemente al recepimento (con d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11) della direttiva 2007/64/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2007, sui servizi di pagamento nel mercato interno. Con altri provvedimenti la Banca d'Italia ha, inoltre, fissato il «*Regolamento per il funzionamento dell'Organo decidente dell'ABF*», il «*Codice deontologico per i componenti dell'Organo decidente*»; la misura dei compensi attribuiti ai componenti dei collegi dell'ABF.

Si darà conto, nel prosieguo, sia del contenuto normativo essenziale di tali fonti (distinguendo un'analisi dei soggetti e degli organi ed un'altra della procedura), sia delle critiche talvolta sollevate dalla dottrina sulle modalità con cui la schematizzata delegificazione è stata concretamente attuata.

3. SOGGETTI ED ORGANI

3.a) i soggetti delle controversie: clienti ed intermediari.

Tra le categorie di soggetti i cui interessi sono coinvolti dal meccanismo dell'ABF un ruolo di assoluta preminenza è assunto da quella che l'art. 128-*bis* t.u.b. definisce

come «*clientela*», rendendosi necessarie, in proposito, alcune precisazioni.

La versione originaria dell'art. 128-*bis*, come introdotta dall'art. 29, comma 1, l. 262/2005, si riferiva esclusivamente ai «*consumatori*» («*I soggetti di cui all'articolo 115 aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con i consumatori*»). Inizialmente, dunque, il Legislatore italiano ha operato una pedissequa attuazione delle politiche comunitarie del settore, coagulate nella raccomandazione della Commissione europea del 30 marzo 1998. È, d'altro canto, innegabile che i consumatori siano i destinatari primari della riforma *de quo*, la quale, in una complessiva ottica garantista, ha modellato struttura e caratteristiche dell'ABF (soprattutto) al fine di riequilibrare la loro intrinseca debolezza tecnica ed economica. Successivamente, l'art. 1, comma 6, d.lgs. 26 dicembre 2006, n. 303, sostituendo al lemma «*consumatori*» quello di «*clientela*» ha ampliato l'ambito di applicazione (soggettiva) dell'ABF, all'evidente scopo di preordinare quest'ultimo non (più) solo alla tutela dei consumatori, ma anche al perseguimento degli ulteriori (e sinergici) benefici dei quali esso può essere foriero, a vantaggio dell'intero mercato dei prodotti bancari e finanziari e della deflazione del contenzioso giudiziario ordinario.

La definizione di «*cliente*» (elaborata dal CIRC e, per ciò che concerne l'attività regolamentare della Banca d'Italia, dapprima meramente riproposta -provvedimento del 18 giugno 2009- e poi integrata -provvedimento del 15 febbraio 2010- alla luce del recepimento della direttiva comunitaria sui servizi di pagamento) è, conseguentemente, assai ampia, essendo delimitata in senso sia positivo («*soggetto che ha o ha avuto con un intermediario un rapporto contrattuale avente ad oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari, ivi compresi i servizi di pagamento*») sia negativo, escludendo unicamente i «*soggetti che svolgono in via professionale l'attività di intermediazione nei [pressoché corrispondenti] settori bancario, finanziario, assicurativo, previdenziale e dei servizi di pagamento*», e potendo, dunque, rientrarvi anche enti pubblici o privati, enti non riconosciuti o riconosciuti, fondazioni, società di persone o di capitali senza preclusioni dimensionali.

Eccettuata la detta esclusione, dunque, la nozione di «*cliente*» è suscettibile di ricomprendere, per quel che più interessa, due differenti sottoinsiemi, dei quali fanno parte, rispettivamente, i consumatori, e gli altri contraenti diversi da questi ultimi, ossia i professionisti/imprenditori.

La distinzione tra le due categorie non è scevra da conseguenze di rilievo.

Innanzitutto, all'esito della congenita debolezza tecnico-economica dei consumatori rispetto ai professionisti/imprenditori, le norme di protezione introdotte a favore dei primi garantiscono loro diritti e situazioni soggettive azionabili unicamente da essi, e,

viceversa, preclusi ai secondi. Né è, da ultimo, un esempio la disciplina sulla trasparenza ove si precisa chiaramente che «alcune previsioni delle presenti disposizioni si applicano esclusivamente nei rapporti con i consumatori» (sez. I, § 1.2, alinea 2).

Inoltre, e conseguentemente, ciò non può non riverberarsi sulla struttura e, soprattutto, sulla procedura dell'ABF, laddove la distinzione tra le due tipologie di clienti comporta, ad esempio, ripercussioni sulla composizione dell'organo giudicante.

Controparti dei clienti, ossia gli «intermediari» sono, ai sensi dell'art. 128-bis, t.u.b. «I soggetti di cui all'articolo 115» del t.u.b. stesso. Al fine di una loro corretta individuazione è opportuno ricorrere ad una interpretazione sistematica oltre che delle disposizioni appena citate, delle relative norme regolamentari, e della disciplina sulla trasparenza. Conseguentemente, sullo sfondo del riferimento, contenuto nell'art. 128-bis t.u.b., al titolo VI del testo unico bancario, relativo alla «Trasparenza delle condizioni contrattuali», il cui Capo I si apre per l'appunto con l'art. 115, e proseguendo sulla scorta dei richiami, in sede regolamentare, dei soggetti la cui attività è disciplinata dagli artt. 106 e 107 t.u.b., le controparti (contrattuali, prima ancora che nel procedimento dinnanzi all'ABF) dei clienti coincidono con gli intermediari bancari e finanziari che, italiani o comunitari, siano sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia e che, in ogni caso, siano obbligati, in base alla Sezione XI delle disposizioni sulla trasparenza, ad istituire un ufficio reclami, con l'esclusione dei mediatori creditizi (che non sono destinatari della disciplina sulla trasparenza –cfr. sez. VIII-) delle casse peota e, in generale, delle strutture che non gestiscono rapporti con il pubblico.

Sono, all'opposto, da ricomprendervi le banche, gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106 e 107 t.u.b., i confidi (art. 155, comma 4, t.u.b.), i cambiavalute (art. 155, comma 5, t.u.b.), gli intermediari esteri che svolgano in Italia le attività di cui al Titolo VI t.u.b., gli istituti sia di moneta elettronica, che, naturalmente, di pagamento, questi ultimi, all'esito del recepimento della direttiva comunitaria sui corrispondenti servizi.

Con evidente laconicità, l'art. 128-bis t.u.b., nonché l'art. 2, comma 1, della delibera del CIRC stabiliscono che gli intermediari così individuati «aderiscono a sistemi stragiudiziali di controversie». La Banca d'Italia, in sede attuativa, ha tradotto tale *voluntas legis* in un vero e proprio obbligo di adesione degli intermediari all'ABF, stabilendo, altresì, che «l'adempimento di questo obbligo costituisce una condizione per lo svolgimento della attività bancaria e finanziaria, e per la prestazione di servizi di pagamento» (sez. II, alinea 1, Disposizioni). Ciò, se, su di un piano giuridico-domatico, è stato criticato da attenta dottrina, essendo più corretto discorrere di «onere», anche al fine di non rinverdire risalenti teorie in tema di arbitrato obbligatorio (RUPERTO, *L'Arbitro*,

330), su di un piano concreto e fattuale, può valutarsi, invece, positivamente giacché efficace ai fini del buon funzionamento del sistema dell'ABF.

In tale ottica, l'adesione *de quo*, che deve comunque pervenire «*per iscritto*» alla Banca d'Italia, Servizio Rapporti Esterni e Affari Generali, Divisione Rapporti Intermediari e Clienti presso la sede di Roma, varia a seconda che l'intermediario, per un verso, partecipi o meno ad associazioni della propria categoria e per altro verso, abbia sede in Italia o in un altro Stato membro dell'Unione europea.

Per ciò che attiene al primo aspetto, bisogna premettere che le c.d. «*associazioni degli intermediari*» si configurano come ulteriori soggetti del sistema, prendendo parte al funzionamento di quest'ultimo attivamente, benché marginalmente, previo riconoscimento da parte della Banca d'Italia, se in possesso di «*requisiti di ampia diffusione territoriale e di adeguata rappresentatività degli intermediari*» (sez. III, § 2, alinea 3, Disposizioni). Se questi ultimi ne sono membri, sono le associazioni stesse ad effettuare per conto di quelli la comunicazione (ella manifestata volontà di) adesione all'ABF; in caso contrario, ogni intermediario provvede autonomamente alla comunicazione, essendo però obbligato a designare comunque una associazione riconosciuta di riferimento ai fini dell'adempimento degli ulteriori oneri.

Invece, gli intermediari che hanno sede in altro Stato della Comunità europea ed intendano iniziare o continuare a prestare (liberamente, ai sensi del Titolo III, capi III e VI, TCE) servizi bancari e finanziari in Italia possono, quale condizione a tal fine, o aderire all'ABF al pari degli intermediari italiani, o, in alternativa, comunicare alla Banca d'Italia l'adesione e sottoposizione, nel proprio Paese di origine, ad un equivalente sistema di ADR, a condizione che quest'ultimo partecipi alla c.d. Fin-Net, rete promossa dalla Commissione europea a scopi di garanzia e tutela dei consumatori per la risoluzione stragiudiziale delle controversie transfrontaliere nel settore dei servizi bancari, finanziari ed assicurativi.

Dai valori della trasparenza e della fiducia, obiettivi che l'ABF si prefigge di accrescere nei rapporti tra clienti ed intermediari, deriva un ulteriore dovere a carico di questi ultimi, ossia l'istituzione (e la proficua gestione) di un «*ufficio reclami o di un responsabile della funzione di gestione dei reclami con la clientela*» (sez. VI, § 1, alinea 3, Disposizioni) che diviene presupposto essenziale sia in un'ottica di virtuosa autoregolamentazione del mercato sia quale struttura organizzativa di base del meccanismo e dello stesso procedimento dell'ABF; funzionalmente a tutto ciò, la Banca d'Italia obbliga, tra l'altro, tale ufficio o responsabile ad un costante e continuo aggiornamento in merito alla giurisprudenza dell'ABF, i cui orientamenti, pur senza assurgere a dignità di precedenti vincolanti, devono però costituire un fermo punto di riferimento, auspicandosi,

altresi, una progressiva diminuzione del contenzioso.

3.b) l'Arbitro bancario finanziario: sedi ed organi.

La struttura dell'Arbitro bancario finanziario si articola, territorialmente, in tre collegi, localizzati presso le sedi della Banca d'Italia di Milano, Roma e Napoli.

La composizione di ciascun collegio, ed i criteri di scelta dei suoi membri sono improntati al rispetto di imparzialità e rappresentanza/rappresentatività delle categorie di interessi coinvolti, ossia ai principi prescritti fin dalle fonti comunitarie ed ai quali i regolamenti attuativi di primo e secondo livello si sono formalmente attenuti.

Ogni collegio è, così, formato da cinque componenti effettivi ed altrettanti (o più) supplenti. Mentre tutti *«i componenti dell'organo giudicante sono nominati con provvedimento della Banca d'Italia»* (sez. III, § 2, alinea 7), variano, invece, le modalità di designazione degli stessi: la Banca d'Italia, infatti, provvede a selezionarne, tre, rispettivamente, effettivi e supplenti e, tra essi, il Presidente.

Gli altri due membri, sia effettivi che supplenti, sono invece scelti in numero di uno per parte dalle associazioni degli intermediari e dalle associazioni rappresentative sia dei consumatori che degli altri «clienti» (con alternanza, in tale ultimo caso, nella costituzione dei collegi in base alle categorie di volta in volta coinvolte).

Dell'associazione degli intermediari si è già detto. L'associazione dei consumatori è individuata nel Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti (CNCU) di cui all'art. 136 del codice di consumo. Per le altre categorie di clienti, le relative associazioni di riferimento sono considerate tali se *«raccolgono, anche attraverso accordi con altre associazioni di categoria, un significativo numero di clienti distribuiti sull'intero territorio nazionale e che hanno svolto attività continuativa nei tre anni precedenti»* (sez. III, § 2, alinea 5, Disposizioni).

Solo *«in casi eccezionali* [come, ad esempio, in presenza di un'unica associazione riconosciuta], *ove sussistano comprovate esigenze di specializzazione e di rappresentatività dei componenti e a condizione che ciò non pregiudichi l'economicità e l'efficienza della procedura, la Banca d'Italia può consentire che un organismo associativo designi più componenti dell'organo decidente, che si alternino in funzione delle caratteristiche del ricorso»* (sez. III, § 2, alinea 4, Disposizioni).

Tutti i componenti, per poter essere prima designati, e poi nominati tali, purchè non ricoprano cariche politiche, devono possedere severi e specifici requisiti di: *esperienza e professionalità* (e perciò scelti tra docenti universitari in discipline giuridiche o economiche, professionisti iscritti da almeno 12 anni ai corrispondenti albi professionali -avvocati e dottori commercialisti-, magistrati in quiescenza o altri soggetti in possesso di

una significativa e comprovata competenza in materia bancaria, finanziaria o di tutela dei consumatori); *integrità* (essendo preclusa la nomina a soggetti che siano stati condannati penalmente, interdetti anche solo temporaneamente da pubblici uffici o assoggettati a misure di prevenzione e sicurezza); *indipendenza* (non potendo essere nominati componenti coloro che, nel biennio precedente, abbiano ricoperto cariche sociali o svolto attività di lavoro subordinato o autonomo o di collaborazione coordinata e continuativa presso gli intermediari, i clienti-consumatori e le rispettive associazioni).

Ulteriori garanzie di imparzialità, funzionalità ed efficienza dei collegi conseguono alla sottoposizione di tutti i suoi componenti, a pena di decadenza dall'ufficio o revoca per giusta causa, al rispetto sia del codice deontologico appositamente predisposto dalla Banca d'Italia ed austeramente modellato sul corrispondente codice di avvocati e magistrati, sia di condotte improntate ad un impegno attivo, diligente, e costante.

I presidenti di collegio restano in carica per cinque anni e ricevono un compenso annuo di € 20.000 oltre ad un «*gettone di presenza*» a seduta di € 1.500; per gli altri componenti effettivi la durata della carica è di tre anni, il compenso annuo di € 10.000 ed il gettone di presenza di € 1.000, quest'ultimo, di ammontare pari a quello (unicamente) spettante ai componenti supplenti. Per tutti il mandato è rinnovabile una sola volta.

I compensi dei componenti nominati dalle associazioni degli intermediari sono a carico di questi ultimi; i compensi di tutti gli altri sono assolti dalla Banca d'Italia.

3.c) la Banca d'Italia: l'attività di segreteria tecnica.

Indispensabile al funzionamento del sistema di cui consta nel suo complesso l'ABF è l'attività che la Banca d'Italia svolge a molteplici livelli.

Essa, innanzitutto, opera sullo sfondo del meccanismo di ADR, sia a monte, predisponendo le norme regolamentari, da ultime, quelle relative alla trasparenza, cui gli intermediari devono attenersi, sia a valle, potendo trarre dai lavori e dall'andamento dell'ABF utili spunti volti da un canto, ad implementare in una sorta di circolo virtuoso l'attività regolamentare, e, d'altro canto a correggere, nell'ambito della propria funzione di controllo e vigilanza, le pratiche ed i comportamenti irregolari o sconvenienti, avendo come scopo finale l'efficienza e la prosperità del settore di mercato di propria competenza.

Ancora, la Banca d'Italia partecipa attivamente alla procedura ed al funzionamento dell'ABF, sia mediante intervento diretto, sia indirettamente, tramite l'attività di segreteria tecnica.

Per quanto attiene al primo aspetto, la Banca d'Italia, senza pretesa di esaustività, effettua il riconoscimento delle associazioni degli intermediari entro 60 giorni dalla relativa

istanza; raccoglie le comunicazioni di adesione all'ABF da parte degli intermediari, o delle loro associazioni; vigila sulla designazione dei componenti dei collegi, potendo sollecitare le competenti associazioni di categoria in caso di inerzia, e chiedere alle stesse l'esibizione della documentazione attestante il rispetto dei requisiti da parte dei componenti; relativamente a questi ultimi, provvede, in ogni caso, alla loro nomina formale, ed alla liquidazione dei compensi spettanti ai componenti (effettivi e supplenti) designati da essa stessa e dalle associazioni dei clienti; valuta le giustificazioni dei medesimi componenti in caso di comportamento inoperoso o scorretto, potendo dichiararne la decadenza dall'ufficio o la revoca per giusta causa, provvedendo, in tutti i casi di necessità, alla temporanea nomina di componenti provvisori dei collegi, per garantire l'efficienza e la funzionalità di questi ultimi.

«Per ciascuno dei collegi in cui si articola territorialmente l'organo decidente, l'attività di segreteria tecnica è svolta da una struttura all'uopo dedicata presso le Sedi della Banca d'Italia di Milano, Roma e Napoli» (sez. IV, § 1, alinea 2, Disposizioni). Ciò premesso, volendo riassumere i compiti e le attribuzioni svolti dalla segreteria tecnica, può dirsi ch'essa compendia, con tutti gli adattamenti del caso, le funzioni che nei tribunali ordinari (a composizione collegiale) sono proprie della cancelleria e del giudice istruttore. Assimilabili alla attività di cancelleria sono ad esempio, la ricezione dei ricorsi dei clienti, delle controdeduzioni degli intermediari, della rispettiva documentazione e la formazione dei conseguenti fascicoli, rendendoli disponibili alla libera consultazione dei membri dei collegi competenti; l'assistenza alle riunioni di questi ultimi, con redazione del relativo verbale; la cura di tutte le comunicazioni alle parti nel corso della procedura, nonché la trasmissione al cliente, che ne abbia fatta richiesta in sede di ricorso, di copia delle controdeduzioni dell'intermediario; la pubblicazione per via telematica delle decisioni dell'ABF.

Paragonabili ad una vera e propria attività istruttoria sono, invece, l'accertamento della regolarità completezza, e tempestività della documentazione di clienti ed intermediari, o, viceversa, della palese irricevibilità/inammissibilità del ricorso; l'istruzione di quest'ultimo e la predisposizione di una relazione da sottoporre a ciascun componente del collegio.

Inoltre, la segreteria tecnica fissa il calendario delle riunioni dei collegi, assicurandosi che la composizione di questi ultimi rispecchi la *«tipologia delle parti coinvolte nel ricorso oggetto di trattazione, verificando che siano presenti i membri designati dalle pertinenti associazioni dei clienti e degli intermediari»* (sez. III, § 4, alinea 2, Disposizioni); riceve le comunicazioni relative alla condizione di indisponibilità, impedimento o conflitto di interessi da parte di ciascun componente, provvedendo alla tempestiva convocazione di

un membro supplente.

In generale, le segreterie tecniche svolgono, nei limiti delle funzioni loro attribuite, un ruolo di guida ed ausilio a (tutto) favore dei clienti. In particolare, esse, in sede di controllo preliminare del ricorso, possono interagire con i clienti (o loro associazioni) invitandoli a regolarizzarne taluni requisiti formali o contenutistici, se del caso, esortandoli a completare o integrare la documentazione prodotta.

Inoltre, nelle ipotesi in cui il cliente abbia intrattenuto un rapporto contrattuale con un intermediario che abbia sede in uno dei Paesi della Comunità europea, e che abbia dichiarato di essere ivi assoggettato ad un sistema di risoluzione alternativa delle controversie aderente alla rete Fin-net, la segreteria tecnica *«fornisce al cliente ogni informazione utile sul funzionamento della rete, presta assistenza al medesimo nella predisposizione del ricorso, cura le comunicazioni tra il cliente e il sistema di ADR competente per la trattazione del ricorso e, su richiesta di quest'ultimo, fornisce collaborazione tecnica e giuridica in ordine alle questioni oggetto del ricorso»* (sez. VII, § 1, alinea 2, Disposizioni)

Le tre segreterie tecniche sono coordinate da un'apposita struttura presso l'Amministrazione centrale della Banca d'Italia, tra le cui principali funzioni è da annoverare la gestione accentrata dell'archivio informatico, l'assolvimento delle modalità di partecipazione dell'ABF alla rete Fin-net e la predisposizione della *Relazione annuale* su l'attività dell'intero sistema e le decisioni adottate, prescritta fin'anche dalla raccomandazione della Commissione europea del 30 marzo 1998.

3.d) le associazioni di categoria.

Si è già avuto modo di accennare, per esigenze di chiarezza espositiva, alle associazioni sia degli intermediari, sia dei clienti, e, tra queste, in particolare, al CNCU ex art. 136 del codice del consumo.

In generale (ed in sintesi) ciò che accomuna dette associazioni è la funzione di raccordo con le segreterie centrali e con la Banca d'Italia; le finalità di tale raccordo si differenziano, però in base alle categorie di soggetti di cui quelle sono espressione.

In tal modo, è auspicabile che l'associazione dei consumatori, in una dimensione di tutela, informi e guidi ciascuno di essi, rispettivamente, sulla possibilità di reclamo/ricorso e nella corretta predisposizione di quest'ultimo, esercitando anche un controllo, anticipato rispetto a quello delle segreterie tecniche, sulla completezza e sulla regolarità formale dello stesso (cfr. sez. VI, § 2, alinea 5, Disposizioni).

Viceversa, alle associazioni degli intermediari, in un'ottica di vigilanza e controllo preventivi, spetta di comunicare alla segreteria tecnica i nominativi degli intermediari che

non hanno assolto all'onere contributivo relativo alla copertura finanziaria dei compensi dei designati componenti dei collegi giudicanti. Gli intermediari inadempienti, infatti, sono soggetti a sanzioni per mancata cooperazione.

Spurie restano, all'evidenza, le finalità delle associazioni dei professionisti/imprenditori, alle quali non può essere ascritta alcuna funzione riequilibratrice della posizione dei loro aderenti. La loro cooperazione, all'esito, non può che essere, giocoforza, valutata positivamente solo ai fini della intrinseca efficienza del mercato, e della deflazione del contenzioso giudiziario, valori, questi ultimi, sottesi all'intero sistema dell'ABF.

4. L'AMBITO DI APPLICAZIONE ED IL PROCEDIMENTO DELL'ABF

4.a) l'ambito di applicazione soggettivo.

Tracciare i confini dell'ambito di applicazione soggettivo del sistema dell'Arbitro bancario finanziario implica anche individuare, secondo concetti propri del diritto processuale, i criteri di legittimazione (attiva e passiva) a ricorrervi.

In proposito è sufficiente evidenziare una duplice coincidenza: la prima sussiste tra lo stesso ambito di applicazione in parola e le già definite nozioni di «cliente» ed «intermediario»; la seconda, tra queste ultime e le categorie dei soggetti legittimati, rispettivamente in senso attivo e passivo ad adire l'ABF.

In altri termini, sussiste un diritto esclusivo dei soli «clienti» (legittimati attivi) a ricorrere al sistema di risoluzione delle controversie; e ciò, nei confronti dei soli «intermediari» (legittimati passivi). L'esclusività di siffatto diritto di azione, nell'apparente silenzio, sul punto, dell'art. 128-*bis* t.u.b., è stato sancito dall'art. 5 della delibera del CIRC, ed è, a prescindere dalle critiche sollevate dalla dottrina circa l'insito eccesso di delega, da valutarsi positivamente almeno da un punto di vista concreto, perché consono alla funzione di promozione e tutela dei «clienti», e, tra questi, soprattutto dei consumatori, cui è improntata l'intera disciplina dell'ABF.

4.b) l'ambito di applicazione oggettivo.

Discorrere di ambito oggettivo, significa invece, sempre in aderenza a schemi processualistici, tracciare un quadro delle competenze territoriali, per materia e per valore dell'Arbitro bancario finanziario.

I collegi con sede a Milano, Roma, Napoli sono, rispettivamente competenti a pronunciarsi sui ricorsi dei clienti che hanno eletto domicilio in: (i) Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Trentino-Alto Adige, Valle d'Aosta, Veneto; (ii) Lazio, Marche, Sardegna, Toscana, Umbria; (iii) Basilicata, Calabria,

Campania, Molise, Puglia, Sicilia. Il collegio di Roma conosce, inoltre, dei ricorsi presentati da clienti domiciliati all'estero (sez. III, § 1, Disposizioni).

A fini allocativi della competenza territoriale, è attribuita al cliente-consumatore, la facoltà di eleggere, in sede di ricorso, il domicilio ritenuto più conveniente; ciò si traduce, in buona sostanza, nella possibilità di scegliere a proprio vantaggio il collegio da adire.

Per ciò che attiene alla competenza per materia, all'ABF possono essere sottoposte, in via di prima approssimazione, tutte le controversie *«relative a operazioni e servizi bancari e finanziari»* ed aventi ad oggetto l'accertamento di *«diritti»* e *«facoltà»* riconosciuti ai clienti, ed *«obblighi»* a carico degli intermediari (cfr. sez. I, § 4, Disposizioni), scaturenti da rapporti di natura sia contrattuale che precontrattuale.

Tale regola generale subisce le seguenti limitazioni, esclusioni ed eccezioni.

Innanzitutto, e coerentemente ad una interpretazione sistematica della materia, la cognizione dell'Arbitro è circoscritta ai servizi bancari e finanziari assoggettati alla disciplina del Titolo VI del testo unico bancario, ai quali occorre, per altro, sottrarre quelli espressamente esclusi dall'art. 23, comma 4, del testo unico finanziario (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), relativi ai servizi ed alle attività di investimento ed alla gestione collettiva del risparmio, rientranti nella competenza della Camera di conciliazione ed arbitrato istituita presso la CONSOB.

Al riguardo, in considerazione delle affinità che sussistono tra le due tipologie di servizi bancari/finanziari e di investimento, la soluzione delle problematiche attinenti ad una esatta delimitazione delle reciproche competenze tra ABF e Camera di conciliazione ed arbitrato è stata affidata alla stipula di un protocollo d'intesa tra i due sistemi di ADR. Può, inoltre, farsi all'uopo riferimento ai criteri stabiliti dalla disciplina sulla trasparenza.

Il cliente-consumatore che voglia agire in autonomia, è, comunque, assistito e facilitato in sede di (eventuale) ricorso, da un percorso telematico di guida ed orientamento, disponibile sul sito *web* dell'ABF. Rientrano, in ogni caso, nella competenza di quest'ultimo le operazioni di credito al consumo, giusto anche il disposto dell'art. 23, comma 4, t.u.f.

Vige espressa esclusione anche avverso le *«richieste di risarcimento dei danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario»* (secondo una formula ricalcata sull'art. 1223 c.c.) e le *«questioni relative a beni materiali o a servizi diversi da quelli bancari e finanziari oggetto del contratto tra il cliente e l'intermediario ovvero di contratti ad esso collegati (ad esempio, quelle riguardanti eventuali vizi del bene concesso in leasing o fornito mediante operazioni di credito al consumo; quelle relative alle forniture connesse a crediti commerciali ceduti nell'ambito di operazioni di factoring)»* (sez. I, § 4, alinea 2, Disposizioni).

Per quanto concerne la competenza per valore, espunto ogni riferimento ai casi in cui

esso sia indeterminabile, non ne è previsto alcun limite nelle ipotesi di (mero) accertamento di diritti, obblighi e facoltà; viceversa, nel caso in cui si richieda la corresponsione di somme di denaro a qualunque titolo, il valore del ricorso non può, a pena d'incompetenza, superare i 100.000 euro.

Altre limitazioni dell'ambito di applicazione oggettivo dell'ABF attengono, più propriamente al piano della inammissibilità/improcedibilità dei ricorsi, prime tra tutte quelle conseguenti alla disciplina generale sulla prescrizione dei diritti.

Sono state, parimenti, escluse dalla cognizione dell'Arbitro (cfr. sez. I, § 4, alinea 3 e 4, Disposizioni): le controversie «*relative a operazioni o comportamenti anteriori al 1° gennaio 2007*» per non congestionarlo di lavoro nelle fasi iniziali; le controversie «*già sottoposte all'autorità giudiziaria*», attribuendo un tale effetto anche alle adesioni dei consumatori alle azioni collettive ex art. 140 cod. consumo; le controversie «*rimesse a decisione arbitrale*» e, infine quelle «*per le quali sia pendente un tentativo di conciliazione ai sensi di norme di legge*». Nel caso in cui, però, la conciliazione non abbia buon esito, il cliente-consumatore ha facoltà, entro 6 mesi, di investire della medesima questione l'Arbitro bancario finanziario, anche oltre il termine decadenziale previsto.

In base al generale principio del *ne bis in idem*, non possono, naturalmente, essere riproposte all'ABF controversie sulle quali quest'ultimo si sia già espresso.

4.c) il procedimento. La fase di reclamo.

«Il contenimento dei rischi legali e di reputazione degli intermediari e l'efficiente funzionamento dei sistemi stragiudiziali dipendono in larga misura dalla capacità dell'intermediario di preservare un rapporto corretto e trasparente con i clienti. In questa prospettiva, è essenziale che l'intermediario riservi la massima cura alla funzione di gestione dei reclami, al fine di prevenire l'insorgere di controversie e risolvere già in questa fase preliminare le situazioni di potenziale insoddisfazione del cliente.

In considerazione di ciò, il ricorso ai sistemi stragiudiziali non sostituisce, ma presuppone, un'effettiva e soddisfacente interlocuzione tra l'intermediario e il cliente volta a consentire il chiarimento delle rispettive posizioni e a favorire, ove possibile, una composizione bonaria dei possibili contrasti».

Così esordisce la sezione VI del regolamento della Banca d'Italia, ad ulteriore testimonianza dell'importanza attribuita, nella dimensione complessiva dei rapporti tra i protagonisti del mercato di settore, alla gestione dei reclami, oggetto, da ultimo, di una minuziosa regolamentazione ad opera della disciplina sulla trasparenza.

Ciò spiega, anche, senza necessità di ulteriori precisazioni, perchè l'«*espletamento della fase di reclamo presso l'intermediario costituisce ...condizione preliminare*

e necessaria per adire l'Arbitro Bancario Finanziario» (sez. VI, § 1, alinea 2, Disposizioni).

Ricevuto il reclamo, l'intermediario ha l'obbligo di esprimersi entro 30 giorni, e, in caso di accoglimento delle contestazioni ivi rappresentate, di comunicare tempi e modalità del relativo adempimento.

4.d) il ricorso. L'istruzione preliminare della controversia.

Il cliente-consumatore che non riceva risposta al reclamo entro il detto termine, o che, pur ricevendola, la ritenga insufficiente o incompleta, può adire, nel termine decadenziale di 12 mesi, l'Arbitro bancario finanziario, e, una volta predisposto il relativo ricorso, può inoltrarlo o personalmente o tramite l'associazione di categoria alla quale aderisca o che gli abbia prestato assistenza, o servendosi di qualsiasi altra forma di rappresentanza (legale, volontaria o professionale).

Per favorire l'accesso all'ABF delle categorie più deboli, il ricorso può essere presentato, indifferentemente, in qualsiasi filiale della Banca d'Italia aperta al pubblico, che provvede ad indirizzarlo alla segreteria tecnica competente, o, in (ovvia) alternativa, direttamente a quest'ultima.

Il cliente, immediatamente dopo la presentazione del ricorso è obbligato ad inviarne, tramite raccomandata a/r o posta elettronica certificata, una copia all'intermediario controparte; questi, entro 30 giorni dal ricevimento di tale comunicazione, decorrenti dall'avviso di ricezione di quest'ultima cui è tenuto nei confronti della competente segreteria tecnica, trasmette alla stessa le proprie controdeduzioni e la relativa documentazione, ivi compresa quella inerente la fase di reclamo. In alternativa, può inoltrare, negli stessi termini, atti e documenti all'associazione di categoria alla quale è iscritto, che provvede, entro 15 giorni, al recapito presso la medesima segreteria tecnica competente.

Dal proprio canto, quest'ultima, ricevuto il ricorso del cliente, ne vaglia, la ricevibilità/procedibilità/ammissibilità, ai fini delle quali il ricorso deve: essere proposto non oltre 12 mesi dalla presentazione del reclamo all'intermediario; rispettare i requisiti di legittimazione soggettiva attiva e passiva, individuando chiaramente l'intermediario resistente ed il cliente ricorrente; rientrare nelle materie di competenza dell'ABF; recare la firma o, in caso di rappresentanza, la procura, del cliente; indicare chiaramente il comportamento oggetto di contestazione nei confronti dell'intermediario, essendo, inoltre, necessario ch'esso coincida con quello lamentato in sede di reclamo; infine, attestare il versamento di 20 euro richiesto al cliente quale unico contributo alle spese di procedura ed essere redatto sugli appositi moduli uniformemente predisposti al fine di agevolarne prima la compilazione, e, successivamente, l'esame.

Tale elencazione è esemplificativa (cfr. sez. IV, § 1, nota 2, Disposizioni) dei casi di «*palese incompletezza, irregolarità, o intempestività*» (sez. IV, § 1, alinea 3, Disposizioni) previsti dal regolamento, e che comportano la declaratoria di irricevibilità del ricorso, traducendosi, conseguentemente, in altrettanti oneri in sede di redazione dell'atto introduttivo da parte (o nell'interesse) del cliente. Al fine di tutelare quest'ultimo, e garantirgli, comunque, ampie facilitazioni di accesso al nuovo sistema, è previsto che la segreteria tecnica possa permettergli la regolarizzazione del ricorso in caso di mancate attestazione del versamento dei 20 euro ed utilizzazione dell'apposita modulistica, dubbia, essendo, in tali ipotesi, la validità della riproposizione «corretta» del ricorso oltre lo spirare dei 12 mesi.

Come emerge dalla giurisprudenza dell'ABF, devono, in ogni caso considerarsi irricevibili, perché contrarie al principio del contraddittorio, le domande nuove, proposte dal ricorrente successivamente alla ricezione, da parte della segreteria, delle controdeduzioni dell'intermediario.

L'istruzione preliminare è svolta sulla base della sola documentazione prodotta dalle parti, e si conclude con una relazione della segreteria tecnica su ogni controversia, da sottoporre a ciascun componente del collegio antecedentemente alla trattazione del relativo ricorso.

4.e) il procedimento dinnanzi al collegio. La decisione.

Il collegio è validamente costituito con la presenza di tutti i suoi cinque componenti; le modalità della sua composizione variano in funzione (soprattutto, di garanzia) della categoria cui appartengono i ricorrenti, ossia consumatori o professionisti/imprenditori; i suoi lavori sono diretti e coordinati dal presidente, o, in assenza, dal più anziano (per permanenza nella carica, o, in subordine, per età anagrafica) dei membri (o loro supplenti) designati dalla Banca d'Italia.

Nel rispetto del principio di breve durata della procedura, il collegio deve pronunciarsi su ogni ricorso nel termine (comunque ordinario) di 60 giorni dalla «*data in cui la segreteria tecnica ha ricevuto le controdeduzioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine previsto ... per la presentazione di queste ultime da parte dell'intermediario o dell'associazione alla quale il medesimo aderisca*» (sez. VI, § 3, alinea 2, Disposizioni). Per il computo dei termini, che restano sospesi dal 1° al 31 agosto e dal 23 dicembre al 6 gennaio di ogni anno, si seguono, per il resto, gli ordinari criteri civilistici.

Il collegio, al pari della segreteria tecnica in fase di istruzione preliminare, può sospendere «*il termine di 60 giorni ... una o più volte, e in ogni caso per un periodo complessivamente non superiore a 60 giorni, ... per chiedere ulteriori elementi alle parti;*

la sospensione è comunicata a entrambe le parti, unitamente alla fissazione di un termine massimo per la produzione delle integrazioni richieste» (sez. VI, § 3, alinea 3, Disposizioni). Viceversa, l'organo dichiara l'interruzione del procedimento in conseguenza di eventuali tentativi di conciliazione, il fallimento dei quali facoltizza i clienti alla riproposizione, entro sei mesi, del ricorso.

Nel caso in cui l'intermediario sottoponga all'autorità giudiziaria ordinaria la medesima controversia della quale è già stato investito l'ABF, al cliente-ricorrente è attribuita, sempre in funzione di tutela, la facoltà di manifestare il proprio interesse alla prosecuzione del procedimento, a pena di estinzione di quest'ultimo, entro 30 giorni dalla ricezione della relativa comunicazione.

Le decisioni sui ricorsi sono assunte a maggioranza.

Il collegio decide sulla scorta della sola documentazione prodotta dalle parti, tenendo conto sia della relazione predisposta dalla segreteria tecnica, sia della illustrazione che in seduta, il componente relatore designato per ciascuna controversia ne renda sugli aspetti di fatto e di diritto unitamente alla prospettazione di possibili soluzioni. Il collegio, inoltre, non è dotato di autonomi poteri istruttori ma decide applicando le previsioni di legge, quelle regolamentari, i codici di condotta ai quali gli intermediari aderiscono o siano assoggettati.

La decisione, debitamente motivata, accoglie o meno il ricorso, potendo (anche) nel secondo caso, imporre all'intermediario determinate condotte al fine di migliorare le relazioni con il cliente; ed è comunicata dalla segreteria tecnica alle parti nei 30 giorni successivi a quello in cui è stata resa.

L'intermediario, negli ulteriori trenta giorni susseguenti alla comunicazione della pronuncia, o nel diverso termine in essa stabilito, deve, in primo luogo, anche in caso di accoglimento solo parziale del ricorso, rimborsare al cliente il contributo di 20 €, e versarne un altro di 200 €, da imputare alle spese di procedura; ma, soprattutto, deve ottemperare alle prescrizioni del collegio, informando delle relative modalità di adempimento la segreteria tecnica. Quest'ultima ne verifica l'idoneità e la conformità alla decisione, sottoponendo al collegio stesso i casi dubbi.

L'effettività della tutela dei clienti-ricorrenti è affidata alla previsione di una c.d. *sanzione reputazionale* a discapito dell'intermediario.

In caso di mancata ottemperanza alle decisioni, infatti, all'inadempienza è data risonanza mediatica tramite pubblicazione, oltre che sul sito *web* dell'ABF e della Banca d'Italia (e nella Relazione annuale), su due quotidiani ad ampia diffusione nazionale, con spese poste a carico degli intermediari.

Questi ultimi sono passibili di analoga sanzione nei casi di c.d. *«mancata*

cooperazione» alla procedura, quali, ad esempio, l'omesso versamento dei contributi relativi ai compensi dei pertinenti componenti del collegio, ed il ritardato o il mancato invio di documentazione necessaria ai fini della istruzione del ricorso.

5. CONSIDERAZIONI FINALI

Argomentando su natura, caratteri ed effetti sia della decisione del collegio, che della sanzione di carattere reputazionale preordinata a garantirne l'effettività, è possibile tracciare un quadro di sintesi dell'Arbitro bancario finanziario.

Per ciò che concerne la decisione, bisogna precisare che essa, pur essendo resa all'esito di un procedimento ispirato a quello propriamente giurisdizionale, è difficilmente classificabile alla stregua delle generali categorie giuridiche. Come osservato dalla dottrina, «la decisione dell'Organo non è fatto costitutivo di obblighi (e dunque di effetti giuridici) per le parti della controversia, né, per l'appunto, porta a definizione la lite» (RUPERTO, *L'Arbitro*, 333).

Infatti, la decisione, per un verso, non può essere certamente assimilata ad una ordinaria pronuncia giurisdizionale, essendole preclusi gli effetti tipici di quest'ultima, primi tra tutti, il giudicato e l'esecutorietà, e, per altro verso, contribuisce a differenziare l'Arbitro bancario finanziario anche dai consueti modelli di sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie (arbitrato e conciliazione), prescindendosi, a monte, da convenzioni arbitrali e, in generale, da qualsivoglia finalità *lato sensu* transattiva. La medesima dottrina ha definito tale decisione come «una sorta di *parere pro veritate*» (RUPERTO, *L'Arbitro*, 335), suscettibile di produrre effetti (di *exceptio rei transactae*) alla stregua dell'Ordinamento giuridico solo quale strumento di una successiva transazione tra cliente ed intermediario, che si verifica quando le condotte qualificate come dovute siano spontaneamente attuate dall'intermediario ed accettate, anche tacitamente, dal cliente.

La decisione *de quo*, infine, non assume neanche i caratteri del provvedimento amministrativo, così potendosi definire, invece, la sanzione reputazionale che la Banca d'Italia può comminare agli intermediari inadempienti.

Tale sanzione affonda indubbiamente le proprie radici in quella fiducia tra investitori-risparmiatori ed intermediari che assurge a dignità di vero e proprio valore ed obiettivo da perseguire ed incrementare.

Alla luce di ciò, la coercività della sanzione in parola acquista maggiore spessore e più pregnanti significati, avvolgendo l'intero sistema e funzionamento dell'Arbitro bancario finanziario in una sorta di virtuosa spirale il cui moto espansivo trae il proprio alimento da quella fiducia, in una dimensione di vantaggio e beneficio per l'intero assetto

dei rapporti e degli scambi nel mercato dei prodotti bancari e finanziari, nella speranza di un suo progressivo ed autonomo sviluppo ed in un'ottica di tutela soggetti più deboli.

Anche a prescindere da ciò, l'introduzione dell'ABF nel mercato del relativo settore è stata percepita con sufficiente positività, soprattutto da parte delle istituzioni che sovrintendono al suo funzionamento, le quali sembrano riporre nel futuro del nuovo sistema, ottimistiche aspettative.

D'altro canto, queste ultime non sembrano smentite da un punto di vista astratto, l'unico possibile, in considerazione della breve vita dell'istituto. Per come previsto e strutturato, infatti, il meccanismo dell'Arbitro bancario finanziario sembra (poter) garantire, nel rispetto ed attuazione dei principi basilari riassunti nella citata raccomandazione della Commissione europea del 30 marzo 1998, concreti vantaggi alle categorie dei consumatori-risparmiatori, i quali, ad una stima minimalista, hanno «nulla da perdere e tutto da guadagnare», soprattutto in considerazione della (quasi)gratuità della procedura e della rapidità dei suoi tempi, gravando, peraltro sugli intermediari ogni possibile conseguenza a carattere negativo.

Da un punto di vista concreto, in attesa della prescritta Relazione annuale, è disponibile sul sito *web* della Banca d'Italia e su quello dell'ABF, una «*sintesi dell'attività svolta dall'arbitro bancario finanziario al 31 marzo 2010*», predisposta dalla Banca d'Italia.

Dal 15 ottobre 2009 alla data da ultimo indicata, sono stati esperiti 1.052 ricorsi (con un tasso di crescita media del 26,5%), concentrati avverso un limitato numero di gruppi bancari; inerenti ad attività, rispettivamente: per l'87% di natura bancaria, per il 7%, svolta dagli intermediari di cui all'art. 107 t.u.b., per il 4% da Poste italiane S.p.A. in attinenza ai servizi di *Bancoposta*, per meno dell'1% svolta dagli intermediari di cui all'art. 106 t.u.b.; e provenienti, con riferimento al domicilio del cliente in Italia, per il 44% dal nord, per il 34% dal centro, e per meno del 22% dal sud.

«*L'oggetto dei ricorsi riguarda principalmente problematiche relative a conti correnti, mutui e credito al consumo, carte di pagamento e trasparenza*».

L'ABF, in tempi mediamente inferiori di due terzi rispetto a quelli massimi previsti, ha pronunciato più di 250 decisioni, le quali: per il 60% si sono risolte a favore dei clienti, accogliendone il ricorso o dichiarando cessata la materia del contendere per accordo tra le parti; per il 30% hanno, viceversa, accolto le ragioni degli intermediari; infine, per meno del 10% hanno decretato l'irricevibilità/inammissibilità dei ricorsi.

Sulla base di tali dati, la positività delle attese sull'Arbitro bancario finanziario pare, al momento, trovare conferme.

ABSTRACT.

Dal 15 ottobre 2009, ai sistemi alternativi di risoluzione delle controversie già attivi in Italia si affianca, con tratti di novità, l'Arbitro bancario finanziario. Tale organo, sorto e prevalentemente gestito in seno alla struttura amministrativa della Banca d'Italia, è essenzialmente preordinato alla risoluzione delle vertenze che scaturiscono dalle dinamiche dei rapporti contrattuali tra intermediari bancari e finanziari da un lato, e la loro clientela dall'altro, secondando un procedimento che, pur modellato su quello prettamente giurisdizionale, se ne differenzia per rapidità e flessibilità, garantendo in un'ottica di rappresentatività degli interessi coinvolti, la collegialità delle decisioni, affidando, poi, la coercività di queste ultime alla risonanza mediatica di sanzioni reputazionali.

Se è indubbio che la precipua finalità dell'ABF sia quella di offrire uno strumento di tutela a favore dei soggetti più deboli del mercato dei prodotti bancari e finanziari, ossia i consumatori ed i piccoli risparmiatori, specialmente con riferimento alle controversie di entità talmente modesta da scoraggiare l'utilizzo delle ordinarie vie giurisdizionali, è d'altro canto auspicabile, sussistendone tutti i presupposti, che l'istituto espliciti effetti vantaggiosi nei confronti dell'intero assetto dei rapporti di relazione e scambio del mercato bancario e finanziario, contribuendo ad implementarne le potenzialità auto-organizzative, e, non ultimo, favorendo conseguentemente la deflazione del contenzioso giurisdizionale ordinario.

BIBLIOGRAFIA.

- FASCIANI F., *L'arbitro bancario finanziario*, in *Pensiero economico moderno*, 2009, 109 ss.
- GUCCIONE A. V., RUSSO C. A., *L'arbitro bancario finanziario*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2010, 475 ss.
- LA TORRE M.R., *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, Cedam, Padova, 2010.
- RUPERTO S., *L'«Arbitro bancario finanziario»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, 325 ss.
- SOLDATI N., *L'arbitrato bancario finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *Contratti*, 2009, 853 ss.

