

PRESENTA



***Consumerism 2011.
Quarto rapporto annuale.***

IN COLLABORAZIONE CON

CONSUMERS' FORUM
e
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE

presentano

CONSUMERISM 2011
QUARTO RAPPORTO ANNUALE

INDICE

Introduzione <i>(L. Rossi Carleo)</i>	p. 9
SEZIONE I	
AGENZIE DI NUOVA ISTITUZIONE E SETTORI REGOLAMENTATI: COMPITI, ATTIVITÀ E STRUMENTI DI TUTELA DEGLI UTENTI	
1. La nuova disciplina dell’Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, istituita con il Decreto Sviluppo del maggio 2011. Principi, problemi e prospettive <i>(E. Leonetti)</i>	p. 20
1. L’istituzione della nuova Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua.	
2. Finalità dell’Agenzia.	
3. Compiti e funzioni.	
4. Composizione dell’agenzia:	
4.1. I membri.	
4.2. Gli organi.	
4.3. I compensi.	
4.4. Ipotesi di incompatibilità/decadenza ed ulteriori divieti.	
5. Organizzazione e risorse finanziarie dell’Agenzia:	
5.1. Lo Statuto e il Regolamento Interno.	
5.2. Le risorse finanziarie dell’Agenzia.	
5.3. La copertura degli oneri derivanti dal funzionamento dell’Agenzia.	
6. L’ipotesi di scioglimento dell’Agenzia.	
7. Le disposizioni di carattere processuale.	
8. Osservazioni sulla natura giuridica dell’Agenzia e sui compiti ad essa attribuiti e questioni aperte.	
2. Considerazioni generali sul settore del trasporto <i>(F. Macioce)</i>	p. 34
3. I diritti e gli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario. Il nuovo quadro normativo di riferimento e le prospettive di attuazione <i>(P. Lazzara)</i>	p. 41
1. La nuova disciplina sui diritti ed obblighi dei passeggeri.	
2. Il Regolamento (CE) n. 1371/2007 e le convenzioni internazionali.	
3. Il decreto legislativo sui diritti ed obblighi dei passeggeri nel sistema delle fonti nazionali, competenze amministrative centrali e regionali.	

4. L'organismo di vigilanza e controllo. La riorganizzazione del ministero ed il riassetto del controllo societario sulle imprese esercenti. Le prospettive di riforma.
5. Il quadro delle sanzioni, nella disciplina sui diritti e gli obblighi dei passeggeri.
6. segue: le sanzioni.
7. Il Trasporto su ferro tra Stato e mercato.

4. I servizi postali

(F. Bassan) p. 51

1. Introduzione.
2. Il Decreto legislativo 31 marzo 2011 n. 58.
3. L'Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale.
 - 3.1. Il Collegio e il Direttore generale.
 - 3.2. Agenzia governativa, non autorità indipendente.
4. Il servizio universale.
5. Forme di tutela degli utenti.

SEZIONE II

AUTORITÀ INDIPENDENTI DI SETTORE E ORIZZONTALI: NOVITÀ LEGISLATIVE E INTERVENTI A TUTELA DEL CONSUMATORE

5. L'AGCom e le comunicazioni elettroniche

(F. Bassan) p. 58

1. Introduzione: il recepimento in Italia delle direttive europee in materia di tv e telecomunicazioni.
2. Le principali novità nel settore audiovisivo.
 - 2.1. Il decreto legislativo 44/2010.
 - 2.1.a. Il digitale terrestre.
 - 2.1.b. Il product placement.
 - 2.2. La gara per le frequenze.
3. Gli interventi nel settore delle telecomunicazioni.
 - 3.1. Le reti di nuova generazione.
 - 3.2. La gara per le frequenze.
 - 3.3. Il diritto d'autore.
 - 3.4. La tutela degli utenti nelle comunicazione mobili e personali.
 - 3.4.a. Trasparenza tariffaria nella telefonia mobile e personale.
 - 3.4.b. Il roaming internazionale.
 - 3.5. Il registro pubblico delle opposizioni.

6. L'Autorità per l'energia elettrica ed il gas ed il mercato dell'energia

(M. Moramarco) p. 70

1. L'evoluzione normativa del ruolo dell'AEEG nel mercato energetico.
 - 1.1. L'istituzione dell'AEEG.
 - 1.2. I primi interventi normativi di liberalizzazione del mercato

energetico.

- 1.3. L'attuazione delle direttive del terzo pacchetto Energia.
2. L'indipendenza funzionale ed organizzativa dell'AEEG.
3. Le novità legislative del biennio 2010/2011.
4. Le novità legislative in tema di tutela dei consumatori.
5. Gli interventi dell'AEEG a tutela dei consumatori.
 - 5.1. L'informazione.
 - 5.2. La vigilanza.
 - 5.3. Gli interventi sanzionatori.
 - 5.4. L'attività di regolazione.

7. **La Banca d'Italia e il mercato del credito e dei servizi bancari**

(E. Granata) p. 93

1. La Banca d'Italia e le modalità di adozione dei provvedimenti regolamentari.
2. Gli interventi regolamentari della Banca d'Italia sul fronte della trasparenza e della correttezza dei rapporti con la clientela.
3. Trasparenza nei servizi di pagamento.
4. La trasparenza nel credito ai consumatori.
5. Le disposizioni in tema di trasparenza di valenza generale.
6. L'educazione finanziaria.
7. Il contrasto all'usura.
8. Arbitro Bancario e Finanziario.

8. **La Consob e la tutela dell'investitore in due recenti provvedimenti nel sistema dei mercati finanziari**

(A. Ingenito e S. Arena) p. 116

Premessa.