7. LA CAMERA DI CONCILIAZIONE PRESSO LA CONSOB: UN NUOVO STRUMENTO DI ACCESSO ALLA GIUSTIZIA PER L'INVESTITORE

(Lucia Minervini)

SOMMARIO: 1.- Il quadro normativo. 2.- La collocazione istituzionale e la composizione. 3.- L'attivazione della procedura e il coordinamento con altri organismi di composizione delle controversie. 4.- I principi cui si ispira lo svolgimento della procedura. 5.- L'impatto sul mercato e, in particolare, sui consumatori/utenti.

1. IL QUADRO NORMATIVO

In attuazione della l. 28 dicembre 2005, n. 262, recante norme per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari, il Governo ha emanato il d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 che all'art. 2 istituisce la Camera di conciliazione ed arbitrato presso la Consob con una competenza circoscritta sotto il profilo soggettivo alle sole controversie tra "investitori" diversi dai clienti professionali e intermediari e, sotto il profilo oggettivo alla violazione degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori.

L'istituzione della Camera di conciliazione presso la Consob non costituisce una novità assoluta nel panorama nazionale poiché si inserisce nella tendenza legislativa di istituire organismi camerali per dirimere le controversie (si considerino per esempio, la Camera arbitrale per i contratti pubblici, istituita presso una authority, la Camera nazionale arbitrale in agricoltura, la Camera di conciliazione e arbitrato dell'Istituto di autodisciplina pubblicitaria). Inoltre, è coerente con lo straordinario impulso rivolto all'analisi, alla diffusione e alla pratica dei modelli di ADR impresso dall'Unione europea.

Come previsto ex lege, con delibera n. 16673 del 29 dicembre 2008 la Consob ha adottato il "*Regolamento*" che detta norme relative alle nuove procedure di definizione stragiudiziale delle controversie in materia finanziaria, alla organizzazione della Camera e ai requisiti di nomina dei suoi membri. Le nuove norme regolamentari, in bozza, sono state sottoposte ad un procedimento di consultazione pubblica nel corso del quale sono state molteplici le osservazioni critiche e i commenti offerti da professionisti del settore, associazioni dei consumatori, Banca d'Italia, ABI, ecc., consultabili sul sito www.consob.it.

La Consob da ultimo ha adottato il "*Codice deontologico dei conciliatori e degli arbitri iscritti negli elenchi tenuti dalla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob*" e lo "*Statuto della Camera di conciliazione e arbitrato*" (delibera n.3 del 18 febbraio 2010 di adozione e delibera n.17204 del 4 marzo 2010 di approvazione).

In attesa del suo concreto funzionamento si possono analizzare le principali norme procedurali e mettere in evidenza le previsioni che affrontano il coordinamento delle

competenze della neoistituita camera di conciliazione e quelle “concorrenti” di altri organismi deputati alla risoluzione in via stragiudiziale delle controversie nascenti nei mercati finanziari.

2. LA COLLOCAZIONE ISTITUZIONALE E LA COMPOSIZIONE

La Camera, ha sede “presso” gli uffici della Consob e nello svolgimento della propria attività si avvale di strutture e di risorse messe a disposizione da quest’ultima (art. 3 comma 4). Non gode, dunque, di una autonomia patrimoniale ma mantiene una posizione di alterità rispetto all’Autorità che la ospita.

Il regolamento dedica una particolare attenzione alla composizione dell’organismo di conciliazione in esame e ai requisiti di professionalità richiesti ai suoi membri per garantire l’indipendenza dell’organo e la rappresentanza delle parti coinvolte nelle procedure.

La Camera è un organo collegiale composto da cinque membri compreso il presidente, due designati rispettivamente dal CNCU e, congiuntamente, dalle associazioni di categoria maggiormente rappresentative degli intermediari e gli altri tre designati dalla Consob, scelti tra persone dotate di comprovata esperienza e competenza e di riconosciuta indipendenza e nominati dalla Consob.

Il regolamento prevede che i componenti siano in carica per sette anni senza possibilità di rinnovo, e che oltre a non poter ricoprire altri incarichi di conciliazione e di arbitrato non debbano svolgere ogni altra attività che possa comprometterne l’indipendenza e l’autonomia di giudizio (art. 2 reg.).

I membri del collegio saranno scelti tra specifiche categorie professionali ovvero: avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio dinanzi alle giurisdizioni superiori e dei dottori commercialisti e degli esperti contabili da almeno dodici anni; notai con almeno sei anni di anzianità di servizio; magistrati ordinari, in servizio da almeno dodici anni o in quiescenza; magistrati amministrativi e contabili con almeno sei anni di anzianità di servizio o in quiescenza; professori universitari di ruolo in materie giuridiche ed economiche; dei dirigenti dello Stato o di Autorità indipendenti con almeno venti anni di anzianità di servizio laureati in discipline giuridico/economiche in servizio o in quiescenza.

L’accesso all’albo dei conciliatori tenuto dalla Consob viene disposto, su istanza di parte, ove sussistano i requisiti di professionalità ed esperienza stabiliti per i conciliatori societari (ex art. 4 d.m. 222 del 224). Infatti, il regolamento fa riferimento al quadro normativo vigente con specifico riguardo al settore societario e ai servizi di investimento, ove l’istituzione e il funzionamento di organismi di conciliazione è stato già disciplinato

dal d. lgs. n. 5/2003 e dai relativi regolamenti attuativi adottati dal Ministero della Giustizia con i DM nn. 222/2004 e 223/2004 e costituisce caposaldo della normazione in materia.

3. L'ATTIVAZIONE DELLA PROCEDURA E IL COORDINAMENTO CON GLI ALTRI ORGANISMI DI COMPOSIZIONE DELLE CONTROVERSIE

La Camera di conciliazione svolge molteplici funzioni. In primo luogo, ai sensi dell'art. 4, amministra i procedimenti di conciliazione e arbitrato promossi per la risoluzione delle controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela.

Inoltre, svolge altre quattro funzioni strumentali rispetto a quella principale ma altrettanto delicate:

- a) cura la tenuta degli elenchi e degli arbitri e provvede al loro aggiornamento;
- b) stabilisce e aggiorna il codice deontologico dei conciliatori e arbitri e lo sottopone all'approvazione della Consob;
- c) organizza i servizi di conciliazione e arbitrato anche con riferimento alla fase di composizione non contenziosa della lite di cui all'art. 140 bis comma 6 del decreto legislativo n.2006/2005;
- c)organizza corsi di formazione e aggiornamento per i conciliatori e per gli arbitri;
- d)esercita le altre funzioni previste dal regolamento.

Quanto all'attivazione della procedura, il regolamento prevede che l'istanza può essere presentata "esclusivamente dall'investitore", ed inoltre, individua due condizioni di ammissibilità della stessa ovvero:

- a) che per la medesima controversia non siano state già avviate altre procedure di conciliazione;
- b) che non sia stato presentato un reclamo all'intermediario a cui sia stata fornita espressa risposta oppure sia decorso il termine stabilito per la trattazione del ricorso senza che l'investitore abbia ottenuto risposta (art.7).

Con la prima condizione di ammissibilità (negativa) il regolamento statuisce in generale con riguardo al rapporto tra la procedura di conciliazione amministrata dalla Camera e le altre forme di conciliazione; in particolare, prospettando che la parte istante possa scegliere di rivolgersi indifferentemente anche ad altri organismi di conciliazione sembra escludere la possibilità di qualificare come "esclusiva" la competenza della camera Consob per la risoluzione di controversie che nascono nei mercati finanziari ed inoltre sembra risolvere a monte la questione di possibili conflitti di competenze.

Con la seconda (positiva) incoraggia il risparmiatore a risolvere il contenzioso

direttamente con l'intermediario presentando un reclamo, infatti solo dopo l'infruttuoso esperimento di questo tentativo potrà rivolgersi alla Camera.

A confermare la volontà legislativa di promuovere la cooperazione tra gli altri organismi di risoluzione delle controversie si pone in rilievo la previsione regolamentare per cui la Camera, tenendo conto dei criteri indicati nelle lettere a) b) c) dell'art. 9, comma 1, può ricorrere agli organismi di conciliazione iscritti nel registro previsto dall'art. 38, comma 2 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 che hanno manifestato la propria disponibilità a gestire tali procedure, mediante apposite convenzioni. Il regolamento prevede tale possibilità quando nel luogo in cui l'investitore ha il domicilio o la sede non è presente un conciliatore iscritto nell'elenco o i conciliatori presenti sono gravati da eccessivi carichi e in ogni caso in cui non sia possibile assicurare un adeguato e sollecito svolgimento della procedura (art. 9, comma 4).

In tali casi l'organismo di conciliazione deve sottostare alla medesime norme della procedura e alle indennità previste dal regolamento Consob.

Questa previsione, pur se formulata in termini residuali, esalta i benefici derivanti da un sistema di collaborazione tra gli organismi di conciliazione; il ricorso alla cooperazione territoriale ivi prevista è utile al fine di favorire lo sviluppo di un "servizio di conciliazione" anche territorialmente più vicino alle esigenze degli utenti (Cuomo Ulloa Francesca, *La camera di conciliazione e di arbitrato istituita presso la Consob*, in *Contratti*, 12/2008, 1178ss).

Nella stessa prospettiva della individuazione di forme e strumenti di coordinamento tra i vari organismi di risoluzione alternativa delle controversie è importante sottolineare la previsione dell'ultimo capoverso dell'art. 4 reg. sulla stipulazione di un protocollo di intesa della Camera Consob con il "sistema" di risoluzione stragiudiziale delle controversie di cui all'art. 128-*bis* del Testo unico bancario (d.lgs. 1 settembre 1993 n.385), volto a definire consensualmente l'ambito delle rispettive competenze.

Il riferimento è all'Arbitro Bancario finanziario (ABF), organismo indipendente e imparziale, la cui creazione è prevista dall'art. 128-*bis*, (introdotto dalla menzionata legge sul risparmio 262/2005) che ha statuito, tra l'altro, che le banche e gli intermediari finanziari sono obbligati ad aderire a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la "clientela".

La procedura prevista dall'art. 128-*bis* del t.u.b. e completata dalle disposizioni delle autorità creditizie (Delibera CICR n. 275 del 29 luglio del 2008 recante i criteri per lo svolgimento delle controversie e disposizioni attuative della Banca d'Italia) ha preso avvio dal 15 ottobre 2009. La prima relazione dell'attività svolta fino al 31 marzo 2010 nella quale si legge che sono pervenuti al sistema stragiudiziale 1052 ricorsi (www.consob.it).

arbitrobancariofinanziario.it) conferma la diffusione del servizio offerto all'utente e induce a ritenere che anche la neo istituita camera di conciliazione possa rispondere alle esigenze di giustizia degli investitori non professionali.

Rinviando alla approfondita trattazione del tema effettuata in questo volume, si vuole sottolineare che nel sistema di ADR bancario è al collegio che spetta la decisione del ricorso presentato dall'utente, quale soggetto terzo al quale viene conferito il potere di valutare le posizioni delle parti e di emettere un giudizio vincolante. Diversamente nella procedura di conciliazione presso la Consob, nella prima fase il conciliatore svolge una funzione "facilitativa", volta ad assistere e agevolare le parti nella ricerca di una soluzione concordata pienamente soddisfattiva e nella seconda fase eventuale e comunque rimessa alla comune volontà delle parti, il conciliatore assume una funzione "propositiva", elaborando una proposta sulla quale le parti saranno chiamate a pronunciarsi.

La necessità di un coordinamento per evitare sovrapposizioni e/o conflitti è ben evidenziata, nella bozza di regolamento sottoposto a consultazione pubblica ove si precisa che, sebbene l'ambito oggettivo di competenza dell'Arbitro bancario finanziario sia limitato dalla delibera CICR (n. 275 del 29 luglio del 2008) alle sole controversie "relative a operazioni e servizi bancari e finanziari con l'esclusione di quelli non assoggettati al titolo VI del TUB ai sensi dell'articolo 23, comma 4, decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58" (*controversie, quindi, diverse da quelle afferenti "ai servizi e attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari nonché alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'articolo 25-bis ovvero della parte IV, titolo II, capo I"*) *non può dirsi scongiurata del tutto, in presenza di prodotti finanziari complessi, la possibilità di interferenze e sovrapposizioni tra le competenze della Camera e quelle del sistema di cui all'art. 128-bis d.lgs. n. 385/93; si pensi, ad esempio, alle controversie che originino da rapporti contrattuali in cui aspetti "finanziari" e "bancari" siano fortemente intrecciati.*

4. I PRINCIPI CUI SI ISPIRA LO SVOLGIMENTO DELLA PROCEDURA

In relazione allo svolgimento del procedimento, il regolamento prevede che la Camera ritenuta l'ammissibilità dell'istanza invita l'intermediario ad aderire al tentativo di conciliazione che deve avvenire nel termine di cinque giorni con un apposito atto contenente l'impegno ad osservare gli obblighi di riservatezza e le altre norme del regolamento, d'altro canto, decorso inutilmente il termine ne attesta la mancata adesione. Una volta ricevuta l'adesione dell'intermediario la Camera comunica alle parti la nomina del conciliatore cui provvede tenendo conto dei criteri indicati alle lettere a) e) dell'art. 9,

1 comma (vicinanza territoriale dell'investitore, numero di controversie pendenti davanti al conciliatore, esperienza maturata dal conciliatore sulle questioni specifiche oggetto della controversia, equa distribuzione degli incarichi, tendenziale parità di trattamento tra uomini e donne).

Il conciliatore ricevuta la comunicazione della nomina e la documentazione delle parti è tenuto a trasmettere la dichiarazione della sua accettazione (entro cinque giorni) con la quale attesta: la permanenza dei requisiti per l'iscrizione nell'elenco e l'inesistenza di rapporti con le parti o con i loro rappresentanti tali da incidere sulla imparzialità e indipendenza; l'assenza di personali interessi diretti o indiretti, relativi all'oggetto della controversia (art. 10 reg.). In verità, questo dovere di informazione permane in capo al conciliatore per tutta la durata del procedimento: ove sopravvengano circostanze idonee ad incidere sulla sua indipendenza e imparzialità egli deve informare tempestivamente le parti e la camera. Inoltre, il conciliatore è tenuto ad osservare le norme del codice deontologico e ad adempiere gli obblighi connessi alla propria funzione di gestione della procedura di conciliazione.

In ossequio ai principi generali in materia (cfr. Bartolomucci P., voce *Conciliazione extragiudiziale*, in Dig. Disc. Priv., sez. civ., Aggiornamento, III, I, Utet, Torino, 2007, 211;), il regolamento prevede che la procedura si ispira ai principi dell'immediatezza, della concentrazione e dell'oralità ed è coperta da riservatezza in tutte le sue fasi (l'art. 11).

Quanto alla riservatezza, il regolamento ribadisce l'obbligo della camera di assicurare adeguate modalità di conservazione e di riservatezza degli atti introduttivi della procedura e di ogni altro documento proveniente dai soggetti che a qualsiasi titolo hanno partecipato alla procedura(art. 11 comma 2 reg.).

Gli obblighi di riservatezza sono assoluti e non sono limitati alla durata della procedura conciliativa, ma si estendono anche alla fase successiva alla chiusura della medesima che può avvenire con differenti esiti. Quanto ai principi di concentrazione e oralità, l'art. 12 reg., prevede che sia il conciliatore a fissare la data e la sede per la prima riunione "non prima di cinque e non oltre dieci giorni" dalla data di accettazione, dandone tempestiva comunicazione alle parti e alla camera. Il conciliatore conduce gli incontri senza formalità di procedura e senza obbligo di verbalizzazione e nel modo che ritiene più opportuno, tenendo conto delle circostanze del caso concreto, della volontà delle parti e della necessità di trovare una rapida soluzione della lite. Può sentire le parti separatamente e in contraddittorio tra loro con lo scopo di chiarire meglio i termini della controversia e far emergere i punti di accordo. Inoltre, può disporre l'intervento di terzi, dietro congiunta proposta delle parti e a loro spese. Questa disposizione sottolinea l'informalità della

procedura che si caratterizza per la mancanza di procedure rigide e imm modificabili così da lasciare ampi spazi di gestione della controversia alle parti.

Quanto alla celerità, ai sensi dell'art. 13, la procedura deve concludersi entro sessanta giorni, che decorrono dalla data di deposito dell'istanza; può essere di centoventi giorni in alcune ipotesi espressamente individuate (oggettivi impedimenti del conciliatore o delle parti, necessità di acquisire informazioni e documenti indispensabili ai fini dell'espletamento del tentativo di conciliazione o la ragionevole possibilità di un esito positivo della controversia).

5. GLI ESITI DELLA PROCEDURA

L'art. 14 del reg. disciplina la conclusione della procedura; in caso di esito positivo, i contenuti dell'accordo sono riportati in un processo verbale sottoscritto dal conciliatore e dal giudice. L'accordo di conciliazione può assumere contenuti diversi a seconda di quello che le parti ritengono di volta in volta soddisfacente per il proprio interesse. E' previsto, inoltre, che nel caso di mancato rispetto delle previsioni dell'accordo, il verbale previo accertamento della sua regolarità formale è omologato dal giudice e costituisce titolo esecutivo.

Nel caso in cui la procedura di conciliazione abbia invece esito negativo, il conciliatore, "*su istanza congiunta delle parti*" potrà formulare una "*proposta*" in ordine alla soluzione possibile della controversia sulla quale esse saranno chiamate ad indicare le proprie posizioni, ovvero le condizioni a cui sono disposte a conciliare. A riguardo è particolarmente importante sottolineare che la proposta del conciliatore non è vincolante per le parti ma costituisce un ulteriore ausilio sul terreno della composizione della lite.

In caso di mancato accordo, anche a seguito della proposta del conciliatore, questi redigerà un verbale di fallita conciliazione e provvederà a rilasciarne copia alle parti.

E' importante sottolineare che resta ferma la facoltà per le parti di adire le ordinarie vie giudiziarie o ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti.

Quanto ai costi della conciliazione il regolamento prevede che le indennità da porre a carico delle parti siano determinate in base al valore della controversia ai sensi del c.p.c. e costituite dalle spese di avvio della procedura da corrispondere alla camera e dal compenso del conciliatore il cui ammontare viene determinato sulla base di una tabella allegata al Reg. E' particolarmente interessante ed innovativa la previsione regolamentare per cui le spese suddette sono a carico delle parti solo nel caso di esito positivo della procedura di conciliazione; in caso negativo, la metà della spese è posta a carico della

camera.

E' evidente che tale previsione regolamentare è volta ad incentivare l'investitore a ricorrere alla procedura di definizione stragiudiziale della controversia anche al fine di deflazionare il contenzioso dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria.

Accanto alla procedura conciliativa il d.lgs. n. 179 del 2007 introduce anche un procedimento di arbitrato amministrato dalla Consob, di cui il citato Regolamento ha dettato la disciplina della procedura.

Si tratta, per espressa previsione legislativa, di un arbitrato che ha carattere *rituale* «ispirato a criteri di economicità, rapidità ed efficienza» (art. 5 comma 4 d.lgs. n. 179 del 2007).

Il lodo è sempre impugnabile per violazione di norme di diritto (sempre art. 5 comma 4 d.lgs. Cit.).

L'arbitrato rituale è disciplinato dal codice di procedura civile (art. 806 ss) a cui il regolamento effettua un generale rinvio in relazione allo svolgimento della procedura. Non mancano però delle previsioni specifiche che riguardano per esempio i criteri con cui sono individuati gli arbitri che sono quelli previsti per i componenti della Camera di Conciliazione (cfr. art. 6 comma 1 e dell'art. 2 comma 3). Ciò in considerazione della delicatezza della funzione giurisdicente che sono chiamati a svolgere.

6. L'IMPATTO SUL MERCATO E, IN PARTICOLARE, SUI CONSUMATORI/UTENTI

Il diffondersi di nuove forme di risoluzione delle controversie è dovuto in buona parte agli evidenti limiti di un sistema di tutela esclusivamente rimesso al controllo giudiziario. I costi elevati e i tempi lunghi dell'azione giudiziaria, l'assenza di un'adeguata informazione del consumatore su quali siano i suoi diritti e gli strumenti mediante i quali far valere le proprie pretese, e la scarsa educazione possono rappresentare ostacoli invalicabili che ne impediscono l'accesso alla giustizia. In questa prospettiva è rilevante segnalare che la lotta all'analfabetismo finanziario è al centro di "*una strategia comune*" che vede impegnate anche le Autorità competenti nel settore bancario e finanziario nella consapevolezza dell'importanza di una cultura finanziaria per consentire al cittadino consumatore di porre in essere scelte di consumo e di investimento consapevoli (*Cfr. Protocollo di intesa in materia di educazione finanziaria del 9 giugno 2010 consultabile su www.consob.it*).

L'informazione e l'educazione sono parimenti essenziali per scegliere di ricorrere ai diversi "modelli" di definizione stragiudiziale delle controversie a cui il legislatore comunitario e nazionale riconosce un ruolo di primo piano nella tutela del consumatore,

anche per i molteplici vantaggi che comportano. Il consumatore può accedervi in maniera semplice e a costi ridotti, può fare affidamento su procedure contraddistinte da tempi più rapidi, dove la tutela si realizza individuando in modo più amichevole e atipico le soluzioni più soddisfacenti in considerazione delle circostanze del caso concreto. L'intermediario d'altro canto può incrementare la fiducia dell'utente nel servizio prestato, mantenere in vita il rapporto contrattuale con la controparte e deflazionare il contenzioso con notevoli vantaggi in termini di costi.

Il consumatore, scegliendo la via stragiudiziale per il componimento della lite, può ottenere la cura tempestiva ed efficace dei propri interessi, senza precludersi la possibilità di ricorso al giudice ordinario. Ulteriore rafforzamento della c.d. giustizia alternativa sembra radicarsi nella individuazione di forme e strumenti di coordinamento delle molteplici ed eterogenee procedure e di cooperazione tra gli organismi deputati a dirimere le controversie al fine di assicurare maggiore efficacia nella cura degli interessi coinvolti.

ABSTRACT

Presso la Consob è stata istituita la Camera di conciliazione e arbitrato con la "missione" di risolvere le controversie tra investitori non professionali e intermediari. La Consob ha adottato il regolamento disciplinante le procedure suddette e la Camera ha adottato il proprio statuto e il codice deontologico. Si tratta di un organismo che a breve comincerà a svolgere la sua attività nel mercato finanziario ove sono già attivi altri sistemi di definizione delle controversie con cui sembra porsi non in rapporto di competizione ma di cooperazione. La procedura di conciliazione per i tempi ridotti e i costi esigui, rappresenta non solo uno strumento di deflazione del contenzioso ma anche uno strumento meno formale di composizione della controversia che pone al centro il migliore soddisfacimento delle esigenze delle parti cui è rimessa la ricerca di un "accordo nel disaccordo" con l'intervento "facilitativo" del conciliatore.

BIBLIOGRAFIA.

- BARTOLOMUCCI P., voce *Conciliazione extragiudiziale*, in Dig. Disc. Priv., sez. civ., Aggiornamento, III, I, Utet, Torino, 2007, 211
- CUOMO ULLOA FRANCESCA, *La camera di conciliazione e di arbitrato istituita presso la Consob*, in Contratti, 12/2008, 1178ss.

8. CONCILIAZIONE E *CLASS ACTION*

(Pierfrancesco Bartolomucci)

SOMMARIO: 1.- La nuova disciplina della mediazione in Italia. 2.- Il faticoso *iter* della *class action* in Italia tra vecchio e nuovo testo dell'art. 140-*bis* cod. cons. 3. -Mediazione e *class action*: le questioni sollevate dal vecchio testo dell'art. 140-*bis* cod. cons. 4.- Il rapporto tra *class action* e mediazione alla luce delle novità legislative: il nuovo art. 140-*bis* ed il d. lgs. n. 28/2010. 5.- Considerazioni finali.

1. LA NUOVA DISCIPLINA DELLA MEDIAZIONE IN ITALIA

Con l'entrata in vigore del d. lgs. n. 28/2010 l'ordinamento italiano ha per la prima volta una normativa generale e, almeno tendenzialmente, completa in tema di mediazione delle controversie civili e commerciali.

Contrariamente a quanto avvenuto sinora, infatti, se si eccettuano le disposizioni in materia di diritto societario (di cui agli artt. 38 ss d. lgs. n. 5/2003, con i regolamenti attuativi di cui ai d.m. nn. 222 e 223/2004), la attuale normativa intende introdurre una serie di regole volte a disciplinare non solo le condizioni per il ricorso alla mediazione (basti pensare, accanto alla mediazione volontaria, alle norme in tema di mediazione obbligatoria ovvero di mediazione delegata dal giudice), ma anche le modalità di svolgimento della procedure, i rapporti con il processo civile eventualmente instaurato in caso di fallimento del tentativo di mediazione, gli incentivi di natura fiscale e giuridica.

Tutto ciò avviene in un quadro che intende anche sistematizzare la gestione delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie, con l'intento di affidare tale compito ad organismi pubblici e/o privati, in grado di garantire un elevato livello di serietà e di efficienza (nella gestione amministrativa e contabile, nella qualità dei professionisti e nella conformità delle norme di procedura); serietà ed efficienza che viene certificata dal Ministero della Giustizia, nella sua qualità di responsabile del registro nazionale al quale tutti questi organismi dovranno essere iscritti per essere abilitati alla gestione della mediazione secondo le norme e con gli effetti previsti dalla disciplina del 2010.

Altro elemento che caratterizza tale intervento normativo è costituito, come si diceva, dalla sua generalità nel senso che esso si applica a tutte le controversie civili e commerciali, indipendentemente dall'oggetto della lite (salvo che si tratti di diritti indisponibili) e dalla qualità dei soggetti tra i quali questa è intercorsa.

Volendo compiere già ora un primo restringimento delle osservazioni alla materia che qui interessa, non v'è dubbio che tra queste materie (civili e commerciali) possano a pieno titolo rientrare quelle inerenti i diritti dei consumatori, nei cui confronti invero il

d. lgs. n. 28/2010 non riserva regole *ad hoc*, almeno dal punto di vista legato al ricorso e alle conseguenze della mediazione (diverso è il discorso legato, invece, alla iscrizione nel registro ministeriale degli organismi che gestiscono ADR, e non solo mediazione, di consumo ai sensi dell'art. 141 cod. cons.).

Le mediazione, dunque, come regolata dal legislatore del 2010 costituisce uno degli strumenti per la risoluzione delle controversie che vedano coinvolto un consumatore; in altri termini, la mediazione così regolata si candida a divenire un efficace strumento per la risoluzione di una serie di conflitti che, allo stato, rimangono inespressi poiché gli strumenti di tutela giurisdizionale rischiano di divenire inefficienti ed inefficaci a causa dei costi e dei tempi ad essi connessi.

Anche le controversie di consumo, quindi, potrebbero beneficiare di una disciplina generale e non semplicemente (come era avvenuto sino ad oggi) di norme, contenute nella legislazione speciale, che si limitavano ad invitare ovvero ad obbligare il consumatore a tentare la conciliazione, senza però una disciplina così sistematica.

2. IL FATIGOSO *ITER* DELLA *CLASS ACTION* IN ITALIA TRA VECCHIO E NUOVO TESTO DELL'ART. 140-BIS COD. CONS.

Accanto alla nuova disciplina della mediazione, l'ordinamento interno ha di recente previsto anche un ulteriore strumento che – nella mente del legislatore – dovrebbe favorire la tutela dei diritti sostanziali riconosciuti ai consumatori dalla legislazione di derivazione comunitaria: l'azione di classe.

Nelle precedenti edizioni di questo Rapporto è stato molto efficacemente descritto l'*iter* normativo, particolarmente faticoso, di tale strumento che denuncia, al di là di possibili pressioni lobbistiche, le difficoltà legate all'introduzione di uno strumento giurisdizionale come questo all'interno di un sistema giurisdizionale e di una cultura giuridica come quelli italiani.

Ne è dimostrazione evidente proprio la “storia” dell'art. 140-*bis* cod. cons.: questo, inizialmente introdotto in corsa all'interno di una legge finanziaria, aveva un testo che – nonostante le numerosissime difficoltà di carattere normativo, interpretativo e, quindi, anche applicativo – è rimasto del tutto sostanzialmente disapplicato. In attesa della sua entrata in vigore, infatti, è stata approvata una versione del tutto differente dell'art. 140-*bis*, anch'essa inserita in un testo normativo che aveva tutt'altre finalità, che l'ha sostituito e che oggi è attualmente in vigore nell'ordinamento interno.

Questa “nuova” versione, nei fatti, non si è mostrata particolarmente migliorativa rispetto a quella precedente, rispetto alla quale appare di più complessa applicazione.

Ne è chiara testimonianza la circostanza che, ad oggi, tale norma risulta sostanzialmente disapplicata, se si fanno salve alcune iniziative giudiziarie, che però si sono arrestate su questioni preliminari di rito.

3. MEDIAZIONE E CLASS ACTION: LE QUESTIONI SOLLEVATE DAL VECCHIO TESTO DELL'ART. 140-BIS COD. CONS.

Il passaggio dal vecchio al nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. è particolarmente interessante anche ai fini dell'indagine che qui interessa in relazione alla mediazione.

Nella precedente versione, infatti, l'art. 140-bis presentava al comma 6, una norma del seguente tenore *“Se l'impresa non comunica la proposta entro il termine di cui al comma 4 o non vi è stata accettazione nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione della stessa, il presidente del tribunale competente ai sensi del comma 1 costituisce un'unica camera di conciliazione per la determinazione delle somme da corrispondere o da restituire ai consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o sono intervenuti ai sensi del comma 2 e che ne fanno domanda. La camera di conciliazione è composta da un avvocato indicato dai soggetti che hanno proposto l'azione collettiva e da un avvocato indicato dall'impresa convenuta ed è presieduta da un avvocato nominato dal presidente del tribunale tra gli iscritti all'albo speciale per le giurisdizioni superiori. La camera di conciliazione quantifica, con verbale sottoscritto dal presidente, i modi, i termini e l'ammontare da corrispondere ai singoli consumatori o utenti. Il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo. In alternativa, su concorde richiesta del promotore dell'azione collettiva e dell'impresa convenuta, il presidente del tribunale dispone che la composizione non contenziosa abbia luogo presso uno degli organismi di conciliazione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni, operante presso il comune in cui ha sede il tribunale. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 39 e 40 del citato decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni”*.

Questa disposizione presentava molteplici aspetti critici: innanzitutto non si trattava di una vera e propria conciliazione, intesa come procedura di risoluzione alternativa della controversia nella quale le parti, semplicemente assistite dal terzo, possono definire e porre fine – nel modo che ritengono reciprocamente soddisfacente – alla lite che le vede coinvolte.

Rispetto a questa definizione, infatti, la procedura conciliativa cui faceva riferimento il vecchio testo si discostava sotto vari aspetti: innanzitutto rispetto alla determinazione dell'oggetto del possibile accordo conciliativo, poiché l'art. 140-bis non prevedeva la

conciliazione come una procedura con la quale le parti (il rappresentante dei promotori dell'azione e l'impresa convenuta) dialogavano alla ricerca di una definizione bonaria della controversia, bensì come una procedura nella quale – sostanzialmente – si definivano l'entità dei risarcimenti per i singoli consumatori e si concordavano i tempi e i modi della liquidazione. Peraltro, neppure la definizione del *quantum* era rimessa alla libera determinazione delle parti, poiché l'accordo di conciliazione avrebbe comunque dovuto seguire i criteri di liquidazione stabiliti dal giudice con la sentenza.

Proprio rispetto alla decisione giudiziale si riscontra l'ulteriore differenza con la mediazione vera e propria: infatti, anche dal punto di vista temporale, la conciliazione si collocava in determinato momento storico dell'azione di classe (*rectius* dell'azione collettiva), anche in ragione della sua struttura bifasica congegnata dal legislatore del 2007. Essa doveva essere esperita solo successivamente alla sentenza del giudice con cui venivano stabiliti i criteri della liquidazione ed in mancanza di una offerta volontaria da parte dell'impresa entro sessanta giorni dalla notificazione del provvedimento giudiziale (ovvero in caso di mancata accettazione di detta offerta). Con ciò certamente, non si voleva impedire alle parti di poter raggiungere un accordo in una fase precedente, tuttavia una conciliazione siffatta non avrebbe potuto essere esperita secondo le norme e con le conseguenze previste dal comma 6, ovvero dalla disciplina della conciliazione societaria da questo espressamente richiamata. Tale mancata estensione avrebbe comportato, ad esempio, che l'accordo eventualmente raggiunto non avrebbe acquisito efficacia di titolo esecutivo, così indebolendo uno degli aspetti ritenuti più significativi per la diffusione della conciliazione ai rapporti tra consumatori e professionisti.

Al di là di queste differenze, la norma dell'art. 140-*bis* nella sua precedente formulazione faceva emergere ulteriori perplessità.

La conciliazione in essa contemplata era una forma di conciliazione obbligatoria; il comma 6, infatti, prevedeva che laddove l'impresa non formulasse una proposta nei termini indicati, ovvero che questa venisse rifiutata nei medesimi termini, il presidente del tribunale competente avrebbe dovuto costituire una camera di conciliazione dinanzi alla quale definire, appunto, l'entità e le modalità della liquidazione dei singoli risarcimenti, secondo i criteri direttivi della sentenza.

Pertanto, l'esperimento della procedura conciliativa avrebbe dovuto avvenire automaticamente, sol che i termini per la presentazione e l'accettazione della proposta di liquidazione non fosse avvenuta ed indipendentemente dalla circostanza che le parti avessero effettivamente voluto ricorrere a tale strumento alternativo.

Rispetto ad un modello così delineato si avvertiva una intrinseca debolezza del disegno normativo; come dimostra l'esperienza nordamericana, che tra Paesi occidentali

è quella maggiormente significativa (pure per ragioni culturali, oltre che il diverso funzionamento dei meccanismi processuali) lo strumento dell'azione di classe viene utilizzato proprio per favorire accordi conciliativi a monte, grazie ai quali il giudizio collettivo possa essere evitato; non così nella disciplina del Codice del consumo, prima della riforma: non sarebbero state le parti a stabilire tutti gli elementi dell'accordo, ma il giudice che con la sua sentenza avrebbe dovuto accertare i profili di responsabilità e fissare i criteri per la liquidazione. Ai diretti interessati sarebbe spettato soltanto di accordarsi sulle modalità di detta liquidazione alla luce dei richiamati criteri.

Le perplessità non si limitano a questo aspetto: la norma, infatti, disponeva che il giudice avrebbe dovuto costituire una camera di conciliazione, sulla base dei criteri in essa fissati, almeno per quanto riguarda la sua composizione. In questo modo la camera di conciliazione si sarebbe dovuta costituire come un organo collegiale, al cui interno avrebbero dovuto sedere un avvocato, rappresentante della classe, un altro avvocato, rappresentante dell'impresa, i quali sarebbero stati presieduti da un terzo avvocato nominato dal presidente del tribunale tra gli abilitati alle giurisdizioni superiori.

Non dunque un professionista esperto in tecniche di conciliazione, bensì un avvocato pure se abilitato per le giurisdizioni superiori, sulla base di una presupposta e invero illogica equiparazione – di cui si faceva portatrice anche la disciplina societaria – tra soggetti esperti in tecniche di conciliazione e soggetti esperti di diritto e con un elevato grado di esperienza. Con ciò non si vuol negare che tali professionisti non possano, in alcuni casi, adeguatamente svolgere il compito di conciliatore, ma le conoscenze di cui deve avvalersi il conciliatore non coincidono pienamente con la conoscenza del diritto e delle tecniche di difesa.

Al di là di questo aspetto, la norma non precisava neppure come dovesse agire tale organo collegiale, almeno dal punto di vista operativo. Non veniva precisato, infatti, ove dovessero tenersi le riunioni del collegio, le modalità di individuazione delle indennità spettanti ai suoi componenti, le norme procedurali che essi avrebbero dovuto seguire, con particolare riguardo alle modalità di adozione della soluzione conciliativa e così via. Né, sotto tale aspetto, il rinvio alle norme degli artt. 39 e 40 del d. lgs. n. 5/2003 avrebbe potuto colmare questa lacuna, posto che tali disposizioni regolavano aspetti differenti, in particolar modo quelli legati alle conseguenze dell'esperimento del tentativo sul processo civile e all'efficacia del verbale eventualmente sottoscritto dalle parti.

Giova peraltro rilevare che proprio il mancato riferimento alle norme procedurali presentava un'ulteriore questione dal punto di vista ermeneutico: posto che la procedura conciliativa propriamente detta è quella che affida al terzo un compito di mero facilitatore del dialogo e del confronto tra le parti, al fine di metterle in condizioni di poter trovare

autonomamente una soluzione reciprocamente soddisfacente, la composizione dell'organo cui si riferiva l'art. 140-*bis* faceva dubitare che esso avrebbe avuto le funzioni ed i poteri solitamente attribuite al conciliatore.

Questo non tanto per la composizione collegiale dell'organo, quanto per il fatto che – come sembrerebbe dalla mera lettura della disposizione *de qua* – a tale organo il legislatore affidava il compito di trovare una soluzione, o meglio un accordo in base al quale definire l'entità del risarcimento spettante a ciascun componente della classe.

Un potere siffatto appare coerente con lo scopo che questa procedura avrebbe dovuto soddisfare, posto che – dal punto di vista empirico – sarebbe stato più funzionale che un organo rappresentativo di tutte le parti coinvolte (la classe dei consumatori da un lato e l'impresa dall'altro) avrebbe reso più spedita la gestione della fase liquidativa del risarcimento; allo stesso tempo però, una procedura come questa non avrebbe potuto essere definita come una vera e propria conciliazione. Essa, invece, sarebbe potuta rientrare, invece, nella *species* delle cc.dd. ADR aggiudicative, con cui l'organismo responsabile (la cui rappresentanza paritaria al suo interno di tutte le parti in lite costituisce garanzia di indipendenza e imparzialità) emette una decisione non vincolante, che le parti sono libere di accettare oppure no. Tali procedure non hanno nulla a che vedere con la conciliazione propriamente detta.

La norma *de qua*, stabiliva inoltre che, in alternativa alla procedura “conciliativa” deferita a tale organo collegiale, le parti avrebbero potuto far ricorso ad uno degli organismi iscritti al registro degli organismi abilitati alla gestione delle procedura conciliative, tenuto presso il Ministero della Giustizia; tale ricorso avrebbe, quindi, permesso l'applicazione delle regole operative previste da detti organismi, sulla base della disciplina contenuta nel d. lgs. n. 5/2003 (e nei regolamenti attuativi), nonché dalle disposizioni del regolamento adottato dal singolo organismo prescelto.

Tale soluzione avrebbe, quindi, permesso di superare tutte le questioni interpretative e applicative cui si è fatto cenno.

4. IL RAPPORTO TRA *CLASS ACTION* E MEDIAZIONE ALLA LUCE DELLE NOVITÀ LEGISLATIVE: IL NUOVO ART. 140-*BIS* ED IL D. LGS. N. 28/2010

Il rapporto tra azione di classe e mediazione è mutato radicalmente rispetto alla precedente versione. Tale mutamento, invero, è motivato in ragione di due significative modifiche normative: da un lato la nuova formulazione dell'art. 140-*bis* cod. cons. (modificata dall'art. 49 della legge n. 23 luglio 2009 n. 99 recante “Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia”) e,

dall'altro, la nuova disciplina della mediazione civile e commerciale in Italia di cui al d. lgs. n. 28/2010.

Con il primo è stata radicalmente modificata la natura stessa dell'azione, che ha perso la struttura bifasica precedente, al cui interno si collocava l'esperimento del tentativo di conciliazione previsto dalla norma.

Con il secondo, invece, si è introdotta per la prima volta nell'ordinamento interno una disciplina generale della mediazione in relazione a tutte le controversie di natura civile e commerciale, tra cui rientra anche la materia consumeristica.

Alla luce di tali premesse, il rapporto tra azione di classe e mediazione poggia su differenti riferimenti normativi.

In primo luogo il nuovo art. 140-*bis* cod. cons. non fa più alcun riferimento espresso alla conciliazione, disciplinata nei modi e nelle forme del vecchio testo: tale scelta appare coerente con la diversa natura della *class action* che, come detto, perde la sua struttura bifasica. In base al nuovo testo, infatti, la sentenza del giudice non è più una sentenza di mero accertamento sull'*an* del risarcimento, che poi apre alla fase della liquidazione ai singoli componenti la classe, sulla base dei criteri direttivi enucleati nella decisione giudiziale. Al contrario oggi l'art. 140-*bis* prevede che il tribunale pronunci una sentenza di condanna con cui vengono liquidate anche le somme spettanti ai componenti della classe, ovvero (seppure in via eccezionale) i criteri in base ai quali provvedere a tale liquidazione.

In altri termini, alla luce della diversa natura del provvedimento giudiziale, che è una sentenza di condanna, il legislatore non prevede più una seconda fase (conciliativa o giudiziale) per la definizione dei risarcimenti da liquidare ai singoli componenti della classe.

A fronte di questo mancato riferimento, si prevede però che le rinunzie e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi abbiano espressamente consentito (cfr. art. 140-*bis* comma 15).

A questa nuova formulazione dell'art. 140-*bis* cod. cons. fa eco la norma dell'art. 15 del d. lgs. n. 28/2010, la quale dispone: *“Quando è esercitata l'azione di classe prevista dall'articolo 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, la conciliazione, intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione, ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito”*.

Dal combinato disposto delle due norme richiamate, appare evidente che il legislatore non si riferisce più ad una conciliazione limitata alla determinazione del *quantum* del risarcimento spettante a ciascun consumatore, sulla base di quanto accertato con la

sentenza che definisce l'azione collettiva.

Al contrario, emerge un chiaro riferimento ad una vera e propria conciliazione tra le parti che possa intervenire in qualsiasi momento, prima della pronuncia giudiziale.

Ciò premesso, il legislatore – avendo collocato questa disposizione all'interno della complessiva e generale disciplina della mediazione civile e commerciale – richiede, seppur implicitamente, che l'esperimento di detto tentativo di mediazione avvenga secondo le disposizioni del d. lgs. n. 28/2010 e dinanzi ad uno degli organismi che abbia ottenuto l'accreditamento del Ministero della Giustizia in esso previsto.

L'unico riferimento espresso compiuto dall'art. 15 all'azione di classe di cui all'art. 140-*bis* è relativo agli effetti dell'accordo, eventualmente raggiunto dal rappresentante, sui componenti della classe. Al riguardo, infatti, detta norma prevede che se la conciliazione fosse raggiunta successivamente alla scadenza del termine per le adesioni, l'accordo raggiunto produce i propri effetti sulla sfera giuridica di tutti gli aderenti che vi abbiano espressamente consentito.

Tale richiamo, quindi, richiede un esame della disciplina dell'adesione all'azione di classe contenuta all'art. 140-*bis* cod. cons. nella nuova formulazione.

In base al dettato normativo, i consumatori che intendono avvalersi di tale tutela debbono aderire all'azione di classe, senza ministero di difensore, ma l'atto di adesione deve essere depositato in cancelleria, anche tramite l'attore, entro centoventi giorni dalla scadenza del termine per l'esecuzione della pubblicità (secondo il modello del c.d. *opt-in*).

Tale adesione comporta la rinuncia ad ogni azione restitutoria ovvero risarcitoria individuale, fondata sul medesimo titolo; di conseguenza, la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti di ciascun aderente.

Pertanto la previsione dell'art. 15 del d. lgs. n. 28/2010 pare del tutto coerente con quella dell'art. 140-*bis* cod. cons., ed in particolare con il comma 15 di detto articolo il quale prevede che le transazioni e le rinunce intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti di coloro che non vi abbiano consentito espressamente; il consenso espresso, dunque, è requisito necessario affinché l'accordo conciliativo eventualmente raggiunto possa essere vincolante per i singoli aderenti.

In effetti, la *ratio* di questa norma è chiara nel suo intento di vietare al rappresentante della classe (attore) di porre in essere, tra gli altri, negozi sostanziali con cui si disponga dei crediti altrui, con la conseguenza che – in mancanza di un consenso espresso – in conseguenza della transazione o della rinuncia o di qualsiasi altro accordo conciliativo, per coloro che hanno accettato la transazione cessa la materia del contendere, mentre le pretese dei consumatori che non hanno consentito ad essa restano controverse, ma non

possono essere ulteriormente trattate in quel giudizio.

Sotto il profilo operativo, dunque, sarà necessario che – al momento dell’adesione – il consumatore non soltanto aderisca all’azione di classe ma conferisca espressamente al rappresentante della classe il potere di esperire un tentativo di mediazione per la risoluzione stragiudiziale della lite.

Solo attraverso tale consenso espresso, infatti, l’accordo eventualmente raggiunto e consacrato in un contratto può produrre effetti nella sfera giuridica dei singoli aderenti.

Tale conferimento consentirà, dunque, al rappresentante di scegliere liberamente uno degli organismi di mediazione iscritto presso il registro che verrà istituito dal Ministero della Giustizia, di aderire alle norme procedurali contenute nel regolamento, di partecipare – in nome e per conto della classe – alla procedura stessa insieme con l’impresa, di addivenire ad una soluzione bonaria del conflitto insorto tra questa e tutti i consumatori che abbiano aderito.

5. CONSIDERAZIONI FINALI

La lunga gestazione delle due norme di riferimento (art. 140-*bis* cod. cons. e art. 15 del d. lgs. n. 28/2010) ha consentito di disciplinare il rapporto tra la mediazione e la *class action* in maniera coerente ed efficace.

La mediazione, infatti, può essere esperita efficacemente dal rappresentante della classe una volta che questa si sia validamente costituita; egli, se formalmente investito del potere di agire in nome e per conto di tutti i componenti, potrà porre in essere tutte le iniziative che riterrà utili per il raggiungimento dell’accordo; se tale accordo sarà raggiunto, e dunque la conciliazione sarà definita, egli potrà validamente sottoscrivere il relativo contratto con efficacia vincolante per tutti gli aderenti.

Il contenuto di tale accordo non sarà più limitato alla determinazione degli importi dei singoli risarcimenti da corrispondere a ciascun consumatore, ma potrà avere ad oggetto anche altre questioni, senza alcuna limitazione specifica sull’oggetto.

In questo modo l’esperimento del tentativo di mediazione sarà più coerente con la disciplina della azione di classe, sia in ordine al momento oltre il quale esso potrà essere validamente esperito con effetti su tutti gli aderenti; al tempo stesso esso sarà conforme alla nuova disciplina generale sulla mediazione delle controversie civili e commerciali, sol che riguardino un illecito plurioffensivo posto in essere da un professionista nei confronti di una pluralità di consumatori.

Semmai l’unico vero punto debole di questo rapporto è dato dalla scarsa possibilità che esso possa essere effettivamente realizzato a causa dei molteplici aspetti negativi

che caratterizzano tanto la disciplina della mediazione, quanto quella della *class action*: quanto alla prima perché, nonostante gli sforzi compiuti dal legislatore, essa continua ad essere una disciplina che – seppur generale e tendenzialmente completa – non si è emancipata dalla funzione di deflazione del contenzioso civile che, invero, non spetta ad essa ma ad una riforma del processo che sia in grado di renderlo davvero rapido, efficiente ed efficace. Quanto alla seconda, invece, essa in seguito alle modifiche che oggi hanno portato alla nuova formulazione dell'art. 140-*bis* si presenta particolarmente farragginosa e complessa, al punto da apparire di incerta e difficile applicazione e da perdere la sua effettiva efficacia deterrente.

ABSTRACT.

L'azione di classe e la mediazione stragiudiziale costituiscono due importanti strumenti di tutela dei diritti dei consumatori, che potrebbero essere in grado di fornire una protezione effettiva che il ricorso alla giurisdizione ordinaria non è sempre in grado di garantire, a causa dei suoi tempi e dei suoi costi.

*Entrambi questi strumenti sono stati oggetto di attenzione da parte del legislatore domestico, il quale li ha disciplinati – rispettivamente – con l'art. 140-*bis* cod. consumo e con il d. lgs. n. 28/2010.*

*Già prima della disciplina della mediazione civile e commerciale, tuttavia, il rapporto tra conciliazione ed azione collettiva era disciplinato nella precedente formulazione dell'art. 140-*bis*, rimasta sostanzialmente inapplicata e poi modificata nel 2008: essa, infatti, prevedeva che in seguito alla sentenza collettiva che accertava la responsabilità dell'impresa convenuta, vi sarebbe stata una seconda fase in cui – se la parte convenuta non presentava un'offerta autonoma di liquidazione del danno secondo i criteri dettati nella sentenza – avrebbe dovuto essere esperito un tentativo di conciliazione per il medesimo fine.*

*Con la nuova formulazione dell'art. 140-*bis* cod. cons. tale riferimento espresso alla conciliazione è venuto meno, poiché l'attuale disciplina prevede che la sentenza emessa dal giudice nella *class action* sia una sentenza di condanna che prevede la liquidazione del danno ai componenti della classe.*

Viceversa, l'art. 15 del d. lgs. n. 28/2010 in tema di mediazione prevede che l'eventuale conciliazione raggiunta dopo l'adesione alla classe, vincola tutti gli aderenti al contenuto dell'accordo così raggiunto, purché lo abbiano espressamente dichiarato all'atto dell'adesione.

*Questa disposizione appare del tutto coerente, in generale, con la nuova natura dell'azione e, in particolare, con il comma 15 dell'art. 140-*bis* il quale prevede che eventuali transazioni e rinunce raggiunte dal rappresentante della classe non vincolino gli aderenti che non via abbiano espressamente consentito.*

Nonostante ciò, entrambe le discipline sono percorse da elementi che renderanno complesso e limitato il ricorso ad entrambi questi strumenti, specie se in modo coordinato tra loro.

BIBLIOGRAFIA

- G. ALPA, *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 379 ss.
- G. ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, in *Le società*, 2010, 5
- G. ARMONE – P. PORRECA, *La mediazione tra processo e conflitto*, in *Foro it.*, 2010, V
- A. BERLINGUER, *La nuova disciplina della mediazione civile resta ancora in bilico tra Stato e mercato*, in *Guida al diritto*, 2010, 12, 12
- M. BOVE, *Profili processuali dell'azione di classe*, in www.judicium.it.
- ID., *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in www.judicium.it
- ID., *Mediazione civile: una disciplina poco liberale che richiede una visione legata agli interessi*, in *Guida al diritto*, 2010, 13, 11
- R. CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione. Quadro generale*, in *Foro it.*, 2010, V
- ID., *Il nuovo volto della class action*, in *Foro It.*, 2009, V, 383 ss.
- C. CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. Giur.*, 2009, 1297 ss.
- S. CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge n. 69/2009*, in www.ilcaso.it
- G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro It.*, 2009, V, 388 ss.
- D. DALFINO, *Dalla conciliazione alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in www.judicium.it
- ID., *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, in *Foro it.*, 2010, V
- L. DITTRICH., *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in www.judicium.it
- G. GITTI - A. GIUSSANI, *La conciliazione collettiva nell'art. 140-bis c.cons., dalla L.N. 244 del 24 dicembre 2007 alla L. N. 99 del 23 luglio 2009, alla luce della disciplina transitoria*, in *Riv. dir.civ.* 2009, 639 ss.
- S. MENCHINI, *I primi provvedimenti relative all'azione di classe dell'art. 140-bis cod. consumo*, in www.judicium.it.
- S. MENCHINI-A. MOTTO, *Art. 140 bis*, in www.judicium.it.
- E. MINERVINI, *Art. 140-bis*, in E. Minervini – L. Rossi Carneo (a cura di), *Le modifiche al codice del consumo*, Torino, 2009, 579
- ID., *Azione collettiva risarcitorio e conciliazione*, in *Contr. Impr.*, 2008, 917
- I. PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Le società*, 2010, 5
- P. PORRECA, *La mediazione e il processo civile: complementarità e coordinamento*, in *Le società*, 2010, 5
- C. PUNZI, *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 253 ss. A. RICCIO, *Giustizia e futuro: conciliazione e class action*, in *Contr. Impr.*, 2010, 1 ss.
- F. SANTANGELI - P. PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, in www.judicium.it
- G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in www.judicium.it

9. L'INFORMAZIONE NEL COLLOCAMENTO DEI PRODOTTI FINANZIARI

(*Francesca Bassi*)

SOMMARIO: 1.- La evoluzione della disciplina nella legislazione bancaria. 2.- *Jus variandi* e Codice del Consumo. 3.- Il credito al consumo nel Codice del Consumo. 4.- Il credito al consumo nel TUB. 5.- Dalla direttiva 2008/48/CE alla riforma del credito al consumo nel TUB. 6. - L'informazione nel TUF e nei Regolamenti CONSOB.

1. LA EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA NELLA LEGISLAZIONE BANCARIA

La fondamentale esigenza delle banche di garantire il mantenimento del livello della propria stabilità, anche in presenza di variazioni e crisi del mercato, ha comportato l'inserimento nell'ambito dei contratti bancari, di una serie di clausole grazie alle quali la banca stessa si riserva il diritto di poter modificare unilateralmente, e discrezionalmente, qualsiasi "condizione" del contratto.

Prima del 1993, l'esercizio del *jus variandi* da parte delle banche era regolato da una serie di disposizioni contenute nelle *Norme Bancarie Uniformi*, (di seguito: NBU) che concedevano questo potere in maniera quasi illimitata (come, ad es. l' art. 116 NBU, sui conti correnti di corrispondenza, il quale disponeva che l' azienda di credito si riservava la facoltà di modificare in qualsiasi momento le norme e le condizioni tutte che regolano i rapporti di conto corrente). L' inadeguatezza del sistema (normativo) che regolava la posizione contrattuale della banca apparve subito con tutta evidenza, nonostante esistessero dei rimedi offerti dal diritto comune negli artt. 1341 e 1342 c. c.. L'arretratezza della disciplina in esame era rappresentata dal fatto che il rapporto tra banca e cliente era disciplinato dal legislatore del 1942, in una serie di articoli che tipizzavano i più comuni contratti bancari, in maniera non del tutto esaustiva, e rimandando alle banche il potere di regolamentare alcuni aspetti particolarmente significativi del rapporto. L' Associazione Bancaria Italiana, elaborò quindi una serie di regole, denominate *Norme Bancarie Uniformi*, che sono divenute divennero condizioni generali di contratto riprodotte su moduli o formulari.

La legittimità di queste clausole risultava assai discussa in dottrina, poiché esse testimoniavano con tutta evidenza il profondo squilibrio contrattuale e la asimmetria tra le parti che si concretizzava anche e soprattutto attraverso l'esercizio del *jus variandi* da parte delle banche. In definitiva, il cliente rimaneva legato ad una successiva manifestazione di volontà espressa in presenza di condizioni in origine completamente diverse.

Nel 1993, con l'avvento del TUB, viene introdotta nel nostro ordinamento una disciplina specifica della modifica unilaterale delle posizioni contrattuali operata dalla banca nei rapporti con il cliente.

Questo corpo normativo, riconosce la piena liceità di tale diritto della banca, data soprattutto la particolare struttura e ragione economica dei contratti bancari, in larghissima parte destinati a durare per lungo tempo, e quindi considerando la rimodulazione degli originari accordi contrattuali un fenomeno del tutto fisiologico e normale.

Veniva stabilito nell' art. 117, co. 5, il contenuto della clausola relativa allo specifico diritto di modifica del contratto, e nell' art. 118 la procedura per esercitare tale diritto e i conseguenti effetti.

L' ambito del *jus variandi* spaziava dalle clausole aventi contenuto di carattere "economico", a quelle di carattere "normativo" o "disciplinare", quali ad es. quelle relative al recesso, esonero da responsabilità, foro competente ecc.

(Inoltre,) Già all' indomani della emanazione del TUB, la dottrina e la giurisprudenza si alternavano nel sostenere se, in virtù dell' esplicito riferimento contenuto nell' art. 118, anche le disposizioni contenute nel 117 andassero applicate solo ai contratti di durata. Ovviamente, l' orientamento positivo insisteva e ne giustificava l' applicazione in base a quella struttura del rapporto fisiologicamente e naturalmente duratura (orientamento poi consolidato in base alla espressa esclusione dei contratti a tempo determinato dal novero di quelli per i quali l' art. 13, co. 2, delle *Condizioni generali relative al rapporto banca- cliente*, di cui il Protocollo di intesa del 24 maggio 2000 tra ABI e Associazioni dei consumatori, che riserva alla banca la facoltà di modificare le condizioni applicate ai singoli rapporti in essere). È opportuno precisare che l' orientamento prevalente in dottrina ritiene che la modifica unilaterale *ex art. 118 TUB*, possa essere esercitata tanto in contratto a tempo indeterminato, quanto a tempo determinato.

Nell' art. 117 co. 5, veniva stabilito che il diritto della banca di variare in senso sfavorevole al cliente i tassi di interesse, i prezzi e ogni altra condizione doveva essere previsto espressamente in una clausola del contratto, poi specificamente approvata per iscritto dal cliente. La modalità della comunicazione delle variazioni sfavorevoli, secondo l' art. 118 TUB, doveva essere disciplinato con normativa "secondaria" (come poi avvenne ad es. con la delibera CICR 4 marzo 2003, art. 14, e con successive istruzioni della Banca d' Italia). Questa disposizione prevedeva due "tipi" di variazioni: a) quelle concernenti un determinato rapporto; b) quelle generalizzate, cioè relative ad una molteplicità dei rapporti. Per le prime esisteva l' obbligo della banca di comunicare per iscritto al cliente le variazioni sfavorevoli apportate al contratto, indicandole "separatamente", senza quindi poter considerare eventuali vantaggi compensativi derivante dalla modifica favorevole effettuata su altre condizioni.

Nelle modifiche sfavorevoli di carattere generalizzato, la banca doveva semplicemente informare il cliente in forma del tutto impersonale, cioè attraverso

l'iscrizione di avvisi nella G. U. e nei locali della banca aperti al pubblico. In questa seconda categoria, le variazioni sfavorevoli non erano del tutto esenti da comunicazione individualizzata, poiché alla prima occasione utile esse venivano inserite nell'ambito delle comunicazioni periodiche, ovvero in quelle riguardanti specifiche operazioni. La sanzione prevista per l'inosservanza delle suddette prescrizioni era la inefficacia delle variazioni contrattuali sfavorevoli, in virtù dell'art. 118, co. 3, TUB; invece la efficacia delle variazioni decorreva dalla comunicazione al cliente, ovvero dalla pubblicazione in G. U.. Sempre l'art. 118, co. 3, TUB, prevedeva che nell'ipotesi di esercizio del *jus variandi* da parte della banca, il cliente potesse esercitare il diritto di recesso dal contratto senza penalità, ottenendo, quando veniva liquidato il rapporto, l'applicazione delle condizioni precedentemente praticate. Il diritto di recesso poteva essere esercitato entro quindici giorni dal ricevimento della comunicazione scritta, ovvero dalla pubblicazione in G. U.. Questa soluzione lasciava particolarmente perplessi in alcune specifici contratti, quali quelli di credito, poiché il recesso in questi casi, previsto dal legislatore come forma di tutela per il cliente, era di fatto impedito, quando quest'ultimo non era in grado di fare fronte alla esposizione debitoria nei confronti della banca. Inoltre, merita di essere notato che, a differenza del diritto di recesso così come concepito dal nostro legislatore genericamente per tutti i contratti di durata nell'art. 1373, co. 2, c. c.; nel caso previsto dall'art. 118 TUB, il recesso aveva efficacia "retroattiva", nel senso che l'esercizio di questo diritto da parte del cliente semplicemente congelava la situazione preesistente all'esercizio del *jus variandi*.

Comunque, si riteneva implicitamente (come poi è stato successivamente affermato dalla giurisprudenza anche della Suprema Corte per tutte le facoltà intrinseche alla esecuzione di rapporti di durata) che la banca, nell'esercizio del *jus variandi* dovesse attenersi al rispetto delle clausole generali di correttezza nel rapporto obbligatorio e di buona fede nell'esecuzione del contratto (in base agli artt. 1175 e 1375 c. c.), poiché era considerata illegittima la variazione delle condizioni contrattuali che, di fatto, costringessero il cliente ad esercitare il diritto di recesso.

2. JUS VARIANDI E CODICE DEL CONSUMO

L'originaria previsione del diritto di modifica unilaterale ha subito delle importanti variazioni grazie alla introduzione della normativa speciale dettata per i clienti consumatori dal d. lgs. 206/2005, contenente il cd. Codice del Consumo. Appare di agevole comprensione che le disposizioni contenute in questo *corpus* normativo incidono su qualsiasi rapporto intercorrente tra banca e cliente, mentre più problematico appare

il tentativo di identificare, ai fini della applicazione della generale normativa, il cliente “consumatore”, avuto riguardo agli scopi per i quali il cliente agisce e pone in essere un determinato rapporto con la banca. Questa difficoltà aumenta esponenzialmente in quelle ipotesi in cui è praticamente impossibile scindere la funzione del contratto collegata all’attività professionale o imprenditoriale da quella invece collegata all’attività privata del cliente (come nel contratto di cassetta di sicurezza, al contratto di mutuo per generali esigenze di liquidità, al contratto di bancomat). Per effetto di questa normativa speciale si presumono fino a prova contraria vessatorie, e quindi “nulle” (anche se sono note le caratteristiche particolari di questa “nullità”), le clausole (non oggetto di trattativa individuale: art. 34, co. 4, Cod. del Consumo), che consentono al professionista di *“modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire”*. La modifica è ammessa qualora sussista un *“giustificato motivo indicato nel contratto stesso”*, secondo quanto è disposto nell’ art. 33, co. 2, lett. *m*, Cod. del Consumo. Questa regola poi, subisce una ulteriore specificazione, poiché quando il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato, la banca può modificare unilateralmente il contratto anche in presenza di un giustificato motivo non indicato nel contratto, purchè venga concesso un congruo termine di preavviso al cliente, cui è sempre riconosciuto il diritto di recedere secondo l’ art. 33, co. 3, lett. *b*, Cod. del Consumo. Una disciplina ancora più permissiva per la banca è stabilita nell’ ipotesi in cui in un contratto qualsiasi, anche a tempo determinato, avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari, quando si proceda ad una modifica relativa al tasso di interesse, ovvero all’ importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria: stante la necessità della sussistenza di un giustificato motivo, anche se non indicato nel contratto e la sussistenza del diritto di recesso in capo la cliente , la banca può infatti prescindere dal preavviso, risultando sufficiente una *“immediata comunicazione”* in virtù dell’ art. 33, co. 4 Cod. del Consumo. In base all’ art. 33, co. 5, Cod. del Consumo, per i contratti aventi ad oggetto valori mobiliari, strumenti finanziari e altri prodotti o servizi il cui prezzo è collegato alle fluttuazioni di un corso e di un indice di borsa, ovvero di un tasso di mercato finanziario non controllato dalla banca, nonché per quei contratti aventi ad oggetto la compravendita di valuta estera, assegni di viaggio o vaglia postali internazionali emessi in valuta estera, non sussiste alcuna limitazione al diritto della banca di modificare unilateralmente le clausole del contratto, dovendosi però considerare operanti i limiti della disciplina generale. Anche nella disciplina dettata per i rapporti con i consumatori, il diritto di modifica unilaterale può essere esercitato dalla banca soltanto nel caso in cui lo stesso sia stato espressamente contemplato nel contratto, in base a quanto disposto nell’ art. 117, co. 5, TUB, che rappresenta così una disposizione generale per i contratti

bancari, applicabile in ogni caso.

Sulla scia delle disposizioni contenute nel Codice del Consumo, il legislatore ha ulteriormente innovato il *jus variandi* grazie all' art. 10, d. l. 223/7/2006, convertito nella legge 248/2006, che ha riformato le norme del TUB che in questa sede interessano. Rimane salva la possibilità di inserire nei contratti bancari di durata, nel rispetto dell' art. 1341, co. 2 c. c., una clausola che attribuisce alla banca la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto. Quest' ultimo termine permette quindi di comprendere sia quelle clausole che hanno contenuto "economico", sia quelle che hanno contenuto "normativo".

Al riguardo, occorre sottolineare che, la versione attuale dell' art. 118, co. 1 del TUB, probabilmente, in mancanza di un dato normativo esplicito, continua a riguardare solamente le modifiche "sfavorevoli" al cliente; modifiche che non possono più, come in passato, essere lasciate alla mera discrezionalità della banca, ma che devono essere supportate da un "*giustificato motivo*". Circa la sussistenza del "*giustificato motivo*", così come previsto dall' art. 118, co. 1 TUB, esso si sostanzierebbe nell' evento potenzialmente idoneo a modificare l' originario sinallagma contrattuale, dovendosi, quindi, escludere qualsiasi rilevanza di fattori di carattere soggettivo, cioè connesse alle scelte discrezionali della banca. L' art. 118 TUB, oltre a fornire una regola sostanziale di carattere generale, indica anche dei requisiti procedurali per attuare la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali: la modifica sfavorevole dovrà, a norma del comma 2 del suddetto articolo, essere comunicata dalla banca al cliente in forma scritta, ovvero tramite altro supporto durevole previamente accettato dal cliente, con un preavviso di almeno trenta giorni, e con delle modalità contenenti in modo evidenziato la formula "*proposta di modifica unilaterale del contratto*". Poiché il legislatore, nella formulazione dell' articolo utilizza il virgolettato, non è possibile utilizzare da parte delle banche parole equipollenti, e quindi, nel caso di difformità è da ritenere che la stessa finisca per comportare l' inefficacia dalla clausola relativa al *jus variandi*, applicando in questo modo la sanzione contenuta nel comma 3 dell' art. 118 TUB. L' obbligo di comunicazione si estende anche al "*giustificato motivo*" che è stato la ragione della modifica, dato che la banca nella prestazione del servizio deve ispirarsi a criteri di trasparenza, tale da rendere il cliente/consumatore soggetto adeguatamente informato circa le operazioni che si stanno compiendo, e tale anche da colmare la asimmetria informativa che inevitabilmente esiste tra prestatore del servizio e fruitore del servizio.

Analizzando con maggiore attenzione, nell' art. 118, co. 2 TUB, si parla di "*Proposta di modifica unilaterale del contratto*", quindi la modifica si intenderà approvata ove il cliente non receda dal contratto entro sessanta giorni, avendo in tal caso diritto alla

applicazione delle condizioni “economiche” e “normative” in precedenza applicate.

Quindi, è chiaro che la proposta di modifica unilaterale del contratto non pone realmente il cliente che la riceve di fronte alla possibilità di scegliere se accettare, ovvero rifiutare, poiché in quest’ ultima ipotesi il cliente dovrà rinunciare al mantenimento del rapporto stesso con la banca. In altri termini, se la banca non è più in condizione di modificare unilateralmente il contratto, la stessa però può proporre delle modifiche che, nel caso non dovessero essere accettate dal cliente, costringono quest’ ultimo a sciogliere il contratto attraverso l’ esercizio del diritto di recesso.

Appare inoltre particolarmente controversa la questione relativa al momento in cui decorrono gli effetti della modifica in caso di accettazione del cliente. Infatti, le interpretazioni potrebbero essere due: la prima, secondo la quale la modificazione è efficace a decorrere dalla scadenza del termine di preavviso (trenta giorni); la seconda, secondo la quale la modificazione è efficace a decorrere dalla scadenza del termine di recesso (sessanta giorni). Inoltre, in caso di recesso con conseguente chiusura del rapporto contrattuale, il cliente non potrà vedersi addebitate spese o commissioni. L’ inosservanza della descritta disciplina produce infine l’ inefficacia delle relative variazioni sfavorevoli, in virtù di quanto disposto dall’ art. 118, co. 3 TUB.

3. IL CREDITO AL CONSUMO NEL CODICE DEL CONSUMO

Attraverso il cd. credito al consumo il consumatore consegue il finanziamento o la dilazione di pagamento in operazioni di prestito non destinate a finalità produttive. Mentre le dilazioni di pagamento possono essere concesse da tutti i soggetti autorizzati alla vendita di beni e di servizi nel territorio dello Stato, la concessione di finanziamenti è una attività riservata alle banche e agli intermediari finanziari iscritti in specifici elenchi.

Nel Codice del Consumo il credito al consumo è disciplinato dall’ artt. 39 a 43. La prima norma contiene una regola generale, a cui devono uniformarsi tutti i soggetti del rapporto commerciale, e cioè la buona fede, la correttezza e la lealtà. Inoltre, continua la norma, questi principi generali devono essere valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori. Emerge sempre con chiarezza l’ ottica “protezionista” del legislatore nella regolamentazione di una materia che da sempre ha sollevato delicati problemi.

L’ art. 40 è una norma che potremmo definire “di intento” poiché stabilisce che il Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio adegui la normativa nazionale alla Direttiva 98/7/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, che modificava la Direttiva 87/102/CEE, contenente disposizioni in materia di ravvicinamento

delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, con particolare riguardo alla previsione di indicare il Tasso annuo effettivo globale (TAEG) mediante un esempio tipico. In questa disposizione è forte l' influsso esercitato da una serie di atti normativi emessi in sede comunitaria, che hanno a più riprese esortato gli stati membri ad adottare regole uniformi nella disciplinare materie particolarmente significative. L' art. 41 del Codice del Consumo, prescrive che il CICR, ai fini dell' applicazione dell' art. 40, apporta, come previsto nell' art. 122, comma 2, e 123, comma 2 del TUB le necessarie modificazioni alla disciplina recata dal Decreto del Ministro del Tesoro dell' 8 Luglio 1992.

L'art. 42 disciplina l' inadempimento del fornitore che da sempre ha rappresentato un argomento cruciale del credito al consumo, laddove persiste l' obbligazione del consumatore di effettuare i versamenti, in una unica soluzione o in via rateale, a favore del finanziatore.

Ed infine, l' art. 43 del Codice del Consumo rinvia al TUB per la restante disciplina del credito al consumo, nonché agli artt. 144 e 145 per le relative sanzioni.

Appare dunque evidente che la normativa contenuta nel Codice del Consumo si interseca, in maniera pregnante con quella contenuta nel TUB.

4. IL CREDITO AL CONSUMO NEL TUB

Il credito al consumo, come abbiamo già detto, è disciplinato anche dal TUB dagli artt. 121 a 128 *bis*. L' art. 124 TUB stabilisce che i contratti di credito al consumo devono contenere: a) l' ammontare e le modalità del finanziamento; b) il numero, gli importi e la scadenza delle singole rate; c) il tasso annuo effettivo globale (TAEG), che rappresenta il costo del credito a carico del consumatore espresso in percentuale annua del credito concesso. Questo tasso comprende, a norma dell' art. 122 TUB, gli interessi e tutti gli oneri da sostenere per utilizzare il credito ed le modalità di calcolo sono stabilite dal CICR, che deve individuare in particolare gli elementi da computare e la formula di calcolo; nell' ipotesi in cui il finanziamento può essere erogato solo attraverso la interposizione di un terzo, il costo di tale interposizione deve essere incluso nel TAEG; d) il dettaglio delle condizioni analitiche secondo cui il TAEG può essere eventualmente modificato; e) l' importo e la causale degli oneri che sono esclusi dal calcolo del TAEG. Nel caso in cui non sia possibile indicare esattamente questi oneri, deve essere fornita una stima realistica poiché oltre essi nulla è dovuto dal consumatore; f) le eventuali garanzie richieste; g) le eventuali coperture assicurative richieste al consumatore non incluse nel calcolo del TAEG. I contratti di credito al consumo che hanno per oggetto l' acquisto di determinati

beni o servizi devono contenere, a pena di nullità: a) la descrizione analitica dei beni e dei servizi; b) il prezzo di acquisto in contanti, il prezzo stabilito dal contratto e l'ammontare dell'eventuale acconto; c) le condizioni per il trasferimento del diritto di proprietà, nei casi in cui il passaggio della proprietà non sia immediato. Non potrà essere addebitata nessuna somma al consumatore oltre quelle espressamente indicate nel contratto. Inoltre, in una ottica di tutela del consumatore, è sancita la nullità delle clausole di rinvio agli usi per la determinazione delle condizioni economiche, che si considerano non apposte.

Nell'ipotesi in cui vi sia assenza o nullità delle clausole contrattuali, queste ultime vengono disciplinate di diritto secondo una serie di criteri quali: a) il TAEG equivale al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto; b) la scadenza del credito è di trenta mesi; c) nessuna garanzia o copertura assicurativa viene costituita in favore del finanziatore.

I contratti con i quali le banche o gli intermediari finanziari concedono a un consumatore un'apertura di credito in conto corrente non connessa all'uso di una carta di credito devono contenere, a pena di nullità, le seguenti indicazioni: a) il massimo e l'eventuale scadenza del credito; b) il tasso di interesse annuo e il dettaglio analitico degli oneri applicabili dal momento della conclusione del contratto, nonché le condizioni che possono determinare la modifica durante l'esecuzione del contratto stesso; c) le modalità attraverso le quali esercitare il diritto di recesso. Questi contratti sarebbero dunque esclusi dall'obbligo relativo al calcolo e alla indicazione del TAEG. Essendo il credito al consumo un contratto di durata, le parti restano vincolate per un certo lasso di tempo. La durata, infatti, viene stabilita dalle parti, ma nella prassi i contratti relativi a forme di finanziamento hanno una durata che può variare da 12 a 72 mesi. La restituzione avviene attraverso le rate che vengono versate periodicamente dal consumatore all'istituto di credito. La rata è composta da una quota capitale con funzione di restituzione del prestito, e di una quota di interessi, calcolati sulla base del saggio di interesse praticato. L'inosservanza delle scadenze comporta l'applicazione, a carico del consumatore inadempiente, degli interessi di mora nella misura indicata nel contratto o nella documentazione fornita a quest'ultimo nella fase precontrattuale. Gli istituti che hanno concesso il credito possono chiedere, in questa ipotesi, la risoluzione del contratto, e, conseguentemente, l'immediata restituzione del capitale residuo.

Nell'art. 123 TUB è stabilito che alle operazioni di credito al consumo si applica l'art. 116 in materia di pubblicità dei contratti, disciplina che impone la necessità di informare attraverso le modalità qui prescritte una serie di informazioni essenziali per il consumatore. Quindi, in ciascun locale aperto al pubblico devono essere pubblicizzati

i tassi di interesse, i prezzi, le spese per le comunicazioni alla clientela e ogni altra condizione economica relativa alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per le imputazioni degli interessi. Per le operazioni di finanziamento, comunque denominate, è pubblicizzato il tasso effettivo globale medio previsto dall'articolo 2, commi 1 e 2, della legge 7 marzo 1996, n. 108. Non può essere fatto rinvio agli usi.

Qui l'informazione a tutela del cliente riguarda non soltanto il contenuto di alcuni elementi essenziali per la prestazione del servizio, ma riguarda anche le eventuali spese che sono poste a carico del consumatore per essere adeguatamente informato nel corso del rapporto. L'obbligo di informazione riguarda, a norma dell' art. 123, comma 2, anche gli annunci pubblicitari e le offerte, effettuati con qualsiasi mezzo, con cui viene dichiarato il tasso d'interesse o altre cifre concernenti il costo del credito, devono indicare il TAEG e il relativo periodo di validità. Il diritto ad una scelta "informata" del consumatore si spinge fino a stabilire che il CICR individua i casi in cui, in funzione di motivate ragioni tecniche, il TAEG può essere indicato mediante un esempio tipico.

Le disposizioni in materia di forma e di contenuto degli elementi della struttura contrattuale minima, così come si evince dalla lettura delle norme in questa materia che impongono una limitazione all'autonomia privata prescrivendo l'osservanza di un modello preconstituito, vengono sancite dalla sanzione "scelta dal legislatore" in caso di inosservanza: la nullità del contratto. È evidente che l'esigenza di tutela del consumatore, che pervade la disciplina del rapporto contrattuale, caratterizza la fase della formazione dell'accordo negoziale, esprimendosi nei principi di correttezza, chiarezza e completezza dell'informazione anche pre-contrattuale, così come palesato dalle previsioni sopra ricordate in materia di pubblicità e nella redazione scritta dell'accordo (copia del quale deve essere obbligatoriamente consegnata al debitore), nonché nella stessa determinazione minuziosa del contenuto del contratto, a cui deve necessariamente arretrare l'autonomia privata, essendo il comportamento contrario o sanzionato con la nullità dell'intero rapporto contrattuale o con l'integrazione cogente. La costruzione del regolamento negoziale, rimane interamente affidata all'informazione, fornita sia attraverso la pubblicità delle condizioni contrattuali, sia attraverso la redazione in forma scritta del contratto. Il punto di contatto tra i diversi momenti di informazione è realizzato imperativamente grazie all'operare di una nuova formula di invalidità, idonea a segnare i confini entro i quali il contraente forte è libero di dettare a proprio piacimento regole contrattuali onerose da cui dipende lo squilibrio contrattuale. La definizione dello schema contrattuale che identifica la costituzione del rapporto di credito al consumo è caratterizzata da obblighi/oneri che rispondono a precisi standard di tutela che rendono più sicura quella contrattazione

proprio in quanto normativamente predefinita, così da non esporre il debitore alla rigidità dell'offerta formulata in termini di "prendere o lasciare". Espressione più immediata del sistema di "trasparenza" nei contratti bancari e creditizi appaiono i già citati artt. 122 e 123 TUB che si occupano del costo del finanziamento, attraverso regole di carattere formale e sostanziale. Non solo qui il legislatore si occupa di definire compiutamente il TAEG e le modalità di calcolo, ma anche le regole per la pubblicità di tale elemento. È ovvio che la finalità è quella di offrire al consumatore, sin dal primo contatto con l'operatore finanziario, un quadro chiaro e, per quanto possibile completo del costo del finanziamento, tale da far valutare l'effettivo impatto economico-finanziario che il contratto di credito al consumo ha sull'assetto patrimoniale del debitore.

Le disposizioni in materia di pubblicità costituiscono un vero e proprio onere per il finanziatore nei confronti del consumatore, sanzionato, in caso di inadempimento, in vario modo secondo quanto la dottrina e la giurisprudenza ci hanno insegnato. E la ricostruzione di queste ipotesi appare ancora più complessa e frammentata alla luce del difficile coordinamento con l'art. 116 TUB, richiamato dall'art. 123 stesso, soprattutto in relazione al contenuto delle informazioni relative al credito e alle sanzioni sia di carattere civilistico che amministrativo per l'inosservanza della disciplina. Non dovrebbe porsi in dubbio la tutela risarcitoria per il consumatore vittima della scorrettezza del finanziatore (che risulterebbe responsabile per *culpa in contrahendo*, secondo la prescrizione generale dell'art. 1337 c.c.), qualora le condizioni pubblicizzate più favorevoli al consumatore abbiano indotto quest'ultimo ad accedere al finanziamento, ma potrebbe ipotizzarsi anche la più grave sanzione della nullità della disposizione contrattuale peggiorativa, ricorrendo all'art. 117, n°6 dettato in tema di trasparenza bancaria. Il rapporto tra disciplina della pubblicità di cui l'art. 123 TUB e l'obbligo d'informazione contrattuale del finanziatore finirebbe per transitare, in questo modo attraverso l'applicazione del meccanismo di cui l'art. 1339 c.c., con la sostituzione della difforme indicazione contenuta nel contratto con quella desumibile dalla pubblicità. La soluzione appare in linea con il sistema se si considera che, per taluni elementi del contratto, l'integrazione opera mediante il ricorso ai criteri legali evidentemente ritenuti dal legislatore prioritari rispetto alle informazioni pubblicizzate, nel caso in cui il finanziatore abbia violato le prescrizioni relative al contenuto del contratto.

La riserva convenzionale del *jus variandi* lascia aperta la questione di limiti entro i quali è ammissibile l'esercizio del diritto di modificare da parte del creditore/finanziatore e correlativamente, le questioni relative alle modalità di controllo dell'esercizio di tale facoltà, posto che le variazioni in corso di rapporto costituiscono un costante pericolo per l'affidamento del consumatore sulla stabilità delle condizioni contrattuali pubblicizzate.

Si tratta, quindi, di definire e stabilire i rapporti, non sempre facili, tra la disciplina delle condizioni del credito pubblicizzate, disciplina delle condizioni contrattuali difformi (che astrattamente possono essere ricondotte a due categorie: *in melius* o *in peius* per il consumatore) e la disciplina legale della determinazione di talune condizioni economiche fondamentali, come la misura del TAEG e la scadenza del credito. Nell'art. 124 TUB, è indicato il contenuto minimo del contratto, e costituisce una novità alla luce della teoria generale del negozio giuridico e della disciplina codicistica dei contratti, ma appare del tutto coerente con il sistema incentrato sull'adempimento degli obblighi di natura informativa. La elencazione degli elementi ritenuti per il legislatore essenziali per l'assolvimento dell'obbligo di trasparenza, completezza e comprensibilità nei confronti del consumatore è analitica e sembra ricalcare la disciplina della direttiva del 1987, non a pone particolari problemi di interpretazione nella maggioranza delle disposizioni.

A questo punto è opportuno analizzare con maggiore attenzione la disposizione contenuta nel comma 2, lettera d), poiché qui l'esigenza del legislatore di pervenire alla maggiore trasparenza possibile in favore del consumatore (per definizione, non esperto di formule algebriche) e per tentare di colmare l'inevitabile asimmetria informativa, appare pregnante laddove è richiesto che sia indicato il dettaglio delle condizioni analitiche secondo cui il TAEG può essere eventualmente modificato. Qui il problema riguarda il fatto che, nonostante la *ratio* della disposizione che intende rafforzare gli obblighi di trasparenza a carico del prestatore del servizio finanziario, ci troviamo di fronte ad un difficile raccordo con l'art. 122 TUB, dove il TAEG sembra all'evidenza ancorato – in omaggio ai numerosi richiami della Comunità Europea per l'armonizzazione delle discipline interne degli stati membri – alla formula matematica presente nella dir. 1990/88/CEE. L'ipotesi secondo cui, alla stregua della lettera d), il finanziatore potrebbe riservarsi il diritto di modificare il TAEG derogando alla “formula” (ferma restando la facoltà prevista dall'art. 125 ovvero dall'art. 118 TUB, applicabile anche al credito al consumo, di recedere a seguito di una modifica sfavorevole al consumatore del tasso di interesse annuo) comporta la necessità di interpretare combinatamente le disposizioni contenute nella lettera d) con il secondo comma dell'art. 125 TUB. Quindi, sembrerebbe che la mancata indicazione dettagliata delle condizioni analitiche di modificabilità del TAEG impedisca al finanziatore di avvalersi del *jus variandi* contrattualmente previsto, rimanendola parte del contratto relativa al TAEG affidata all'applicazione della formula matematica secondo i criteri richiamati *per relationem* dall'art. 122, comma 2 e 5, lett. a) dell'art. in esame. Da ciò deriva che la clausola che esprime il *jus variandi* è comunque assoggettabile al controllo contenutistico previsto dalla disciplina delle clausole vessatorie, non potendosi escludere la vessatorietà per la sola esistenza di una disciplina *ad hoc* contenuta nel TUB. Le clausole

che prevedono l'esercizio del *jus variandi* in assenza di un giustificato motivo, in linea di principio valide se ricorrono i requisiti previsti dal testo unico agli artt. 124, comma 2 lett. d) e 118, comma 1, devono essere considerate vessatorie, fino a prova contraria, dal momento che la deroga del successivo comma 5, relativamente alla prestazione di servizi finanziari, vale soltanto a condizione che sussista un giustificato motivo per la variazione. In VIA generale, deve ritenersi che la riserva di modificabilità unilaterale delle condizioni "normative" e di quelle "economiche" del rapporto contrasti con le norme in materia di clausole vessatorie, ove sia incondizionata, cioè esercitabile indipendentemente dal "giustificato motivo", senza il rispetto delle prescrizioni formali stabilite nel TUB negli artt. 117, comma 5, 118, commi 2 e 3, nonché per quel che qui maggiormente interessa, 124, commi 2 e 3, possa salvare la validità delle clausole.

Da leggere in connessione con la disciplina sul contenuto del contratto prevista dall'art.124 TUB sono le regole per i contratti di credito al consumo connessi ad aperture di credito in conto corrente non connessa all'uso di una carta di credito contenute nell'art. 126. Questa norma introduce un vero e proprio regime speciale, che impone, un obbligo di informazione a carico degli istituti di credito ancora più stringente poiché è necessario, a pena di nullità, inserire le seguenti indicazioni: il massimale e l'eventuale scadenza di credito, il tasso di interesse annuo, il dettaglio analitico degli oneri applicabili al momento della conclusione del contratto, delle condizioni che possono determinare la modifica durante l'esecuzione del contratto. Quest'ultima facoltà unilaterale impone la necessità di indicare nel contratto anche le modalità di recesso, da intendersi, questa volta, anche a vantaggio del finanziatore, nella misura in cui l'utilizzo del fido da parte del cliente/ consumatore possa condurre a sconfinamenti, e quindi, a esposizioni debitorie che pongano in pericolo la recuperabilità del credito da parte della banca o della società finanziaria. Questa premessa induce ad un ulteriore passaggio: la applicabilità a questa area di quelle norme in tema di clausole vessatorie che consentono al professionista, nei contratti a tempo indeterminato, di recedere dal contratto qualora vi sia un giustificato motivo, senza preavviso, dandone immediata comunicazione al consumatore. La disposizione sembra porsi al confine tra la disciplina del credito al consumo (mediante il richiamo testuale al consumatore) e la disciplina sulla trasparenza nelle operazioni e servizi bancari. L'obbligo di informazione a carico del prestatore dei servizi di pagamento riguarda anche le spese applicabili. Infatti, nell'art. 126-ter TUB è stabilito che il prestatore di servizi di pagamento non può addebitare all'utilizzatore spese inerenti all'informativa resa ai sensi di legge. Nel secondo comma di questo articolo è inserita la facoltà per l'utilizzatore dei servizi di pagamento e il prestatore di concordare le spese relative a informazioni fornite su richiesta dell'utilizzatore se esse, rispetto a quanto previsto nel contratto quadro, sono

supplementari o rese in modo più frequente o trasmesse con strumenti di comunicazione diversi. Le spese sono proporzionate ai costi effettivi sostenuti. Anche qui, la concezione che il legislatore vuole ribadire è quella di un consumatore che, oltre alla tutela minima e sufficiente relativa al diritto di informazione contenuta in varie norme, è persona attiva nell'ambito del rapporto economico. Questa attività è già stabilita in quel gruppo di norme che impone al professionista di informare periodicamente il consumatore sull'andamento del rapporto; in quelle altre che stabiliscono che il consumatore può decidere la frequenza delle informazioni; e in questa ultima dove egli può chiedere notizie aggiuntive rispetto a quel nucleo originario che prevede il legislatore.

Nell'art.126-quater è stabilito che la Banca d'Italia disciplina i contenuti e le modalità delle informazioni e delle condizioni che il prestatore di servizi di pagamento fornisce o rende disponibili all'utilizzatore dei servizi di pagamento, al pagatore e al beneficiario. Le informazioni e le condizioni sono redatte in termini di facile comprensione e in forma chiara e leggibile. L'informatore dei servizi di pagamento deve essere informato di tutte le spese dovute al prestatore di servizi di pagamento e della loro suddivisione. Inoltre essa disciplina i casi, contenuti e modalità delle comunicazioni periodiche sulle operazioni di pagamento.

Nel terzo comma della norma in esame è poi stabilito che prima di disporre l'operazione di pagamento l'utilizzatore è informato: a) dal beneficiario, di eventuali spese imposte o riduzioni proposte per l'utilizzo di un determinato strumento di pagamento; b) dal prestatore di servizi di pagamento o da un terzo, di eventuali spese imposte per l'utilizzo di un determinato strumento di pagamento. Questa norma, introdotta dall'art. 34, comma 1, d.lgs. 11/2010, di attuazione della direttiva 2007/64/CE in materia di servizi di pagamento nel mercato interno relative agli obblighi informativi che gravano sul prestatore dei servizi sia nella fase che precede il conferimento dell'ordine relativo ad una operazione di pagamento o la stipulazione di un contratto quadro, sia in quella della ricezione dell'ordine, sia in quella successiva alla sua esecuzione. Le problematiche che solleva questa disciplina sono di due tipi: la prima, riguarda il collegamento di questa norma con la disciplina generale della trasparenza che prevede che gli intermediari "pubblicizzino" nei locali aperti al pubblico le condizioni economiche praticate e "mettano a disposizione" della clientela potenziale i documenti volti a garantire l'informazione precontrattuale con riferimento sia ai profili normativi, sia a quelli economici del rapporto. Viceversa, le norme della direttiva che disciplinano la informativa che deve precedere la conclusione di un contratto quadro (art.41 e 42) impongono un vero e proprio obbligo di fornire all'utente di servizi di pagamento "su supporto cartaceo o altro supporto durevole le informazioni e le condizioni" previste dalla medesima direttiva "in tempo utile prima che

sia vincolato da un contratto o da una offerta". La norma del TUB non prende posizione a riguardo, limitandosi a prescrivere le informazioni e le condizioni che il prestatore di servizi di pagamento fornisce o rende disponibili all'utilizzatore dei servizi di pagamento, al pagatore e al beneficiario. Appare evidente che la Banca d'Italia difficilmente potrà discostarsi dall'impostazione fatta propria dalla direttiva riguardo l'informativa che deve precedere la stipulazione di un contratto quadro e dovrà quindi rendere obbligatoria la consegna al cliente di documenti precontrattuali idonei a fornire tutte le informazioni richieste dalla direttiva stessa. Il secondo profilo problematico attiene alla insufficienza, al fine di dare esecuzione a quanto disposto dagli artt. 41 e 42 della PSD, della obbligatorietà della consegna del foglio informativo relativo al contratto quadro che l'utilizzatore di servizi di pagamento intende stipulare. Questi articoli richiedono che la informativa fornita all'utilizzatore sia personalizzata relativamente alle condizioni economiche e normative che il prestatore applicherebbe nel caso concreto, qualora il contratto venisse concluso. Inoltre esiste un ulteriore problema relativo al coordinamento con la vigente disciplina sulla trasparenza, atteso che quest'ultima consente all'intermediario di addebitare un corrispettivo al potenziale cliente che richieda la consegna della bozza del contratto, mentre la direttiva nell'art. 52 par.1 vieta al prestatore di servizi di pagamento di addebitare all'utente dei servizi di pagamento le spese per l'adempimento dei suoi obblighi di informazione. La portata di tale problematica però deve essere ridimensionata alla luce dell'attuale provvedimento della Banca d'Italia in materia di trasparenza, quello del 29 Luglio 2009 che, a differenza di quelli del Luglio 2003, consente agli intermediari di addebitare un corrispettivo al potenziale cliente a fronte della consegna della bozza del contratto solo nell'ipotesi in cui la determinazione delle condizioni economiche da praticare nel caso concreto debba essere preceduta da un'istruttoria e solo nei limiti delle spese sopportate dall'intermediario stesso a tal fine. Neppure la eventuale soluzione che prevede una consegna obbligatoria della bozza del contratto o del documento di sintesi sembra sufficiente a dare piena attuazione agli artt.41 e 42 della direttiva, poiché il contenuto di tali documenti di trasparenza non copre l'intero ambito di informazioni che devono essere fornite al cliente ai sensi di tali norme. Queste ultime richiedono infatti che l'utente dei servizi sia edotto delle caratteristiche del servizio offerto dal prestatore e delle modalità di corretto utilizzo del servizio stesso, nonché delle misure di tutela e correttive predisposte dal prestatore che non sono di norma prescritte né in copia del contratto, né nel documento di sintesi. È opportuno ipotizzare, quindi, che la consegna di tali documenti debba essere accompagnata da quella del foglio informativo e che quest'ultimo debba essere integrato con l'informativa prevista nella PSD. In alternativa, si potrebbe prevedere che tali informazioni debbano rifluire direttamente nel testo contrattuale, in modo tale da

rendere la consegna di quest'ultimo sufficiente al soddisfacimento degli obblighi di cui trattasi.