PARTE I: Le novità conseguenti al recepimento della Shareholders' right directive.

1. Introduzione. Il quadro normativo.
 2. Il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27: aspetti generali e campo d'applicazione.
 3. Il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27 e la tutela del piccolo investitore.
 - 3.a) segue. L'informativa pre e post-assembleare: l'avviso di convocazione e il diritto di porre domande.
 - 3.b) segue. Le facilitazioni all'esercizio del diritto di voto: Il voto a distanza e per procura; il rappresentante designato dalla società.
 4. La rilevanza dell'impiego delle nuove tecnologie informatiche.
- PARTE II: La Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob.
1. Introduzione. Le fonti normative.
 2. Le istituzioni e gli organi; i conciliatori e gli arbitri.
 2. a) La Consob.
 2. b) La Camera di conciliazione e arbitrato.
 2. c) I conciliatori e gli arbitri.

3. L'ambito di applicazione dei procedimenti.
 3. a) L'ambito di applicazione soggettivo.
 3. b) L'ambito di applicazione oggettivo.
 3. c) I rapporti con la disciplina del d.lgs. 28/2010.
4. I procedimenti.
 4. a) La conciliazione stragiudiziale.
 4. b) L'arbitrato amministrato. L'arbitrato ordinario (cenni).
 4. c) L'arbitrato semplificato.

9. Novità nel settore assicurativo e riflessi sull'attività dell'Autorità di vigilanza

(A. Luberti) p. 147

1. Introduzione.
2. Il quadro normativo ed economico.
3. Le proposte di riforma del settore.
4. La prevenzione delle frodi.
5. Le principali innovazioni legislative.
6. Le novità regolamentari.
7. L'analisi della giurisprudenza.
8. Conclusioni.

10. Garante della privacy e tutela del consumatore: tecniche di controllo e ambiti di più recente incidenza

(F. Longobucco) p. 163

1. Effettività della privacy e tutela del consumatore. I principali settori di intervento (2010-2011): l'attività di consolidamento. Autonomia, proceduralizzazione, consenso informato. Controllo e riequilibrio delle posizioni soggettive: la leale collaborazione tra Poteri.
2. L'educazione preventiva del consumatore: il caso del Registro delle opposizioni. I fax selvaggi, gli sms pubblicitari e il c.d. "danno da spamming": l'effetto di trascinarsi delle decisioni del Garante sulla giurisprudenza onoraria e di merito.
3. La nuova frontiera della telemedicina e la tutela del paziente-consumatore: la cartella elettronica, il Dossier sanitario e il Fascicolo Sanitario Elettronico. Il connubio tra regolazione del Garante e deontologia medica.
4. La c.d. e-privacy nella più recente normativa europea [Direttiva 2009/136/CE e Risoluzione (2011/2025(INI)]. I risultati attesi. Gli obiettivi da consolidare.
5. Rilievi conclusivi: a) le questioni scaturenti dalla internazionalizzazione e comunitarizzazione del "diritto alla privacy"; b) le differenze con il sistema statunitense; c) tutela del consumatore e giusto equilibrio tra autodeterminazione informativa e autoresponsabilità informativa: una sfida per il prossimo futuro.

11. La funzione antitrust dalla tutela del mercato alle garanzie per i consumatori: problematiche interpretative e prospettive applicati-

ve più recenti in materia di “impegni”.

Introduzione p. 176

A) Il difficile bilanciamento tra principio di autocorrezione e funzione deterrente nella “procedura con impegni” in materia anti-trust

(M. Scali) p. 177

1. La procedura con impegni in materia antitrust: l’inquadramento normativo e le principali problematiche interpretative.
2. Il vaglio preventivo sull’ammissibilità dell’impegno.
3. Giudizio di idoneità, discrezionalità e suoi limiti nell’interpretazione giurisprudenziale.
4. La portata contenutistica delle decisioni con impegni: se sia possibile “oltrepassare” l’effetto meramente ripristinatorio.
5. Riflessioni conclusive sulla natura giuridica: accordo o provvedimento amministrativo?

B) Il “nuovo” potere dell’Autorità di ottenere impegni dal professionista in materia di pratiche commerciali scorrette e di pubblicità ingannevole e comparativa illecita: confini e orizzonti

(L. Minervini) p. 193

1. L’istituto degli impegni disciplinato nel codice del consumo e nel d.lgs. 145/2007: struttura e finalità.
2. La valutazione discrezionale dell’amministrazione e i limiti di ammissibilità della nuova procedura.
3. I caratteri peculiari del giudizio sulla manifesta scorrettezza e gravità della pratica e/o pubblicità delineati dalla giurisprudenza amministrativa.
4. I fattori di emersione della manifesta scorrettezza e gravità: cenni alla prassi applicativa.
5. Discrezionalità e giudizio di idoneità: il legame tra l’infrazione contestata e l’impegno proposto.
6. L’applicazione crescente degli impegni a tutela del consumatore e del mercato: tra rischi e benefici.

SEZIONE III

PROFILI DEL CONTENZIOSO E DELL’ATTIVITÀ PARAGIURISDIZIONALE

12. Le Autorità indipendenti: garanti della risoluzione alternativa delle controversie di consumo?

(P. Bartolomucci) p. 214

1. Premessa.
2. La conciliazione delle controversie in materia di telecomunicazioni ed il ruolo dell’AGCom.
3. Le A.D.R. nel settore della tutela del risparmio.
4. L’Arbitro bancario finanziario (ABF).
5. La Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob.