5. DALLA DIRETTIVA 2008/48/CE ALLA RIFORMA DEL CREDITO AL CONSUMO NEL TUB

La innovazione maggiore contenuta nella direttiva 2008/48/CE è rappresentata da una serie di regole relative alla “informazioni pratiche preliminari alla conclusione di un contratto di credito”. Vengono prescritte una serie di informazioni pubblicitarie di base (art.4), nel senso che qualsiasi pubblicità relativa a contratti di credito la quale indichi un tasso d'interesse o qualunque altro dato numerico riguardante il costo del credito per il consumatore deve contenere talune informazioni, che devono essere espresse in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata con l'impiego di un esempio rappresentativo che attiene al: a) il tasso debitore, fisso o variabile, corredato di informazioni relative alle spese comprese nel costo totale del credito al consumatore; b) l'importo totale del credito; c) il tasso annuo effettivo globale; d) se del caso, la durata del contratto di credito; e) in caso di credito sottoforma di dilazione di pagamento per una data merce o un dato servizio, il prezzo in contanti e l'importo degli eventuali pagamenti anticipati; f) se del caso, l'importo totale che il consumatore è tenuto a pagare e l'importo delle rate. Seguono le informazioni “precontrattuali” in senso stretto, cioè quelle che il creditore, nonché l'intermediario del credito, sulla base delle condizioni di credito offerte dal creditore, e, se del caso, delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore, forniscono al consumatore, in tempo utile, cioè prima che egli sia vincolato da un contratto o da una offerta di credito; sono, sempre secondo la direttiva, quelle informazioni necessarie per raffrontare le varie offerte al fine di prendere una decisione con cognizione di causa in merito alla conclusione di un contratto di credito. Le informazioni contenute in un supporto cartaceo o su un altro supporto durevole, sono fornite mediante il modulo relativo alle “Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori riportate nell' allegato II”. Esse riguardano elementi diversi. Nel caso particolare di un contratto credito, in base al quale i pagamenti effettuati dal consumatore non comportano un immediato e corrispondente ammortamento dell'importo totale del credito, ma servono a costituire il capitale durante i periodi e alle condizioni previsti dal contratto di credito o da un contratto accessorio, le informazioni precontrattuali necessarie, comprendono: una dichiarazione chiara e concisa da cui risulti che tali contratti di credito non prevedono una garanzia di rimborso dell'importo totale del credito prelevato in base al contratto di credito, salvo che una siffatta garanzia sia fornita.

Inoltre, è presente l'obbligo per gli Stati membri di provvedere affinché i creditori, e

se del caso, gli intermediari del credito forniscano al consumatore chiarimenti adeguati, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito proposto sia adeguato alle esigenze e alla situazione finanziaria (illustrando eventualmente le informazioni precontrattuali che devono essere fornite), le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento.

In questo caso gli Stati membri potranno adottare le modalità e la portata di tale assistenza e stabilire chi la fornisce, tenendo conto del contesto particolare nel quale il contratto di credito è offerto, del destinatario del tipo di credito offerto. Con la medesima logica sono stati disciplinati nella direttiva alcuni obblighi di informazione relativi ad alcuni tipi di contratti di credito “ sotto forma di concessione di scoperto e ad alcuni contratti di credito specifici”, prevedendo che il creditore e, se del caso, l’intermediario del credito, sulla base delle condizioni di credito offerte dal creditore e se del caso delle preferenze espresse e dalle informazioni fornite dal consumatore , debbano fornire al consumatore, in tempo utile prima che sia vincolato da un contratto di credito o da una offerta riguardante un contratto di credito, le informazioni necessarie per raffrontare le varie offerte al fine di prendere una decisione con cognizione di causa in merito alla conclusione di un contratto di credito.

Una menzione particolare merita l’art. 8, vera novità della direttiva, che stabilisce l’obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore. È necessario, secondo quest’ultimo articolo, che gli Stati membri provvedano affinché, prima della conclusione del contratto di credito, il creditore valuti il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso, e, ove necessario, ottenute consultando la banca dati di riferimento. La valutazione del merito creditizio caratterizza anche l’esecuzione del contratto, nel senso che, se le parti convengono di modificare l’importo totale del credito dopo la conclusione del contratto di credito, gli Stati membri provvedono affinché il creditore aggiorni le informazioni finanziarie di cui dispone riguardo al consumatore e valuti il merito creditizio del medesimo prima di procedere ad un aumento significativo dell’importo totale del credito. La valutazione del merito creditizio è strettamente collegato alla utilizzazione delle banche dati, a cui è dedicato l’art. 9, ove si prevede che ogni Stato membro, nel caso di crediti transfrontalieri, garantisce l’accesso dei creditori degli stati membri alle banche dati utilizzate nel proprio territorio allo scopo di verificare il merito creditizio dei consumatori, evitando che le condizioni risultino discriminatorie.

La legge 7 luglio 2009, n°88, ha delegato il Governo AD per attuare la direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 Aprile 2008, relativa ai

contratti di credito ai consumatori.

I criteri guida contenuti nella legge possono essere così schematizzati: 1) estensione degli strumenti di protezione del contraente debole previsti in attuazione della direttiva CE 2008/48 anche ad altre tipologie di finanziamento a favore dei consumatori, ove, alla luce delle caratteristiche ovvero delle finalità del finanziamento, ricorrano esigenze analoghe di tutela; 2) rafforzamento ed estensione dei poteri amministrativi inibitori e dei meccanismi sanzionatori previsti dal TUB per contrastare la violazione delle disposizioni in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali, anche se concernenti rapporti diversi di credito al consumo; 3) coordinamento del titolo VI del TUB con le disposizioni legislative aventi ad oggetto operazioni e servizi disciplinati dal medesimo titolo VI e contenute in altri atti normativi al fine di garantire maggiormente i meccanismi di controllo e di tutela del cliente; 4) garantire la semplificazione, la trasparenza, la celerità, l'economicità e l'efficacia dell'azione amministrativa e dei procedimenti sanzionatori, attribuendo i poteri sanzionatori e di intervento alla Banca d'Italia; 5) coordinazione del TUB e le altre disposizioni legislative aventi come oggetto la tutela del consumatore, definendo le informazioni che devono essere fornite al cliente, in fase precontrattuale e le modalità di illustrazione, con la specifica, in caso di offerta congiunta di più prodotti, dell'obbligatorietà e della facoltatività degli stessi.

Con il Decreto Legislativo del 13 Agosto 2010 n°141 si è dato attuazione alla direttiva CE 2008/48 relativa ai contratti di credito dei consumatori, nonché si è modificato il Titolo VI del TUB.

Ai fini di questa esposizione è opportuno evidenziare che le norme in materia di pubblicità risultano profondamente innovate: infatti, l'art. 116 stabilisce che *“le banche e gli intermediari finanziari rendono noti in modo chiaro ai clienti i tassi di interesse, i prezzi le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi. Per le operazioni di finanziamento, comunque denominate, è pubblicizzato il tasso effettivo globale medio previsto dall'art. 2, commi 1 e 2, della legge 7 marzo 1996, n°108. non può essere fatto rinvio agli usi”*. Inoltre sempre nel medesimo articolo è stabilito, al secondo comma che *“il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la CONSOB e la Banca d'Italia, stabilisce...) criteri e parametri volti a garantire la trasparente determinazione dei rendimenti; c) gli ulteriori obblighi di pubblicità, trasparenza e propaganda, da osservare nell'attività di collocamento”*. Nel terzo comma del presente articolo è stabilito che: *“il CICR individua le operazioni da sottoporre a pubblicità; detta disposizioni relative alla forma, al contenuto, alle modalità della pubblicità e alla conservazione agli atti dei*

documenti comprovanti le informazioni pubblicizzate; individua gli elementi essenziali fra quelli previsti nel comma primo che devono essere indicati negli annunci pubblicitari e nelle offerte, con qualsiasi mezzo effettuati, con cui i soggetti indicati nell'art. 115 rendono nota la disponibilità delle operazioni e dei servizi". Nell'art. 118 è contenuta una nuova disciplina per la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, infatti, per i contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto, qualora sussista un giustificato motivo. Per gli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo. Inoltre, è stabilito che qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: "Proposta di modifica unilaterale del contratto", con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. Nei rapporti al portatore la comunicazione è effettuata secondo le modalità individuate dal CICR. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione. In tal caso, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni contrattuali precedentemente praticate. Le variazioni per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente. Sono state ridisciplinate anche le comunicazioni periodiche alla clientela poiché è stabilito che è necessari fornire al cliente, in forma scritta o mediante altro supporto preventivamente accettato dal cliente stesso, alla scadenza del contratto e comunque almeno una volta l'anno, una comunicazione chiara in merito allo svolgimento del rapporto. Il CICR indica il contenuto e le modalità della comunicazione. Il diritto alla informazione è esteso anche ai successori del cliente a qualunque titolo e a colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni hanno diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre i novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni. Per quanto riguarda le modifiche relative al credito ai consumatori, merita di essere segnalato il nuovo art. 123 in materia di pubblicità, secondo il quale gli annunci pubblicitari che riportano il tasso di interesse o altre cifre concernenti il costo del credito indicano le seguenti informazioni di base, in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata con l'impiego di un esempio rappresentativo: a) il tasso di interesse, specificando se fisso o variabile, e le spese comprese nel costo totale del credito; b) l'importo totale del credito; c) il TAEG; d) l'esistenza di eventuali servizi accessori necessari per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni pubblicizzate, qualora i costi relativi a tali servizi non siano

inclusi nel TAEG in quanto non determinabili in anticipo; e) la durata del contratto, se determinata; f) se determinabile in anticipo, l'importo totale dovuto dal consumatore, nonché l'ammontare delle singole rate. La Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni CICR, precisa le caratteristiche delle informazioni da includere negli annunci pubblicitari e le modalità di divulgazione.

Nell'art. 124 è contenuta la grande novità di questa riforma: la previsione di obblighi precontrattuali. Infatti, il finanziatore o l'intermediario del credito, sulla base delle condizioni offerte dal finanziatore e, se del caso, delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore, forniscono al consumatore, prima che egli sia vincolato da un contratto o da una offerta di credito, le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito. Queste informazioni vengono fornite dal finanziatore o dall'intermediario del credito su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso il modulo contenente le "INFORMAZIONI EUROPEE DI BASE SUL CREDITO AI CONSUMATORI". Gli obblighi informativi si considerano assolti attraverso la consegna di tale modulo. Il finanziatore o l'intermediario forniscono qualsiasi informazione aggiuntiva in un documento distinto, che può essere allegato al modulo. Qualora il contratto di credito sia stato concluso, previa richiesta del consumatore, usando un mezzo di comunicazione a distanza che non consente di fornire le informazioni previste sopra, il finanziatore o l'intermediario del credito forniscono al consumatore il modulo immediatamente dopo la conclusione del contratto di credito. Su richiesta, al consumatore, è fornita prova gratuitamente della bozza del contratto di credito, salvo che il finanziatore o l'intermediario del credito, al momento della richiesta, intenda procedere alla conclusione del contratto di credito con il consumatore. Il finanziatore o l'intermediario del credito forniscono al consumatore i chiarimenti adeguati, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, eventualmente illustrando le informazioni precontrattuali che devono essere fornite di cui sopra, le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento. Particolari funzioni sono state affidate alla Banca d'Italia, che, in conformità alle deliberazioni CICR, detta disposizioni di attuazione con riferimento a: a) il contenuto, i criteri redazionali, le modalità di messa a disposizione delle informazioni precontrattuali; b) le modalità e la portata dei chiarimenti da fornire al consumatore, anche in caso di contratti conclusi congiuntamente. Sono stati rafforzati gli obblighi in capo ai finanziatori, in attuazione della direttiva CE, poiché nell'art. 124-bis viene introdotto il concetto di verifica del merito creditizio. Questo ultimo viene valutato dal finanziatore

sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso, e ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente. Se le parti convengono di modificare l'importo totale del credito dopo la conclusione del contratto di credito, il finanziatore aggiorna le informazioni finanziarie di cui dispone riguardo al consumatore e valuta il merito creditizio del medesimo prima di procedere ad un aumento significativo dell'importo totale del credito. La Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, detta disposizioni attuative in questa materia. La innovazione di questa legge è contenuta anche nell'art.125, che stabilisce una serie di criteri per le banche dati. Le banche dati contengono informazioni nominative sul credito. I gestori delle banche dati consentono l'accesso dei finanziatori degli Stati membri dell'Unione europea alle proprie banche dati a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle previste per gli altri finanziatori abilitati nel territorio della Repubblica. Il CICR, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, individua le condizioni di accesso, al fine di garantire il rispetto del principio di non discriminazione. Se il rifiuto della domanda di credito si basa sulle informazioni presenti in una banca dati, il finanziatore informa il consumatore immediatamente e gratuitamente del risultato della consultazione e degli estremi della banca dati. I finanziatori informano preventivamente il consumatore la prima volta che segnalano a una banca dati le informazioni negative previste dalla relativa disciplina. I finanziatori assicurano che le informazioni comunicate alle banche dati siano esatte e aggiornate. In caso di errore rettificano prontamente i dati errati. I finanziatori informano il consumatore sugli effetti che le informazioni negative registrate a suo nome in una banca dati possono avere sulla capacità di accedere al credito.

6.- L'INFORMAZIONE NEL TUF E NEI REGOLAMENTI CONSOB

L'art. 21 T. U. F., inserito nel Capo II dedicato allo svolgimento dei servizi e delle attività (compresa quella di collocazione dei prodotti finanziari), detta i criteri generali ai quali i soggetti abilitati devono attenersi nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento. Tra i tanti, deve essere segnalato il dovere di acquisire informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati, utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti. La norma sopra citata deve essere letta in combinato disposto con l'art. 6, comma 2, T. U. F., secondo il quale la Consob, sentita la Banca d'Italia, disciplina con regolamento gli obblighi dei soggetti abilitati in alcune materie tra le quali: a) trasparenza, ivi inclusi gli obblighi informativi nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento ... con particolare riguardo al grado di rischiosità di ciascun tipo specifico di prodotto

finanziario ...; gli obblighi di comunicazione ai clienti relativi all' esecuzione degli ordini, alla gestione di portafogli ...; b) correttezza dei comportamenti, ivi inclusi gli obblighi di acquisizione di informazioni dai clienti o dai potenziali clienti ai fini della valutazione di adeguatezza o di appropriatezza delle operazioni o dei servizi forniti L'obbligo di trasparenza, quindi, impone agli intermediari di fornire ai propri clienti tutte le informazioni necessarie per consentire loro di compiere scelte di investimento consapevoli. La trasparenza consente anche un innalzamento della qualità dei beni e servizi offerti. Gli intermediari sono vincolati alle informazioni da essi stessi fornite (e conseguentemente limitati nella "libertà di manovra") e dall' altro, ad evitare di proporre condizioni particolarmente sfavorevoli, che spingerebbero il pubblico dei risparmiatori informati a non dar luogo all'investimento. La Consob ha precisato dettagliatamente questi obblighi in due regolamenti attuativi del T. U. F.: il primo n°11522 del luglio 1998 e successivamente modificato a più riprese (l' ultima modifica, infatti, risale alla delibera 15961 del 30 maggio 2007) concernente la disciplina degli intermediari ; il secondo n°16190 del 29 ottobre 2007, modificato successivamente con delibera del 18 dicembre 2008 .

Il primo contiene una disciplina dettagliata della prestazione dei servizi di investimento e accessori e del servizio di gestione collettiva del risparmio. Anche esso contiene delle regole generali di comportamento tese a rafforzare la portata di quelle contenute nel T. U. F., del quale dà attuazione. L' art. 27, in materia di conflitti di interesse, stabilisce che " gli intermediari autorizzati non possono effettuare operazioni con o per conto della propria clientela se hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto ... , a meno che non abbiano preventivamente informato per iscritto l' investitore sulla natura e l' estensione del loro interesse nell' operazione e l' investitore non abbia acconsentito espressamente per iscritto all' effettuazione dell' operazione. Ove gli intermediari autorizzati utilizzino moduli o formulari prestampati, questi devono contenere l'indicazione, graficamente evidenziata, che l' operazione è in conflitto di interessi". Nell' art. 28 vengono elencati degli obblighi di informazione tra gli intermediari e gli investitori: la caratteristica di questo articolo è rappresentata dal fatto che il dovere di informazione sorge prima della stipulazione del contratto di gestione e di consulenza in materia di investimenti, prima dell' inizio della prestazione dei servizi di investimento e dei servizi accessori a questi collegati. Appare chiaro che con questo articolo si è tentato di "tamponare" la sistematica asimmetria informativa che esiste tra intermediario e investitore. Infatti, sull'intermediario gravano una vasta gamma di obblighi, tra i quali: chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, i suoi obiettivi di investimento, nonché la sua propensione al rischio;

non potere consigliare o effettuare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo aver fornito all' investitore le informazioni adeguate sulla natura, sui rischi, e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento; informare l' investitore prontamente e per iscritto appena le operazioni in strumenti derivati e in warrant da lui disposte per finalità diverse da quelle di copertura abbiano generato una perdita, effettiva o potenziale, pari o superiore, al 50% del valore dei mezzi costituiti a titolo di provvista e garanzia per l' esecuzione delle operazioni; informare l' investitore prontamente e per iscritto ove il patrimonio affidato nell' ambito di una gestione si sia ridotto per effetto di perdite, effettive o potenziali, in misura pari o superiore al 30% del controvalore totale del patrimonio a disposizione alla data di inizio di ciascun anno; mettere sollecitamente a disposizione dell' investitore che ne faccia richiesta i documenti e le registrazioni che lo riguardano.

L'obbligo di informazione si estende anche nella ipotesi di operazioni non adeguate, poiché l'art. 29 del regolamento Consob 11522 dispone che gli intermediari autorizzati devono astenersi dall' effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, frequenza o dimensione. Come corollario di questa regola, quindi, viene stabilito nel 3° comma che qualora gli intermediari ricevano dall' investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione; qualora l' investitore voglia comunque dare corso all' operazione, gli intermediari autorizzati possono eseguire l' operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto, ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico. Ancora, sempre nel medesimo regolamento Consob, è esplicitamente sancito all' art. 33, 4° comma che nel caso di ordini relativi a operazioni di collocamento, gli intermediari autorizzati possono trasmettere detti ordini agli intermediari collocatori a condizione che sia assicurata all' investitore la documentazione informativa prescritta. Infine, il dovere di informazione sussiste anche dopo l' esecuzione dell' operazione di investimento, poiché l'art. 61 di suddetto regolamento, stabilisce che nella prestazione di servizi di negoziazione, gli intermediari autorizzati inviano al domicilio dell' investitore per ogni operazione eseguita, entro il settimo giorno lavorativo successivo a quello di esecuzione, una nota relativa all' operazione stessa in cui sono distintamente riportate una serie di informazioni quali: l' orario, le modalità di esecuzione, la data di esecuzione, il tipo di operazione, il mercato regolamentato in cui è eseguita l' operazione o se essa è stata eseguita fuori mercato, lo strumento finanziario e le quantità oggetto dell' operazione, se la controparte dell' investitore è costituita dall' intermediario. Nel 3° comma di questo articolo è prevista una disciplina specifica nell' ipotesi di

prestazione del servizio di collocamento, ivi inclusa l'attività di offerta fuori sede di strumenti finanziari, gli intermediari autorizzati provvedono ad inviare la nota informativa con i contenuti illustrati precedentemente entro il settimo giorno lavorativo successivo a quello di conclusione della operazione di collocamento e nel caso in cui si verificano le condizioni per un riparto degli strumenti finanziari, da cui consegue una esecuzione parziale dell'ordine ricevuto, la nota dovrà indicare chiaramente tali condizioni. Nel 4° sono prescritte le informazioni che devono essere contenute nella nota informativa nella prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio.

Il secondo regolamento Consob, quello 16190 del 2007, modificato nel 2008 in alcuni punti, come abbiamo già anticipato, contiene delle disposizioni di attuazione del T. U. F. in materia di intermediari. Per quanto (ci) riguarda il nostro argomento, la prima cosa che merita di essere posta in evidenza è il criterio di classificazione dei clienti, derivante dal più generale criterio di proporzionalità di derivazione comunitaria, secondo il quale esiste una notevole variazione degli obblighi di informazione (livelli di protezione) che l'intermediario sarà tenuto ad assolvere. I livelli di protezione sono tre, speculari rispetto al tipo di cliente: cliente professionale, controparti qualificate e clienti al dettaglio. Si parte da un livello di protezione basso, quello riservato ai clienti professionali sia pubblici che privati, contenuto nell'art 26, comma 1, lett. d del Regolamento Intermediari, secondo il quale è cliente professionale chi possiede le conoscenze e le competenze necessarie per assumere consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e valutarne correttamente i rischi. Il cliente professionale, così come delineato dal Regolamento Intermediari, è "di diritto" o "su richiesta". Quelli di diritto sono gli investitori istituzionali la cui attività principale è investire in strumenti finanziari. Gli altri, quelli su richiesta, sono in linea teorica clienti al dettaglio che chiedono di essere trattati a titolo generale, o per una specifica operazione di investimento, come clienti professionali su richiesta. La richiesta può essere accolta dall'intermediario solo se, tenendo conto della competenza e della esperienza e delle conoscenze del cliente, si può ritenere ragionevolmente che quest'ultimo sia in grado di adottare consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e di conoscere i rischi che assume. Questa valutazione viene fatta sulla base del così detto test di competenza, che avrà esito positivo solo se vengono soddisfatti almeno due/tre requisiti richiesti. L'appartenenza alla categoria di cliente professionale comporta che egli gode di una tutela attenuata, poiché ai servizi e alle attività d'investimento prestate nei confronti del cliente professionale non si applicano molte delle regole di condotta prescritte a carico degli intermediari (quelle nel Regolamento relative al contenuto dei contratti), ovvero si applicano parzialmente (quelle relative all'informazione da rendere

al cliente, art. 30, comma 5, Regolamento Intermediari). La categoria delle controparti qualificate, è composta dai soggetti ai quali vengono prestati i servizi di esecuzione di ordini, negoziazione per conto proprio e ricezione e trasmissione di ordini se rientrano nelle nelle tipologie indicate dall' art. 6, comma 2 quater, lett. d), numeri 1), 2), 3) e 5), del T.U.F., ovvero che rientrano nella categoria dei clienti professionali di diritto ed hanno esplicitamente accettato di essere trattati come controparti qualificate. Questi ultimi clienti godono di un livello di protezione meno stringente: alla prestazione nei loro confronti di servizi di investimento e dei servizi accessori ad essi connessi, non si applica la quasi totalità delle regole di condotta fissate nel Regolamento Intermediari, quindi anche quelle relative alla informazione. L'ultima categoria è di carattere residuale ed è rappresentata dai clienti al dettaglio; ad essi è riconosciuto un elevato grado di tutela: nella prestazione dei servizi e attività di investimento e dei servizi accessori l' intermediario deve scrupolosamente adempiere a tutte le regole di condotta previste dal T. U. F. e dalla normativa secondaria. L'individuazione della classe di appartenenza del cliente viene comunicata dall' intermediario al cliente su un supporto duraturo al momento dell' avvio del rapporto, in base all' art. 35 Regolamento Intermediari. Inoltre, attraverso la disposizione contenuta nell'art. 58, comma 4, il cliente deve essere informato circa la sussistenza del diritto a richiedere una diversa classificazione e le conseguenze che ne deriverebbero, in termini di tutela, poiché opera il così detto "sistema di ascensori", in virtù del quale sia il cliente che l' intermediario possono chiedere che l'intero rapporto o una singola operazione siano trattate con la tutela riconosciuta ad una classe di clientela differente. Per colmare il gap informativo che separa, e allontana, gli intermediari dai clienti precisa il Regolamento Intermediari che devono essere fornite ai clienti informazioni che siano in grado di far comprendere al cliente la natura del servizio di investimento, il tipo specifico di strumento finanziario, e i rischi ad essi connesso. Nell'art. 27 vengono poi stabiliti i requisiti generali delle informazioni, secondo il quale tutte le informazioni devono essere corrette, chiare, e non fuorvianti. È fondamentale rilevare, che nel Regolamento Intermediari non si parla di veridicità o esattezza dell' informazione, ma di correttezza, poiché l' informazione relativa agli strumenti finanziari è basata su dei valori stimati, come ad es. le previsioni di rendimento, valutazioni, ecc Quindi, le informazioni devono essere formulate in modo corretto e completo, utilizzando criteri valutativi congrui e ragionevoli, supportati da dati obiettivi. L'informazione poi non deve essere fuorviante, e quindi, in base all' art. 28 deve essere sempre evidenziato al cliente che le previsioni fornite non costituiscono un indicatore affidabile dei risultati futuri; il cliente deve essere sempre informato sia dei vantaggi potenziali di un investimento o di uno strumento finanziario, sia gli eventuali rischi rilevanti. Come abbiamo già ricordato, in virtù della normativa vigente la quantità

e la qualità delle informazioni che l'intermediario deve fornire al proprio cliente varia a seconda della classe di appartenenza di quest'ultimo, per cui per i clienti al dettaglio le informazioni devono coprire tutti gli elementi e gli aspetti del servizio o attività di investimento: le strategie di investimento proposte, le sedi di esecuzione, l'intermediario e la modalità attraverso la quale presta i servizi.

Gli obblighi di informazione di natura attiva non attengono alla sola fase iniziale di attivazione del rapporto di investimento ma riguardano anche l'esecuzione del rapporto, poiché gli intermediari sono tenuti, in base alla categoria di appartenenza dei clienti, a fornire un rendiconto che in via episodica o periodica, dia dettagliatamente conto delle operazioni d'investimento svolte, nonché degli strumenti finanziari e delle disponibilità liquide detenute (art. 53 Regolamento Intermediari). Inoltre, tutte le disposizioni di carattere vincolante relative al contenuto delle informazioni che l'intermediario deve osservare, devono essere rispettate anche nel caso di comunicazioni pubblicitarie e promozionali, così come stabilito dall'art. 27 Regolamento Intermediari. Sempre in applicazione all'obbligo di correttezza, sugli intermediari gravano obblighi di natura passiva (informazioni dal cliente verso l'intermediario), finalizzate a consentire al soggetto abilitato di comprendere quali siano le caratteristiche del cliente e le sue esigenze, e successivamente verificare se le operazioni di investimento, richieste o consigliate, siano adeguate. Infatti, nel Regolamento Intermediari, vengono definiti i principi di adeguatezza e di appropriatezza, che rappresentano un aspetto importante della disciplina attuativa del T. U. F.. Nell'art. 39 del Regolamento Intermediari è stabilito che l'intermediario, al fine di raccomandare i servizi di investimento e gli strumenti finanziari adeguati, ovvero di seguire nell'ambito del mandato di gestione, operazioni d'investimento adeguate, debba sempre chiedere e ottenere dal cliente le informazioni relative: a) alla conoscenza ed esperienza nel settore di investimento rilevante; b) alla situazione finanziaria; c) agli obiettivi di investimento. Le informazioni relative a questi tre punti vengono ulteriormente specificate nel testo dell'art. 39, avendo come criterio di orientamento le caratteristiche del cliente, la natura e la importanza del servizio da fornire, il tipo di operazione e il rischio connaturato all'operazione. Nell'ipotesi in cui il cliente si rifiuti di fornire dette informazioni l'intermediario deve astenersi dal consigliare o eseguire un servizio di investimento, ovvero dall'eseguire un'operazione di investimento nell'ambito del servizio di gestione. Queste informazioni sono funzionali ad una valutazione che l'intermediario deve svolgere, quella sulla adeguatezza. Sulla scorta delle informazioni fornite, e della natura e delle caratteristiche del servizio, gli intermediari valutano che la specifica operazione consigliata o realizzata corrisponda agli obiettivi di investimento del cliente, sia di natura tale che il cliente sia in grado di sopportare qualsiasi rischio

connesso all' investimento compatibilmente con i suoi obiettivi di investimento, sia di natura tale che il cliente possieda la necessaria esperienza e conoscenza per comprendere i rischi inerenti all' operazione o alla gestione del suo portafoglio. Per quanto riguarda la appropriatezza, essa viene valutata in base a delle informazioni che i clienti sono tenuti a dare all' intermediario per la prestazione di servizi diversi da quelli di consulenza in materia di investimenti e di gestione di portafogli. Qui il cliente deve prestare solo le informazioni relative alla conoscenza e alla esperienza nel settore di investimento rilevante per il tipo di investimento proposto. Queste ultime serviranno solo per valutare la appropriatezza del servizio rispetto al cliente, e qualora l' intermediario non reperi il servizio appropriato dovrà comunicarlo al cliente o al potenziale cliente. La valutazione sulla appropriatezza non deve essere formulata nel caso di servizi di esecuzione di ordini per conto dei clienti o di ricezione e trasmissione di ordini, se il servizio è prestato ad iniziativa del cliente e riguarda azioni ammesse alla negoziazione in un mercato regolamentato, strumenti di mercato monetario, obbligazioni o i titoli di debito, OICR armonizzati e altri strumenti finanziari non complessi.

ABSTRACT

Nell'ambito della disciplina dei rapporti tra consumatore e professionista, di straordinaria importanza è la disposizione contenuta nell'art. 2, lettera c), del D.lgs. 6 Settembre 2005, n° 206 contenente il Codice del Consumo, secondo il quale, tra i diritti fondamentali dei consumatori vi è quello di una adeguata informazione ed una corretta pubblicità. Questo riconoscimento consente di tamponare la asimmetria informativa che caratterizza il rapporto tra consumatore e professionista, specialmente in quegli ambiti, come quello della collocazione dei prodotti finanziari, in cui la asimmetria è "congenita", a causa della oggettiva tecnicità dell'oggetto del contratto. Il diritto all'informazione del consumatore non riguarda solo l'oggetto della operazione finanziaria, ma riguarda anche i diritti connessi al compimento della operazione che l'ordinamento riconosce al consumatore. Questa considerazione è ben rappresentata dal contenuto dell'art. 4 del Codice del Consumo, che pone come base della intera disciplina del Codice del Consumo la educazione del consumatore che deve essere orientata a sviluppare la consapevolezza dei diritti di cui sono titolari i consumatori. L'informazione si pone quindi come tappa obbligata dello sviluppo di un corretto rapporto di consumo, e fonda non soltanto la fase contrattuale, ma si cristallizza in quella precontrattuale. La centralità del diritto ad una corretta informazione, non caratterizza solo il Codice del Consumo, ma anche altri testi normativi quali il TUB e il TUF, in cui vengono disciplinati alcuni aspetti della collocazione dei prodotti finanziari, che sono oggetto della seguente disamina.

BIBLIOGRAFIA

- ALPA, *I diritti dei consumatori*, Giappichelli, 2002.
AMOROSINO, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Giuffrè, 2008.
GIORGIANNI-TARDIVO, *Manuale di diritto bancario*, Giuffrè, 2005.
SANTORO, *Testo unico bancario commentato*, Giuffrè, 2010.

SEZIONE IV
I TRASPORTI

I PROBLEMI APERTI NEI TRASPORTI PER TERRA, MARE ED ARIA

(Carlo Di Sario – Chiara Vadalà)

SOMMARIO: **1.-** Regolazione di settore. 1a) Settore aereo – 1b) Settore marittimo. – 1c) Settore ferroviario. **2.-** Profili consumeristici nella regolazione di settore. - 2a) Settore aereo – 2b) Settore marittimo. – 2c) Settore ferroviario. **3.-** Come incidono questi profili rispetto alla disciplina consumeristica. - 3a) Settore aereo – 3b) Settore marittimo. – 3c) Settore ferroviario. **4.-** Profili di interesse nel recepimento italiano. - 4a) Settore aereo – 4b) Settore marittimo. – 4c) Settore ferroviario.. **5.-** Problematiche aperte in ambito consumeristico - 5a) Le tariffe autostradali. - 5b) Settore aereo. 5c) Settore marittimo. 5d) Settore ferroviario. **6.-** Conclusioni.

1. REGOLAZIONE DI SETTORE

L'internazionalità crescente della materia dei trasporti ne ha imposto una disciplina internazionale, europea e nazionale. Questa tripartizione è presente nei tre settori principali del trasporto: aereo, marittimo e ferroviario. La disciplina del trasporto su strada invece, originariamente nazionale, è oggi prevalentemente europea.

1a) Settore aereo

La normativa del settore aereo può essere descritta tenendo conto di tre direttrici: la regolazione economica, quella della sicurezza e quella a tutela del passeggero.

Il primo aspetto attiene alle libertà aeronautiche per l'utilizzo delle rotte, il sorvolo dei paesi, lo scalo negli aeroporti e l'esercizio di attività di trasporto aereo all'interno di un singolo stato, con voli nazionali. Il secondo riguarda i criteri tecnici per valutare gli standard di sicurezza degli aeromobili e i protocolli internazionali per la corretta e sicura gestione delle manutenzioni. Il terzo concerne la responsabilità del vettore per l'inadempimento e la correttezza delle pratiche commerciali utilizzate nello svolgimento dell'attività professionale

Il primo profilo è regolato, sul piano internazionale, da accordi bilaterali relativi alle rotte utilizzabili e al numero di compagnie nazionali autorizzabili all'esercizio delle libertà aeronautiche. Gli accordi sono caratterizzati da condizioni di reciprocità. La partecipazione all'Unione Europea vincola gli Stati membri alla sottoscrizione degli accordi bilaterali. Infatti, a seguito delle sentenze 5 novembre 2002, C-466/98, C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98 e C-476/98, c.d. *open sky*, con cui la Corte di Giustizia UE ha ritenuto illegittimi gli accordi bilaterali tra alcuni Stati membri e gli USA, volti a realizzare ampie libertà di traffico bilaterali, escludendo gli altri paesi comunitari, la Commissione ha adottato il Regolamento 847/2004/CE, che vincola gli Stati membri a notificare alla Commissione l'apertura di negoziati per la stipulazione di

accordi bilaterali per i servizi aerei, e vieta loro sia di avviare negoziati se la Commissione ha in corso trattative per regolamentare il traffico aereo tra un paese terzo e l'UE, sia di concludere accordi in pregiudizio di un altro Stato membro.

Sotto il profilo privatistico, i contratti di trasporto aereo sono regolati sul piano internazionale dalla Convenzione di Montreal '99, entrata in vigore nel 2002, ultimo approdo di una normazione internazionale avviata con la Convenzione di Varsavia del 1929, più volte modificata e arricchita da ulteriori trattati. La Convenzione è applicabile solo ai contratti di trasporto aereo internazionali che prevedano la destinazione o quantomeno lo scalo, in un paese diverso da quello di partenza, purché entrambi firmatari.

Nell'Unione Europea al contrario, il traffico e i servizi aerei sono interamente liberalizzati e i servizi di controllo e gestione dello spazio aereo, così come le informazioni sul traffico aereo, sono uniformate dal Regolamento 549/2004/CE (c.d. "cielo unico").

La liberalizzazione nell'UE è stata attuata con gradualità: la prima fase è stata completata nel 1992, con il terzo pacchetto di intervento in tema di liberalizzazione; l'ultima modifica si è avuta con il Regolamento n. 1008/2008/CE, che disciplina *ex novo* le licenze d'esercizio per i vettori comunitari, l'accesso alle rotte e la liberalizzazione delle tariffe. Oggi infatti, i vettori con la sede principale in un paese UE e muniti, nel loro paese di origine, del Certificato di Operatore Aereo (COA), hanno diritto a ricevere la licenza d'esercizio UE, rilasciata dalla nazione di stabilimento, previa verifica delle condizioni finanziarie di esercizio dell'attività e dei requisiti di copertura assicurativa imposti dal Regolamento n. 785/2004/CE.

La licenza comunitaria comporta il diritto a operare liberamente in tutti i cieli e aeroporti dell'UE e comprende il libero cabotaggio (il volo nazionale), senza alcun vincolo o limitazione. I vettori scelgono in totale libertà – in base alle bande orarie previste nei singoli aeroporti – quali voli effettuare e a quali prezzi. La disciplina UE prevede, quale unica eccezione alla libertà di organizzazione economica dei vettori, che gli Stati possano individuare tratte di utilità pubblica, che non suscitano interesse economico, perché inerenti collegamenti con aree economicamente depresse; in quelle aree, in cui il collegamento aereo è essenziale per dare impulso allo sviluppo economico, gli Stati possono imporre al vettore un numero minimo di voli a un prezzo calmierato dall'Autorità. Il vettore che opera su tali rotte è scelto secondo una gara pubblica, e riceve un finanziamento statale a copertura delle perdite del servizio.

Quanto all'assegnazione delle bande orarie (c.d. *slot*), mentre sul piano internazionale vigono gli accordi IATA, nell'UE l'assegnazione in ogni singolo aeroporto avviene sulla base del Regolamento n. 793/2004/CE, che distingue tra aeroporti coordinati - in cui i vettori operano liberamente, con l'ausilio di un coordinatore - e aeroporti pienamente

coordinati, in cui un vettore aereo, per atterrare o decollare, deve aver ottenuto la specifica assegnazione di banda oraria dal coordinatore di aeroporto.

Sotto il profilo della sicurezza, in campo internazionale vigono i criteri tecnici degli Allegati ICAO alla Convenzione di Chicago, mentre nell'UE gli standard sono stabiliti dall'EASA. Inoltre, il Regolamento n. 2111/2005/CE ha stabilito una serie di criteri di valutazione della sicurezza di un aeromobile (età dell'apparecchio, grado di manutenzione, grado di sorveglianza delle Autorità nazionali), per valutare se un vettore può o meno esercitare l'attività. In mancanza di rispetto degli standard, il vettore viene inserito in una *black list* che comporta il divieto operativo in tutti gli aeroporti comunitari, finché non si adegua ai requisiti minimi di sicurezza richiesti. Quanto al terzo profilo, relativo alla tutela del passeggero, si rinvia al paragrafo 2.

1b) Settore marittimo

La regolazione internazionale del trasporto marittimo è senza dubbio la più risalente e ha avuto, negli ultimi decenni, aggiornamenti più per il traffico di merci che di passeggeri. Per quanto concerne i rapporti di diritto privato, il testo normativo di riferimento è la Convenzione di Atene del 1974, con le sue successive modificazioni. Nell'UE invece la disciplina in tema di trasporto marittimo si è concentrata sulla liberalizzazione sia dello sbarco e dell'approdo, sia del cabotaggio. Quattro regolamenti CEE (4055/86, 4056/86, 4057/86 e 4058/86) hanno realizzato, sin dagli anni ottanta, la libera prestazione dei servizi e garantito la concorrenza e il libero accesso al mercato dei trasporti marittimi; inoltre, il regolamento n. 3577/92/CE ha stabilito la libertà di cabotaggio marittimo in tutti i paesi membri e per tutti i vettori comunitari.

Come nel trasporto aereo, anche – e forse di più – nel trasporto marittimo, in particolare quello locale, emerge il problema di coniugare la libertà di cabotaggio con la tutela del servizio universale e della continuità territoriale. In particolare, la Commissione Europea ha affrontato la tematica dei rapporti tra le esigenze del servizio pubblico e la libertà di concorrenza, con riferimento ai casi in cui, a fronte della garanzia di obblighi di servizio pubblico, gli Stati prevedano “sovvenzioni di equilibrio” che costituiscono “aiuti di stato”. Per distinguere tra aiuti di stato legittimi e illeciti si può sinteticamente richiamare la sentenza 24 luglio 2003, C-280/00 (caso Altmark), con cui la Corte ha affermato che gli aiuti sono consentiti se intervengono per sostenere una necessità reale non soddisfatta dal mercato e nei limiti in cui l'intervento pubblico sia proporzionale all'obiettivo perseguito. La giurisprudenza Altmark ormai è consolidata; è stata seguita ad esempio con la decisione 2005/163/CE, relativa alla legittimità degli aiuti dell'Italia alle società di trasporto che effettuano i servizi di collegamento tra il continente e le isole

minori.

In campo nazionale la disciplina è affidata alla prima parte del codice della navigazione. In caso di lacune non superabili neanche in via analogica, si ricorre alla disciplina del trasporto nel codice civile, applicabile quindi in via residuale.

Gli aspetti inerenti alla sicurezza sono disciplinati da norme internazionali, soprattutto raccomandazioni dell'Organizzazione Marittima Internazionale (OMI), generalmente introdotte nell'UE con direttive, che ne hanno reso obbligatorio il contenuto (quanto ai fini). In particolare l'attenzione del legislatore comunitario si è concentrato sulla tutela dell'ecosistema marino - con particolare attenzione, quindi, al trasporto di merci pericolose (direttiva 93/75/CE) e alla prevenzione dall'inquinamento costiero (direttiva 95/21/CE) – e sulla tutela della sicurezza del passeggero, con il regolamento 3051/95/CE, che istituisce sistemi di gestione della sicurezza a bordo.

1c) Settore ferroviario

La liberalizzazione del trasporto ferroviario inizia in Europa nel 1991 con le direttive 91/440/CE, 95/18/CE e 95/19/CE. Prosegue con il primo pacchetto-quadro (direttive 2001/12/CE, 2001/13/CE e 2001/14/CE) che introduce novità sul trasporto merci e sulla ripartizione delle capacità dell'infrastruttura nonché sulla riscossione dei diritti di accesso alla rete. Un secondo pacchetto-quadro (direttive 2004/49/CE, 2004/50/CE e 2004/51/CE, regolamento 881/2004/CE e raccomandazione OTIF), interviene poi in materia di sicurezza ferroviaria e di trasporto veloce europeo, fissando scadenze per la completa liberalizzazione del trasporto merci internazionale (1.1.2006) e nazionale (1.1.2007). In quest'occasione viene anche istituita l'Agenzia Ferroviaria Europea. Con il terzo pacchetto-quadro (direttive 2007/58/CE e 2007/59/CE e regolamenti 1370/2007/CE e 1371/2007/CE) infine si apre il mercato del traffico viaggiatori ferroviario internazionale e si rafforzano i diritti del viaggiatore. L'ultimo dei due regolamenti menzionati è particolarmente importante in quanto costituisce, nell'ambito del trasporto ferroviario, lo “statuto” dei diritti e gli obblighi del trasportato.

2. PROFILI CONSUMERISTICI NELLA REGOLAZIONE DI SETTORE

Come per gli altri aspetti della disciplina dei trasporti, anche la tutela del passeggero è diversa in ragione delle singole modalità di trasporto. Tuttavia, in campo europeo, alla disorganicità degli interventi normativi si contrappone una visione unitaria degli obiettivi e delle soluzioni a tutela del consumatore. Il libro bianco del 2001 e la Comunicazione 2005/46/CE hanno tratteggiato le priorità in materia di tutela del consumatore-passeggero,

individuando un pacchetto di aree di intervento: l'assistenza ai soggetti con mobilità ridotta; la compensazione per i ritardi; le cancellazioni e i dinieghi di trasporto; la responsabilità del vettore per i danni alla persona; la gestione dei reclami e la creazione di modalità d'indennizzo rapido; l'informazione ai passeggeri; la sicurezza del trasporto. La tutela in questi ambiti – e in specie sotto il profilo dell'informazione al passeggero – si interseca con le normative trasversali a tutela del consumatore.

Con la Comunicazione 2007/551/CE la Commissione ha dettato linee guida in tema di mobilità sostenibile, trasporto pubblico urbano e locale e incentivato la multimodalità locale. L'obiettivo principale della comunicazione è la tutela dell'ambiente, sul fronte sia della riduzione delle emissioni inquinanti, sia del risparmio delle risorse energetiche e del miglioramento dello stile di vita dei passeggeri locali. L'attenzione all'ambiente incide, come altra faccia della medaglia, sulla tutela della salute dei consumatori e completa la politica a tutela dei passeggeri. Queste linee guida sulla politica dei trasporti in generale, trovano applicazione nella disciplina di settore.

2a) Settore aereo

I primi provvedimenti in materia di tutela del passeggero sono stati adottati nel trasporto aereo per la disciplina di tutti i profili indicati dalla COM/2005/46/CE: il Regolamento 261/04/CE, in tema di diniego d'imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato; il Regolamento 889/02/CE, in tema di responsabilità del vettore per danni alla persona; il Regolamento 1107/06/CE, in tema di tutela dei passeggeri con ridotta mobilità, la Direttiva 36/04/CE, in tema di sicurezza dei vettori.

Per quanto concerne la tutela dell'ambiente e della salute del consumatore, l'attenzione della UE si sta concentrando sull'inquinamento acustico e sulle emissioni gassose degli aeromobili. Ad esempio, sulle emissioni la Commissione ha emanato la direttiva 2006/93/CE in tema di aerei subsonici, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 18 maggio 2009, n. 66, e la direttiva 2008/101/CE, recepita con l. 20 novembre 2009, n. 166, che ha esteso al trasporto aereo la disciplina della direttiva 2003/87/CE sullo scambio di quote di emissione dei gas. Da ultimo, il Regolamento 1221/2009/CE del 25 novembre 2009 definisce un sistema comunitario di ecogestione e audit denominato EMAS, cui può aderire volontariamente qualsiasi operatore che intenda valutare e migliorare le proprie prestazioni ambientali e comunicarle al pubblico.

2b) Settore marittimo

Il 6 luglio 2010 il Parlamento Europeo ha approvato la proposta di regolamento COM(2008)816 sui diritti dei passeggeri che viaggiano via mare e per vie navigabili

interne. Questa proposta estende ai passeggeri del trasporto marittimo i diritti previsti nel trasporto aereo e ferroviario: il rimborso del biglietto e riprenotezione su altra nave in caso di cancellazione o ritardo alla partenza superiore ai 90 minuti, l'offerta di pasti e albergo, nonché una compensazione forfettaria, in percentuale sul prezzo del biglietto, in caso di ritardo all'arrivo o cancellazione del viaggio. La proposta di regolamento prevede specifiche norme a tutela delle persone disabili o a mobilità ridotta e per l'informazione dei passeggeri prima e durante il viaggio, nonché l'istituzione sia di un sistema di gestione dei reclami sia di organismi nazionali indipendenti, responsabili dell'applicazione del regolamento, anche mediante l'imposizione di sanzioni.

Tuttavia, allo stato il regolamento non è ancora stato pubblicato; il passeggero è ancora tutelato dalle regole internazionali della Convenzione di Atene 1974 che prevede in modo inderogabile la responsabilità del vettore per morte o lesioni al passeggero e per perdita o danneggiamento del bagaglio. Peraltro, ai sensi dell'art. 1 n.7 della Convenzione di Atene '74, per "danni subiti dai bagagli" si deve intendere anche il ritardo nella riconsegna oltre un ragionevole lasso di tempo. Non è prevista, al contrario, responsabilità per il ritardo nel trasporto di persone, o per la cancellazione il negato imbarco.

In ambito nazionale la disciplina è affidata al Libro III, Titolo I, Capo III della prima parte del codice della navigazione che, agli artt. 396 e ss. prevede la responsabilità del vettore per il ritardo e per la cancellazione del viaggio, nonché l'obbligo di assistere il passeggero in caso di ritardo prolungato e la responsabilità del vettore per lo smarrimento o la distruzione del bagaglio.

Il trasporto marittimo di persone è sempre più ridotto a quello crocieristico e alla mobilità locale (traghetti di collegamento tra isole e terraferma): in tal senso si esprime la Relazione dell'Autorità sulle Attività Portuali per l'anno 2008, predisposta dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Direzione Generale per i Porti. La crociera rientra nella nozione di "pacchetto turistico"; quindi il passeggero-consumatore è tutelato dalla Direttiva 314/1990/CE, oggi recepita nel Codice del Consumo (artt. 82-100). Così, il ritardo o la cancellazione del servizio che possano produrre inadempimento o inesatto adempimento della vacanza, trovano rimedio attraverso un complesso sistema di riprenotezione del passeggero o di risarcimento del danno patrimoniale e di quello morale connesso alla vacanza rovinata, tale da assicurare una tutela anche maggiore di quella che potrebbe essere fornita da un sistema di compensazioni simile a quello adottato nel trasporto aereo.

2c) Settore ferroviario

La normativa di riferimento è oggi il regolamento 1371/2007/CE (in vigore dal 13

dicembre 2009), che costituisce lo “statuto” del passeggero su rotaia. Essa pone in capo al gestore l’obbligo di fornire informazioni in relazione al viaggio sia prima dell’acquisto del biglietto sia nell’esecuzione del contratto di trasporto. Il regolamento si occupa anche della responsabilità per danni ai passeggeri e ai bagagli nonché della disciplina relativa ai ritardi, alle coincidenze perse e alle soppressioni; individua inoltre i diritti delle persone disabili o con mobilità ridotta e dettaglia il diritto ai reclami, alla qualità del servizio e alla sicurezza nelle stazioni e sui treni. I problemi della sicurezza vengono affrontati anche dalla direttiva 2004/94/CE relativa alla certificazione di sicurezza a validità comunitaria per l’accesso degli operatori alla infrastruttura ferroviaria oltre che all’autorizzazione di sicurezza dei soggetti che la gestiscono. Evidentemente, qualora i passeggeri subiscano un danno alla persona o ai bagagli, questa disciplina ben potrà assumere rilievo nell’abito di un eventuale giudizio di responsabilità.

3. COME INCIDONO QUESTI PROFILI RISPETTO ALLA DISCIPLINA CONSUMERISTICA

Il rapporto tra vettore e passeggero è regolamentato dalle Convenzioni internazionali, dalla disciplina UE (di settore e generale) e dalle norme che regolano le singole modalità di vendita.

Le forme di tutela devono essere lette su piani differenti, poiché il loro approccio è differente.

3a) Settore aereo

Ritardo, diniego d’imbarco, cancellazione del volo, diritto alla mobilità delle persone disabili, diritti all’informazione del passeggero, sono previsti dai regolamenti UE che forniscono tutela di tipo compensativo, mentre gli accordi internazionali garantiscono forme risarcitorie. I contratti di trasporto di persone sono poi soggetti alla disciplina delle clausole abusive e delle pratiche commerciali scorrette.

La direttiva sulle clausole abusive, recepita nel nostro ordinamento agli artt. 33 e ss. Codice del Consumo, permette un vaglio delle clausole contrattuali unilateralmente predisposte dal vettore che riproducono le condizioni generali di trasporto IATA, che vincolano i vettori associati. Queste condizioni sono riproducono il quadro disposto dalla Convenzione di Montreal ‘99 ma, attraverso la tutela consumerista orizzontale, ricevono un controllo sull’equilibrio normativo, volto non alla verifica delle singole clausole *tout court*, ma delle pattuizioni considerate nell’insieme del contratto e in relazione alla natura del negozio e alle circostanze della stipulazione. Tuttavia, stante il dettato dell’art. 34 co. 3 Codice del Consumo, che esclude la vessatorietà delle clausole riproduttive di

disposizioni di legge o di disposizioni o attuazioni di principi contenuti in convenzioni internazionali cui aderisce l'Unione Europea o uno degli stati membri, la disciplina internazionale e quella comunitaria impongono eccezioni rispetto alle regole di cui all'art. 33 ss. Codice del Consumo. E' pertanto derogato il principio del foro del consumatore, essendo obbligatorio il foro individuato per tutti i contratti di trasporto dall'art. 15.3 Reg. 44/2001.

E' ancora aperto il dibattito circa la vessatorietà della clausola che esclude la vincolatività degli orari di partenza ed arrivo di un volo. Secondo parte della dottrina (S. Busti, *Il contratto di trasporto aereo*, Giuffrè, 2001, p. 483) la clausola non è vessatoria, perché il ritardo nel trasporto aereo è misurato in ragione non dei tempi indicati nel contratto, ma del tempo medio di percorrenza di una determinata tratta. Poiché la responsabilità da ritardo non è condizionata dalla previsione di orari meramente indicativi la clausola non ostacola l'esercizio dei diritti del consumatore.

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette trova applicazione soprattutto nel campo della trasparenza delle tariffe, sanzionate ai sensi dell'art. 27 Codice del Consumo ben prima del Reg. 1008/2008. Per trasparenza tariffaria non si intende unicamente la comunicazione del costo complessivo del trasporto e delle singole voci che lo compongono, ma anche l'indicazione dei supplementi di prezzo opzionali che, ai sensi dell'art. 23 Regolamento 1008/2008/CE devono essere comunicati in modo chiaro e trasparente e devono essere prenotati unicamente con meccanismi *opt-in*. Sul punto è intervenuta l'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, con il procedimento PS2915 contro Easyjet (provvedimento n. 20956 del 30 marzo 2010) che ha sanzionato come pratica commerciale scorretta in violazione dell'art. 23 Reg. 1008/2008/CE, la preselezione, sulla schermata *on line* del sito del vettore, di servizi assicurativi opzionali, che venivano automaticamente acquistati, salvo *opt-out* del consumatore.

Nel medesimo procedimento vengono in luce ulteriori ambiti di sovrapposizione tra disciplina delle pratiche scorrette e disciplina di settore e quindi tra le competenze ENAC e le competenze AGCM. Ad esempio, l'AGCM sanziona il mancato rispetto di obblighi informativi in tema di *overbooking* e di diritti del passeggero, nella misura in cui inducono il viaggiatore ad accettare compensazioni inferiori alla norma o condizioni di assistenza deteriori rispetto agli obblighi di legge. Questa condotta è però sanzionata anche dall'ENAC, in virtù del Reg. 261/2004/CE.

Nel medesimo procedimento Easyjet l'AGCM sanziona la mancanza di informazioni chiare in tema di rimborsabilità dei biglietti, nonché l'imposizione di una procedura di rimborso unicamente attraverso il *call center* di un numero a pagamento e ancora, la vendita di un servizio opzionale (*speedy boarding*) in realtà non fruibile nei casi di

imbarco con navetta, e le procedure di rimborso poco chiare. Tutti questi aspetti non trovano altrimenti tutela nella disciplina di settore.

Appare poi rilevante segnalare il procedimento AGCM PS3874 contro Alitalia – Air One, conclusosi con provvedimento n. 21034 del 22 aprile 2010, con cui l’Autorità ha posto sotto osservazione i ripetuti ritardi e cancellazioni dei voli sulla tratta Roma-Milano, pubblicizzati in internet a tariffe convenienti, per fugare il sospetto che i disservizi fossero causati da una scelta commerciale di accrescimento del *load factor*. L’istruttoria si è conclusa con un’archiviazione. Tuttavia il caso costituisce un interessante precedente di valutazione delle fattispecie di ritardo e cancellazione del volo alla stregua di pratiche commerciali.

Una deroga alla disciplina consumeristica si evidenzia nel caso del recesso dal contratto di vendita stipulato a distanza, in specie tramite il mezzo informatico. Infatti, il Codice del Consumo prevede, all’art. 55, che il diritto di recesso nelle vendite aggressive sia escluso nei casi di fornitura di trasporti da eseguirsi a data certa.

3b) Settore marittimo

Anche nel settore marittimo sono previste deroghe alla disciplina del Codice del Consumo. Infatti, il foro del consumatore è sostituito dal foro obbligatorio di cui all’art. 15.3 Regolamento 44/2001/CE e il recesso nelle vendite aggressive è escluso nel caso di servizi da eseguirsi a data certa, ai sensi dell’art. 55 Codice del Consumo.

Quanto alle clausole abusive, le condizioni generali di contratto sono sottoposte al vincolo di inderogabilità delle previsioni della Convenzione di Atene ‘74. Eventuali deroghe o limitazioni della responsabilità ricevono un primo vaglio proprio alla luce del diritto internazionale; eventuali altri profili di applicazione dell’art. 33 Codice del Consumo sono da ricercare nelle fattispecie inerenti il recesso o le modifiche del viaggio. Già in passato (Tribunale di Palermo, 22 ottobre 1997 in Giur. It., 1998, 1608) sono state ritenute vessatorie le clausole delle condizioni generali di trasporto marittimo di passeggeri che limitano l’obbligo del vettore al risarcimento in misura pari al prezzo corrisposto per il passaggio nei casi di soppressione della partenza e mutamento dell’itinerario o ritardo della partenza.

Nel ribadire l’importanza del settore crocieristico in tema di trasporto marittimo di passeggeri, è poi opportuno ricordare che la disciplina dei pacchetti turistici deve confrontarsi con la tutela generale del consumatore. In particolare, anche le condizioni generali di vendita di pacchetti turistici devono essere sottoposte al vaglio dell’abusività. Infatti, il contratto di vendita che riproduca integralmente tutte le previsioni di cui agli artt. 83-100 cod. cons. non può contenere clausole abusive; al contrario, se le condizioni

generali di contratto modificano il modello di contratto codicistico, l'equilibrio dell'intero sistema muta: ogni clausola deve quindi essere sottoposta al giudizio di vessatorietà.

3c) Settore ferroviario

L'entrata in vigore del Reg. 1371/2007/CE ha avuto ricadute in sede di applicazione della disciplina generale consumeristica. Le clausole che riproducono disposizioni di legge o sono riproduttive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali cui siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione Europea o l'Unione stessa non possono essere considerate vessatorie (arti. 34 codice del consumo). Il giudice, perciò, non potrà dichiarare la nullità delle clausole riproduttive del Reg. 1371/2007/CE che vengano eventualmente introdotte nel contratto tra gestore e trasportato.

Le nuove condizioni generali di contratto (di seguito CGC), specie quelle desumibili dall'allegato I del regolamento, ove derogate *in pejus* dal gestore del servizio potranno essere oggetto dell'azione collettiva di cui all'art. 37 del codice del consumo. I consumatori potranno perciò far eliminare dalle CGC eventualmente predisposte quelle che, per esempio, escludono l'indennizzo in caso di ritardo o lo disciplinano in maniera più gravosa rispetto a quanto previsto dall'art. 17 del Reg. 1371/2007/CE.

Non va dimenticato, poi, che i viaggiatori di un treno possono considerarsi soggetti che versano in una situazione identica nei confronti di una stessa impresa, cosicché non può escludersi l'esperibilità di un'azione di classe di cui all'art. 140-*bis* del codice del consumo. A riguardo, si segnala come il CODACONS abbia di recente manifestato l'intenzione di considerare come "azione pilota" quella di uno studente di Treviso che, in conseguenza dei reiterati ritardi di Trenitalia, aveva visto il proprio rendimento universitario peggiorato.

Il trasportato, all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 28/2010, potrà anche giovare della conciliazione ivi disciplinata. Chiaramente, resta percorribile la via della c.d. conciliazione paritetica ove sia stato stipulato un protocollo d'intesa. Peraltro, il protocollo sottoscritto da Trenitalia pone limiti piuttosto stringenti all'esperibilità del tentativo di conciliazione: si deve verificare uno scostamento rispetto a impegni puntuali assunti in documenti ufficiali (Carte di Servizi, informazioni commerciali, etc.), il viaggio deve essere successivo al primo gennaio 2010 e il treno non deve rientrare tra quelli oggetto di un contratto di servizio.

Di particolare rilievo, poi, è l'allegato II del Reg. 1371/2007/CE ove vengono puntualmente individuati gli obblighi informativi minimi del gestore del servizio. Questi ultimi vengono distinti a seconda che debbano essere adempiuti prima o durante il viaggio.

I primi vengono fatti gravare non solo sul gestore del servizio ma anche sul soggetto che effettua la rivendita dei biglietti (quale, per esempio, un'agenzia di viaggi). L'entrata in vigore del Reg. 1371/2007/CE impone ai gestori di conformare a quest'ultimo le proprie Carte di Servizi. Ad oggi si attende ancora la Carta annuale per il 2010 di Trenitalia, che allo stato ha pubblicato soltanto alcune Carte di Servizi regionali.

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette assume particolare rilievo infine nei casi di una mancanza di trasparenza del messaggio pubblicitario del gestore. Ad esempio, nei procedimenti "Treno gratis" e "Sconto elezioni", l'AGCOM ha condannato Trenitalia al pagamento di una sanzione amministrativa. Nella prima vicenda (PS1744), il messaggio commerciale diffuso da Trenitalia generava l'aspettativa di un rimborso integrale del biglietto per il tragitto effettuato sul territorio nazionale, quando invece ad essere rimborsati erano solo i biglietti relativi a una tratta avente origine e destinazione sul territorio nazionale, con esclusione di tutti i treni che avevano origine all'estero. Nel secondo procedimento (PS5129), era stata negata la modificabilità di una prenotazione su un biglietto acquistato con lo "Sconto elezioni" per un treno della categoria "Cisalpino". Secondo l'AGCOM non può ritenersi conforme ai canoni della diligenza dei professionisti del settore la pratica con cui si esclude la modificabilità di una prenotazione attraverso la sintetica e fuorviante dicitura sul biglietto "modificabile dal 6/06/2009 al 17/06/2009 - elettori- vale con doc. identità". E ciò a maggior ragione ove si consideri che la "Normativa generale per i viaggi elettorali" (accessibile da specifico *link* sul sito *internet* di Trenitalia) prevede la modificabilità delle prenotazioni effettuate senza che rilevi la categoria di treno prescelta.

4. PROFILI DI INTERESSE NEL RECEPIMENTO ITALIANO

4a) Settore aereo

La normativa europea è stata recepita dal legislatore nazionale, che ha conferito tutti i poteri di gestione e vigilanza all'ENAC. Il recepimento ha coinvolto anche la modifica della parte aeronautica del codice della navigazione, che costituisce la principale disciplina nazionale in tema di trasporto marittimo e aereo. In particolare, in tema di trasparenza delle tariffe liberalizzate, il legislatore, precorrendo le disposizioni del Reg. 1008/2008/CE, già con L. n. 40 del 2007 aveva imposto l'indicazione del prezzo finale, dei costi di tasse e dei costi opzionali. Questa disposizione è stata poi applicata dall'ENAC con la circolare del 19.11.2009 che, oltre a riassumere le singole voci di prezzo e la loro codificazione, ha predisposto un modello di informativa sul prezzo, contenente tutte le voci e le spiegazioni necessarie per rendere intelligibile sia il prezzo finale e le sue singole

componenti, sia le voci opzionali.

Il Regolamento 261/2004/CE, prevedendo sanzioni amministrative in caso di inosservanza delle prescrizioni da parte del vettore, ha imposto ai singoli Stati membri l'individuazione di un'Autorità competente. Con D.lgs 69/06 all'ENAC sono stati dati i poteri di vigilanza e sanzione in applicazione del regolamento e con essi la facoltà di istituire organismi di conciliazione delle controversie tra vettori e passeggeri. Le competenze dell'Enac si sono ampliate dal settore prettamente tecnico (di controllo, *safety* e *security*) alla tutela del passeggero consumatore.

L'ENAC ha redatto la Carta dei Diritti del Passeggero, documento informativo sui diritti derivanti dai reg. 261/04/CE e 889/02/CE, nonché dalle previsioni della Conv. Montreal '99 in tema di ritardo, smarrimento o danneggiamento del bagaglio registrato. La Carta prevede, quale ulteriore obbligo, di natura "regolamentare", che il vettore in caso di ritardo debba informare i passeggeri ogni trenta minuti e aggiornarli.

L'ENAC ha poi provveduto a regolamentare la procedura sanzionatoria, sullo schema della L. n. 689/81. Nulla, invece, è stato ancora fatto sotto il profilo della tutela individuale del viaggiatore, giacché l'ENAC non ha poteri di condanna al risarcimento individuale, e non sono stati creati gli organismi di conciliazione o arbitrato delle piccole controversie in tema di inadempimenti sanzionati dal Reg. 261/04/CE.

4b) Settore marittimo

La vigilanza sulla corretta applicazione delle norme nel trasporto marittimo spetta al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti: non esiste un'Autorità Indipendente.

La disciplina del trasporto pubblico marittimo presenta peculiarità, oggetto di recenti discussioni in occasione della dismissione di Tirrenia S.p.A. e del d.l. 6 luglio 2010, n. 103, convertito con modificazioni con la l. 4 agosto 2010, n. 127, che l'ha commissariata sino alla conclusione del processo di privatizzazione e regionalizzazione, per assicurare la regolarità del trasporto pubblico marittimo. Infatti, il trasporto marittimo di persone da e per le isole è, sin dagli anni '30, sovvenzionato dallo Stato e gestito con aziende partecipate dallo Stato e dalle Regioni. Con il d.l. 185/2008 è stata avviata la dismissione di Tirrenia S.p.A. e, con d.l. 135/2009 si è razionalizzata l'organizzazione delle Società Regionali, in virtù della mutata competenza sui trasporti pubblici locali. Ed infatti, dal primo gennaio 2010 i trasporti locali marittimi sono interamente gestiti a livello regionale, attraverso contratti di servizio pubblico da concludersi con i vettori (molti privatizzati) e con il pagamento di sovvenzioni a fronte degli oneri di servizio pubblico. Questa forma di aiuto di stato è stata ritenuta compatibile con la disciplina comunitaria della concorrenza, proprio in virtù della funzione di servizio universale. Peraltro, l'AGCM ha invitato a

procedere, anche nel settore dei trasporti locali, all'assegnazione delle convenzioni su base concorsuale, al fine di sviluppare un "mercato" anche in questo sotto-settore, così come già avviene nel trasporto aereo.

4c) Settore ferroviario

L'adeguamento delle CGC di Trenitalia alle previsioni del Reg. 1371/2007/CE è stato oggetto di critiche da parte delle associazioni di consumatori, che hanno rilevato come negli altri Stati membri a partire dal 13 dicembre 2009 vi sia stato non (come in Italia) un peggioramento ma piuttosto un miglioramento dei servizi. Il contrasto più acceso si registra nell'ambito della disciplina dell'indennizzo da ritardo. Paesi come la Francia e la Spagna, infatti, hanno mantenuto le CGC più favorevoli applicate *ante* 13 dicembre 2009 in considerazione del fatto che il Reg. 1371/2007/CE pone limiti minimi di tutela (art. 6). Le stesse considerazioni vengono fatte anche in relazione all'indennizzo per mancato o cattivo funzionamento dell'aria condizionata che oggi Trenitalia non riconosce più. In termini generali, nonostante l'integrale recepimento della normativa comunitaria di settore, l'indice di liberalizzazione complessivo italiano appare ben lontano da quello dei paesi europei di riferimento. Ciò in conseguenza di una serie di anomalie che contraddistinguono il nostro paese. Per quanto riguarda i servizi di trasporto regionale, per esempio, secondo l'AGCOM la previsione che nel 2009 ha subordinato per il triennio 2009-2011 il finanziamento dello Stato alle Regioni alla stipula di nuovi contratti di servizio con Trenitalia, unitamente a quella in materia di durata minima degli affidamenti nel settore (stabilita in sei anni rinnovabili per altri sei) hanno consolidato la posizione di Trenitalia quale principale fornitore del servizio di trasporto passeggeri regionale. Si è in tal modo ritardato il processo di liberalizzazione previsto per il 2011. Per i servizi pubblici locali non *in house*, le amministrazioni avevano l'obbligo di indire entro il 31 dicembre 2010 procedure competitive per aprire il mercato del trasporto ferroviario locale a soggetti diversi da Trenitalia. Con il decreto Ronchi, peraltro, il trasporto ferroviario regionale non rientra più nel campo di applicazione della disciplina sulle liberalizzazioni.

Non sono mancati, poi, casi in cui sono state la stessa società *holding* Ferrovie dello Stato o la società figlia Rete Ferroviaria Italiana a ostacolare, sfruttando la loro posizione, l'ingresso o la permanenza nel mercato di operatori diversi da Trenitalia. Si pensi alla vicenda della società NTV che, in vista dell'ingresso nel mercato dell'alta velocità, aveva richiesto alla *holding* Ferrovie dello Stato l'accesso a certe infrastrutture utilizzate anche da Trenitalia. A seguito delle insoddisfacenti risposte rese da Ferrovie dello Stato, l'AGCM aveva avviato un procedimento per abuso di posizione dominante chiuso poi nel 2009 a seguito dell'impegno assunto da Ferrovie dello Stato ai sensi dell'art. 14-*ter*

della l. n. 287/90 di mettere a disposizione della NTV l'area denominata "Fascio Traccia Alto". Il procedimento per abuso di posizione dominante contro Rete Ferroviaria Italiana avviato a seguito di una segnalazione della RTC (A389) si è chiuso anch'esso con una dichiarazione di impegni ai sensi dell'art. 14-ter della l. n. 287/90. RTC si era vista negare da RFI lo sconto K2 volto a compensare economicamente chi utilizzi le sezioni di rete per le quali non sussistono le condizioni per ammettere la guida dei convogli ad agente unico. RFI aveva soppresso lo sconto K2 prima ancora di emanare la regolamentazione tecnica sulla guida ad agente unico e RTC si era trovata così a dover sopportare i maggiori oneri del doppio macchinista senza poter contare più sullo sconto K2. L'AGCOM aveva avviato il procedimento nei confronti di RFI in considerazione della particolare integrazione societaria tra RFI e Trenitalia. Gli elementi descritti erano apparsi all'AGCM idonei a configurare l'esistenza di una strategia unitaria di Ferrovie dello Stato tramite RFI, finalizzata a ostacolare una delle concorrenti dell'*incumbent* Trenitalia nel mercato della fornitura di servizi di trazione ferroviaria per il trasporto di merci.

In un recente parere (AS658) l'AGCM, su richiesta della Regione Piemonte, ha chiarito che Trenitalia deve rendere noti i dati economici fondamentali del servizio reso ove questo, scaduto il contratto di servizio, venga messo a gara. Nello stesso parere, L'AGCM precisa che su Trenitalia grava l'obbligo di mettere a disposizione dell'eventuale subentrante i depositi, le officine e in generale gli impianti per la manutenzione e il ricovero del materiale rotabile afferente ai servizi dei lotti interessati, o comunque ad essi funzionalmente collegati. Ciò considerata l'assenza di disponibilità concreta, in tempi e costi ragionevoli, di eventuali infrastrutture alternative a quelle attualmente in uso dal soggetto che fornisce i servizi oggetto di gara.

Anche la disciplina tariffaria di Trenitalia è stata ritenuta dall'AGCM incompatibile, per certi aspetti, con un mercato che si apre alla concorrenza. L'articolo 19 delle "Condizioni e tariffe per i trasporti delle persone sulle Ferrovie dello Stato" infatti, dopo aver previsto il criterio generale chilometrico precisa che "nel calcolo della distanza tassabile non deve tenersi conto degli abbreviamenti di percorso determinati dalla realizzazione di nuove linee direttissime e da opere di rettificazione, di raddoppio o di quadruplicamento eseguite sulla rete ferroviaria". L'AGCOM (AS635) ha auspicato una modifica da parte del legislatore di questa previsione normativa che da un lato non tiene conto di come gli abbreviamenti di percorso siano di regola finanziati dalla mano pubblica (non si pone dunque un problema di rientro economico da parte di Ferrovie dello Stato) e dall'altro, pregiudica la trasparenza falsando il calcolo della tariffa chilometrica incidendo sulle scelte del consumatore. Non va dimenticato che nulla impedisce a Trenitalia, almeno per quanto riguarda la quota di mercato in cui opera come soggetto privato, di determinare in

piena libertà i prezzi dei servizi offerti, come dimostra l'imminente passaggio dal sistema delle due classi a quello dei quattro livelli di servizio che entrerà a regime alla fine del 2010.

5. PROBLEMATICHE APERTE IN AMBITO CONSUMERISTICO

La tutela del passeggero sul piano sia della qualità del servizio e della "compensazione" in caso di inesatto adempimento, sia della tutela dell'ambiente e della salute è il perno su cui l'Unione Europea sta costruendo una nuova politica dei trasporti, volta a superare la frammentarietà dell'attuale sistema e a considerare il servizio-trasporto come un insieme unitario, da gestire in modo multimodale. A tale obiettivo si frappongono una serie di ostacoli e di problematiche tuttora irrisolte.

In primo luogo, l'assenza di un'unica Autorità indipendente nazionale che operi per uniformare la qualità e le tutele del servizio. Sul piano nazionale all'interno di un medesimo settore operano più Autorità con competenze sovrapposte. Ciò appare, in modo evidente, nel settore del trasporto aereo, in cui il rispetto degli obblighi informativi è controllato e sanzionato sia dall'ENAC, sia dall'AGCM, quando le omissioni integrano pratiche commerciali scorrette, sia dall'AGCOM (mediante pareri per l'AGCM), nei casi in cui le omissioni informative avvengono nell'ambito delle vendite *on line* di biglietti aerei. Le disposizioni del Reg. 261/2004/CE vengono quindi tutelate da più Autorità. Al contrario, alcune previsioni del Reg. 1008/2008/CE, in tema di trasparenza tariffaria e di servizi opzionali, non sono di competenza dell'ENAC e ricevono controllo solo nei casi in cui l'AGCM ritenga vi siano gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Negli altri settori del trasporto, infine, manca del tutto un'Autorità indipendente e la tutela a fronte di eventuali infrazioni della disciplina consumeristica di settore è affidata agli strumenti della normativa orizzontale e quindi, ancora una volta all'AGCM.

Ulteriore problematica irrisolta attiene le carenze informative in termini multimodali. Il consumatore è in grado di confrontare le prestazioni dei singoli vettori in un determinato microsettore – aereo, ferroviario, marittimo – ma non di confrontare sul medesimo tragitto il servizio offerto dai diversi operatori dei diversi settori. E' in tal senso che la Commissione Europea, nel Libro Bianco sulla Politica dei Trasporti per il 2010, ha proposto la realizzazione di un sistema di informazione di vendita dei biglietti che ponga in concorrenza tutti i mezzi di trasporto su una determinata tratta.

Altro tema rilevante è quello della parificazione dei livelli di tutela. Il sistema compensativo si sta rivelando lo strumento efficace per dare soluzioni "di massa" a problemi "di massa", senza pregiudicare il ricorso al rimedio risarcitorio individuale;

tuttavia, la sua applicazione è sinora limitata e differenziata a seconda dei settori di trasporto.

Al di là di queste considerazioni generali, nei singoli settori si individuano problematiche specifiche.

5a) Le tariffe autostradali

Il trasporto su strada è soggetto a una disciplina specifica. La regolamentazione del trasporto viario è affidata al Codice della Strada dei singoli Stati membri. La gestione dell'infrastruttura viaria costituisce un monopolio naturale. Ed infatti, la rete stradale nazionale italiana è gestita da una Società privatizzata, ma totalmente partecipata dallo Stato – l'ANAS – e, per i tratti autostradali, subappaltata a Società private (tra cui Autostrade per l'Italia S.p.A., oggi detenuta al 100% da Atlantia S.p.A.). L'ANAS ha, tra i propri obblighi e obiettivi, il miglioramento della rete viaria, compito interamente appaltato a Atlantia S.p.A. nei tratti di sua gestione.

Le opere viarie vengono sovvenzionate anche attraverso l'imposizione di tariffe d'uso delle strade agli automobilisti. La determinazione delle tariffe è avvenuta, sino al 2008, con la tecnica del *price cap* mentre, con la convenzione approvata con L. 101 del 2008, si è passati a un sistema ancorato al tasso reale d'inflazione, che prevede la revisione annua dei pedaggi autostradali, nella misura del 70% dell'aumento Istat nell'anno precedente. Questo nuovo sistema è stato fortemente criticato dall'AGCM, con la segnalazione AS455 del 4 luglio 2008, con cui ha contestato l'impossibilità di perseguire così l'obiettivo di un aumento degli investimenti e una diminuzione delle tariffe. Inoltre, i pedaggi sono stati aumentati dall'art. 15 del decreto-legge 31 maggio 2010 n.78, convertito con l. 30 luglio 2010, n. 122 che prevede tra le "entrate non fiscali" l'imposizione di ulteriori balzelli per l'accesso alle interconnessioni con le autostrade e i raccordi autostradali in gestione diretta dell'ANAS. Questi raccordi sono stati individuati con il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 25.6.2010. Il decreto è stato impugnato dinanzi al Tar Lazio, che l'ha sospeso, con ordinanza 29 luglio 2010, n. 3545, confermata dal Consiglio di Stato, sezione IV, con la decisione 1° settembre 2010. I Giudici Amministrativi hanno sostenuto che l'art. 15 d.l. 78 del 2010 è inserito nel capo intitolato "Entrate non fiscali" e quindi, per essere coerente con la finalità dichiarata, il pedaggio imposto in base a tale norma deve assumere il carattere di corrispettivo per l'utilizzo di una infrastruttura e non quello di misura fiscale. Tuttavia, questo carattere non sussiste nei casi in cui il pagamento del pedaggio è imposto in relazione ad uno svincolo stradale non necessario e non interessato dalla fruizione dell'infrastruttura.

5b) Settore aereo

La problematica più rilevante, per frequenza del fenomeno è il ritardo aereo. Infatti, il Reg. 261/04/CE prevede, per il ritardo alla partenza, solo forme di assistenza e non anche forme di compensazione pecuniaria. Ciò ha evidenziato una lacuna nella tutela del passeggero, il quale poteva solo ricorrere all'art. 19 della Convenzione di Montreal '99, con la difficoltà di provare e quantificare il danno, spesso non patrimoniale. Ciò ha creato un'area di parziale irrisarcibilità di una delle più diffuse forme di inesatto adempimento del vettore aereo. La recente sentenza della Corte di Giustizia UE, 19 novembre 2009 (C- 402/07 e 432/07) ha colmato la lacuna in via interpretativa, dando una lettura del considerando 15 Reg. 261/2004/CE tale da parificare il ritardo prolungato di oltre tre ore alla cancellazione del volo estendendo così a tale fattispecie la compensazione pecuniaria del Reg. 261/04/CE.

Il citato Regolamento è stato oggetto di ulteriori interventi interpretativi della Corte di Giustizia UE in relazione al rapporto della disciplina con la Conv. Montreal '99, nonché alla nozione di volo e di "circostanza eccezionale" giustificatrice della cancellazione del volo. La Corte risolve in via interpretativa le problematiche aperte nell'applicazione del Reg. 261/2004/CE e chiarisce che la disciplina comunitaria si affianca alla tutela risarcitoria, ma opera sul distinto piano compensativo, in un ambito limitato ai voli effettuati da vettori comunitari o, se da vettori extra-comunitari, limitatamente a quelli in partenza da un aeroporto di uno Stato membro. La tutela compensativa, che offre un indennizzo forfetario in caso di diniego d'imbarco, cancellazione del volo e ritardo all'arrivo superiore alle tre ore, opera in via oggettiva. Unica esclusione di responsabilità, limitatamente alla cancellazione del volo e al ritardo, è la prova, ad onere del vettore, di circostanze eccezionali: eventi imprevedibili ed imprevedibili e avarie tecniche imprevedibili, non evitabili con le normali e puntuali manutenzioni, e non rientranti tra le normali deficienze tecniche in caso di usura.

Al di fuori dell'ambito di applicazione del Regolamento, le problematiche connesse al risarcimento del danno da ritardo e da cancellazione del volo sono state oggetto di intervento della giurisprudenza di merito nazionale che si è ora definitivamente orientata, dopo la pronuncia delle SS.UU., 11.11.2008, n. 26972, per la non risarcibilità dei danni non patrimoniali che non ledono diritti costituzionalmente garantiti. Alla luce di tale evoluzione, la compensazione offerta dalla disciplina comunitaria è risultata l'unica via indennitaria percorribile. E' opportuno segnalare però, in tema di ritardo, alcune pronunce dei Giudici di Pace, che hanno ritenuto che in un contratto a prestazioni corrispettive, quale è il trasporto aereo di persone, il passeggero può domandare la riduzione della controprestazione quando la prestazione del vettore sia stata eseguita con ritardo

(Giudice di pace Sassari, 04 novembre 1998). Quanto, poi, alla risarcibilità del danno da vacanza rovinata in caso di inadempimento del contratto di trasporto, attraverso il quale il passeggero doveva raggiungere la meta del proprio periodo di ferie, dopo iniziali pronunce favorevoli, la giurisprudenza di merito si è costantemente orientata per la sua non risarcibilità nell'ambito del contratto di trasporto, atteso che tale tipo di danno trova risarcimento nel combinato disposto dell'art. 2059 c.c. con l'art. 95 Codice del Consumo, in tema di pacchetti turistici.

Altro problema dibattuto è quello dell'assenza di uno strumento di risoluzione delle controversie, predisposto dall'ENAC, per far fronte al mancato pagamento delle compensazioni senza dover ricorrere al giudice ordinario. O ancora, la mancata informazione del passeggero in ordine ai diritti riconosciutigli dal Regolamento 261/04/CE. Nonostante le sanzioni comminate dall'ENAC, è ancora frequente che il vettore ometta di affiggere la carta dei diritti del passeggero ai banchi del *check-in* e di consegnarne una copia ai viaggiatori. Manca poi una regolamentazione comunitaria in tema di smarrimento, danneggiamento o ritardata consegna del bagaglio registrato, la cui tutela è tutta affidata alla Conv. Montreal '99, che non prevede sistemi compensativi e crea difficoltà sul piano dell'onere della prova del danno e della sua quantificazione. Infine, in tema di trasparenza delle tariffe aeree, nonostante le recenti normative nazionali e comunitarie, si registrano ancora numerose infrazioni, in particolare quanto alla trasparenza della comunicazione delle voci tariffarie legate a servizi opzionali.

5c) Settore marittimo

La normativa comunitaria a tutela del passeggero, ispirata a quella del settore aereo, è ancora in fase di elaborazione. La tutela del settore crocieristico, affidata alla disciplina dei pacchetti turistici, è attualmente al vaglio della Commissione. Primo tema della riforma è la restrizione della nozione di passeggero, ex art. 83 Codice del Consumo, che si vorrebbe rimodellare sulla nozione di consumatore ex art. 3 Codice del Consumo. Il progetto di revisione si sofferma sulla necessità di rivedere la disciplina in tema di insolvenza del vettore o dell'organizzatore, di obblighi informativi e di regime di responsabilità, nonché – aspetto questo meno incisivo nell'ambito delle crociere – in tema di pacchetti dinamici e nuove forme di assemblamento dei pacchetti *on line*. La questione di maggiore incidenza nel settore crocieristico è il risarcimento del danno da vacanza rovinata che, a seguito della citata Corte di Giustizia CE, 12 marzo 2002, è costantemente riconosciuto dalla giurisprudenza nazionale.

5d) Settore ferroviario

Una delle principali anomalie che caratterizza l'Italia nel contesto europeo è l'assenza di una Autorità di settore. Ad oggi, il compito di determinare le tariffe e verificarne l'applicazione spetta al CIPE mentre l'AGCM e l'Ufficio per la Regolazione dei Servizi Ferroviari monitorano la concorrenza. Per altro, a partire dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 146/2007, l'AGCM ha poteri sanzionatori non solo nelle tradizionali materie di cui alla l. n. 287/90 ma anche a fronte dell'accertamento di pratiche commerciali scorrette. A quest'ultimo riguardo, si segnala la sanzione irrogata nel 2008 a Trenitalia a seguito di alcune pratiche adottate sul *bonus* da ritardo, alla tariffa Amica e alla tariffa Famiglia, alla denominazione e alla caratteristiche dei treni e al programma di fidelizzazione Carta-viaggio. Il TAR Lazio, pur riconoscendo la scorrettezza delle pratiche oggetto del conseguente ricorso di Trenitalia, ha derubricato tutte le fattispecie contestate (TAR Lazio, 19 giugno 2009, n. 5807). A seguito della sentenza, Trenitalia ha chiesto e ottenuto dall'AGCM una rideterminazione delle sanzioni in senso più favorevole e la conseguente condanna alla restituzione degli importi indebitamente anticipati.

Quanto alla tutela degli interessi individuali, l'esperimento della via giudiziale viene di regola escluso in considerazione dell'esiguità del pregiudizio subito. Il trasportato avrebbe l'onere di provare una sofferenza che, se si escludono le ipotesi di danno biologico, non è di regola da lesione di un diritto fondamentale della persona costituzionalmente garantito. In altri termini, il trasportato, ove anche riesca a provare di aver subito effettivamente un pregiudizio non patrimoniale, vedrebbe il più delle volte rigettata la propria domanda risarcitoria perché il danno discende dalla lesione di un valore non ricompreso tra quelli che la Corte di Cassazione nel 2003 ha ritenuto meritevoli di tutela risarcitoria. Si segnala a riguardo una recente pronuncia del Giudice di Pace di Treviglio (Bergamo) del 23 giugno 2010 secondo cui la scarsa pulizia dei convogli o il sovraffollamento delle carrozze non possono integrare gli estremi di una lesione di diritti costituzionalmente garantiti. Non mancano, tuttavia, posizioni contrarie. In una pronuncia del 29 marzo 2009 il Giudice di Pace di Roma ha risarcito i fastidi lamentati da un passeggero costretto a rimanere in una carrozza senza riscaldamento per tutta la durata del viaggio in conseguenza della rottura delle porte che gli avrebbero consentito di spostarsi nelle carrozze adiacenti. Nello stesso senso, un pronuncia del Giudice di Pace di Sorrento del 30 gennaio 2009, ove viene risarcito il pregiudizio che un passeggero aveva subito in conseguenza della interruzione non preannunciata del servizio da parte della società di trasporti locale.

Negli ultimi tempi si tenta di ottenere sempre più spesso il ristoro dei pregiudizi non patrimoniali non tanto facendo valere l'inadempimento di singoli obblighi, quanto

piuttosto lamentando la violazione degli *standard* qualitativi previsti nel contratto di servizio. Si mira cioè a valorizzare la reiterazione quotidiana dei vari disservizi al fine di facilitare al giudice l'accertamento della lesione di quei valori costituzionali evocata dalla Cassazione nelle sentenze del 2003 prima menzionate. In una serie di decisioni pronunciate tra il 2009 e il 2010, il Giudice di Pace di Piacenza ha avallato tale ricostruzione evocando la discussa categoria del danno esistenziale. Per quanto sorretta da nobili intenti, questa ricostruzione lascia perplessi. Da una parte, la categoria del danno esistenziale è stata censurata dalle Sezioni Unite in una nota sentenza del 2008. Dall'altra, non va dimenticato che un contratto, e quindi anche il contratto di servizio, vincola solo chi ne è parte. Nel caso di specie, dunque, legittimata a lamentarsi del mancato rispetto degli *standard* qualitativi previsti dal contratto di servizio sarebbe solo la Regione che l'ha sottoscritto.

Per quanto riguarda i pregiudizi patrimoniali, una pronuncia del Giudice di Pace di Treviglio (Bergamo) del 26 giugno 2009, ha condannato Trenitalia a restituire a un pendolare la differenza tra il prezzo di un abbonamento di prima classe e uno di seconda. Il ricorrente si era recato più volte alla stazione e aveva constatato che il treno con cui avrebbe dovuto recarsi al lavoro non aveva le previste carrozze di prima classe. La decisione, secondo diritto e non secondo equità, si segnala perché disapplica le CGC di Trenitalia contenenti esenzioni da responsabilità sulla base di una assunta loro contrarietà alla normativa comunitaria. Una recente pronuncia del Giudice di Pace di Mestre del 15 gennaio 2010 ha annullato la multa a un passeggero che recatosi alla stazione si era trovato nell'impossibilità di acquistare il biglietto perché la biglietteria era chiusa e l'erogatrice automatica non funzionava. Salito sul treno si era visto multare dal controllore a cui si era pur tempestivamente rivolto per regolarizzare la sua posizione. Oggi, in alcuni contratti di servizio (si pensi a quello per la Regione Umbria) Trenitalia si sia impegnata a non elevare più contravvenzioni a chi salga sul treno senza biglietto ove in stazione non ne sia possibile l'acquisto.

6. CONCLUSIONI

Con la breve panoramica fin qui svolta si sono illustrati gli interventi legislativi e giurisprudenziali e le problematiche ancora aperte in materia di trasporti. Si è visto come le forti diversità tra i vari settori del trasporto costringono a disciplinare ogni branca – trasporto aereo, marittimo, ferroviario – in modo separato. Allo stesso tempo si è dato atto di come l'obiettivo perseguito a livello comunitario da alcuni anni a questa parte è la realizzazione di un mercato unico dei trasporti ove sia possibile scegliere non tanto tra imprese concorrenti in uno specifico settore quanto piuttosto nell'ambito di tutti gli

operatori dei vari settori di trasporto esistenti. In altri termini, si è optato per la realizzazione di un sistema multimodale dei trasporti e ciò perché lo si è ritenuto la via migliore per un potenziamento della concorrenza e per un'intensificazione delle tutele del passeggero nell'ambito dell'Unione Europea.

Questo risultato può essere raggiunto solo se il livello di tutela del passeggero è il medesimo in ogni branca del trasporto. Pertanto è necessario imporre a tutti i vettori i medesimi obblighi e prevedere a favore dei passeggeri le medesime compensazioni in caso di cancellazione del trasporto, ritardo del trasporto passeggeri e bagagli, distruzione o danneggiamento dei bagagli, mobilità dei disabili. A tal fine, il legislatore comunitario ha individuato un nucleo essenziale di diritti e di strumenti di tutela e li ha dapprima sperimentati nel settore aereo e poi applicati anche al trasporto ferroviario e, da ultimo, a quello marittimo.