6. Le procedure di risoluzione alternativa delle controversie e la disciplina della mediazione civile e commerciale di cui al d. lgs. n. 28/2010.
7. La risoluzione alternativa delle controversie in materia assicurativa ed il ruolo dell'ISVAP: la rete FIN-Net.
8. Le “nuove” competenze in tema di A.D.R. dell'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas.

SEZIONE IV

INDAGINE ESPLORATIVA

13. Le Autorità: il punto di vista delle Associazioni dei consumatori quali stakeholders privilegiati del sistema

(M.F. Renzi, G. Mattia, R. Guglielmetti) p. 252

1. Obiettivo.
2. Il focus group.
3. Metodologia di indagine.
4. Risultati dell'analisi.
 - 4.1. Percezione del ruolo delle Autorità.
 - 4.2. Rapporto tra Autorità e Associazioni di consumatori/consumatori e utenti.
 - 4.3. Efficacia presente e futura nella collaborazione tra Autorità e Associazioni dei consumatori.
5. Conclusioni.

Gli Autori p. 265

CONSUMERISM: RAPPORTO 2011

Introduzione (Liliana Rossi Carleo)

1. L'introduzione intende solo dar conto delle scelte, in gran parte obbligate, che sottendono il contenuto del Rapporto di quest'anno.

Non è quindi al contenuto che intendiamo far riferimento in questa breve premessa, quanto, piuttosto, al perché di un osservatorio che, seppure diretto ad un dialogo con le Autorità, ha inteso dedicare una prima sezione ad una sorta di dialogo ideale con le "mancate Autorità".

Emergono, difatti, prepotenti i grandi problemi che contraddistinguono settori di interesse economico generale carenti di Autorità e, solo talvolta, dotati di Agenzie la cui natura giuridica è alquanto ibrida.

Ad essi è destinata una prima Sezione, di certo stringata rispetto all'ampiezza e alle difficoltà che ancora accompagnano un quadro normativo asistemico e tuttora incompleto. Gli interventi, difatti, appaiono caratterizzati da una palese disorganicità e lasciano tuttora aperti problemi e criticità.

Al fine di evidenziare le persistenti difficoltà, abbiamo preso in considerazione gli interventi più recenti in relazione a tre settori: il settore idrico, i trasporti, i servizi postali.

Il sistema di vigilanza e di regolazione del settore idrico appare l'esempio emblematico di un incerto e altalenante cammino, che sembra non solo non intravedere una meta, ma neanche conoscerla.

Il settore idrico infatti è ed è stato oggetto di un'evoluzione normativa pressoché permanente, e tutt'ora in corso: si pensi solo agli esiti del recente referendum e alla perdurante mancanza dei provvedimenti attuativi della legge istitutiva della nuova Autorità. In questo contesto va collocata la creazione di quest'ultima, denominata "Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua".

Da un lato, tale Agenzia costituisce un risultato apprezzabile del legislatore nella misura in cui con essa si tenta di risolvere diverse, risalenti problematiche del settore come, ad esempio, la carenza di un'autorità di effettiva regolazione, dotata di

poteri incisivi anche in riferimento all'erogazione del servizio idrico. Dall'altro lato, tuttavia, non si possono trascurare le incertezze che connotano sia i contorni della nuova figura, il cui inquadramento quale agenzia amministrativa ovvero autorità indipendente *tout court* è oggetto di vivace dibattito sia, come accennato, il relativo *iter* normativo di attuazione. Peraltro, una volta a regime, occorrerà comunque verificare l'effettiva capacità di tale Agenzia di risolvere le significative criticità che affliggono da molti anni il settore e, quindi, in ultima analisi, di garantire un'effettiva tutela dei diritti degli utenti.

Il settore dei trasporti non sembra trovare un dato unificante nel diritto alla mobilità, costituzionalmente garantito. Tale settore resta, difatti, estremamente frazionato e, per alcuni aspetti, quali, ad esempio, il sub-settore delle autostrade, del tutto privo di una normativa attenta ai diritti dell'utente. Nelle ulteriori segmentazioni più significative (trasporto aereo, marittimo e ferroviario), la disciplina, essenzialmente per quanto riguarda gli aspetti relativi alla organizzazione aziendale, sembra, comunque, tener conto in maniera minimale dei diritti dei destinatari dei servizi, la cui figura viene ulteriormente frazionata in "sottotipi" dai quali emergono utenti dalla tutela assai differenziata. Al più, e in maniera limitata, si prevede una tutela rimediale, ovviamente e per sua natura circoscritta alla fase che segue l'utilizzazione del servizio e che si lega alla tipologia di servizio.

L'esempio indagato assume come punto di riferimento l'analisi delle criticità del trasporto su ferro e, a tale proposito, proprio rispetto a quanto abbiamo accennato, emergono ulteriori suddivisioni per quanto riguarda la tutela che impone di constatare la presenza di diverse tipologie di viaggiatore ferroviario, diversamente tutelato.

Una particolare attenzione merita la previsione, di derivazione europea, con riguardo alle ipotesi di assistenza per ritardi superiori ai 60 minuti, riservata esclusivamente ai viaggiatori di treni a lunga percorrenza. Essa si inserisce in un quadro che sembra perseguire, sia pure ancora a livello embrionale, quella che dovrebbe essere un'impostazione comune, caratterizzata dall'approccio pragmatico del legislatore comunitario che accomuna rimedi differenti, quali l'assistenza e l'indennizzo, introducendo una sorta di pena privata che rappresenta per il giurista italiano una figura di difficile raccordo con la tradizione codicistica. Le maggiori

criticità si rinvergono nella limitata applicazione di un meccanismo che non si applica a tutte le ipotesi di trasporto su rete.