Un ulteriore passo, ancora non realizzato, sarà quello di creare un unico sistema informativo, che paragoni i vari servizi di trasporto sulla medesima tratta, in modo da facilitarne il confronto. Infine, è necessario prevedere sistemi alternativi di risoluzione delle controversie inerenti le compensazioni per i disservizi, per rendere la tutela più immediata ed effettiva. Un ostacolo concreto a questa visione multimodale del trasporto è costituito a tutt'oggi dalla mancanza di un'unica Autorità, a livello comunitario e nazionale, che realizzi questi obiettivi. In un'ottica di multimodalità del trasporto, infatti, sarebbe opportuno che tutti i soggetti operanti nell'ambito della mobilità avessero un punto d'incontro e comunque, che la tutela del passeggero fosse gestita in modo unitario. Se il "pacchetto" di tutele apprestate per il viaggiatore nel singolo settore del trasporto deve uniformarsi il più possibile, per raggiungere, in ogni settore, i medesimi livelli di garanzie e rimedi, appare forse più logico che un'unica entità si preoccupi di vigilare sul consumatore-viaggiatore.

Peraltro è opportuno valutare la connessione innegabile tra trasporto – per lo meno quello di lunga percorrenza – e vacanza e, quindi, il rapporto tra le tutele del passeggero e le tutele del consumatore-turista. Poiché tutt'ora non esiste un'Autorità preposta alla tutela del consumatore-turista, andrebbe forse valutata la creazione di una figura unica, che vigili sull'applicazione della normativa comunitaria in tema di mobilità, nel senso più ampio, ivi compresa la mobilità turistica, con compiti di conciliazione e arbitrato, che possa imporre, con strumenti rapidi e di massa, l'adempimento degli obblighi compensativi, al fine di non snaturare uno strumento concepito per l'agile risoluzione delle controversie.

Infine, gli interventi del legislatore comunitario incidono molto poco sulla realtà più quotidiana e diffusa di trasporto: quello urbano e locale. Ed infatti, se, da un lato, la Commissione Europea ha incentrato l'attenzione su questo tema sin dal libro verde

del 2007, dall'altro, proprio in considerazione delle peculiarità del trasporto a breve percorrenza ha previsto, già nel Reg. 1371/07/CE la possibilità, per gli stati membri, di esentare dall'applicazione della disciplina il trasporto ferroviario urbano, suburbano e regionale. Il problema del rapporto tra concorrenza e garanzia del servizio universale è stato oggetto di recenti interventi dell'AGCM ed è un'ulteriore argomento che induce a ritenere essenziale la creazione di un'unica Autorità di riferimento, che si occupi del settore dei trasporti con uno sguardo unitario.

ABSTRACT

Il settore dei trasporti è stato oggetto, negli ultimi anni, di numerosi interventi comunitari volti sia ad attuare la liberalizzazione del settore, sia ad aumentare la tutela del passeggero-consumatore, non solo in sede di contrattazione, ma anche per la salute e la sicurezza.

Nel 2001 il libro bianco ha individuato in materia una serie di obiettivi da raggiungere. Questi sono stati oggetto di intervento dapprima nel settore aereo, con una serie di regolamenti in tema di corretto adempimento delle obbligazioni del vettore e tutela della mobilità dei passeggeri disabili. Successivamente, il Reg. 1371/09/CE ha posto le basi per il raggiungimento di molti di quegli obiettivi anche in campo ferroviario. Sono in discussione, peraltro, interventi nella stessa direzione anche nel campo del trasporto marittimo di passeggeri.

La disciplina delle pratiche commerciali scorrette e quella delle clausole abusive impattano in modo sensibile con quella dei trasporti. In particolare, per quanto riguarda la prima problematico è, nell'ambito del trasporto aereo, il coordinamento tra l'AGCM e l'ENAC. In relazione alla disciplina delle clausole abusive invece di regola i contratti predisposti dal professionista riproducono disposizioni normative per cui in sede processuale, (ex art. 34 del codice del consumo) raramente risultano oggetto di censure.

L'assenza di un'unica Autorità indipendente di riferimento per l'intero settore dei trasporti, è uno degli ostacoli al superamento della frammentarietà della materia nei singoli micro-settori e allo sviluppo di una intermodalità del trasporto.

Infine, è ancora aperta la problematica del risarcimento del danno da ritardo, in tutti i settori del trasporto.

SEZIONE V
L'ENERGIA

LE NOVITÀ NELLA DISCIPLINA DEL SETTORE DELL'ENERGIA

(Teresa A. D'Andria)

SOMMARIO: 1.- Il Quadro normativo nazionale. 2.- Il Quadro normativo comunitario. 3.- L'impatto sul mercato e, in particolare, sui consumatori/utenti. 4.- La prassi dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il gas. 5.- Problematiche aperte nel recepimento nazionale italiano.

1. IL QUADRO NORMATIVO NAZIONALE

I primi interventi del legislatore nazionale per la liberalizzazione nel settore dell'energia risalgono al **Dlgs. n. 79/1999** (decreto Bersani) che – recependo la direttiva 96/92/CE¹⁷ – ha aperto alla concorrenza il mercato della produzione di energia elettrica. Nello specifico, le principali novità possono così riassumersi:

- (i) viene liberalizzata l'attività di produzione, importazione ed esportazione dell'energia elettrica, nonché la costruzione e l'uso delle linee di trasporto, con il divieto di attribuire diritti esclusivi.
- (ii) le reti di trasmissione e di distribuzione sono considerate monopoli naturali che possono essere dati in concessione con obblighi e diritti conseguenti.
- (iii) è prevista la presenza di soggetti responsabili della gestione, manutenzione e dello sviluppo delle reti di trasmissione e distribuzione, i quali – oltre a garantire l'accesso degli altri operatori del mercato in condizioni di parità - devono garantire la sicurezza e l'affidabilità del servizio elettrico;
- (iv) gli utenti sono suddivisi, in base ai loro consumi annui, in tre principali categorie: “clienti liberi”, “clienti vincolati” e “clienti idonei”. I primi possono acquistare energia elettrica a prezzi liberi da qualsiasi produttore, distributore o grossista. I clienti vincolati sono tenuti ad acquistare l'energia mediante un organismo chiamato “Acquirente Unico”, una sorta di mediatore tra loro ed i produttori. I clienti idonei hanno la possibilità di scegliere se rientrare nella categoria dei clienti liberi o dei clienti vincolati.

Il processo di riforma è poi continuato con la **legge n. 239/2004** (c.d. decreto Marzano) che ha modificato il quadro normativo delineato dal dlgs. 79/99, seguendo queste linee d'intervento:

- (i) la ripartizione delle competenze dello Stato e delle Regioni, in relazione alle modifiche introdotte dalla riforma del Titolo V della Costituzione (legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), con l'indicazione dei principi fondamentali per la legislazione regionale nel settore;

¹⁷ Poi modificata con il c.d. “secondo pacchetto quadro”.

- (ii) il completamento della liberalizzazione dei mercati energetici, al fine di promuovere la concorrenza e ridurre i prezzi;
- (iii) l'incremento dell'efficienza del mercato interno, mediante procedure di semplificazione e interventi di riorganizzazione del settore;
- (iv) una più incisiva diversificazione delle fonti energetiche, anche a tutela della sicurezza degli approvvigionamenti e dell'ambiente.

Lo scopo è quello di individuare gli obiettivi generali della politica energetica, nonché le funzioni e i compiti che Stato e Regioni sono chiamati a esercitare per assicurare i livelli essenziali delle prestazioni in materia di energia.

Tra i successivi interventi legislativi vanno menzionati: il **decreto legge 18 giugno 2007, n. 73**, recante *“Misure urgenti per l’attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione del mercato elettrico*, convertito poi in **legge 3 agosto 2009, n. 102**, la quale all’art. 4 individua gli interventi relativi alla trasmissione, distribuzione e produzione dell’energia, da realizzare con capitale prevalentemente o interamente privato, per i quali ricorrono particolari ragioni di urgenza in relazione allo sviluppo socio-economico e che devono essere effettuati con mezzi e poteri straordinari; il **decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 31 agosto 2009**, recante *“Criteri e modalità per la fornitura ai clienti finali delle informazioni sulla composizione del mix energetico utilizzato per la produzione dell’energia elettrica fornita, nonché sull’impatto ambientale della produzione”* (09A10169)¹⁸, il quale impone (tra l’altro) alle imprese che vendono energia elettrica:

- (i) di rendere disponibili ai clienti finali le informazioni sulla composizione del mix energetico e sull’impatto ambientale della produzione, includendole nel materiale promozionale reso disponibile al cliente in fase pre-contrattuale,
- (ii) di fornire agli utenti le informazioni sull’impatto ambientale della produzione di energia elettrica e sul risparmio energetico ed eventuali ulteriori fonti informative terze e indipendenti sulle possibili azioni utili per garantire ai clienti risparmi negli usi finali di energia.

Ancora, la **legge n. 99/2009** recante *“Disposizioni per lo sviluppo e l’internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia”* introduce una nuova disciplina in tema di energia nucleare e una serie di incentivi all’utilizzo di energia elettrica prodotta con fonti rinnovabili.

Quanto al nucleare, la legge delega il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi recanti la disciplina della localizzazione nel territorio nazionale di impianti di produzione, di impianti di fabbricazione del combustibile nucleare, dei sistemi di stoccaggio e dei rifiuti radioattivi, nonché dei sistemi per il deposito definitivo dei materiali e rifiuti

¹⁸ Pubblicato sulla G.U. n. 196 del 25 agosto 2009

radioattivi; indica altresì le misure compensative da corrispondere e da realizzare a favore delle popolazioni interessate. Questi decreti dovranno anche stabilire le procedure autorizzative e i requisiti soggettivi per lo svolgimento delle attività di costruzione, di esercizio e disattivazione degli impianti¹⁹.

Per promuovere l'utilizzo di fonti rinnovabili e incentivare la costruzione di impianti fotovoltaici, la legge prevede che i Comuni possano destinare aree appartenenti al proprio patrimonio disponibile alla realizzazione degli impianti per l'erogazione in "conto energia" e dei servizi di "scambio sul posto" dell'energia elettrica prodotta, da cedere a privati che intendono accedere agli incentivi in "conto energia" e sottoscrivere contratti di scambio energetico con il gestore della rete²⁰. La selezione dei privati da parte dei Comuni deve avvenire tramite procedure di gara.

In materia di energia nucleare si ricorda anche il **d.lgs 15 febbraio 2010 n. 31**, che indica gli adempimenti preliminari alla messa in funzione degli impianti nucleari, e in particolare precisa: (i) la disciplina per la localizzazione e la relativa procedura di valutazione ambientale strategica che impone un'intesa 'forte' con la Regione; (ii) la procedura autorizzatoria, che deve garantire la partecipazione e il coinvolgimento dei cittadini; (iii) la previsione di una adeguata campagna di informazione.

Il decreto ha avuto ricadute importanti sui rapporti tra Stato e Regioni. La Corte costituzionale, nella pronuncia n. 88/09, ha precisato che gli interventi a Costituzione invariata (come quelli previsti nella "legge sviluppo" n. 99 del 2009) non interferiscono nel riparto di competenze tra Stato e Regioni, grazie alla presenza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas. Il problema energetico, infatti afferisce a un sistema economico nazionale che non permette parcellizzazioni, ma richiede al contrario un approccio unitario.

2. IL QUADRO NORMATIVO COMUNITARIO

A livello comunitario è stato approvato recentemente un pacchetto di misure (il c.d. "**Terzo Pacchetto Energia**") contenenti disposizioni che modificano l'attuale assetto normativo comunitario relativo al mercato energetico europeo.

Il Terzo Pacchetto Energia si compone di cinque misure normative:

1. Il **Regolamento CE 713/2009** che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia, la quale svolge una funzione di coordinamento oltre che di regolazione, ha una propria *governance* e rappresenta adeguatamente, nella sua composizione, gli stati membri;
2. la **Direttiva 2009/72/CE**, relativa a norme comuni per il mercato interno

¹⁹ Art. 25 legge 99/2009.

²⁰ Art. 27, comma 21 legge 99/2009

dell'energia elettrica, la quale prevede sia norme a tutela dell'ambiente e del risparmio energetico, introducendo obblighi di trasparenza e di informazione ambientale nelle fatturazioni, sia misure e incentivi economici adeguati, e sostituisce la Direttiva 2003/54/CE (“Direttiva Elettricità”);

3. la **Direttiva 2009/73/CE**, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale, che sostituisce la Direttiva 2003/55/CE (“Direttiva Gas”);

4. il **Regolamento CE 714/2009**, relativo alle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica, che sostituisce il Regolamento CE 1228/2003 (“Regolamento Elettricità”);

5. il **Regolamento CE 715/2009**, relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale, che sostituisce il Regolamento CE 1775/2005 (“Regolamento Gas”). .

Le disposizioni contenute nel Regolamento Elettricità e nel Regolamento Gas troveranno applicazione dal **3 marzo 2011** ed entro la stessa data sarà costituita e resa operativa l'Agazia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia. Per le disposizioni in materia di *unbundling* il termine è il **3 marzo 2013**. Le direttive 2009/72/Ce e 2009/73/Ce sono inserite nella legge comunitaria 2009 pubblicata in GU il 25.06.2010 e che è entrata in vigore il 10 luglio scorso. Ovviamente si attendono ora i decreti legislativi che diano attuazione concreta alla riforma.

La Direttiva Elettricità e la Direttiva Gas prevedono la separazione delle attività di trasmissione e produzione.

La Direttiva Elettricità e la Direttiva Gas stabiliscono, rispettivamente, norme comuni (i) per la generazione, la trasmissione, la distribuzione e la fornitura dell'energia elettrica e (ii) per il trasporto, la distribuzione, la fornitura e lo stoccaggio di gas naturale. Le due direttive provvedono altresì a definire, rispettivamente, (i) le norme organizzative e di funzionamento del settore dell'energia elettrica, l'accesso al mercato, i criteri e le procedure da applicarsi nei bandi di gara e nel rilascio delle autorizzazioni nonché nella gestione dei sistemi e (ii) le norme relative all'organizzazione e al funzionamento del settore del gas naturale, l'accesso al mercato, i criteri e le procedure applicabili in materia di rilascio di autorizzazioni per il trasporto, la distribuzione, la fornitura e lo stoccaggio di gas naturale nonché la gestione dei sistemi del gas.

La novità più importante contenuta nelle direttive è costituita dalle disposizioni in materia di separazione delle attività di trasmissione e di produzione (il c.d. “unbundling”); sul punto, le direttive concedono agli Stati membri la possibilità di scegliere tra tre opzioni: separazione integrale della proprietà o ricorso a un gestore di sistema indipendente oppure a un gestore di trasmissione indipendente.

Gli Stati membri dovranno dunque assicurare la separazione integrale della proprietà. Gli stessi soggetti non potranno quindi essere autorizzati da un lato a controllare, direttamente o indirettamente, un'impresa che esercita l'attività di generazione, produzione o fornitura e, dall'altro, a esercitare direttamente o indirettamente un controllo su un gestore di sistemi o su un sistema di trasmissione e trasporto e viceversa.

Agli Stati membri è consentito concedere deroghe temporanee qualora i gestori dei sistemi di trasmissione non facciano parte di un'impresa verticalmente integrata. In tal caso, gli Stati membri possono decidere di non applicare la separazione proprietaria e designare invece un Gestore di sistemi indipendente (Independent system operator, "ISO") o decidere di conformarsi alle disposizioni relative al Gestore di trasmissione indipendente (Independent Transmission Operator, "ITO").

La designazione da parte del proprietario del sistema di trasmissione dell'ISO (designazione che è soggetta all'approvazione da parte della Commissione) consente la conservazione della proprietà della rete. L'indipendenza dell'ISO dalle attività non connesse alla trasmissione dovrà realizzarsi "quantomeno sotto il profilo della forma giuridica, dell'organizzazione e del potere decisionale" e, pertanto, i responsabili della direzione dell'impresa proprietaria del sistema di trasmissione o trasporto non potranno far parte di strutture dell'impresa integrata incaricate, direttamente o indirettamente, della gestione quotidiana delle attività di generazione, produzione, distribuzione e fornitura.

L'ITO dovrà disporre di poteri decisionali effettivi, indipendenti dall'impresa verticalmente integrata, quanto ai beni necessari alla gestione, alla manutenzione o allo sviluppo del sistema di trasmissione. Non sarà dunque possibile (i) condividere sistemi e attrezzature informatici, locali e sistemi di accesso di sicurezza con una parte dell'impresa verticalmente integrata, (ii) detenere una partecipazione azionaria diretta o indiretta in alcuna affiliata dell'impresa verticalmente integrata avente funzioni di produzione o di fornitura, né (iii) ricevere dividendi o qualsiasi altro vantaggio finanziario da tale affiliata. Al contempo, nessuna affiliata potrà detenere azioni del gestore.

Gli amministratori, le persone responsabili della gestione e/o i membri degli organi amministrativi e i dipendenti del gestore del sistema di trasmissione non potranno avere nessun'altra posizione o responsabilità professionali, né interessi o relazioni commerciali, direttamente o indirettamente, in o con alcuna altra parte dell'impresa verticalmente integrata o con i suoi azionisti di controllo. Per poter ricoprire tali ruoli è richiesto che nessuna posizione o responsabilità professionale nell'impresa verticalmente integrata sia stata esercitata nei tre anni precedenti la nomina e per i quattro anni successivi alla cessazione del mandato presso il gestore. Gli ITO dovranno dotarsi poi di un organo di sorveglianza incaricato di assumere decisioni che possono avere un impatto significativo

sul valore delle attività degli azionisti in seno al gestore del sistema di trasmissione.

Il Regolamento Elettricità e il Regolamento Gas

Il Regolamento Elettricità e il Regolamento Gas sostituiscono rispettivamente i regolamenti (CE) N. 1228/2003 e N. 1775/2005. Il Regolamento Elettricità stabilisce norme eque per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica e mira a facilitare l'insorgere di un mercato all'ingrosso funzionante e trasparente che garantisca un alto livello di sicurezza di approvvigionamento. Il Regolamento definisce un meccanismo di armonizzazione per gli scambi transfrontalieri di elettricità e istituisce una Rete europea dei Gestori di Sistemi di Trasmissione dell'energia elettrica ("European Network of Transmission System Operators for Electricity", di seguito TSO), in cui tutti i TSO potranno cooperare a livello comunitario e promuovere lo sviluppo e il corretto funzionamento del mercato interno dell'elettricità, incrementando gli scambi transfrontalieri. Anche con il Regolamento Gas è stata istituita una Rete europea dei Gestori dei Sistemi di Trasporto del gas ("European Network of Transmission System Operators for Gas") e sono state introdotte norme non discriminatorie per le condizioni di accesso ai sistemi di trasporto del gas naturale e alle infrastrutture per il GNL e per lo stoccaggio.

L'Agenzia

L'Agenzia è stata istituita quale organo dell'Unione Europea che fornirà assistenza ai Regolatori nazionali e coordinerà a livello comunitario le attività da questi svolte negli Stati membri. L'Agenzia può esprimere pareri e formulare raccomandazioni ai gestori dei sistemi di trasmissione, alle autorità di regolamentazione, al Parlamento europeo, al Consiglio o alla Commissione; potrà inoltre adottare opportune decisioni individuali relative, ad esempio, alle condizioni di accesso alle infrastrutture transfrontaliere e alla sicurezza operativa. E' previsto infine che l'Agenzia possa anche presentare orientamenti quadro non vincolanti riguardo alla cooperazione regionale.

Il 'Terzo Pacchetto' ha poi introdotto importanti novità per la tutela dei consumatori, tra cui si segnalano: (i) il diritto di rescindere il contratto con il fornitore di elettricità senza oneri; (ii) il diritto al risarcimento se la qualità del servizio non soddisfa determinati criteri; (iii) il diritto a ricevere alcune informazioni mediante le fatture e il sito internet dell'operatore; (iv) il diritto a essere informati con cadenza trimestrale sul proprio consumo reale e sui costi relativi e l'accesso all'informazione che riguarda l'impatto sull'ambiente.

Da ultimo vanno menzionate la Direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili e la Direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell'edilizia, che promuove il miglioramento della prestazione energetica degli edifici nella UE, tenendo conto delle condizioni locali e climatiche esterne, nonché dei vincoli

relativi al clima degli ambienti interni e all'efficacia sotto il profilo dei costi.

Importanti novità hanno interessato anche la materia dell'**energia nucleare**.

La disciplina internazionale in materia si fonda sulle cosiddette "3 S": *safety, security, safeguards*. Anche l'Unione europea che – a seguito del Trattato di Lisbona - ha assunto le competenze che un tempo erano dell'EURATOM - è già intervenuta sul tema, ad esempio imponendo che l'approvvigionamento energetico tenga conto di un mix di fonti energetiche tale da ridurre progressivamente l'utilizzo di combustibili fossili.

La Direttiva Euratom 2009/71 del 25 giugno 2009 (tra gli ultimi atti normativi della Comunità) rinnova gli obblighi principali della disciplina in materia di energia nucleare, stabilisce vincoli, standard e modelli di sicurezza e di salvaguardia della salute, e fissa programmi di ricerca e investimenti diretti a garantire un quadro comune per la sicurezza nucleare cui ciascuno Stato membro deve attenersi qualora decida di utilizzare energia nucleare.

Altro profilo di interesse è rappresentato dalle energie rinnovabili e dall'efficienza energetica che trovano il loro fondamento nel Protocollo di Kyoto e hanno un impatto economico ormai rilevante in considerazione della quotazione dei "certificati verdi" e dei "certificati bianchi" (titoli di efficienza energetica).

Nel 2009 l'UE ha adottato il **pacchetto clima-energia** (*Green Package*) che fissa una serie di obiettivi che l'UE si prefigge di raggiungere per il 2020: (i) ridurre del 20% le emissioni di gas a effetto serra; (ii) portare al 20% il risparmio energetico e aumentare al 20% il consumo di fonti rinnovabili ("obiettivo 20/20/20")²¹. Il pacchetto clima-energia individua in dettaglio un percorso virtuoso per tutto il periodo sino al 2020 ed è vincolante per i Paesi membri (si tratta di direttive che individuano precisi adempimenti statuali entro termini specifici e prevedono significative sanzioni per la loro violazione).

Secondo la recente "*Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato Delle Regioni COM(2010) 265*", il primato dell'Unione europea sulle fonti rinnovabili (che costituivano nel 2009 il 61% della nuova capacità di produzione di energia elettrica nell'UE) rischia seriamente di essere pregiudicato dalla Cina e dagli Usa, che offrono le migliori opportunità di investimento nelle energie rinnovabili (in tal senso l'indagine del 2010 *Renewable Energy Attractiveness Index*). Tra i primi dieci fabbricanti mondiali di turbine eoliche figurano ormai imprese cinesi e indiane e la maggior parte dei pannelli fotovoltaici provengono oggi dalla Cina e da Taiwan. A seguito dei risultati di questa comunicazione l'obiettivo della produzione mediante energie rinnovabili è stato innalzato dal 20% al 30%.

²¹ Per l'Italia l'obiettivo è del 13% sulla riduzione delle emissioni rispetto al 2005 e del 17% sull'incidenza delle energie rinnovabili

Quanto all'orientamento giurisprudenziale sul tema, va segnalata la sentenza della [Corte Costituzionale 17 giugno 2010, n. 215](#) che si occupa del problema della competenza tra Stato e Regioni in materia di energia. La sentenza verte in materia di produzione, trasmissione e distribuzione dell'energia e stabilisce che l'individuazione e la realizzazione dei relativi interventi deve essere fatta a livello centrale, ai sensi dell'art. 118 della Costituzione. In concreto, però, lo spostamento di competenze quando è motivato con l'urgenza necessaria per l'esecuzione delle opere, deve essere supportato da valide e convincenti argomentazioni. Ogni motivo d'urgenza dovrebbe comportare l'assunzione diretta, da parte dello Stato, della realizzazione delle opere. Se, infatti, le ragioni dell'urgenza non sono tali da rendere certo che sia lo Stato a doversi occupare dell'esecuzione immediata delle opere, non c'è motivo di sottrarre alle Regioni la competenza nella realizzazione degli interventi, pena violazione dei canoni di pertinenza e proporzionalità richiesti dalla giurisprudenza costituzionale per riconoscere la legittimità di previsioni legislative che attribuiscono allo Stato funzioni di competenza delle Regioni.

3. L'IMPATTO SUL MERCATO E, IN PARTICOLARE, SUI CONSUMATORI/UTENTI

In Italia l'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas ha cercato negli ultimi anni di migliorare la qualità dei servizi offerti agli utenti sviluppando diversi strumenti a tutela dei consumatori, e favorendo decisioni il più possibile informate, consapevoli, convenienti. Tra gli ostacoli principali che pongono il cittadino in una posizione di debolezza nei confronti di un mercato complesso e con numerosi adempimenti imposti dalla normativa di settore, infatti vi è la comprensione non sempre semplice dei documenti commerciali e delle stesse bollette.

In tal senso importante è stata l'istituzione di uno *Sportello per il consumatore di energia*, gestito in collaborazione con Acquirente Unico, che intende dare informazioni, assistenza e tutela ai clienti finali di energia elettrica e gas, mettendo a disposizione un canale di comunicazione diretto, in grado di assicurare una tempestiva risposta a reclami, istanze e segnalazioni e attraverso il quale i consumatori possono segnalare comportamenti scorretti da parte di agenti commerciali. Lo Sportello, inoltre, dà informazioni sui mercati liberalizzati dell'energia, sulle offerte e i risparmi per la fornitura di energia elettrica, sui diritti dei consumatori e attraverso di esso i clienti finali e le associazioni che li rappresentano possono inviare i reclami direttamente all'Autorità.

Il tema dell'informazione dei cittadini è centrale anche nel d.lgs 15 febbraio 2010, nel quale è prevista una campagna di informazione attraverso i mezzi di comunicazione di massa disponibili. Sono inoltre previste sia l'informazione iniziale sia l'informazione

continua per consentire ai portatori di interessi l'esercizio delle ordinarie forme di partecipazione previste dalla l. n. 241/90 e dal d.lgs. 152/06.

L'informazione, infatti, assume un'importanza fondamentale per la tutela del consumatore e per il funzionamento stesso del mercato, in una società caratterizzata da un intenso sviluppo dei mercati.

Essa è considerata, dalla dottrina (ROSSI CARLEO L.), una linea direttrice che accompagna tutto lo svolgimento del rapporto di consumo: dalla fase antecedente alla stipulazione del contratto fino a quello della sua esecuzione. Il diritto all'informazione, che si pone in stretta correlazione con il diritto all'educazione e con il diritto a un'adeguata pubblicità rappresenta, per il consumatore, privato ormai da un contatto diretto con il professionista, uno strumento indispensabile in grado di fornirgli meccanismi di valutazione per operare una scelta consapevole in vista dell'acquisto di un prodotto o di un servizio.

L'informazione dei consumatori è stata qualificata dalla dottrina come un vero e proprio "bene giuridico" ed è stata riconosciuta, sia in ambito comunitario sia in ambito nazionale, come diritto fondamentale del consumatore, necessario ad assicurargli un elevato livello di protezione. Protezione che, per essere efficace, deve guardare all'intero procedimento attraverso il quale si realizza l'atto di consumo, dove non si considera più esclusivamente il contratto, come punto nodale mediante il quale si esprime l'autonomia privata, ma anche la fase che precede (tutela preventiva) e la fase che segue (tutela successiva) lo stesso, aspetti di un'operazione unitaria.

Una tutela effettiva, in particolar modo in un settore primario quale quello dell'energia, deve favorire le opportunità di autodeterminazione del consumatore, attuabili attraverso l'attività di comunicazione, della quale l'informazione costituisce un importante segmento, in quanto consente una decisione consapevole alla luce di una rappresentazione adeguata dell'offerta.

Accanto all'informazione la quale è volta a porre il consumatore in grado di conoscere le caratteristiche del bene o servizio offerto, anche l'educazione serve a rendere i consumatori in grado di operare una scelta oculata e consapevole e a far loro conoscere i propri diritti e le tecniche di tutela degli stessi. Essa viene intesa come attività che mira a rendere comprensibile al consumatore il funzionamento del mercato consentendogli di operare una scelta consapevole e rendendolo così un soggetto attivo, capace di acquistare una coscienza civica e di raggiungere - tramite le sue scelte - obiettivi di particolare rilievo sociale come la qualità della vita e la tutela dell'ambiente.

Proprio in questa prospettiva nel maggio del 2010 il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione sulla transizione verso tecnologie a basse emissioni di carbonio

nell'ottica del risparmio energetico e ha auspicato un maggior ricorso alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) che contribuirà a migliorare l'efficienza energetica dell'UE, accrescendo anche la competitività tra le industrie europee. Le applicazioni presentano un potenziale in termini di risparmio energetico in numerosi comparti dell'economia, come ad esempio nei settori dell'illuminazione pubblica e privata, la regolazione del riscaldamento e dell'aria condizionata degli edifici e la logistica. Le TIC sono una tecnologia che consentirà di ridurre le emissioni di gas a effetto serra attraverso le reti di distribuzione elettrica intelligenti, gli edifici intelligenti, la telelettura, il trasporto ecoefficiente, i processi industriali ecocompatibili e la sostenibilità aziendale.

Nell'ottica di tutela dei consumatori si pone anche la nuova direttiva sull'efficienza energetica degli edifici che consentirà di tagliare i costi della bolletta energetica per centrare l'obiettivo del 20% di risparmio energetico contenuto nel pacchetto 'cambiamento climatico'. Gli Stati membri dovranno adeguare le norme di fabbricazione: tutti gli edifici costruiti dalla fine del 2020 dovranno possedere elevati standard di risparmio energetico e dovranno essere alimentati in larga misura con forme di energia rinnovabili. I progetti di costruzione degli edifici pubblici dovranno dare l'esempio partendo due anni prima.

Per favorire una maggiore consapevolezza nella scelta anche delle apparecchiature elettroniche va menzionato l'accordo concluso quest'anno dal Parlamento europeo con il Consiglio per l'etichettatura degli elettrodomestici, che impone una nuova classificazione della performance energetica delle apparecchiature elettroniche. Le etichette poste sugli elettrodomestici dovranno fornire maggiori informazioni sul consumo energetico. Qualsiasi pubblicità sui prezzi o l'efficienza degli elettrodomestici dovrà indicare la classe energetica del prodotto. Inoltre, l'obbligo di etichettatura sarà imposto a quei prodotti, compresi quelli da costruzione, che non consumano energia ma "hanno un significativo, diretto o indiretto, impatto" sul risparmio energetico come l'installazione di vetri, telai o porte esterne. Gli Stati membri avranno un anno per adeguare la normativa nazionale alle nuove regole sull'etichetta energetica.

4. LA PRASSI DELL'AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS

Come si evince dal Piano strategico 2010-2012 deliberato dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il gas, la politica dell'Autorità mira a promuovere lo sviluppo di mercati concorrenziali e a promuovere, in particolar modo, l'adeguatezza dell'offerta, contenendo il potere di mercato degli operatori dominanti e garantendo un accesso trasparente e non discriminatorio alle infrastrutture regolate.

Tra gli obiettivi principali del Piano vi è, inoltre, la tutela dei clienti dei servizi

energetici, anche con riferimento a specifiche categorie di clientela, attraverso la completa apertura dei mercati dal lato della domanda e lo sviluppo dei livelli di qualità e sicurezza dei servizi attraverso soprattutto la promozione di un uso razionale dell'energia per contribuire alla tutela ambientale. Rilevante è anche l'obiettivo di garantire la semplificazione e l'attuazione delle discipline regolatorie vigilando sulla corretta applicazione della normativa da parte dei soggetti regolati, nonché aumentare l'interlocuzione con gli attori di sistema sviluppando i rapporti con i soggetti istituzionali, potenziando gli strumenti di consultazione con operatori e consumatori, consolidando la comunicazione e i rapporti con i mass-media.

Un primo passo verso il raggiungimento di questi obiettivi è stata l'applicazione alle famiglie in modo progressivo a partire dal 1° luglio 2010 delle nuove tariffe biorarie dell'Autorità. Con la bioraria l'energia elettrica costerà di meno dalle 19 alle 8 dei giorni feriali e il sabato, la domenica e le giornate festive (fasce orarie F2 e F3 in bolletta) mentre i prezzi saranno più elevati durante la giornata (dalle 8 alle 19, fascia F1).

Gli utenti dovranno, comunque, attendere la fine della fase transitoria di 18 mesi per toccare con mano un consistente risparmio in bolletta, quando la differenza di prezzo con le bollette precedenti salirà dal 10 a oltre il 40%. In ogni caso, in questi primi 18 mesi, anche le famiglie che consumano di più di giorno e nei feriali, cioè in corrispondenza della fascia oraria più costosa, avranno tempo di adeguarsi e adattare le proprie abitudini di consumo al nuovo regime tariffario, se vorranno risparmiare sulle bollette.

L'Autorità per l'energia ha intimato a nove società di vendita di energia elettrica di rispettare l'obbligo di informare i clienti finali, con la necessaria tempestività e i dovuti *preavvisi in bolletta*, sull'entrata in vigore di questi prezzi biorari. Obiettivo dell'iniziativa - avviata anche a seguito di alcune segnalazioni dei consumatori e di dichiarazioni degli stessi operatori - è di assicurare la massima tutela del diritto dei consumatori a essere *adeguatamente e puntualmente informati* sul passaggio alla bolletta dell'energia elettrica calcolata con i nuovi "prezzi biorari", in particolar modo nel momento di avvio del nuovo sistema di prezzi.

Le Direttive del Terzo Pacchetto prevedono un rafforzamento dell'indipendenza dei regolatori nazionali, nonché delle loro competenze e poteri. Le competenze del regolatore nazionale sono ampliate significativamente rispetto a quelle minime previste dalle Direttive del 2003.

Le norme a tutela dei consumatori con riferimento soprattutto ai prezzi degli utenti domestici, ai tassi di switching, alla morosità e alle procedure dei reclami, rientrano sia nelle competenze tipiche di regolazione sia nelle competenze specifiche di monitoraggio relative, in particolar modo in quest'ultimo caso, ai mercati e allo sviluppo

della concorrenza (responsabilità degli operatori di rete, fornitori e consumatori, livello di trasparenza, prezzi all'ingrosso, apertura dei mercati, distorsioni della concorrenza, pratiche contrattuali restrittive).

Le misure a favore della tutela dei consumatori sono state significativamente rafforzate nel Terzo Pacchetto energia. In particolare, rispetto alle Direttive vigenti il terzo pacchetto energia richiede, tra l'altro la definizione di una lista di controllo europea sulle informazioni e sui diritti dei consumatori (da rendere pubblica); la creazione di uno sportello unico per rispondere alle richieste di informazioni dei consumatori; la creazione di un'istituzione indipendente di mediazione per i reclami; la definizione di cliente vulnerabile; i rimborsi nel caso di mancato rispetto di standard di qualità, inclusi ritardi o imprecisioni nella fatturazione; l'accesso a titolo gratuito e con periodicità sufficiente ai propri dati di consumo.

Parte di questi obiettivi è stata raggiunta da un lato attraverso l'istituzione di uno Sportello per il consumatore di energia; la messa a disposizione, sul sito dell'AEEG, di un Atlante dei Diritti del Consumatore di energia, una guida che raccoglie in modo organico tutti i diritti, garanzie e tutele previsti nel settore da tutte le norme finora approvate dall'Autorità; dall'altro con l'approvazione, nel luglio 2010, del Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali. Con quest'ultimo l'Autorità, per tutelare i clienti che si rivolgono al mercato libero, ha stabilito le regole di trasparenza e correttezza che gli esercenti devono seguire per promuovere le proprie offerte commerciali, alternative alle condizioni di fornitura del servizio di maggior tutela definite dall'Autorità, stipulare contratti basati su tali offerte ed eventualmente modificare i contratti già stipulati dai clienti. Le regole del Codice devono essere rispettate da tutti gli esercenti che svolgono attività di vendita nel mercato libero, nei loro rapporti con i clienti alimentati in bassa tensione, cioè i clienti che hanno meno capacità e forza contrattuale nei confronti degli esercenti stessi.

L'Autorità ha da sempre attribuito grande importanza anche all'innovazione tecnologica, favorendo per esempio la diffusione dello [smart metering](#), sia per il settore elettrico che per il gas. Lo *smart metering* comporterà nuove possibilità per la tutela dei consumatori, a partire dall'addebito in bolletta dei consumi effettivi e la possibilità per il cliente di conoscere i propri consumi e modificare le proprie abitudini.

L'Autorità, inoltre, ha istituito l'Agenzia Europea per la Cooperazione dei Regolatori dell'Energia. L'istituzione dell'ACER rappresenta uno degli elementi portanti contenuti all'interno delle disposizioni previste dal "Terzo Pacchetto Energia". L'Agenzia ha come obiettivo quello di colmare il "gap di regolazione" a livello transfrontaliero, considerato dall'Unione europea uno dei principali ostacoli all'integrazione dei mercati nazionali.

L'ACER svolgerà anche un ruolo importante nella promozione della cooperazione fra regolatori nazionali a livello regionale.

5. PROBLEMATICHE APERTE NEL RECEPIMENTO NAZIONALE ITALIANO

Gli operatori pubblici e privati si trovano ad affrontare il complesso scenario normativo appena delineato; è proprio questo quadro di regole complesso e disorganico che rappresenta uno dei principali ostacoli alla creazione nel nostro Paese di una politica chiara e organica a supporto delle fonti rinnovabili e dell'efficienza energetica e che porta anche a una scarsa diffusione delle conoscenze da parte dei consumatori.

Una prima questione riguarda l'*unbundling*, sul quale il direttore della DG Energia della Commissione europea dà atto "al regolatore italiano e alle autorità sulla concorrenza di aver fatto un grande lavoro per stimolare la competizione in Italia e per aprire la strada a nuovi market players, ma la strada da fare è ancora lunga, perchè le regole sulla separazione della proprietà delle reti non sono l'unico ostacolo ad un mercato europeo ed integrato". La direzione sollecita la necessità di "una migliore interconnessione e che questa sia gestita in modo imparziale e senza discriminazioni".

Inoltre nonostante ci siano stati passi in avanti in materia di investimenti nelle reti elettriche, vi è ancora molto da fare per aprire il mercato italiano alla concorrenza a beneficio dei clienti finali e, soprattutto, per ridurre le forti asimmetrie fra il mercato elettrico, più efficiente e progredito, e quello del gas dove l'operatore dominante controlla ancora il 92% delle infrastrutture di import e il 65% delle immissioni sul mercato.

Il nostro Paese, inoltre, resta fortemente dipendente dal petrolio (sul quale continua a pesare il rischio della speculazione) e dal gas ed è penalizzato dalla scarsità di infrastrutture (gasdotti, rigassificatori, stoccaggi) nel settore del gas.

Ai consumatori piace ancora poco il [mercato libero di energia elettrica e gas](#). Ben 7 su 10 dichiarano di trovarsi bene con il proprio fornitore e lo switch con un fornitore alternativo non decolla: a due anni e mezzo dall'apertura del mercato elettrico è stato effettuato da appena un milione di famiglie su circa 28 e da altrettante su 18 milioni nel gas, a 7 anni dalla liberalizzazione. La rilevazione arriva dall'annuale indagine, targata Rie-Gmpr, presentata, a Roma, nella sede del Gestore dei servizi elettrici. La ricerca, realizzata su campione di duemila famiglie, sottolinea come lo scarso appeal verso le liberalizzazioni di gas ed elettricità dipenda da diversi fattori. In primo luogo, una vera e propria ignoranza sul tema. Ancora 3 consumatori su 10 non sono a conoscenza della possibilità di scegliere liberamente il fornitore. Le offerte commerciali poi, sebbene abbastanza chiare, non sono sempre così facilmente confrontabili. E quindi nel dubbio, si

preferisce non cambiare, rischiando magari di dover pagare di più. Peraltro, circa il 75% dei consumatori non sa che esistono prezzi regolati dall'Authority e che, soprattutto, si può tornare in qualsiasi momento al prezzo regolato.

Premesso che l'energia rientra secondo la nostra Costituzione nella legislazione concorrente, nella quale spetta alle Regioni la potestà legislativa salvo che per la determinazione dei principi fondamentali riservata alla legislazione statale è sempre più incisivo, da un punto di vista di applicazione pratica, il problema della competenza tra Stato e Regioni in materia di energia. La questione non è da sottovalutare in quanto potrebbe pregiudicare una piena attuazione della liberalizzazione nel settore energetico.

Nonostante gli sforzi in materia da parte delle istituzioni e in particolare dell'AEEG, urge un'informazione correlata a una formazione puntuale del cittadino per creare una coscienza energetica che porti a ridurre gli sprechi, e che lo aiuti a capire quali sono i vantaggi di una vita energeticamente sostenibile dove si attui contemporaneamente l'uso quotidiano di energia proveniente da fonti rinnovabili, e uno stile di vita ecocompatibile. Anche in questo caso, tuttavia, si deve promuovere una maggiore consapevolezza del fatto che la produzione di energia alternativa non rappresenta solo un vantaggio economico, cosa assolutamente da non sottovalutare, ma è anche una pratica virtuosa.

La liberalizzazione dei servizi pubblici voluta dall'Unione Europea prevede che le imprese attuino il loro scopo economico attenendosi a precisi standard qualitativi, in particolare rispetto alle modalità di offerta e di erogazione dei servizi stessi. Le aziende sono dunque tenute ad adeguarsi alle aspettative dell'utenza anche in relazione alla gestione del contenzioso e in quest'ottica proprio l'Unione Europea ha inteso incentivare l'accesso alle procedure di soluzione extra-giudiziali delle controversie, sia arbitrali sia conciliative. Proprio nel 2003 ha trovato attuazione parte dell'articolo 2 della legge 481/1995 che prevedeva la regolamentazione dei criteri, le condizioni, i termini e le modalità "*per l'esperimento di procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio*" per le controversie insorte fra gli utenti e i soggetti esercenti il servizio.

Il Regolamento procedurale del 2003 ha disciplinato solo le procedure arbitrali, demandando quelle conciliative ad accordi con l'Unione Nazionale delle Camere di Commercio. In materia, tuttora è dubbio il carattere di obbligatorietà del tentativo di conciliazione, che si ritiene implicito ma non è espressamente formulato, nella seguente disposizione normativa: "*Fino alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle istanze di conciliazione o di deferimento agli arbitri, sono sospesi i termini per il ricorso in sede giurisdizionale che, se proposto, è improcedibile*" (art. 2, c. 24, L. 481/1995).

Il 20 marzo 2010 è entrato in vigore il d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 relativo alla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali". Si

tratta della prima normativa organica sulla conciliazione/mediazione approvata in Italia, ma tra le materie elencate non figura espressamente quella in esame. L'art. 24, comma 1, del decreto prevede che le disposizioni relative all'obbligatorietà del tentativo acquistino efficacia solo decorso un anno dall'entrata in vigore della norma sopra citata.

Nell'attesa che si chiarisca se le materie elencate dal decreto legislativo siano tassative, giova segnalare che il 7 luglio 2010 Enel, CNA, Confagricoltura, Confapi, Confartigianato Imprese, Confcommercio-Imprese per l'Italia e Confesercenti hanno sottoscritto un accordo per avviare congiuntamente la procedura di conciliazione paritetica su base volontaria delle controversie con i clienti business dell'elettricità e del gas sia del servizio di maggior tutela, sia del mercato libero, aderenti alle Confederazioni.

Inoltre, Acu, Adiconsum, Adoc, Adusbef, Altroconsumo, Assoutenti, Casa del Consumatore, Centro Tutela Consumatori Utenti –Verbraucherzentrale Südtirol, Cittadinanzattiva, Codacons, Codici, Confconsumatori, Federconsumatori, Lega Consumatori, Movimento Consumatori, Movimento Difesa del Cittadino, Unione Nazionale Consumatori - in virtù del Protocollo sottoscritto il 27/11/2008 (fase sperimentale), e rinnovato in data 21/01/2010, per lo svolgimento di attività in tema di conciliazione - disciplinano con il seguente regolamento la procedura paritetica, conforme alle Raccomandazioni Europee 257/98/CE e 2001/310/CE, e le modalità di attuazione della procedura di conciliazione paritetica di cui possono avvalersi i cittadini clienti di Edison Energia Spa, società a socio unico, soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Edison S.p.A., per la risoluzione stragiudiziale di ogni e qualsiasi controversia che dovesse insorgere su tutto il territorio nazionale, nel corso del rapporto di fornitura riguardante:

- contratti di fornitura energia elettrica per uso domestico (clienti BT domestici)
- contratti per la fornitura di gas naturale per uso domestico individuale (clienti con consumi annui inferiori ai 200.000 metri cubi).
-
-

ABSTRACT

Il 14 agosto 2009 l'Unione Europea ha approvato un pacchetto di misure (il c.d. "Terzo Pacchetto Energia") contenenti disposizioni che modificano l'attuale assetto normativo comunitario relativo al mercato energetico europeo. Tra le misure più controverse e rilevanti vi sono quelle in materia di separazione delle attività di trasmissione e di produzione di energia elettrica e gas (il c.d. "unbundling"), Questo consentirà alle compagnie più piccole di entrare e competere sul mercato europeo utilizzando le infrastrutture esistenti.

Importanti novità hanno interessato anche la materia dell'energia nucleare e delle energie

rinnovabili. La legge 99/2009 prima e il Dlgs 31/2010 poi si muovono verso la definizione di una “strategia” energetica nazionale attraverso l’adozione di misure attinenti, in particolare, al rilancio del nucleare, al risparmio e all’efficienza energetica, alla promozione delle fonti rinnovabili, alla sicurezza e al potenziamento delle infrastrutture e alla semplificazione delle procedure autorizzative.

SEZIONE VI
LE TELECOMUNICAZIONI

LE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE: L'ULTERIORE TASSELLO DI UNA RIFORMA PERMANENTE

(Fabio Bassan)

SOMMARIO: **1.-** Introduzione: le comunicazioni elettroniche, laboratorio per le riforme. **2.-** La riforma del 2009 nel contesto storico: gli obiettivi e gli strumenti - 2a) Gli obiettivi. - 2b) L'armonizzazione del mercato interno. - 2c) La costituzione dell'organismo dei regolatori europei. - 2d) La gestione dello spettro radio. Il *digital dividend*. - 2e) Il servizio universale e il *digital divide*. - 2f) La revisione delle regole sui mercati e degli obblighi degli operatori. - 2g) Le reti di nuova generazione. - 2h) La separazione funzionale. - 2i) La sicurezza delle reti. **3.-** Gli strumenti. - 3a) Gli strumenti normativi: le modalità della riforma - 3b) Gli strumenti esecutivi: Il nuovo impianto sanzionatorio. **4.-** I contenuti della terza riforma: profili generali - 4a) L'accesso alla rete: dal mito della pluralità delle infrastrutture al ritorno a una nuova ONP, ora NGN. - 4b) *Roaming* e terminazione: lo spettro di un mercato 'mobile' normale. - 4c) Il 'trilemma' delle scelte: tra *utility*, *media company* e la normalità. - 4d) Le controversie tra operatori. **5.-** I destinatari finali del servizio, da utenti a consumatori. - 5a) L'accesso a internet come libertà fondamentale. - 5b) La tutela contrattuale. - 5c) Le controversie tra operatori e utenti. L'intreccio con la *class action* nei servizi. - 5d) La tutela della privacy.

1. INTRODUZIONE: LE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE, LABORATORIO PER LE RIFORME

Le telecomunicazioni - e le comunicazioni elettroniche, naturale evoluzione delle prime - hanno rappresentato nell'Unione europea negli ultimi venti anni un laboratorio per le riforme: per la liberalizzazione dei mercati, modello seguito – sia pur con correttivi – in altri settori dell'industria; per la regolamentazione dei mercati che si andavano man mano liberalizzando; per il rapporto tra la regolazione specifica del settore e altre forme di tutela (nel mercato o per il mercato) che si sono nel contempo consolidate: dal diritto della concorrenza alla tutela dei consumatori.

2. LA RIFORMA DEL 2009 NEL CONTESTO STORICO: GLI OBIETTIVI E GLI STRUMENTI

A partire dal 1990, inizialmente con i terminali, poi con i servizi e le reti, sino alla (seconda) riforma, complessiva e più coerente, nel 2002, ora con la terza, nel 2009, ancora non recepita nella maggior parte degli stati dell'UE, il settore ha costituito una palestra per legislatori e autorità indipendenti nazionali. La regolazione imposta ha pericolosamente oscillato tra i due poli opposti dell'indirizzamento del mercato a tutela di alcuni diritti (di volta in volta diversi) e la garanzia di un *level playing field* adeguato. O ancora, tra una concorrenza tra servizi forniti su un'unica rete (tema ciclicamente di moda) e una competizione anche sulle infrastrutture.

L'esperienza solo parzialmente positiva della riforma del 2002 ha spostato

nuovamente il pendolo della liberalizzazione verso il modello iniziale, avviato con le prime riforme degli anni '90. Per la rete di nuova generazione, sulla quale transiteranno le comunicazioni del futuro, si torna a parlare di monopolio naturale dell'infrastruttura e di una sua condivisione (sul piano proprietario o gestionale) per garantirne l'accesso a condizioni tecniche ed economiche non discriminatorie. Sullo sfondo incombe lo spettro della divisione societaria – se non anche proprietaria – tra reti e servizi dell'operatore storico, che era alla base della prima riforma, e che è stata introdotta in via normativa o giudiziale, sia pure tra molte difficoltà, in settori contigui (dal trasporto ferroviario alla televisione digitale, all'energia elettrica e al gas). La differenza, con riferimento al caso italiano, è che la rete di comunicazione appartiene a un operatore privato: i nodi originari – tra cui quello, gordiano, della privatizzazione - non consentono oggi semplificazioni eccessive.

Lo sviluppo ondivago e sincopato della regolazione ha prodotto incertezze sul mercato che ne hanno pregiudicato un'evoluzione omogenea: resta diversa a seconda dei paesi e dunque delle condizioni iniziali e dei modelli di sviluppo seguiti dalle autorità di settore. Di qui la necessità di un nuovo intervento comunitario con un ruolo più significativo della Commissione e un accentramento dei poteri sul piano comunitario nelle mani di un'autorità di settore europea. Appaiono evidenti però, alla luce delle considerazioni svolte, le difficoltà applicative di un simile progetto, che infatti Consiglio e Parlamento hanno prima modificato e poi, a causa anche delle elezioni imminenti, definitivamente bocciato. Il compromesso finale appare di difficile interpretazione e soprattutto attuazione: se da un lato restano invariati gli obiettivi originari, dall'altro vengono ridotti significativamente (rispetto al progetto iniziale) i poteri attribuiti alle istituzioni comunitarie per raggiungerli. Si sceglie pertanto per questa prima, sommaria ricostruzione, un'analisi che distingua obiettivi e strumenti (solo alcuni dei quali idonei a raggiungere gli obiettivi). Stante il carattere introduttivo del lavoro, ci si limiterà ad alcuni accenni sui profili più significativi, molti dei quali verranno sviluppati negli interventi successivi di questo volume²².

2a) Gli obiettivi

Gli obiettivi sono indicati dal legislatore comunitario in modo non organico nelle direttive 2009/136/CE, 2009/140/CE, nel regolamento CE 1211/2009, nonché nella raccomandazione (peraltro non ancora approvata) sull'accesso alle reti di nuova generazione²³, ovvero nell'insieme di atti che costituiscono il cd. 'terzo pacchetto' di riforma. Si elencano di seguito brevemente gli obiettivi, indicando per quanto possibile per ciascuno di essi alcuni profili di maggiore interesse o aspetti particolarmente problematici,

²² Per alcune prime considerazioni sulla riforma del 2009 si veda G. L. TOSATO, *L'evoluzione della disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, pp. 169 ss..

²³ Una prima versione del 2008 è stata modificata nel 2009 e sottoposta a consultazione.

rinviano per approfondimenti agli altri interventi di questo volume.

2b) L'armonizzazione del mercato interno

I rapporti annuali della Commissione sul grado di armonizzazione del mercato interno hanno evidenziato la persistente assenza di un mercato unico delle comunicazioni elettroniche. In particolare, la frammentazione normativa e la differente attività delle autorità nazionali vengono considerati limiti decisivi in quanto pregiudicano la competitività del settore e i vantaggi per i consumatori²⁴. Si spiegano così da un lato norme (modificative delle direttive in vigore) dettagliate – che lasciano pertanto agli stati margini ridotti di discrezionalità - in relazione ad esempio ai profili della gestione dello spettro radio o alle reti di nuova generazione e dall'altro, un regolamento specifico relativo a un nuovo ente europeo incaricato del coordinamento delle autorità nazionali. Come vedremo, l'obiettivo originario della terza riforma non è stato modificato; modalità e strumenti sì.

2c) La creazione dell'organismo dei regolatori europei

La creazione di un'autorità europea per le comunicazioni elettroniche (ETMA) era uno dei principali obiettivi della riforma proposta dalla Commissione e ne ha costituito probabilmente il principale ostacolo. Costituita mediante un regolamento, l'autorità europea avrebbe dovuto nel progetto iniziale occuparsi sia della sicurezza delle reti (inglobando l'agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione – ENISA) sia della regolazione dei mercati, intervenendo in entrambi i casi con atti vincolanti. A seguito di una dinamica istituzionale complessa – descritta più in dettaglio nel secondo intervento di questo volume – che ha rischiato di pregiudicare l'intera riforma, l'autorità europea è stata trasformata in un organismo per il coordinamento dell'attività delle autorità nazionali, privo sia della personalità giuridica sia del potere di adottare atti normativi o comunque vincolanti, ma interlocutore obbligato della Commissione in una serie di casi specifici²⁵.

Se si considera la pluralità di forme, modalità di organizzazione e poteri delle autorità nazionali di regolazione, l'obiettivo di una maggiore armonizzazione del mercato è obiettivamente difficile da raggiungere in assenza di un potere normativo applicabile da un organismo comunitario in circostanze specifiche (e mediante decisioni che vincolino, di volta in volta, una o più autorità nazionali).

2d) La gestione dello spettro radio. Il *digital dividend*

²⁴ Così il *considerando* 2 della direttiva 2009/140/CE.

²⁵ La disciplina relativa al nuovo organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche è nel Regolamento CE 1211/2009 e negli articoli 7, *7bis* e *7ter* della direttiva 2002/21/CE, nonché nell'articolo 8.3(ii) della direttiva 2002/19/CE, entrambe modificate dalla direttiva 2009/140/CE.

Uno degli aspetti più qualificanti della riforma comunitaria del 2009²⁶ è la gestione dello spettro radio efficiente ed efficace, sotto il profilo economico, sociale e ambientale, che tenga conto degli obiettivi della diversità culturale e del pluralismo dei media, nonché della coesione sociale e territoriale²⁷, ferme restando le misure per perseguire obiettivi d'interesse generale²⁸. La gestione dello spettro – che comprende il rilascio di autorizzazioni generali sulla base di procedure aperte, la prevenzione delle interferenze dannose, la possibilità di un mercato secondario delle frequenze, la previsione di norme transitorie per consentire una concorrenza effettiva tra operatori che utilizzano lo spettro a condizioni diversamente onerose - resta competenza degli stati membri, mentre la pianificazione strategica, il coordinamento e l'eventuale armonizzazione sono affidati alle istituzioni europee, che li perseguono mediante 'programmi strategici legislativi pluriennali'²⁹.

Ruolo centrale nella riforma assume il tema dell'accesso allo spettro radio, che si vuole flessibile e neutro rispetto alla tecnologia utilizzata e ai servizi forniti: eventuali limitazioni al principio della neutralità tecnologica sono ammesse solo se appropriate e giustificate dalla necessità di evitare interferenze dannose, nonché di garantire la tutela della salute pubblica, l'uso efficiente, la corretta condivisione dello spettro o una qualità adeguata del servizio³⁰. L'obiettivo è superare gli attuali limiti, individuati in una scarsa flessibilità delle decisioni amministrative degli stati membri, in politiche nazionali frammentarie, in condizioni di accesso e uso delle frequenze diverse in ragione del tipo di operatore.

Tra i profili di maggiore interesse della riforma è il dividendo digitale, ovvero la maggiore disponibilità di spettro conseguente all'uso più efficiente delle risorse determinato dal passaggio dalla tv analogica a quella digitale. Il principio di neutralità (con riferimento alla tecnologia e ai servizi) impone anche in questo caso agli stati procedure aperte e non discriminatorie per l'uso delle frequenze rese disponibili dall'evoluzione tecnologica.

2e) Il servizio universale e il *digital divide*

Il servizio universale (USO) ha costituito in questi anni uno dei temi più discussi in

26 La direttiva 2009/140/CE si occupa degli aspetti dello spettro radio nei *consideranda* da 25 a 40, e da 67 a 72, nonché nelle modifiche degli articoli 8 e 8bis della direttiva 2002/21/CE e dell'articolo 5 della direttiva 2002/19/CE. Sul tema si veda l'intervento di G. CAGGIANO *L'evoluzione del regime dello spettro radio*, in F. BASSAN (a cura di) *Il diritto delle comunicazioni elettroniche, telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010, pp. 203-236.

27 *Considerando* 24, direttiva 2009/140/CE.

28 Tra questi, il *considerando* 25 della direttiva 2009/140/CE indica la regolamentazione dei contenuti, la politica audiovisiva e dei media, nonché il diritto degli stati membri di organizzare la gestione del proprio spettro radio e di usarlo per fini di ordine pubblico, pubblica sicurezza e difesa. Si è dunque in un ambito parzialmente diverso da quello previsto dall'articolo 86.2 Trattato CE (ora art. 106.2 TFUE).

29 *Considerando* 28, direttiva 2009/140/CE.

30 Articolo 9.3, direttiva 2002/21/CE, come modificata dalla direttiva 2009/140/CE.

Italia sul piano regolatorio, e ha dato origine a un contenzioso senza fine³¹. Il perimetro esatto, sotto il profilo delle aree e dei servizi, la valutazione dell'iniquità dell'onere sopportato dal fornitore, la qualificazione dei soggetti legittimati a proporsi per fornirlo e di quelli tenuti a finanziarlo, le modalità del calcolo del costo netto, sono stati oggetto di valutazioni spesso contrastanti. In assenza di un preciso parametro di legittimità, che le direttive – troppo generali sul punto - non fornivano, è stato avanzato il dubbio sulla necessità di applicare la disciplina specifica, seguendo l'esempio di alcuni paesi europei in cui non è stata riconosciuta l'esigenza di remunerare l'operatore che forniva il servizio universale. Sotto diverso profilo, altri hanno tentato di ricondurre nel perimetro del servizio universale la fornitura di una rete di nuova generazione o di servizi avanzati. Si attendevano pertanto dalla riforma comunitaria chiarimenti e indicazioni precise.

Purtroppo il legislatore comunitario si è limitato a prendere atto delle diverse soluzioni scelte dalle autorità nazionali tra quelle che le direttive consentivano e non ha ritenuto necessario o anche solo opportuno promuovere un'armonizzazione piena sul punto.

Qualche chiarimento diretto a superare i dubbi attuali viene fornito dal nuovo quadro su temi specifici. Innanzitutto, sul piano dei servizi forniti, rientra nell'USO la connessione alla rete pubblica fissa a un prezzo accessibile, purché idonea a consentire la fruizione dei servizi forniti via internet. Non viene però indicato nella direttiva un livello minimo di velocità di connessione, che spetta agli stati definire considerando le circostanze specifiche del mercato nazionale. Poiché la direttiva prevede condizioni (anche per la velocità di collegamento) minime, che lo stato può elevare, sono evidenti le possibili connessioni con il tema del *digital divide* e le conseguenti implicazioni.

In secondo luogo, sotto il profilo soggettivo, gli obblighi di servizio universale possono essere adempiuti anche da più di un operatore: si può dunque segmentare il perimetro sulla base geografica (ad esempio, limitandolo ad alcune aree o ad alcune utenze) o dei servizi (con riferimento ad esempio alla connessione dei privati e alla fornitura delle cabine pubbliche).

In terzo luogo, si chiarisce che possono proporsi per fornire il servizio universale o parte di esso operatori che usano reti fisse o mobili, senza distinzioni. In quarto luogo, assumono una rilevanza autonoma l'accesso alle pagine utili, ai numeri di emergenza, nonché l'accesso alla rete da parte dei disabili.

2f) La revisione delle regole dei mercati e degli obblighi degli operatori

Tra gli interventi significativi in materia di analisi dei mercati, vi sono: la previsione

³¹ Per una trattazione puntuale delle vicende si rinvia all'intervento di F. LATTANZI – F. CANTELLA, *Il servizio universale*, in F. BASSAN (a cura di) *Il diritto delle comunicazioni elettroniche, telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010, pp. 109-142.

di scadenze periodiche e di un limite temporale ragionevole e adeguato per l'esame da parte delle autorità nazionali (anche eventualmente con l'assistenza di una *task force* del BERT); la possibilità per le autorità di qualificare mercati anche su base sub-nazionale, e di revocare gli obblighi nelle singole aree geografiche in cui vi sia concorrenza effettiva; la possibilità di misure correttive per prevenire il trasferimento di un significativo potere di mercato detenuto da un'impresa da un mercato a un altro strettamente correlato³².

Le innovazioni imposte con la riforma spiegano effetti anche in Italia, imponendo scadenze temporali precise all'autorità, ma fornendo al contempo a questa strumenti più raffinati per l'analisi del mercato e per la prevenzione o il controllo di un significativo potere di mercato.

2g) Le reti di nuova generazione

Il tema relativo alle reti di nuova generazione (NGN) è stato centrale nella recente evoluzione del dibattito sulle regolazione del settore. Alle posizioni radicali di chi ritiene che a queste infrastrutture debbano applicarsi senza eccezioni le regole previste per l'accesso e di chi, al contrario, ritiene che eventuali obblighi di accesso su reti ad alta tecnologia ancora da realizzare costituiscano un deterrente decisivo all'innovazione, l'Unione europea ha risposto con una posizione di compromesso, espressa sia nella direttiva 2009/140/CE sia in una raccomandazione specifica (tuttora in corso di discussione)³³. Che la questione sia oggetto di una disposizione specifica e che questa si risolva in una raccomandazione sono entrambi elementi significativi da un lato della rilevanza del tema e dall'altro dell'impossibilità di rinvenire una soluzione univoca sul piano comunitario (perché prevale l'interesse di garantire l'indipendenza delle autorità nazionali e perché è venuto meno il potere inizialmente attribuito all'ETMA di agire in via sussidiaria esercitando una funzione regolatoria)³⁴.

Il punto di compromesso finale relativo alle misure che l'autorità nazionale può imporre sulle reti NGN³⁵ prevede che le condizioni e gli obblighi (tra cui anche eventuali modalità tariffarie che dipendano dai volumi o dalla durata del contratto): (i) siano proporzionati; (ii) riflettano correttamente le circostanze alla base delle decisioni di

32 Si vedano i *consideranda* 7, 47 e 48 della direttiva 2009/140/CE, nonché gli articoli 14.3, 15 e 16 della direttiva 2002/21/CE, come modificato dalla direttiva di cui sopra. Sul tema si rinvia all'intervento di M. SIRAGUSA - M. D'OSTUNI - F. MARINI BALESTRA, *I mercati rilevanti dei prodotti e servizi e la regolazione ex ante*, in F. BASSAN (a cura di) *Il diritto delle comunicazioni elettroniche, telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010, pp. 169-202.

33 Si vedano i *consideranda* da 54 a 57, direttiva 2009/140/CE, nonché i nuovi articoli - da questa modificati - 8.5, direttiva 2002/21/CE e 13.1, direttiva 2002/19/CE.

34 Si rinvia all'intervento di F. BASSAN, *L'evoluzione della struttura istituzionale nelle comunicazioni elettroniche: una rete non ha bisogno di un centro* in F. BASSAN (a cura di) *Il diritto delle comunicazioni elettroniche, telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010, pp. 33-54.

35 Condizioni, termini e modalità differiscono in ragione del tipo di rete di nuova generazione, come specificato in dettaglio nella raccomandazione sull'accesso alle reti di nuova generazione, tuttora in discussione.

investimento (considerando anche i costi di sviluppo, il tasso di assorbimento presunto per i nuovi prodotti e servizi, nonché i prezzi al dettaglio); (iii) siano coerenti nell'arco di precisi periodi di revisione; (iv) rispettino la necessità di salvaguardare l'effettiva concorrenza dei servizi al consumatore e alle imprese; (v) tengano presente le diverse condizioni di concorrenza presenti nello stato; (vi) se consistono in misure correttive per il controllo dei prezzi, consentano un equo utile per l'investitore, considerato il progetto di investimento specifico (tenendo conto dunque del rischio sostenuto dalle imprese che hanno investito - riconoscendo ad esempio un premio specifico aggiuntivo alla ragionevole remunerazione del capitale - e consentendo accordi tra operatori per diversificare il rischio). L'obbligo di condivisione delle infrastrutture si estende peraltro a tutte le reti di nuova generazione, indipendentemente dal potere di mercato detenuto dall'operatore proprietario.

2h) La separazione funzionale

Tra le soluzioni più discusse della riforma v'è la separazione funzionale, ovvero la creazione di entità commerciali tra loro separate sul piano operativo da parte di un operatore verticalmente integrato, che garantisca l'indipendenza dell'entità commerciale che fornisce servizi all'ingrosso (sul mercato *wholesale*). Qualora tale separazione sia frutto della libera decisione dell'operatore, l'autorità nazionale è tenuta a valutarne le conseguenze sui mercati; qualora invece sia imposta – comunque in via eccezionale - può giustificarsi come misura correttiva solo ove persista una discriminazione su taluni mercati o non vi sia una concorrenza effettiva tra infrastrutture e non sia neanche ipotizzabile in un tempo ragionevole³⁶. L'esperienza avviata in alcuni stati membri di una separazione funzionale negoziata (in Italia, mediante la c.d. *open access*)³⁷ ha certamente stemperato il confronto, inizialmente aspro, tra Commissione e stati circa il potere – attribuito e concretamente esercitato, in altri mercati - delle autorità nazionali di imporre uno scorporo della rete dell'operatore storico, nelle varie forme in cui questo è stato di volta in volta paventato.

2i) La sicurezza delle reti

Il tema della sicurezza delle reti, inizialmente uno dei profili più innovativi della riforma, ha progressivamente perso rilievo, parallelamente al ridimensionamento di quella originaria autorità europea che avrebbe dovuto occuparsi anche di questo, acquisendo il personale e le competenze dell'attuale ENISA (agenzia europea per la sicurezza delle reti

³⁶ Si vedano gli articoli 13bis e 13ter della direttiva 2002/19/CE, come modificati dalla direttiva 2009/140/CE, nonché i *consideranda* 61 e 64 di quest'ultima.

³⁷ Si rinvia sul punto all'intervento di R. CAIAZZO, *L'accesso alla rete. Profili giuridici*, in F. BASSAN (a cura di) *Il diritto delle comunicazioni elettroniche, telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010, pp. 143-168.

e dell'informazione)³⁸. Le norme si limitano infatti ora a: imporre agli operatori l'obbligo di assicurare un livello di sicurezza adeguato al rischio esistente per garantire l'integrità della rete e la continuità della fornitura dei servizi; attribuire all'autorità nazionale il potere di verifica delle misure adottate dagli operatori, di imporne ulteriori se queste non vengono ritenute adeguate, nonché l'obbligo di notificare periodicamente una relazione sintetica sul punto all'ENISA. Per garantire una piena armonizzazione la Commissione, sentita l'ENISA, può adottare specifiche misure tecniche di attuazione della direttiva.

3. GLI STRUMENTI

Sin qui, i punti qualificanti della terza riforma. Il raggiungimento di questi obiettivi presupponeva però l'utilizzo di strumenti (sul piano normativo e dell'esecuzione), che nella dialettica istituzionale sono stati parzialmente modificati.

3a) Gli strumenti normativi: le modalità della riforma

Il legislatore comunitario ha adottato una varietà di strumenti per riformare il quadro normativo delle comunicazioni elettroniche: direttive di armonizzazione (per la modifica delle direttive in vigore), un regolamento (per la costituzione dell'organismo europeo dei regolatori) e una raccomandazione (per la disciplina della rete di nuova generazione). La raccomandazione, come è noto, è atto non vincolante. Le direttive e i regolamenti vincolano gli stati in modo diverso: le prime in relazione ai fini, lasciando gli stati liberi di scegliere i mezzi per raggiungerli; i secondi sono invece vincolanti in ogni loro parte e direttamente applicabili. Nel quadro normativo del 'secondo pacchetto' del 2002, alle direttive di armonizzazione si affiancava un regolamento sull'accesso condiviso alle risorse di rete e una raccomandazione sui mercati da regolare. Il tema dell'accesso alla rete è mutato oggi sotto un duplice profilo: l'atto comunitario non è più un regolamento ma una raccomandazione e l'oggetto non è la rete *tout court* dell'operatore storico, ma quella di nuova generazione (peraltro con modalità differenti a seconda di come viene qualificata). Quanto ai mercati, vengono individuati sempre meno *ex ante* a livello comunitario. Viene infine istituito l'organismo europeo dei regolatori, in relazione al quale la base giuridica del regolamento è necessaria ormai – nella versione finale, solo per la costituzione di un ufficio cui viene riconosciuta personalità giuridica.

3b) Gli strumenti esecutivi: il nuovo impianto sanzionatorio

L'attuazione concreta della disciplina comunitaria negli stati membri è stata sinora

³⁸ Il tema è affrontato ora solo nel *considerando* 44, delibera 2009/140/CE, e negli articoli 13*bis* e 13*ter* della direttiva 2002/19/CE, come modificati dalla prima.

insufficiente, sotto una serie di profili. Tra tutti, l'impianto sanzionatorio predisposto dagli stati nei confronti degli operatori inadempienti alle disposizioni del 'secondo pacchetto' si è rivelato complessivamente poco efficace e non adeguato; pesa in particolare l'assenza di poteri effettivi dell'autorità nazionale in caso di mancata conformità degli operatori agli obblighi regolatori³⁹. Con la terza riforma il legislatore comunitario dedica particolare attenzione a una disciplina sanzionatoria effettiva, con riferimento particolare al tema delle frequenze, consentendo all'autorità di comminare sanzioni pecuniarie o amministrative efficaci per far valere il rispetto delle condizioni dell'autorizzazione generale o dei diritti d'uso⁴⁰.

A tale proposito, il nuovo articolo 10, par. 2 e 3 della direttiva 2002/20/CE, modificato dalla direttiva 2009/140/CE, prevede che nel caso in cui un operatore violi condizioni poste dall'autorizzazione generale (o relative ai diritti d'uso) o gli obblighi specifici eventualmente imposti, l'autorità notifichi quanto accertato e consenta all'impresa un contraddittorio effettivo. L'Autorità può altresì imporre immediatamente o comunque entro un tempo ragionevole misure adeguate e proporzionate per ottenere la cessazione della violazione, che possono consistere in sanzioni pecuniarie dissuasive (anche periodiche e con effetto retroattivo) o ingiunzioni a cessare o ritardare la fornitura di un servizio che, se continuata, comporterebbe un'asimmetria concorrenziale ingiustificata. Le misure devono prevedere un periodo ragionevole di tempo entro il quale l'impresa può conformarsi.

Violazioni gravi o ripetute degli obblighi (che dimostrano l'inefficacia delle misure adottate) possono comportare per l'impresa il divieto di continuare a fornire reti o servizi, o la sospensione o il ritiro dei diritti d'uso, con l'applicazione eventualmente di sanzioni, anche pecuniarie, efficaci, proporzionate e dissuasive, anche nel caso in cui la violazione sia stata successivamente rimossa (art. 10.5, direttiva 2002/20/CE).

Qualora peraltro la violazione delle condizioni dell'autorizzazione generale, dei diritti d'uso o degli obblighi specifici comporti un rischio grave e immediato per la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica o la salute pubblica, o crei gravi problemi economici od operativi ad altri fornitori o utenti di reti o servizi o dello spettro radio, l'autorità può adottare misure provvisorie urgenti per porre rimedio alla situazione prima di assumere una decisione definitiva. Le misure provvisorie sono valide per un periodo di tre mesi, prorogabile di altri tre se le procedure di attuazione non sono ancora state completate (10.6, direttiva 2002/20/CE).

Il regime cautelare garantito dal diritto comunitario sembra avere un perimetro più ridotto rispetto a quello previsto nel nostro ordinamento sul piano normativo (e prima

³⁹ Considerando 51 direttiva 2009/140/CE. Si vedano peraltro anche i rapporti annuali della Commissione 'on the Implementation of the Telecommunications Regulatory Package'.

⁴⁰ Considerando 72, direttiva 2009/140/CE.

ancora, 'conquistato' di fatto dall'autorità). Nel nostro ordinamento infatti il potere cautelare dell'autorità non è condizionato sul piano soggettivo né oggettivo, né è riconducibile al perseguimento di determinate finalità, essendo applicabile nei casi generali di necessità e urgenza⁴¹. Poiché però, secondo i principi generali del diritto comunitario, gli stati possono ben adottare misure più restrittive di quelle previste dalle direttive se queste non lo vietano (in quanto impongono un livello minimo di armonizzazione), l'attuale (più ampio) impianto cautelare e sanzionatorio di cui dispone l'autorità non dovrebbe configgere con il nuovo quadro comunitario.

Sanzioni pecuniarie possono essere comminate (art. 10.4, direttiva 2002/20/CE) anche alle imprese che non forniscono le informazioni richieste *ex art. 11.1 lett. a) o b)*, direttiva 2002/20/CE o *ex art. 9* direttiva 2002/19/CE.

Le misure, anche sanzionatorie, adottate (e le loro modifiche) devono essere comunicate alla Commissione⁴². Ciò anche al fine di garantire un'adeguata raccolta di informazioni sui ricorsi e le sospensioni delle decisioni delle autorità nazionali, necessaria per superare le attuali significative divergenze nell'applicazione negli stati della fase cautelare⁴³.

Quanto infine alla fase contenziosa, il nuovo articolo 4.1 della direttiva 2002/21/CE, come modificato dalla direttiva 2009/140/CE richiede che in tutti gli stati sia possibile, per le imprese ma anche gli utenti⁴⁴, impugnare il provvedimento dell'autorità nazionale dinnanzi a un organo indipendente (anche un tribunale) che sia competente a giudicare anche nel merito⁴⁵ e la cui decisione – che resta valida a meno di una riforma in sede cautelare - sia ricorribile in appello. Tutte le informazioni relative al contenzioso, sempre per le finalità di cui sopra, sono inviate anche al BERT.

4. I CONTENUTI DELLA TERZA RIFORMA

Illustrati brevemente i temi principali, vediamo quali prospettive presenta la riforma con riferimento al rapporto tra gli operatori e alla tutela degli utenti.

4a) L'accesso alla rete: dal mito della pluralità delle infrastrutture al ritorno a una nuova ONP, ora NGN

41 Art. 12.6, D. lgs.vo 1 agosto 2003, n. 259.

42 Così il nuovo articolo 21*bis* della direttiva 2002/21/CE, modificato dalla direttiva 2009/140/CE.

43 *Considerando* 15 dir. 2009/140/CE.

44 Qualora, evidentemente, sia loro riconosciuta legittimazione attiva in quanto ne sia riconosciuto un interesse. La questione appare di non poco momento e merita attenzione in sede di recepimento della direttiva, in quanto pone diverse questioni legate ad esempio alla legittimazione delle associazioni dei consumatori, ecc...

45 E' ragionevole ritenere che questa precisazione completi il percorso giurisprudenziale che ha condotto l'autorità giudiziaria a emanciparsi progressivamente dal paradigma della discrezionalità tecnica dell'autorità di regolazione, intervenendo sempre più nel merito delle questioni.

Accesso a un'unica infrastruttura o concorrenza tra reti? Questo era il dibattito nella fase iniziale della liberalizzazione del mercato. La questione non si pone in modo molto diverso – almeno su un piano sistematico – in relazione alla rete di nuova generazione (*New Generation Network* – NGN)⁴⁶. Come si è accennato, il pendolo regolatorio ha oscillato a lungo in questi venti anni di riforme tra i due estremi (inizialmente l'ONP, poi la concorrenza infrastrutturale) nessuno dei quali si è rivelato però decisivo. La soluzione sulla NGN deve dunque necessariamente proporsi come compromesso, che non indirizzi il mercato ma consenta la realizzazione delle soluzioni più idonee e adeguate in ragione del contesto (territoriale, tecnologico, di mercato) in cui si inseriscono.

In quest'ottica assumono un significato preciso il principio della neutralità tecnologica (utile, sotto questo profilo, per prevenire la dipendenza tecnologica dalla rete che ha frenato in molti stati lo sviluppo di servizi avanzati); l'introduzione di norme avanzate sulla condivisione delle infrastrutture per il cablaggio delle reti, orizzontale e verticale (quest'ultimo decisivo sinora nel frenare lo sviluppo); l'apertura a una separazione funzionale negoziata (sul modello inglese e italiano) più che imposta; la rimodulazione degli obblighi – ora più flessibili e adattabili al caso concreto - degli operatori con un significativo potere di mercato; la mancata ridefinizione del perimetro del servizio universale: la velocità minima di collegamento a internet sarà indicata dagli stati, e con essa sarà definito il limite del *digital divide*, che comporterà evidentemente modalità di fornitura del servizio adeguate. Temi, questi, tutti sviluppati in questo volume con interventi specifici.

Quanto la maggiore discrezionalità attribuita agli stati in relazione ai modi e agli strumenti per realizzare reti avanzate garantisca interventi omogenei, resta da vedere. Certamente, l'obiettivo di armonizzazione su questo punto si concentra sulla liberazione delle risorse per creare reti di nuova generazione adeguate nel medio periodo; sarà eventualmente il mancato raggiungimento di questo risultato a indurre la Commissione a interventi specifici in uno o più stati, qualora necessari e purché proporzionati.

4b) *Roaming* e terminazione: lo spettro di un mercato 'mobile' normale

Come è noto, nella prima fase della liberalizzazione delle telecomunicazioni la legislazione comunitaria e nazionale ha rinunciato a intervenire su alcune contraddizioni del sistema che si risolvevano in una penalizzazione dei clienti a vantaggio degli operatori e garantivano a questi ultimi ricavi che di fatto hanno consentito alla tecnologia europea di primeggiare. Qualche esempio: il prezzo del roaming internazionale, nonché della terminazione della chiamata, nella telefonia mobile, hanno rappresentato una fonte di

⁴⁶ Per una prima illustrazione dei temi aperti si veda M. CAVE, *La regolamentazione delle reti di nuova generazione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, pp. 543-558.

ricavi non sottoposta a pressione concorrenziale, e hanno consentito agli operatori europei di sovvenzionare la ricerca tecnologica (lo standard GSM prima e UMTS poi sono stati ‘esportati’ in molti paesi extraeuropei), nonché di acquisire operatori stranieri e vincere gare in molti paesi (anche) extraeuropei.

Nella prima parte della seconda fase della liberalizzazione (a partire dunque dal ‘secondo pacchetto’ del 2002) queste ‘aree non regolate’ sono state mantenute, per consentire sia gli ingenti investimenti necessari per sviluppare la tecnologia UMTS sia il reperimento delle risorse adeguate per recuperare i costi delle gare UMTS in cui – per una serie di fattori, la maggior parte dei quali contingenti e congiunturali - molti governi degli stati membri ha premiato l’elemento economico delle offerte. Gli utenti hanno dunque pagato tariffe significativamente alte per chiamare da un telefono fisso uno mobile, o per chiamare (da un fisso o un mobile) un utente che utilizzava il proprio telefono mobile in un paese diverso da quello di origine. In una seconda parte di questa seconda fase, le istituzioni comunitarie (quanto al roaming internazionale) e le autorità nazionali (quanto alla terminazione, fissa e mobile) sono intervenute per ridurre gradualmente le tariffe e portarle a livelli fisiologici, se non concorrenziali⁴⁷.

La terza fase, che parte con l’approvazione del terzo pacchetto, si preannuncia particolarmente complessa per la telefonia mobile, che dovrebbe trovare nei servizi a valore aggiunto, sottoposti a pressione concorrenziale sul mercato mondiale, una fonte di ricavi compensativa. In questo contesto si inserisce la liberalizzazione di un mercato prima inibito agli operatori telefonici, quello dei servizi di pagamento, che grazie alla tecnologia avanzata di ‘terza generazione’, consente servizi ‘di prossimità’ e apre soluzioni commerciali innovative in un mercato non sottoposto – in questa fase - a pressione regolatoria⁴⁸. Ancora in quest’ottica si giustifica la mancata regolazione, sul piano economico, della diffusione televisiva (diretta o derivata) offerta via telefono cellulare, che costituisce il punto di interconnessione di mercati separati (televisivo, cinematografico, telefonico) con potenzialità esplorate solo in parte.

4c) Il ‘trilemma’ delle scelte: tra utility, media company e la normalità

Ci si deve domandare a questo punto perché il legislatore (comunitario e nazionale)

⁴⁷ Il *roaming* nei paesi dell’Unione europea è stato disciplinato con il regolamento CE 717/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2007 (sul *roaming* sulle reti di telefonia mobile pubbliche nella Comunità europea, che modifica la direttiva 2002/21/CE). La terminazione mobile è stata disciplinata sia dalla Commissione europea, con raccomandazione 2009/396/CE del 7 maggio 2009 (sulla regolamentazione delle tariffe di terminazione su reti fisse e mobili nella UE), sia dall’AGCom a più riprese: a parte la soluzione di numerose controversie, si vedano, tra gli ultimi interventi regolatori dell’autorità nazionale, le delibere 39/08/CIR, 407/08/CONS e 667/08/CONS.

⁴⁸ Per un approfondimento sul punto si rinvia a G. MANNELLA, *La nuova disciplina comunitaria degli istituti di pagamento: aspetti fiscali (relativi all’IVA) dei servizi di pagamento offerti dagli operatori telefonici*, in F. BASSAN (a cura di) *Il diritto delle comunicazioni elettroniche, telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010, pp. 333-374.

e i regolatori trovano tante difficoltà nel gestire il settore delle comunicazioni elettroniche. Ad avviso di chi scrive, tra i motivi di questa difficoltà v'è anche e soprattutto il fatto che l'evoluzione è continua e tuttora aperta, spinta da uno sviluppo tecnologico non comparabile con quello di altri settori, che costringe a investimenti importanti e a soluzioni a volte fantasiose (puntualmente penalizzate dai mercati) per finanziarli. Si sono registrati in questi anni tentativi di collegare il mondo internet con quello dei contenuti (si vedano le fusioni AOL-Time Warner ma anche, in Italia Seat-Pagine gialle); operazioni fallite in ragione sia della contingenza (la cd. bolla internet') sia delle modalità seguite. In altri casi si è tentato di collegare le reti con i contenuti: in Italia, l'operazione Telecom Italia-Cecchi Gori Communications ha consentito alla prima di acquistare due reti televisive, ma anche altri ex monopolisti hanno acquistato emittenti televisive: si pensi a Telefonica, nei paesi in cui è presente.

Gli errori commessi sono stati molti e significativi. La convergenza è stato il presupposto di molte operazioni di mercato, quando doveva semmai esserne il prodotto. La trasformazione delle società di telefonia in *media company* era diretta evidentemente ad aumentarne il valore di mercato, ma presupponeva un'integrazione (anche) culturale che è stata spesso sottovalutata. Inoltre, il tentativo di integrazione verticale ha irrigidito la regolazione, necessariamente più attenta a prevenire effetti potenzialmente pericolosi su mercati tra loro collegati o contigui.

Ma anche l'integrazione tra telefonia fissa e mobile è stata oggetto di discussione, tra modelli di sviluppo solo del fisso (British Telecom) o del mobile (Vodafone, poi tornata a un modello di integrazione con il fisso una volta raggiunta una massa critica di abbonati e modificate le prospettive tecnologiche e di sviluppo del mercato), e modelli integrati, ma ogni volta in modo diverso (si pensi alle strategie dell'operatore storico tedesco, o di quelli italiano e spagnolo).

L'impressione è che l'innovazione tecnologica abbia consentito in forme nuove, prive di limitazioni tecniche, la distribuzione di contenuti e, ormai, la fornitura di servizi; gli operatori europei sono però tradizionalmente poveri dei primi, mentre molti paesi (tra cui certamente l'Italia) sono ancora indietro sui secondi. Di qui, l'incertezza su investimenti non giustificati dalla domanda. E la ricerca di una normalità, che non è la *media company* ma neanche la classica *utility*.

4d) Le controversie tra operatori

Il regime previsto per la soluzione delle controversie tra operatori e utenti nelle comunicazioni elettroniche costituisce un modello seguito anche in altri settori, poiché divenuto ormai un *benchmarking*. Diversa è la sorte della normativa che disciplina

le controversie tra operatori, che ora l'ultima riforma estende sul piano soggettivo, applicandole anche ai casi in cui una delle parti, pur non operatore di comunicazioni, benefici di obblighi in materia di accesso o di interconnessione derivanti dal nuovo quadro⁴⁹.

La soluzione delle controversie tra operatori ad opera dell'autorità di regolazione costituisce uno dei profili più controversi del quadro comunitario delle comunicazioni elettroniche. La direttiva 2002/21/CE si inserisce infatti nella porta stretta tra arbitrato obbligatorio e funzione paragiurisdizionale, soluzioni entrambe, evidentemente, contrarie alla Costituzione. L'attuazione della disciplina, mediante il suo recepimento sul piano normativo e l'applicazione concreta mediante regolamento specifico dell'AGCom, ne depotenziano attualmente gli effetti, sino a renderla uno strumento residuale e comunque scarsamente utile, derogabile a favore dell'autorità giudiziaria in ogni caso e in ogni momento, anche nel corso della procedura⁵⁰.

5. I DESTINATARI FINALI DEL SERVIZIO, DA UTENTI A CONSUMATORI

Una parte significativa delle modifiche al quadro comunitario introdotte con la riforma del 2009 concerne il ruolo degli utenti e le forme di tutela a questi garantite. Il 'consumatore al centro' costituisce un cambio di paradigma rispetto alle prime riforme, e impone una prospettiva nuova, con riferimento non solo a profili già sviluppati e ora ulteriormente raffinati (tutela della *privacy*, garanzie di strumenti di conciliazione adeguati) ma anche a strumenti nuovi (sul piano della tutela contrattuale) e a nuovi principi (l'accesso a internet inteso come una delle libertà fondamentali). Una breve descrizione del nuovo approccio appare utile, partendo dalle novità e, tra queste, dai principi.

5a) L'accesso a internet come libertà fondamentale

La questione che ha impedito di approvare il 'terzo pacchetto' prima dello scioglimento del parlamento europeo e ha costretto il nuovo parlamento, eletto con le elezioni della primavera del 2009, a un comitato di conciliazione con il Consiglio, ha riguardato un emendamento proposto dal Consiglio nella fase finale della discussione, relativo a un

⁴⁹ Il nuovo articolo 20, direttiva 2002/21/CE, modificato dalla direttiva 2009/140/CE, prevede (par. 1) che "[q]ualora insorga una controversia in merito agli obblighi esistenti derivanti dalla presente direttiva o dalle direttive particolari, tra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica in uno stato membro, o tra tali imprese e altre imprese nello Stato membro che beneficiano di obblighi in materia di accesso e/o interconnessione derivanti dalla presente direttiva o dalle direttive particolari, a richiesta di una delle parti e fatte salve le disposizioni del paragrafo 2, l'autorità di regolamentazione interessata emette quanto prima, e comunque entro un termine di quattro mesi salvo casi eccezionali, una decisione vincolante che risolva la controversia".

⁵⁰ Sul punto e anche per una completa illustrazione della prassi si rinvia all'intervento di A. LEONE, *Le controversie tra operatori*, in F. BASSAN (a cura di) *Il diritto delle comunicazioni elettroniche, telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010, pp. 273-297.

provvedimento amministrativo di revoca dell'accesso alla rete nei confronti degli utenti di internet che, dopo tre avvertimenti, non cessino l'attività di *downloading* illecito di contenuti tutelati dal diritto d'autore. La norma proponeva nella sostanza un modello che il parlamento francese si apprestava ad approvare in quel periodo⁵¹. Il dibattito ha assunto pertanto un significato particolare, perché la scelta di un modello specifico avrebbe avuto un effetto decisivo sull'evoluzione del rapporto tra la tutela della proprietà e l'accesso all'informazione. Le alternative erano: tra una soluzione fondata sull'autoregolazione (accordi, codici di condotta) o su un intervento normativo; nella seconda ipotesi, tra la limitazione all'accesso dell'abbonato alla rete (anche in questo caso con una scelta tra sospensione o interruzione definitiva, eventualmente anche con l'obbligo per l'utente di pagare comunque l'abbonamento) decisa dall'autorità amministrativa o solo dall'autorità giudiziaria; si discuteva peraltro anche sui presupposti di una tale eventuale azione. I modelli applicati, non solo in Europa, erano molteplici⁵².

Nella soluzione di compromesso, Internet viene riconosciuto come strumento essenziale per l'esercizio concreto della libertà di espressione e l'accesso all'informazione, che rientrano tra i diritti e le libertà fondamentali; pertanto qualsiasi restrizione al suo utilizzo deve essere conforme sia alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia ai principi generali del diritto comunitario⁵³.

La norma disciplina i criteri cui devono conformarsi eventuali provvedimenti che ostacolano tali diritti e libertà fondamentali, legittimi solo se 'appropriati, proporzionati e necessari nel contesto di una società democratica'. Gli stati devono inoltre fornire garanzie procedurali adeguate, inclusi un'efficace tutela giurisdizionale e un giusto processo, nel rispetto del principio della presunzione d'innocenza e del diritto alla *privacy*, nonché la garanzia di una procedura preliminare equa e imparziale e del diritto degli interessati ad essere ascoltati. Sono consentite misure provvisorie in casi di accertata urgenza, purché sottoposte a un controllo giurisdizionale efficace e tempestivo.

La norma si limita a fornire criteri generali, non anche linee-guida; legittima

51 Ci si riferisce alla cd. 'legge Hadopi' (*Loi 2009-669 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*), fondata sul principio dei 'three strikes', che prevede misure adottate secondo il metodo della 'risposta graduale' fino all'interruzione della linea dopo il terzo avvertimento all'abbonato che scarica illegalmente da internet contenuti protetti dal diritto d'autore. La legge, approvata il 12 maggio 2009 è stata censurata dal *Conseil Constitutionnel* il 10 giugno 2009 - sulla base del presupposto che l'ordinanza di distacco della linea (per un periodo massimo di un anno) può essere adottata solo dall'autorità giudiziaria e non anche da quella amministrativa - ed è stata definitivamente promulgata il 12 giugno 2009, modificata sul punto contestato con l'introduzione di una procedura giudiziaria che contempla anche misure cautelari. L'eventuale sottoscrizione di un contratto con un altro operatore successivamente al distacco comporta per l'abbonato una sanzione pecuniaria fino a 30.000€.