Ancora: il servizio postale, pone in luce le resistenze che tuttora sono presenti e che consentono di enucleare difficoltà sul versante della piena liberalizzazione coniugate alla necessità di continuare a salvaguardare adeguati standard di qualità ed efficienza per il servizio universale sull'intero territorio nazionale. Il settore, al quale, invero, il legislatore europeo continua a dedicare attenzione, sembrerebbe, tuttavia, meritare attenzione essenzialmente per quanto riguarda la opportunità di riconsiderarlo in un ambito più ampio, tenendo conto dei cambiamenti e delle innovazioni tecnologiche che ne mutano la natura.

2. Anche per quanto riguarda il dialogo con le Autorità, che rappresenta il punto nodale del nostro incontro e, quindi, del nostro Rapporto, piuttosto che ripercorrere le notazioni e i rilievi evidenziati dai singoli contributi, ai quali ci affidiamo e ai quali rimandiamo per i rilievi specifici, esimendoci, così, dal ripetere in premessa quanto viene evidenziato nel testo, ci appare significativo limitarci a porre in rilievo il *fil rouge* che sottende i diversi contributi e, nel contempo, tutti li accompagna nell'ottica della tutela del consumatore.

Il Rapporto parte dalle precedenti esperienze e a queste si collega, limitandosi, pertanto, ad affrontare profili specifici e di novità.

Il quadro normativo, che caratterizza i più recenti interventi, lascia chiaramente intendere che regole del mercato e tutela del consumatore non possono essere tra loro confliggenti, ma devono essere complementari. A questo proposito, anche se per quest'anno e allo stato mancano ancora nel Rapporto relazioni dedicate, appare ricca di significato e di grande rilievo la presenza al Tavolo di lavoro anche dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture dei lavori pubblici (AVCP) in un contesto dedicato al cantiere aperto del *consumerism* e, quindi, ad un primo impatto solo apparentemente lontano dal campo di competenza di questa Autorità.

Nell'ultima Relazione annuale presentata dal Presidente dell'AVCP (<http://www.avcp.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/Pdf/Relazione2010/PresRelAVCP2010.pdf>) si legge «l'Autorità è pienamente consapevole

della delicatezza e della fragilità del contesto nel quale si trova ad operare. Gli avvenimenti di carattere sociale ed economico che ci stanno interessando dal 2007 a questa parte e, da ultimo, proprio in questi ultimi mesi, stanno producendo sulle istituzioni pubbliche e private, e soprattutto sulle persone, profonde e irreversibili trasformazioni. Nessuno potrà sentirsi al riparo. Tutti saremo chiamati ad uno sforzo supplementare di comprensione ed a fornire, secondo il proprio ambito di responsabilità e competenza, risposte innovative per garantire la tenuta del sistema economico e sociale che, con grande fatica, ci siamo fin qui garantiti.

Questa Autorità, per la delicatezza del compito al quale è chiamata a rispondere, cioè quello della vigilanza sul mercato degli appalti pubblici che interseca, dal lato della domanda, la vita di migliaia di imprese e parte della stessa crescita economica e, dal lato dell'offerta, il denaro del contribuente e le difficoltà di gestione della finanza pubblica, intende svolgere fino in fondo il proprio ruolo, nella convinzione che proprio in questo momento storico possa dare, ancor più che in passato, un significativo contributo».

Questa presenza sottolinea, quindi, come il diritto dei consumi debba essere inteso trasversalmente e come in ogni settore non possano e non debbano essere ignorate le ricadute di ogni intervento sul cittadino consumatore destinatario finale delle diverse decisioni.

Un'analisi più ravvicinata dell'esistente ha lasciato, tuttavia, aperto il dubbio che si possa determinare una confusione fra sovrapposizione e complementarietà: dai contributi emerge, difatti, la possibilità che si possa determinare un tortuoso intrecciarsi di forme di intervento e, per certi aspetti, di forme di tutela. Sebbene la complessità dell'attuale sistema rende utopistica ed antistorica l'aspirazione di determinare una riconduzione ad unità, ciò malgrado anche il caos deve avere una sua *ratio* e deve essere intelligibile.

Per palesare in maniera più evidente il profilo applicativo di questo rilievo, appare sufficiente, fra i molti, limitarsi a richiamare due esempi: la diretta o indiretta induzione all'acquisto, cui facciamo riferimento al di là della pubblicità o delle pratiche commerciali scorrette, e la tecnica dei rimedi con particolare riferimento alla frammentazione delle procedure.

Per quanto riguarda il primo aspetto, sembra emergere prepotente il concreto significato della limitazione delle pratiche commerciali scorrette ad attività di diffusione di informazioni e comunicazioni svolte in funzione della commercializzazione del prodotto. Si lega, di certo, in primo luogo a questa limitazione la liceità del *product placement*, ormai introdotta anche in campo televisivo. Essa si configura in modo tale che, se guardiamo alle norme in tema di pubblicità, il *product placement* stenta a differenziarsi dalla pubblicità occulta in mancanza di una qualunque informativa che potrebbe rendere il consumatore più attento e consapevole. Resta una possibilità di tutela affidata ai codici di autodisciplina, senza che risulti chiaro chi deve intervenire nel caso di mancato rispetto delle norme di autoregolamentazione.

Nell'operare un raccordo specifico tra piani concorrenti, va quindi evidenziata la necessità di rimeditare su quali debbano essere i punti di confluenza atti ad evitare una rincorsa fra tutela della libertà di offerta e tutela della libertà di scelta, segnando il primato dell'una o dell'altra senza porre attenzione alla complementarità tra le discipline. Pertanto se l'approccio incentrato sull'impatto delle condotte sul mercato sembra, a prima vista, trovare nel consumatore e nella centralità della sua posizione il punto di equilibrio fra discipline che tutelano indirettamente il consumatore e direttamente la concorrenza e discipline che, all'inverso, tutelano in primo luogo la libertà di scelta del consumatore e, di conseguenza, il corretto funzionamento del mercato, bisogna evitare che tra le maglie emerga una diversa priorità di fondo che capovolge l'impostazione: la necessità di creare un mercato integrato, immolando, a tal fine, i delicati equilibri fra le diverse componenti.

Tornando al nostro esempio, non si può ignorare che già nell'introdurre la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette il legislatore, nel *considerando* n. 6, riteneva ammesse pratiche quali il *product placement*, precisando, però che tali pratiche sono ammesse solo qualora non limitino la capacità di prendere una decisione consapevole. In questo contesto, al di là di quanto è stato già rilevato, ancora una volta appare utile una considerazione di fondo: non sembra venga attribuita nel nostro sistema una particolare attenzione al consumatore medio, come soggetto normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto.

Sovente troviamo riferimenti alla trasparenza, anche più spesso all'informazione, talvolta eccessiva e forse sovrabbondante, come nella nuova disciplina del credito al

consumo, ma assai di rado troviamo un qualche accenno alla necessità di colmare le asimmetrie educative in modo da consentire il passaggio dalla protezione alla promozione. A questo riguardo sembra doveroso registrare una novità positiva: il MEF ha avviato una consultazione pubblica sullo Schema di decreto legislativo recante modifiche al d.lgs. n. 141/2010 (di recepimento della direttiva sul credito ai consumatori). A questo riguardo è stato previsto e si sta cercando di valorizzare il ruolo dell'educazione finanziaria quale strumento di tutela del consumatore. L'approccio al tema, caratterizzato anche dal ricorso ad una nuova modalità finalizzata, sul modello utilizzato dall'U.E., a raccogliere i contributi e le osservazioni dei soggetti interessati, si è realizzato attraverso l'apertura alla consultazione pubblica del sito: http://www.dt.tesoro.it/it/consultazioni_publiche/Schema_di_decreto.html sia pure per un breve periodo durato fino al 21 ottobre 2011.

Per quanto riguarda i meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie, il Rapporto non può che ribadire una constatazione ormai diffusamente rilevata: il consumatore, talvolta rigidamente inteso, secondo la tradizionale definizione, talaltra considerato come cliente, in una versione, quindi, almeno potenzialmente, allargata, viene conteso da varie Autorità. Il suo bisogno di tutela che, pur con riguardo ad ipotesi ovviamente diverse, non è un bisogno ontologicamente diverso, trova risposte che vengono offerte attraverso modalità molto differenziate, la cui *ratio*, difficilmente spiegabile, appare ancora più difficile da intendere nel contesto della mediazione obbligatoria che interferisce e, nel contempo, si distingue da altre modalità che con essa si pongono in un difficile rapporto.

Ne costituisce emblema proprio la disposizione di cui all'art. 5, comma 1, d. lgs. n. 28/2010 che, nel far assurgere, in particolari materie che sottendono un'elevata litigiosità, l'esperimento del previo tentativo di mediazione a condizione di procedibilità della ordinaria domanda giudiziale, ha espressamente inteso valorizzare, nelle controversie afferenti i contratti bancari e finanziari, il preesistente procedimento di ADR istituito in attuazione dell'art. 128-*bis* TUB. Esso, infatti, in ragione del proprio carattere essenzialmente documentale quanto alle modalità, e prettamente decisorio quanto agli esiti, sebbene non sia vincolante, sembra, almeno a prima vista, inserirsi con difficoltà nell'ambito dei servizi conciliativi che dovrebbero essere offerti dagli organismi di cui all'art. 16 del medesimo decreto.

Spetta, conseguentemente, all'interprete un arduo ruolo di riconduzione a sistema, reso ancor più complesso da profili specifici, quali quello della legittimazione attiva che, sempre per soffermarci a questo specifico meccanismo, è riservata esclusivamente al cliente.

Non staremo qui a ripetere le ben note questioni circa le diversità non solo della procedura di conciliazione davanti all’Autorità per l’energia elettrica e il gas o la gestione del contenzioso in conciliazione nel settore delle comunicazioni o l’ABF o la Camera di conciliazione presso la Consob, ma vogliamo solo ricordare il rilievo delle negoziazioni paritetiche e il senso che la diversità potrebbe riacquistare qualora si guardasse ad alcuni rimedi non tanto in un’ottica procedimentale legata al diritto di azione, quanto, piuttosto in un’ottica di *customer satisfaction*.

Taluni rimedi, in quest’ottica, potrebbero rientrare in una sorta di garanzia aggiuntiva legata alla circolazione del servizio o del prodotto, come, in gran parte, accade nel sistema giuridico spagnolo, nel quale le aziende che aderiscono all’arbitrato di consumo espongono una sorta di bollino, appunto a garanzia del consumatore che sa di poter usufruire di questo ulteriore servizio.

3. Un elemento che differenzia il Rapporto del 2011 rispetto agli anni scorsi si è registrato nello svolgimento di una ricerca esplorativa che ha coinvolto un gruppo di docenti e ricercatori del Dipartimento di Scienze Aziendali ed Economico-Giuridiche dell’Università degli Studi Roma Tre e alcune delle Associazioni dei Consumatori associate a **Consumers’ Forum** attraverso le modalità del *focus group*.

Si tratta di un’indagine che ha l’obiettivo di esplorare quale sia il punto di vista delle Associazioni dei Consumatori in merito agli aspetti positivi e alle opportunità di miglioramento del sistema di regolazione italiano.