52 La soluzione britannica consiste in un *memorandum* d'intesa tra fornitori di servizi internet e società dell'industria musicale, la cui violazione può comportare sanzioni economiche, con un ruolo di vigilanza affidato all'OfCom. Quanto invece al rapporto con gli utenti, sono previste lettere di avvertimento e diffida ma non anche sanzioni. In Irlanda invece vigono sanzioni anche per gli internauti. In Germania, una legge severa che prevede multe - comminate dai tribunali - sino a 10 mila euro per ogni file scaricato illegalmente, sta trovando molte difficoltà sul piano applicativo.

53 *Considerando 4*, direttiva 2009/140/CE, e nuovo articolo 1, par. 3bis, direttiva 2002/21/CE, modificato dalla prima.

pertanto soluzioni tra loro anche molto diverse. Ciò è importante in quanto il tema – ad avviso di chi scrive - merita di essere affrontato in modo diverso e con strumenti differenti a seconda che si discuta di contenuti protetti dal diritto d'autore e diffusi da siti internet o trasmessi dai computer degli utenti *peer-to-peer*. Nel primo caso gli strumenti a disposizione della magistratura appaiono sufficienti e adeguati: in Italia i casi *Pirate Bay* e *Mediaset/YouTube-Google* (relativo a video del 'grande fratello) ne sono la prova⁵⁴. Non sembra utile pertanto applicare la nuova disciplina a questi casi: più che colpire migliaia di utenti finali si potrà qui più semplicemente (ed efficacemente) ottenere una misura, anche eventualmente cautelare, nei confronti dei titolari dei siti. Diverso è il discorso per il *peer-to-peer*⁵⁵. Le difficoltà applicative che sta incontrando la legge Hadopi suggeriscono peraltro in entrambi i casi l'adozione di una procedura dettagliata in fase di recepimento della direttiva comunitaria.

5b) La tutela contrattuale

La normativa specifica delle comunicazioni elettroniche prevede garanzie dettagliate per i 'consumatori e gli altri utenti finali' sul piano dei contratti nonché della trasparenza delle informazioni e della qualità dei servizi⁵⁶. Gli obblighi contrattuali, informativi e qualitativi, nonché il livello di dettaglio della disciplina – decisamente maggiore rispetto a quello che caratterizzava la riforma del 2002 – appaiono idonei a incidere in modo significativo non solo sulle condizioni generali di contratto, ma anche sulla soluzione delle controversie tra operatori e utenti; inoltre, in qualche misura, rendono più efficace il controllo relativo alla pubblicità ingannevole e alle pratiche commerciali scorrette ma aprono anche il campo a possibili azioni collettive.

Ad esempio, tra gli elementi che il contratto tra fornitore della rete o dei servizi e l'utente finale deve indicare 'in modo chiaro, dettagliato e facilmente comprensibile' vi

⁵⁴ In entrambi i casi gli *internet service providers* (ISP) che gestivano i siti sono stati considerati (il primo dalla Corte di Cassazione, III sezione penale, con sentenza 49437 del 24 dicembre 2009, il secondo dal Tribunale di Roma, con ordinanza del 16 dicembre 2009) responsabili della diffusione in internet di opere protette dal diritto d'autore. Nel primo caso la condanna è fondata sul decreto legislativo 70 del 2003, e in particolare sul fatto che quest'ultimo (articoli 14, 15 e 17) esclude un generale obbligo di sorveglianza del provider (il quale non è tenuto a verificare che i dati che trasmette determinino un'attività illecita) ma impone a questi di denunciare l'attività illecita quando ne venga a conoscenza, di fornire le informazioni idonee a consentire l'identificazione dell'autore dell'attività illecita, nonché eventualmente di impedire l'accesso al contenuto illecito, su ordine dell'autorità giudiziaria. Nel secondo caso la condanna, sempre basata sul decreto legislativo 70/2003, è stata decisa sulla base del fatto che sia Google sia YouTube hanno approntato numerosi strumenti per intervenire sui contenuti trasmessi, ad esempio inibendo la diffusione di immagini e video pedo-pornografici, e hanno approntato strumenti contrattuali che consentono loro di interrompere in maniera temporanea o permanente la fornitura del servizio in modo del tutto discrezionale. Strumenti che nel caso di specie avrebbero potuto essere utilizzati per impedire l'accesso ai contenuti video del 'grande fratello'.

⁵⁵ Il nuovo sistema francese prevede ad esempio che ciascun utente adotti misure di sicurezza per evitare che altri possano accedere al proprio computer scaricandone i dati, ma non appare semplice definire l'elenco delle misure di sicurezza minime adeguate. Il dato non è di scarso rilievo, se si considera che per la mancata adozione delle misure è prevista una sanzione di 1.500€.

⁵⁶ Si vedano i nuovi articoli 20-23**bis** della direttiva 2002/22/CE come modificati dalla direttiva 2009/136/CE.

sono: i livelli minimi di qualità del servizio ed eventuali parametri di qualità eventualmente stabiliti dall'autorità nazionale (si pensi alla velocità di connessione cui si riferiscono molti contratti, che è spesso non è quella minima garantita); informazioni sugli strumenti adottati dal fornitore per evitare la saturazione del servizio (la quale comporta spesso errori di accesso o comunque una velocità di connessione molto ridotta); la durata del contratto e le condizioni di rinnovo e di cessazione dei servizi e del contratto (compresi eventuali costi legati alla portabilità dei numeri ed eventuali commissioni dovute alla scadenza dei contratti); le disposizioni relative all'indennizzo e al rimborso applicabili qualora non sia raggiunto il livello di qualità del servizio previsto dal contratto; i mezzi per avviare i procedimenti per la soluzione delle controversie.

Per molte delle informazioni sopra menzionate l'autorità di regolazione nazionale può poi prevedere una pubblicazione (con aggiornamento periodico), per consentire un monitoraggio complessivo e costante dell'evoluzione dei servizi.

5c) Le controversie tra operatori e utenti. L'intreccio con la class action nei servizi

Le controversie tra operatori e utenti godono di una disciplina specifica dettagliata e funzionale, sebbene risultato di un lungo processo evolutivo, non sempre omogeneo. Le norme vigenti, attuate in via regolamentare dall'Autorità di settore, costituiscono di fatto un modello per la disciplina delle controversie negli altri settori.

Gli utenti di comunicazioni elettroniche, individuati con profilo più ampio sul piano soggettivo (non solo persone fisiche, come nel codice del consumo) godono di una tutela rafforzata, che emerge sia sul piano procedurale sia su quello sostanziale⁵⁷. Il tentativo di conciliazione obbligatoria innanzi ai Co.re.com, nelle forme delineate compatibile con la Costituzione, e la potestà decisionale dell'Autorità, che sommando alle sue funzioni para-giurisdizionali quelle normative e regolatorie assume una funzione deterrente e comunque una forza conformativa importante nei confronti degli operatori, rendono gli strumenti operativi efficaci.

La riforma intervenuta con il 'terzo pacchetto quadro' aumenta la tutela contrattuale del cd. 'utente finale' imponendo agli operatori una maggior precisione e trasparenza e stabilisce per questi numerosi obblighi aggiuntivi, sul piano della qualità del servizio, delle garanzie di accesso agli utenti disabili, dei servizi di emergenza, dell'accesso a numeri e servizi, delle procedure per il cambiamento di fornitore. L'inadempimento a questi obblighi potrà evidentemente essere oggetto di controversia, che potrà essere risolta seguendo le procedure di conciliazione ormai consolidate.

⁵⁷ Si rinvia sul punto a quanto illustrato da E. MINERVINI nell'intervento *La soluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche e utenti finali*, in F. BASSAN (a cura di) *Il diritto delle comunicazioni elettroniche, telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010, pp.299-332.

Si pone evidentemente la questione circa la possibile sovrapposizione con la soluzione alternativa dell'azione collettiva, che pure differenziandosi sotto molteplici profili (a partire da quello della legittimazione attiva per concludere con quello della tutela ottenibile) potrebbe se non supplire, almeno integrare le garanzie attualmente previste per (determinate categorie di) utenti.

5d) La tutela della privacy

Il tema della tutela della privacy assume nelle comunicazioni elettroniche un ruolo ben più decisivo che in altri contesti⁵⁸. Le forme in cui i dati devono essere tutelati viene modificata costantemente per aggiornarla rispetto sia alla tipologia di dati meritevoli di tutela (la nozione di dato personale è stata al contempo precisata e ampliata), sia ai servizi interessati (i.e. i nuovi servizi di localizzazione mediante terminale mobile), sia infine alle forme di violazione (tra cui la perdita, la modifica, la rivelazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trasmessi o memorizzati). Il tutto, integrato in un sistema di 'sicurezza del trattamento' dei dati basato su alcuni principi generali, anch'essi modificati nel tempo a maggior tutela dell'utente finale (i.e. il passaggio dal principio dell'*opt-out* a quello dell'*opt-in*, che richiede il consenso preventivo).

L'evoluzione normativa, ma anche della giurisprudenza e della prassi, evidenzia la necessità di un adeguamento continuo degli strumenti di tutela e di un coordinamento tra le autorità, sul piano comunitario e nazionale, che in effetti sia pure organizzato su una base ancora informale è ora costante.

ABSTRACT

Il settore delle telecomunicazioni (poi comunicazioni elettroniche) ha costituito negli ultimi vent'anni un laboratorio per le riforme. Quella del 2009 (la terza organica) ha modificato in modo significativo i rapporti tra gli operatori sul mercato intermedio e quelli con gli utenti finali, creando ulteriori diritti (ad esempio, l'accesso ad internet) e migliorando l'enforcement di quelli già riconosciuti (dai sistemi per la soluzione delle controversie, alla tutela della privacy). I consumatori sono poi tutelati mediante interventi sui prezzi finali quando i mercati non garantiscano un adeguato livello di concorrenza (ad esempio, nella terminazione mobile, o nel roaming internazionale). Anche strumenti nuovi per garantire un più efficiente uso delle frequenze garantiranno servizi migliori e a prezzi ridotti. La creazione di un'autorità europea garantirà infine una maggiore uniformità nell'applicazione della disciplina nei diversi stati membri.

⁵⁸ Si rinvia sul tema all'intervento di S. VENTURINI, *La tutela della privacy nelle comunicazioni elettroniche* in F. BASSAN (a cura di) *Il diritto delle comunicazioni elettroniche, telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano, 2010, pp. 237-272.

SEZIONE V
LA PRIVACY

TUTELA DEI DATI PERSONALI NEI RAPPORTI DI CONSUMO

(Domenico Spagnuolo - Francesca Gervasio)

SOMMARIO: **1.** Introduzione. – **2.** La “profilazione”. – **3.** Il caso “Google Street View”. – **4.** Novità in materia di *telemarketing*. – **5.** Il disegno di legge sul furto d’identità.

1. INTRODUZIONE

L’istituzione delle Autorità amministrative indipendenti in Italia è avvenuta in modo frammentato e disomogeneo in quanto il legislatore, in tempi diversi, è dovuto intervenire per assicurare la tutela di specifici interessi e per regolare e vigilare su settori ben definiti (mercato, energia, *privacy*, ecc.).

Anche se le Autorità operano in ambiti distinti e separati, vi è la concreta possibilità che siano congiuntamente investite di una medesima questione, ognuna in riferimento ai profili di propria competenza.

L’interferenza dell’attività dell’Autorità garante per protezione dei dati personali rispetto all’area di competenza delle altre Autorità indipendenti è apparsa, sino ad epoca recente, un problema che non ha trovato particolare emersione, in quanto l’ambito operativo dell’Autorità risultava ben definito e con confini posti in modo puntuale. D’altra parte, ai fini della competenza dell’Autorità, venivano in rilievo condotte specifiche, relative a qualsiasi trattamento dei dati personali da parte di privati o pubbliche amministrazioni, con poteri di intervento volti ad assicurare la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali nel trattamento dei dati personali ed il rispetto della dignità degli individui. In definitiva, l’attività del Garante per la protezione dei dati personali è risultato, per lungo tempo, svincolata dal generale contesto di tutela del consumatore.

Più recentemente va segnalato che l’ampliamento delle competenze dell’Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, e specificamente a seguito del recepimento delle norme comunitarie sulle pratiche commerciali scorrette ad opera del d.lgs. 2.8.2007 n. 146, pone la necessità di realizzare un necessario coordinamento tra le due autorità. Ed invero, va rilevato che il novellato art. 24 del codice del consumo ha introdotto la disciplina delle cd. pratiche commerciali aggressive, che contempla le condotte poste in essere da un imprenditore (*rectius* professionista) caratterizzate da «molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento», ed aventi come effetto quello di «limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto».

Il successivo art. 26, comma 1, cod. cons., precisa che «sono considerate in ogni caso aggressive le seguenti pratiche commerciali: ... b) effettuare visite presso l’abitazione

del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi ... c) effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza ...».

In definitiva, viene disciplinata, e sanzionata, una fattispecie in cui da un lato viene in rilievo l'effetto coercitivo della libertà di scelta del consumatore, dall'altro le particolari modalità della condotta, queste ultime, evidentemente, considerate di per sé illecite dalla disciplina posta a tutela della privacy.

La tutela dei dati personali, già per sua natura di carattere *trasversale*, diviene elemento di intervento affidato *anche* all'AGCM, sub specie di sanzione della pratica commerciale aggressiva: di conseguenza, l'attività del Garante per la privacy inevitabilmente si espande in aree riservate alla competenza di altre Autorità (telecomunicazioni, pratiche commerciali scorrette, ecc.) per garantire il rispetto delle norme stabilite nel codice della *privacy*.

Naturalmente, l'attrazione della fattispecie delle pratiche commerciali scorrette nell'area di competenza dell'AGCM non esclude l'intervento del Garante per la privacy: le condotte sanzionate restano comunque distinte, senza duplicazione. Da un parte l'uso indebito e non autorizzato dei dati personali; dall'altro la particolare aggressione che il consumatore subisce nell'abito delle proprie scelte di consumo.

Pertanto, è auspicabile la creazione di sistemi coordinamento tra le Autorità che assicurino una maggiore coerenza organizzativa, procedurale; e ciò innanzitutto per quanto riguarda lo scambio di informazioni in ordine alle denunce ricevute, posto che l'Autorità, l'una o l'altra, che riceve la denuncia di una condotta ritenuta illecita (sotto il profilo della aggressione della privacy o sotto quello della libertà di scelta del prodotto o servizio da acquistare) pur dovrebbe informare l'altra Autorità per l'avvio del procedimento di verifica della medesima condotta per gli aspetti di propria competenza. Poi per i profili della istruttoria, per evitare inutili, quanto onerose, indagini, ove siano state svolte, o siano in corso di svolgimento, da parte dell'una o dell'altra Autorità sulla medesima fattispecie.

Con riferimento all'attività precipua dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali, se da un lato il quadro normativo appare oramai cristallizzato, sviluppandosi una prassi applicativa abbastanza definita nei criteri applicativi, non è mancata, nel corso degli ultimissimi anni, l'emergere di fattispecie che hanno posto notevoli dubbi sui confini di liceità, soprattutto nell'ambito dell'uso di internet e dei servizi che sono fruibili agli utenti attraverso la rete. Di seguito, perciò, si propone una analisi di distinte e specifiche situazioni che sono sfuggite, sino ad oggi, ad una compiuta valutazione degli aspetti di aggressione alla privacy.

2. LA “PROFILAZIONE”

“*Personal data is the new oil of the internet and the new currency of the digital world [...] Consumer rights must adapt to technology, not be crushed by it*” affermava l'ex Commissario europeo per i consumatori Maglena Kuneva durante il suo intervento alla Tavola Rotonda sulla raccolta di dati *online* (Bruxelles, 31 marzo 2009), nel corso del quale ha riconosciuto gli indiscussi vantaggi per i consumatori derivanti dall'utilizzo delle nuove tecniche di comunicazione e di informazione (in particolare di *internet*), ma ha anche sollecitato l'intervento dei legislatori nazionali per prevenire e sanzionare quelle pratiche volte a profilare i consumatori a scopo di *marketing*.

Quando navigano in *internet*, gli utenti della rete non hanno la consapevolezza di lasciare dietro di sé una lunga scia di dati personali.

Spesso non sono neanche in condizione di sapere quali dati sono stati raccolti, come e da chi vengono trattati, in quale momento e a quale scopo.

Soprattutto non hanno la consapevolezza del *valore* dei propri dati personali.

I dati telefonici e telematici (numeri chiamati, date e orari, tempi di conversazione e di accesso alla rete, indirizzi *email* contattati) - pur non riguardando il contenuto della comunicazione - possono essere raccolti, incrociati ed utilizzati dai fornitori dei servizi per costruire un “profilo”, dal quale si possono desumere ulteriori informazioni sui gusti e le abitudini, sullo stato di salute, sulle relazioni interpersonali, sugli orientamenti politici, religiosi e sessuali dell'utente, per poi realizzare - sulla base di esso - campagne di *marketing*.

L'Autorità garante per la protezione dei dati personali (di seguito, anche, “l'Autorità” o “il Garante”), mostrando grande sensibilità ed attenzione al problema, si è pronunciata in numerose occasioni sulla pratica della profilazione.

Ad alcune società operanti nel settore della telefonia e di *internet* l'Autorità ha vietato il trattamento ulteriore di dati telefonici e telematici, e ne ha ordinato la cancellazione. Infatti, durante le ispezioni svolte dal Garante, era emerso che le società conservavano i dati di traffico telefonico e telematico per periodi di tempo di gran lunga superiori a quelli stabiliti dalla legge (ventiquattro mesi per i dati di traffico telefonico, dodici mesi per i dati telematici). Inoltre, è stata ordinata anche la cancellazione (*ex art. 154, comma 1, lett. c) del codice privacy*) di tutte quelle informazioni - illegittimamente raccolte in un *database* - suscettibili di poter essere utilizzate per profilare gli utenti (prov. del 19 novembre 2009, doc. web n. 1695393; prov. del 19 novembre 2009, doc. web n. 1695368; prov. del 21 ottobre 2009, doc. web n. 1683093).

In particolare, il Garante – premesso che i dati personali non possono essere trattati senza il consenso esplicito dell’interessato e senza un’adeguata informativa sulle finalità e modalità di trattamento - ha precisato che se il fornitore intende utilizzare per la profilazione dati personali *aggregati*, per i quali non è stato acquisito il consenso degli interessati, deve sottoporre al Garante una richiesta di verifica preliminare, indicando quali trattamenti si intendono effettuare, con quali dati e per quali finalità. Sarà poi il Garante a pronunciarsi sulla conformità del trattamento richiesto al codice della *privacy*.

I fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico hanno dovuto conformare a queste nuove regole l’attività di profilazione avente ad oggetto dati personali “aggregati” (anche in assenza di uno specifico consenso) entro il 30 settembre 2009 (prov. del 25 giugno 2009, doc. web. 1629107).

Di recente, il Garante è intervenuto per contrastare un fenomeno di profilazione occulta. Avendo rilevato che una società richiedeva al consumatore un unico consenso in relazione ai dati che potevano essere utilizzati per diverse finalità (invio di informazioni commerciali e di materiale pubblicitario da parte di società collegate, analisi delle abitudini e delle scelte di consumo, ricerche di mercato, elaborazione di studi, realizzazione di attività dirette di vendita o di collocamento di prodotti/servizi) – il Garante ha vietato (*ex artt. 143, comma 1, lett. c) e 154, comma 1, lett. d), del codice privacy*) tale trattamento illecito dei dati, prescrivendo alla società di modificare il modello di raccolta del consenso, per fornire ai clienti la possibilità di prestare consensi differenziati in relazione alle distinte finalità indicate (prov. del 16 dicembre 2009, doc. web n. 1688999).

Occorre mettere in guardia i consumatori da queste pratiche, rendendoli più consapevoli dell’importanza del loro consenso al trattamento dei dati personali, ma soprattutto è necessario vigilare sul comportamento dei professionisti e punire chi viola le norme in materia di *privacy*.

3. IL CASO “GOOGLE STREET VIEW”

Ha destato sconcerto il caso della vettura di Google impiegata per il servizio “Street View” che, utilizzando antenne wi-fi, dall’aprile 2008 si aggira indisturbata per tutta Italia scattando immagini e captando a mo’ di magnete una quantità enorme di dati personali, per lo più frammenti di comunicazioni elettroniche trasmesse dagli utenti su alcune reti wi-fi non protette da protocolli sicuri e da cifratura (*c.d. payload data*).

Il Garante, una volta acquisita l’informazione, ha richiesto a Google di fornire elementi utili alla valutazione della liceità e correttezza del trattamento dei dati personali effettuato attraverso il servizio Street View. Google Inc. ha ammesso di aver raccolto

i *payload data*, ed ha dichiarato che - sebbene questi siano molto frammentati - vi è la possibilità che contengano dati personali nel caso in cui un utente, al momento del passaggio delle vetture di Street View, abbia trasmesso alcune informazioni personali.

Il fatto che Google abbia ammesso l'erronea raccolta dei *payload data* e che abbia assicurato di non averli mai trattati per alcun tipo di servizio, né di averli mai comunicati a terzi, ovviamente non può bastare.

Con provvedimento del 9 settembre 2010, il Garante ha disposto nei confronti di Google il blocco di qualsiasi trattamento dei *payload data* raccolti sul territorio italiano - ai sensi degli artt. 143, comma 1, lett. c) e 154, comma 1, lett. d), del codice della *privacy* - nonché la trasmissione degli atti all'Autorità giudiziaria poiché vi è la concreta possibilità che siano stati violati anche gli artt. 617-*quater*, e 617-*quinqües* del codice penale che - rispettivamente - puniscono l'intercettazione, l'impedimento o l'interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche e l'installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire od interrompere comunicazioni informatiche o telematiche. A tal fine, il Garante - per il momento - non ha disposto la cancellazione dei *payload data* raccolti dai *servers* sui quali sono conservati, proprio perché potrebbero costituire elementi di prova in caso di un eventuale intervento da parte dell'Autorità giudiziaria [provv. del 9 settembre 2010, doc. web n. [1750529](#)].

Appare inquietante il fatto che Google abbia potuto immagazzinare una così ingente quantità di dati e che tutto ciò sia passato inosservato per circa due anni e mezzo.

Nell'attesa delle determinazioni dell'Autorità giudiziaria sulla vicenda, sollecitiamo l'adozione di interventi, anche a livello internazionale, che possano evitare il ripetersi di eventi analoghi, fortemente lesivi non solo della *privacy* ma anche della sicurezza dei singoli.

4. NOVITÀ IN MATERIA DI TELEMARKETING

Per quanto concerne il *telemarketing*, è opportuno soffermarsi ad analizzare la nuova disciplina delle comunicazioni promozionali via telefono - introdotta dal d.l. 135/2009 (convertito, con modificazioni, in l. 166/2009) - che ha riformato gli artt. 130 del d.lgs. 196/2003 e 58 del codice del consumo, modificando radicalmente il sistema precedente.

Tale riforma è stata attuata in recepimento della direttiva 2002/58/CE con la quale si è inteso armonizzare le disposizioni degli Stati membri «*necessarie per assicurare un livello equivalente di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche e per assicurare la libera circolazione di tali dati e delle*

apparecchiature e dei servizi di comunicazione elettronica all'interno della Comunità» (art. 1).

Il legislatore comunitario, per la disciplina delle comunicazioni indesiderate a scopo di commercializzazione diretta *attraverso l'intervento di un operatore telefonico* (art. 13, comma 3), ha lasciato gli Stati membri liberi di scegliere tra il modello *opt-in* (divieto di tali comunicazioni senza il consenso degli utenti interessati) ed il modello *opt-out* (gli abbonati esprimono la volontà di non ricevere questo tipo di chiamate).

Per tali comunicazioni, la preferenza del legislatore italiano è stata accordata al sistema *opt-out*. Tuttavia, occorre avvertire che per l'invio di offerte commerciali tramite email, fax, sistemi telefonici automatizzati, SMS e MMS vige tutt'ora il sistema *opt-in*: pertanto, si deve sempre richiedere il preventivo consenso informato e specifico del destinatario, anche quando si tratti di dati estratti da elenchi categorici o da albi (prov. del 26 marzo 2010 doc. web. 1719891; prov. dell'8 aprile 2010, doc. web. 1721205).

Dunque, l'attività di comunicazione promozionale via telefono, tramite un operatore persona fisica, può essere svolta solo nei confronti degli utenti che non abbiano manifestato la loro opposizione iscrivendosi in un apposito registro, il registro pubblico delle opposizioni (sistema *opt-out*).

Con decreto del Presidente della Repubblica n. 100 del 9 luglio 2010 - in ritardo rispetto alla data del 25 maggio 2010 fissata dalla legge 166/2009 - è stato istituito il registro pubblico delle opposizioni, al quale possono gratuitamente iscriversi coloro che non vogliono che i propri dati presenti negli elenchi telefonici pubblici siano trattati - via telefono - per l'invio di materiale pubblicitario, vendita diretta, ricerche di mercato, comunicazioni commerciali.

La realizzazione e la gestione del registro sono di competenza del Ministero dello Sviluppo Economico, il quale può affidarle anche a soggetti terzi, con contratto di servizio.

All'Autorità garante per la protezione dei dati personali, diversamente da quanto auspicato, non spetta la gestione del registro, potendo esercitare soltanto la vigilanza e il controllo sull'organizzazione e il funzionamento di quest'ultimo.

Il registro dovrà essere realizzato e dovrà essere accessibile agli utenti entro novanta giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del regolamento di attuazione.

Tale riforma, al di là della scelta nefasta del sistema *opt-out*, si presta a molteplici censure, alcune delle quali sono già state mosse dall'Autorità garante per il trattamento dei dati personali, dall'Agcom e dal Consiglio di Stato nel corso dell'approvazione del regolamento di attuazione.

In primo luogo, la scelta del regime *opt-out* poggia su di una motivazione fittizia e

del tutto arbitraria: si presume legalmente che tutti gli utenti vogliano ricevere chiamate per finalità pubblicitarie.

È evidente che la realtà dei fatti abbia dimostrato esattamente il contrario, poiché già in passato gli utenti che hanno manifestato la volontà di essere destinatari di offerte commerciali via telefono erano una sparuta minoranza, come rilevato dal Garante: «*in un arco di tempo relativamente breve, si è registrato un significativo decremento nelle utenze presenti nel DBU, che prescinderebbe dalle manifestazioni di consenso espresse dagli interessati. Ad esempio, nel periodo tra marzo e ottobre 2008, il DBU si è ridotto di circa 500.000 unità, mentre nell'ultimo periodo considerato (ottobre 2008 – gennaio 2009), altre 250.000 utenze circa sono risultate mancanti*» (prov. del 1° aprile 2010, doc. web n. 1711492).

La scelta del regime *opt-out* è lesiva del diritto dei consumatori alla tranquillità della vita privata, che con questa riforma non riceve una adeguata tutela dalle forme di pubblicità intrusive: è evidente che tale inversione di sistema opera in favore degli operatori commerciali, che possono così utilizzare ogni numerazione disponibile per le proprie campagne pubblicitarie.

All'importunato utente non resta che ricorrere alla procedura di opposizione.

Sebbene le modalità per l'iscrizione nel registro siano abbastanza semplificate (compilazione di un modulo via *internet*, chiamata telefonica o invio di *fax*, raccomandata, *email*), non è stata prevista alcuna conferma scritta dell'avvenuta iscrizione: pertanto, l'utente viene privato della prova documentale dell'opposizione nel caso in cui riceva illegittimamente comunicazioni promozionali via telefono.

È di palmare evidenza che l'iscrizione al registro risulterà più difficoltosa per le categorie più deboli di consumatori, in particolare per gli anziani, che rappresentano i tipici destinatari di questo tipo di comunicazioni.

Non è sufficiente iscriversi una volta nella vita al registro pubblico delle opposizioni: poiché l'iscrizione nel registro si riferisce unicamente alla numerazione indicata e ad esso intestata, va rinnovata ogniqualvolta la numerazione cambi intestatario o intervenga la cessazione dell'utenza, il tutto a carico del consumatore.

Un'altra anomalia, che rivela la scarsa tutela in sede normativa degli interessi dei consumatori, è costituita dal fatto che – come ben rilevato dall'Autorità garante, dall'Agcom e dal Consiglio di Stato – al registro possono iscriversi soltanto gli utenti *intestatari delle numerazioni estratte dagli elenchi cartacei ed elettronici di cui all'art. 129 del codice della privacy*. In questo modo, si verifica il paradosso per cui coloro che in precedenza hanno deciso di non comparire negli elenchi proprio per non essere più contattati telefonicamente a fini promozionali, con tale riforma saranno certamente

disturbati perché non potranno iscriversi nel registro.

Pertanto, sarebbe stato opportuno consentire l'iscrizione nel registro a tutti coloro che non vogliono essere infastiditi da comunicazioni commerciali via telefono, indipendentemente dal fatto che la propria numerazione di rete fissa o mobile figurino o meno negli elenchi di cui all'art. 129 d.lgs. 196/2003.

Inoltre, il fatto che si impedisca la contestuale iscrizione nel registro di più numerazioni intestate ad un unico utente, appare irragionevole e inutilmente oneroso.

Poiché la realizzazione e la gestione del registro pubblico delle opposizioni potrà essere affidata dal Ministero dello sviluppo economico ad un soggetto privato con contratto di servizio, si sarebbero dovuti delineare i requisiti di indipendenza ed imparzialità, nonché gli obblighi e le responsabilità, di quest'ultimo.

Non convince nemmeno il regime transitorio previsto dal regolamento di attuazione.

Qualora il termine di novanta giorni – decorrente dalla data di pubblicazione del decreto di attuazione - previsto per la realizzazione del registro non dovesse essere rispettato, è stato disposto che la disciplina sarà comunque operativa e gli utenti - nel frattempo - possono esercitare il diritto di opposizione mediante l'iscrizione delle numerazioni di cui sono intestatari nella Base Dati Unica vigente ai sensi delle delibere dell'Agcom nn. 36/02/Cons. e 180/02/Cons.

Tuttavia, poiché la disciplina della Base Dati Unica è prevista dal Protocollo d'intesa del 29 aprile 2005⁵⁹, le regole per il funzionamento delle opposizioni tramite la Base Dati Unica dovrebbero essere concordate con gli operatori licenziatari di rete fissa e mobile, dunque non possono trovare automatica applicazione le norme previste dal decreto di attuazione per la gestione delle opposizioni.

Nulla è stato disposto con riguardo al regime vigente nel periodo che va dalla pubblicazione del regolamento di attuazione alla effettiva realizzazione del registro delle opposizioni.

Infine, le uniche tutele degli utenti iscritti nel registro a fronte delle illegittime chiamate degli operatori consistono soltanto nella sanzione amministrativa pecuniaria di cui al comma 2 *bis* dell'art. 162 d.lgs. 196/2003 - peraltro ridotta dall'art. 20 *bis* del d.l. 135/2009 da ventimila euro a diecimila euro – sulla cui funzione deterrente è lecito esprimere dubbi. Se assieme alla sanzione si fosse prevista anche l'immediata cancellazione della numerazione dell'abbonato opposto dal *database* dell'operatore trasgressore, si sarebbe adottato un rimedio ancora più utile e idoneo alla tutela del diritto dell'utente opposto.

⁵⁹ Protocollo d'intesa tra operatori licenziatari di rete fissa e mobile relativo alla costituzione ed operatività della Base Dati Unica di cui alla delibera AGCOM 36/02/Cons del 29 aprile 2005.

L'attuale disciplina delle comunicazioni commerciali (consenso preventivo se effettuate via *email*, *fax*, SMS e MMS o sistemi telefonici automatizzati; opposizione dell'utente per quelle effettuate via telefono con operatore), lungi da aver rafforzato le difese dei consumatori, le ha gravemente indebolite, complicando incomprensibilmente il sistema. C'è da aspettarsi che, con l'ampia esposizione dei consumatori a campagne di *marketing* telefonico sempre più invadenti ed aggressive, si otterrà l'effetto di ridurre notevolmente la fiducia dei consumatori nei confronti di queste tecniche di commercializzazione e del mercato in generale.

Conscia della potenziale lesività dei diritti degli utenti caratteristica di tale riforma, la Commissione Europea in data 28 gennaio 2010 ha disposto una costituzione in mora *ex art.* 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (nell'ambito della già aperta procedura di infrazione n. 2009/2356), ritenendo che l'Italia - con l'adozione dei dd.l. 207/2008 e 135/2009 - non abbia correttamente recepito la direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

In primo luogo, la Commissione ha ribadito che gli Stati Membri hanno l'obbligo di garantire che gli abbonati - i cui nominativi figurano in un elenco pubblico - diano il proprio consenso per l'utilizzo dei dati personali contenuti nell'elenco e siano informati sulle finalità di compilazione di quest'ultimo.

Tale obbligo non è stato rispettato nel momento in cui sono state realizzate banche dati, sulla base dei vecchi elenchi pubblici degli abbonati formati prima del 1° agosto 2005, senza alcuna informativa sul trasferimento dei dati e sul loro trattamento.

Inoltre, la l. 166/2009 ha ulteriormente prorogato per altri sei mesi (fino al 24 maggio 2010) il termine per effettuare tale trattamento in deroga alla regola del consenso preventivo, secondo quanto stabilito dall'art. 44, comma 1 *bis* del d.l. 207/2008 (convertito, con modificazioni, in l. 14/2009): tale termine era già stato prorogato dall'Autorità al 31 dicembre 2009 (prov. del 12 marzo 2009, doc. web n. 1598808).

Alla luce dei rilievi svolti, c'è da augurarsi che il legislatore ponga rimedio alle lacune e alle anomalie normative di tale riforma, rispondendo in modo più efficace alle esigenze dei consumatori in tema di telefonate commerciali, fortemente invasive della loro tranquillità privata.

Sempre sul fronte del *telemarketing*, il Garante (*ex artt.* 143, comma 1, lett. *c*) e 154, comma 1, lett. *d*), del codice *privacy*) ha vietato le chiamate telefoniche - senza previo consenso - ad un numero composto casualmente, specificando che anche tale numero va considerato "dato personale" - in quanto corrispondente ad un utente identificato o identificabile - e che non può essere trattato senza il consenso dell'interessato (prov. del

3 dicembre 2009, doc. web n. 1679436).

Il Garante si è pronunciato anche in merito alla c.d. funzione di “ricerca inversa o derivata”, che consiste nella possibilità - per i fornitori di servizi di informazione sugli elenchi - di comunicare al richiedente i dati personali degli abbonati presenti negli elenchi telefonici, effettuando la ricerca sulla base del numero telefonico o di altro dato degli stessi. Al riguardo, l’Autorità ha disposto che è possibile effettuare la ricerca inversa nei confronti dei “nuovi abbonati” che hanno espresso un consenso esplicito in tal senso; soltanto per gli abbonati i cui dati erano già inseriti in un elenco pubblico alla data del 1° febbraio 2005 - a partire dal 1° gennaio 2011 – sarà possibile effettuare la funzione di ricerca inversa, anche senza previo consenso. Pertanto, il Garante ha prescritto agli operatori telefonici di rendere nota a tali abbonati l’attivazione della funzione di “ricerca inversa” nei loro confronti, mediante idonea informativa, da pubblicare sui propri siti web entro il 31 maggio 2010 e da inserire nella bolletta contenente il conto telefonico entro il 31 dicembre 2010 (provv. dell’8 aprile 2010, doc. web n. 1713429).

Per quanto concerne la *number portability* - ossia il cambio del gestore telefonico mantenendo in uso il precedente numero - il Garante ha disposto che coloro che non rispondono al modulo sottoposto dal nuovo operatore per esprimere il consenso ad inserire i propri dati nel Data Base Unico (DBU), sono assimilabili agli abbonati i cui nominativi figuravano negli elenchi pubblicati prima dell’entrata in vigore del nuovo regime degli elenchi telefonici, che hanno già espresso al vecchio operatore le manifestazioni di volontà in merito all’inserimento nel DBU: resta salva, in ogni caso, la possibilità per i medesimi di manifestare in qualunque momento una diversa volontà, rivolgendosi anche successivamente al nuovo operatore (provv. del 1° aprile 2010, doc. web n. 1711492).

5. IL DISEGNO DI LEGGE SUL FURTO D’IDENTITÀ.

Un fenomeno allarmante - la cui diffusione desta seria preoccupazione - è certamente il *furto d’identità*, che consiste nell’ottenere, anche in modo fraudolento, informazioni su di un soggetto al fine di sostituirsi ad esso per compiere atti illeciti.

Il fatto che i dati personali possano essere recuperati da individui che per delinquere si celano dietro l’identità altrui, è fonte di allarme per la trasversale lesività dell’evento, in grado di nuocere cittadini qualunque e anche le imprese.

Si tenga conto, inoltre, che l’acquisizione dei dati altrui può avvenire secondo varie modalità, alcune più semplici (reperimento di informazioni sui *social networks*, chiamate telefoniche effettuate fingendosi dipendenti della banca, *bin raiding*, ecc.), altre più sofisticate (clonazione di carte di credito, *phishing*, creazione di falsi motori di ricerca,

pharming, ecc.).

In mancanza di riferimenti normativi specifici volti a prevenire e a sanzionare direttamente il furto d'identità, la giurisprudenza ha fornito agli interpreti apprezzabili indicazioni sul bene giuridico da tutelare e sugli elementi costitutivi della fattispecie delittuosa.

La Cassazione, pronunciandosi in merito alla creazione di un *account* di posta elettronica a nome altrui per recare danno a questa persona, ha sottolineato che «*oggetto della tutela penale, in relazione al delitto previsto nell'art. 494 c.p. [sostituzione d'identità], è l'interesse riguardante la pubblica fede, in quanto questa può essere sorpresa da inganni relativi alla vera essenza di una persona o alla sua identità o ai suoi attributi sociali [...] consumandosi il reato "de quo" con la produzione dell'evento conseguente all'uso dei mezzi indicati nella disposizione incriminatrice, vale a dire con l'induzione di taluno in errore, nel caso in esame il soggetto indotto in errore non è tanto l'ente fornitore del servizio di posta elettronica, quanto piuttosto gli utenti della rete, i quali, ritenendo di interloquire con una determinata persona (la T.), in realtà inconsapevolmente si sono trovati ad avere a che fare con una persona diversa*» (Cass. pen., sez. V, 14.12.2007, n. 46674); «*nell'ipotesi di furto di identità ed utilizzazione da parte del reo di un documento altrui in nulla alterato o modificato, al fine di aprire conti correnti ed emettere assegni, la riconoscibilità dell'abuso è da ritenere "in re ipsa", e da presumere fino a prova contraria*» (Cass. civ., sez. III, 11.2.2009, n. 3350).

L'unico disegno di legge presentato all'attenzione del legislatore, dal titolo «*Disposizioni di contrasto al furto d'identità e in materia di prevenzione delle frodi nel settore del credito al consumo, dei pagamenti dilazionati o differiti e nel settore assicurativo*» (AC 2699), è stato congegnato esclusivamente per *prevenire* il furto d'identità.

È prevista l'istituzione di un sistema di prevenzione basato sull'archivio centrale informatizzato - presso l'Ufficio centrale antifrode dei mezzi di pagamento (UCAMP) - al quale gli aderenti al sistema (banche, fornitori di servizi di comunicazione elettronica, imprese di assicurazione, ecc.) potranno inoltrare una richiesta di verifica dell'autenticità dei dati in loro possesso forniti dalle persone fisiche o giuridiche che richiedono una dilazione o un differimento di pagamento, un finanziamento o altra analoga facilitazione finanziaria, un servizio a pagamento differito, una prestazione di carattere assicurativo.

L'archivio darà seguito alle richieste di verifica mediante un riscontro con i dati detenuti nelle banche dati degli organismi pubblici e privati; memorizzerà, in forma anonima ed aggregata, i casi il cui riscontro ha evidenziato la non autenticità di uno o più dati indicati nella richiesta di verifica, al fine dello studio del fenomeno delle frodi;

memorizzerà le informazioni trasmesse dagli aderenti relative alle frodi subite o ai rischi di frode, nonché le segnalazioni trasmesse dall'UCAMP agli aderenti.

Francamente, nutriamo seri dubbi che questo sistema sia efficace a prevenire il furto d'identità. Anche l'Autorità ha espresso perplessità sulla costituzione di una nuova banca dati.

Sorprende, inoltre, che si sia scelto un approccio esclusivamente preventivo al fenomeno, anziché corredarlo dell'ulteriore e indispensabile *assetto sanzionatorio*.

Confidiamo nel fatto che il Garante continui a seguire attentamente l'*iter* di tale progetto di legge, suggerendo – secondo quelle che sono le proprie prerogative - al Parlamento e al Governo gli interventi normativi più adeguati ed efficaci per la protezione dei dati personali e la tutela dei diritti fondamentali.

ABSTRACT

Le nuove tecniche di comunicazione e di informazione hanno avuto una diffusione così capillare da essere globalmente utilizzate sia per la professione sia per la gestione dei rapporti interpersonali, divenendo progressivamente uno strumento dal quale difficilmente si può prescindere. Tuttavia, di fronte all'illegittimo trattamento dei nostri dati personali disinvoltamente operato da terzi o dallo stesso titolare del trattamento, i consumatori esigono l'intervento sollecito e sinergico del legislatore e delle Autorità amministrative indipendenti per l'elaborazione di sistemi preventivi e sanzionatori che possano impedire la sistematica violazione dei loro diritti.

BIBLIOGRAFIA

- ALPA G. e ROSSI CARLEO L., *Codice del consumo: commentario*, Napoli, 2005.
- ALPA G., *I diritti dei consumatori*, Torino, 2009.
- ALPA G. e BESSONE M., *Banche dati, telematica e diritti della persona*, Padova, 1984.
- BIANCA C.M. e BUSNELLI F.D., *La protezione dei dati personali*, Padova, 2007.
- BRAVO F., *La commissione di illeciti penali tramite Internet. Aspetti socio-criminologici nell' "ambiente" telematico e profili giuspenalistici*, Bologna, 2006.
- DI RESTA F., *La tutela dei dati personali nella società dell'informazione*, Torino, 2009.
- GAMBINO A. M. e STAZI A., *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Torino 2009.
- MINERVINI E. e ROSSI CARLEO L., *Le modifiche al codice del consumo*, Torino, 2009.
- QUADRI DI CARDANO G., *La privacy informatica: trattamento dei dati personali e tutela dell'affidamento*, Bologna, 2008.
- SICA S. e STANZIONE P., *La nuova disciplina della privacy*, Torino, 2004.
- TOSI E., *Codice della privacy: tutela e sicurezza dei dati personali, normativa nazionale*, Piacenza, 2010.
- VITERBO F.G., *Protezione dei dati personali e autonomia privata: profili di interferenza e di reciproca funzionalizzazione*, Napoli, 2008.

Gli Autori

- SALVATORE ARENA
Dottorando di ricerca in “Consumatori e mercato” - Università “Roma Tre”
- PIERFRANCESCO BARTOLOMUCCI
Assegnista di ricerca - Università “Roma Tre”
- FABIO BASSAN
Professore associato di Diritto internazionale - Università “Roma Tre”
- FRANCESCA BASSI
Dottoranda di ricerca in “Consumatori e mercato” - Università “Roma Tre”
- TERESA A. D’ANDRIA
Dottoranda di ricerca in “Consumatori e mercato” - Università “Roma Tre”
- CARLO DI SARIO
Dottorando di ricerca in “Consumatori e mercato” - Università “Roma Tre”
- FRANCESCA GERVASIO
Dottoranda di ricerca in “Consumatori e mercato” - Università “Roma Tre”
- ANDREA SACCO GINEVRI
Dottore di ricerca in “Consumatori e mercato” - Università “Roma Tre”
- ALFONSO INGENITO
Dottorando di ricerca in “Consumatori e mercato” - Università “Roma Tre”
- PAOLO LAZZARA
Professore associato di Diritto amministrativo - Università “Roma Tre”
- ANTONIO LIGUORI
Dottorando di ricerca in “Consumatori e mercato” - Università “Roma Tre”
- LUCIA MINERVINI
Dottorando di ricerca in “Consumatori e mercato” - Università “Roma Tre”
- MARINELLA MORAMARCO
Dottore di ricerca in “Diritto delle società” - Università del Salento
- AURORA MUSELLI
Avvocato in Roma
- MATTEO PADELLARO
Consumatori e mercato” - Università “Roma Tre”
- LUCA REALI
Dottorando di ricerca in “Consumatori e mercato” - Università “Roma Tre”
- LILIANA ROSSI CARLEO
Professore ordinario di Diritto privato - Università “Roma Tre”
- MICHELE SANDULLI
Professore ordinario di Diritto commerciale - Università “Roma Tre”
- DOMENICO SPAGNUOLO
Ricercatore di Diritto commerciale – Università “Roma Tre”
- CHIARA VADALÀ
Dottore di ricerca in “Consumatori e mercato” - Università “Roma Tre”