In un contesto nel quale le *Authority* hanno assunto e interpretato il proprio ruolo in modo progressivamente più sostanziale e incisivo, è apparso necessario individuare nuovi strumenti di collaborazione tra queste e le Associazioni dei consumatori, le quali, sempre più, dovrebbero assurgere al ruolo di *stakeholder* privilegiati del sistema stesso. Da ciò l’esigenza di avviare una ricerca esplorativa per realizzare una prima verifica volta a mettere in luce i modelli di collaborazione attuali e le prospettive future, valorizzando il contributo del principale *stakeholder*.

Il *focus group*, largamente diffuso nella ricerca sociale, è teso a favorire l’interazione degli intervistati grazie alle sollecitazioni proposte dai moderatori. Tale metodologia consente di indagare in profondità un certo fenomeno ed è stato ritenuto

appropriato, stante la necessità di far emergere informazioni rilevanti grazie al coinvolgimento e all'alimentazione della dinamica di gruppo.

L'iniziativa rappresenta una prima esperienza di indagine qualitativa svolta in questo settore. Per tale ragione i risultati, seppure rilevanti, vanno considerati come indicativi e non completamente esaustivi rispetto al problema indagato. Le considerazioni conclusive, non del tutto generalizzabili in quanto condizionate dal livello di partecipazione e dal carattere innovativo dell'iniziativa stessa, rappresentano comunque un'interessante piattaforma conoscitiva per future indagini più strutturate.

Il *focus group* si è proposto di indagare le seguenti macro-aree:

1. Percezione del ruolo delle Autorità;
2. Rapporto tra Autorità e Associazioni di consumatori/consumatori e utenti;
3. Efficacia presente e futura nella collaborazione tra Autorità e Associazioni dei consumatori.

Gli attori principali, quali le *Authority*, le Associazioni dei consumatori e, attraverso di loro, i consumatori, sono l'espressione prismatica di un sistema complesso e articolato del quale si è voluto tenere conto. In particolare, dall'indagine è scaturita, da un lato, l'importanza del ruolo delle Autorità, dall'altro, dell'azione svolta dalle Associazioni dei consumatori, così come l'esigenza di individuare modalità per rendere più coordinata ed incisiva l'azione messa in campo da entrambi i soggetti.

L'esperienza del *focus group* ha permesso di far emergere alcuni aspetti che caratterizzano il sistema di regolazione dei mercati in Italia. In particolare, è stata posta l'attenzione su tre temi chiave: l'indipendenza, la lentezza delle azioni messe in campo e l'incisività delle Autorità che potrebbero essere migliorate attraverso una riorganizzazione del sistema delle deleghe e dei poteri.

Le Associazioni, d'altro canto, sono consapevoli del fatto che un limite alla propria azione sia determinata dalla frammentarietà delle stesse sul mercato che, se da un lato rappresenta una opportunità per rispondere in modo capillare alle esigenze dei consumatori, dall'altra può rappresentare un rischio per la incisività delle azioni poste in essere. Un maggior coordinamento tra le diverse Associazioni permetterebbe a queste ultime, di avere maggiore impatto verso le *Authority* e verso le imprese.

4. Da ultimo appare degno di interesse segnalare che la stessa Unione Europea, che da anni ha costituito il motore trainante della disciplina a tutela del consumatore, sembra ormai più interessata alla tutela indiretta, attenta all'attività, che a una tutela diretta, attenta all'atto di consumo.

Invero, seppure è ormai di questi giorni la notizia che, dopo un *iter* lungo, sofferto e altalenante iniziato nel 2008 e del quale avevamo dato notizia nei precedenti Rapporti, il Consiglio UE ha formalmente adottato, lo scorso 10 ottobre 2011, il testo della direttiva sui diritti dei consumatori già adottato dal Parlamento europeo nella plenaria del 23 giugno 2011 (P7_TA-PROV (2011) 06-23), è anche vero che tale testo non è di certo innovativo e, anzi, sembra voler segnare, circoscrivendo progressivamente e drasticamente l'ambito di applicazione degli interventi, un punto di arrivo assai più ravvicinato rispetto a quello designato in partenza.

Ciò che è singolare è la continua rincorsa fra quello che doveva essere nelle prime intenzioni un diritto contrattuale europeo e la consolidazione e sistemazione delle principali direttive a tutela del consumatore, rincorsa che si è conclusa con una progressiva riduzione sia di un progetto che dell'altro. Una nota positiva va, tuttavia, registrata: la tutela della parte debole, e, quindi, non solo del consumatore, rappresenta ormai un connotato comune. Questa importante nuova caratterizzazione traspare anche dall'*“European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders’ and legal practitioners’ feedback”* (reperibile sul sito: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf) la cui impostazione è confermata dalla *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law* [COM (2011) 635 final].

Per certi versi, dunque, anche se non abbiamo rilevanti novità per quanto riguarda il contratto dei consumatori, possiamo dire che si è aperta, dopo la stagione della “commercializzazione” del diritto privato, la stagione della sua “consumerizzazione”. Si assiste così al rinvigorirsi e al riaffermarsi di principi che, partendo dal diritto dei consumi, pongono attenzione a profili concreti volti a

realizzare una eguaglianza sostanziale fra le parti. Di certo il cammino appare lungo e tortuoso, ma è comunque avviato.

Un singolare cammino appare invece quello del nostro legislatore interno. Dopo una fase di ricodificazione, che ha portato ai codici di settore e, fra questi, al codice del consumo, che poteva, quanto meno, vantare una proficua ed effettiva possibilità di far conoscere al consumatore i suoi diritti, assistiamo, al momento, ad un suo impoverimento con la sottrazione della disciplina del credito al consumo e, ancor più di recente, alla sottrazione di uno dei suoi principali contratti tipo: la vendita dei pacchetti turistici.

Ancora una volta, a voler essere ottimisti, dovremmo dire che questa discutibile sottrazione porta comunque a eliminare ogni dubbio sulla forza espansiva della disciplina contenuta nel codice del consumo, che assume chiaramente carattere “generale” rispetto a norme “speciali” relative a sub-settori.

Il rapporto di quest’anno testimonia, quindi, che il diritto dei consumi non è più solo il diritto dell’atto di consumo, delle sue clausole, della sua trasparenza, ma è di più: è il diritto che trasversalmente interessa l’intera attività del mercato.

SEZIONE I
AGENZIE DI NUOVA ISTITUZIONE E SETTORI REGOLAMENTATI: COMPITI,
ATTIVITÀ E STRUMENTI DI TUTELA DEGLI UTENTI

1. La nuova disciplina dell’Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, istituita con il Decreto Sviluppo del maggio 2011. Principi, problemi e prospettive (Elio Leonetti) .

Il recente decreto legge n. 70/2001 (c.d. Decreto Sviluppo) ha previsto l’istituzione dell’Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua (destinata a sostituire l’attuale Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche), dotandola – rispetto alla predetta Commissione - di più incisivi poteri regolatori e vigilanza. La concreta operatività della nuova Agenzia richiede tuttavia l’adozione di provvedimenti attuativi, ad oggi non ancora emanati.

Nel presente contributo, dopo una sintetica rappresentazione del quadro normativo di settore in cui si colloca l’istituzione dell’Agenzia, viene analizzato il regime giuridico della stessa, con particolare riferimento ai compiti ad essa assegnati, alla sua composizione e struttura organizzativa.

Inoltre, vengono svolte alcune osservazioni sulla questione della natura giuridica dell’Agenzia (agenzia amministrativa o autorità amministrativa indipendente), in relazione alla quale si già sviluppato un interessante dibattito, nonché sulle prospettive del ruolo dell’Agenzia nel complesso contesto normativa che connota il settore idrico.

SOMMARIO: 1. L’istituzione della nuova Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua. – 2. Finalità dell’Agenzia. – 3. Compiti e funzioni. – 4. Composizione dell’agenzia: 4.1. I membri. – 4.2. Gli organi. – 4.3 I compensi. – 4.4. Ipotesi di incompatibilità/decadenza ed ulteriori divieti. – 5. Organizzazione e risorse finanziarie dell’Agenzia: 5.1. Lo Statuto e il Regolamento Interno. – 5.2. Le risorse finanziarie dell’Agenzia. – 5.3 La copertura degli oneri derivanti dal funzionamento dell’Agenzia. – 6. L’ipotesi di scioglimento dell’Agenzia. – 7. Le disposizioni di carattere processuale. – 8. Osservazioni sulla natura giuridica dell’Agenzia e sui compiti ad essa attribuiti e questioni aperte.

1. L’istituzione della nuova Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua.

Il sistema di vigilanza e regolazione del settore idrico ha recentemente formato oggetto di una significativa riorganizzazione a livello normativo.

Ed infatti, con il decreto legge 13 maggio 2011 n. 70 (c.d. Decreto Sviluppo), convertito con legge 12 luglio 2011 n. 106 (art. 10 commi 17-27), è stata prevista l’istituzione dell’Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua (di seguito, l’“Agenzia”), destinata a sostituire l’attuale Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche (Co.N.Vi.R.I.).

Al fine di delineare il regime giuridico della nuova Agenzia è opportuno ripercorrere sinteticamente i vari passaggi dell’evoluzione normativa, ad esito dei quali si è giunti alla creazione dell’Agenzia.

Come è noto, con la legge 5 gennaio 1994 n. 36 recante *Disposizioni in materia di risorse idriche* (c.d. Legge Galli) il settore idrico è stato regolato da un'organica disciplina settoriale fortemente innovativa. In particolare, i principi cardine di tale riforma possono essere sinteticamente individuati: (a) nella integrazione delle varie fasi del ciclo delle acque (servizi di acquedotto, fognatura e depurazione) mediante l'introduzione della nozione unitaria di servizio idrico integrato; (b) nella riduzione del numero delle gestioni, attuata mediante la creazione di un nuovo livello amministrativo (l'ambito territoriale ottimale con la sua Autorità), quale nuovo riferimento territoriale per la gestione del servizio idrico.

In tale contesto, allo scopo di dotare lo Stato di una struttura istituzionale di controllo del settore, la Legge Galli aveva istituito il Comitato Nazionale per la Vigilanza sulle risorse idriche.

La disciplina giuridica del settore idrico contenuta nella Legge Galli è poi confluita – con talune modifiche ed integrazioni - nel d.lgs. n. 3 aprile 2006 n. 152 (c.d. Codice dell'Ambiente). Tra le novità più significative introdotte dal Codice in questione figurava l'istituzione, in luogo del predetto Comitato (e dell'Osservatorio nazionale sui rifiuti), dell'Autorità per la Vigilanza sull'uso delle risorse idriche e sui rifiuti. La previsione della istituzione di tale Autorità, la quale nella sostanza conservava la stessa natura le prerogative spettanti al Comitato, non ha tuttavia trovato attuazione. Ed infatti, con il successivo d.lgs. n. 284/2006 (con il quale sono state introdotte modifiche al Codice dell'Ambiente) sono state abrogate tutte le disposizioni del Codice Ambiente relative dell'Autorità per la Vigilanza sull'uso delle risorse idriche e sui rifiuti ed è stata prevista la ricostituzione del Comitato Nazionale per la Vigilanza sulle risorse (in realtà, mai venuto meno), la cui disciplina è stata poi integrata con il d.lgs. 16 gennaio 2008 n. 4.

Con il decreto legge n. 28 aprile 2009 n. 39 (art. 9-bis comma 6), il Comitato è stato nuovamente soppresso e ad esso è subentrata la Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche.

Si tratta sempre di una struttura di supporto al Ministero dell'Ambiente, deputata a garantire l'osservanza dei principi che regolano il settore idrico, 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. Più in dettaglio, le funzioni assegnate alla Commissione riguardano, tra l'altro, (i) la predisposizione del metodo tariffario, da trasmettere al Ministro dell'Ambiente che lo adotta con proprio decreto; (ii) la predisposizione di una o più convenzioni tipo per l'affidamento del servizio idrico integrato; (iii) la definizione dei livelli minimi di qualità dei servizi; (iv) il controllo

delle modalità di erogazione dei servizi; (v) la tutela e la garanzia dei diritti degli utenti; (vi) la predisposizione di rapporti periodici sullo stato di organizzazione dei servizi.

Come sopra accennato, la Co.n.vi.ri - allo stato attuale ancora operativa - è tuttavia destinata ad essere sostituita dalla nuova Agenzia una volta che saranno adottati i decreti attuativi previsti dal Decreto Sviluppo.

2. Finalità dell’Agenzia.

Nel Decreto Sviluppo vengono espressamente indicate le finalità dell’Agenzia, analoghe a quelle già previste in relazione alla Co.n.vi.ri.

In particolare, infatti, l’art. 10 comma 11 precisa che l’istituzione del nuovo soggetto mira a garantire l’osservanza dei principi contenuti nel d.lgs. n. 152/2006 (c.d. Codice dell’Ambiente) in tema di gestione delle risorse idriche e di organizzazione del servizio idrico e, segnatamente, (i) la tutela dell’interesse degli utenti; (ii) la regolare determinazione e adeguamento delle tariffe; (iii) la promozione dell’efficienza, dell’economicità e della trasparenza nella gestione dei servizi idrici.

3. Compiti e funzioni.

Per espressa disposizione di legge, l’Agenzia costituisce un soggetto giuridicamente distinto e funzionalmente indipendente dal Governo e la sua attività deve essere espletata sulla base dei seguenti principi:

- a) autonomia organizzativa, tecnico-operativa e gestionale;
- b) trasparenza;
- c) economicità.

Ciò posto, l’art. 10 comma 14 elenca in dettaglio le funzioni attribuite all’Agenzia, la quale è tenuta a svolgerle con indipendenza di valutazione e di giudizio.

In particolare, l’Agenzia:

- a) definisce i livelli minimi di qualità del servizio, sentite le regioni, i gestori e le associazioni dei consumatori, e vigila sulle modalità della sua erogazione, esercitando, allo scopo, poteri di acquisizione di documenti, accesso e ispezione, irrogando, in caso di inosservanza, in tutto o in parte, dei propri provvedimenti, sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori nel minimo ad euro 50.000 e non superiori nel massimo a euro 10.000.000 e, in caso di reiterazione delle violazioni, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti, proponendo al soggetto affidante la sospensione o la decadenza della concessione; determina altresì obblighi di indennizzo automatico in favore degli utenti in caso di violazione dei medesimi provvedimenti;

b) predispone una o più convenzioni tipo regolanti l'affidamento della gestione del servizio idrico integrato;

c) definisce le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua, anche in proporzione al grado di inquinamento ambientale derivante dai diversi tipi e settori di impiego e ai costi conseguenti a carico della collettività;

d) predispone il metodo tariffario per la determinazione, con riguardo a ciascuna delle quote in cui tale corrispettivo si articola, della tariffa del servizio idrico integrato, sulla base della valutazione dei costi e dei benefici dell'utilizzo delle risorse idriche e tenendo conto, in conformità ai principi sanciti dalla normativa comunitaria, sia del costo finanziario della fornitura del servizio che dei relativi costi ambientali e delle risorse, affinché siano pienamente attuati il principio del recupero dei costi ed il principio "chi inquina paga", e con esclusione di ogni onere derivante dal funzionamento dell'Agenzia; fissa, altresì, le relative modalità di revisione periodica, vigilando sull'applicazione delle tariffe, e, nel caso di inutile decorso dei termini previsti dalla legge per l'adozione degli atti di definizione della tariffa da parte delle autorità al riguardo competenti, come individuate dalla legislazione regionale in conformità a linee guida approvate con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare previa intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata, provvede nell'esercizio del potere sostitutivo, su istanza delle amministrazioni o delle parti interessate, entro sessanta giorni, previa diffida all'autorità competente ad adempiere entro il termine di venti giorni;

e) approva le tariffe predisposte dalle autorità competenti;

f) verifica la corretta redazione del piano d'ambito, esprimendo osservazioni, rilievi e impartendo, a pena d'inefficacia, prescrizioni sugli elementi tecnici ed economici e sulla necessità di modificare le clausole contrattuali e gli atti che regolano il rapporto tra le Autorità d'ambito territoriale ottimale e i gestori del servizio idrico integrato;

g) emana direttive per la trasparenza della contabilità delle gestioni e valuta i costi delle singole prestazioni, definendo indici di valutazione anche su base comparativa della efficienza e della economicità delle gestioni a fronte dei servizi resi;

h) esprime pareri in materia di servizio idrico integrato su richiesta del Governo, delle regioni, degli enti locali, delle Autorità d'ambito, dei gestori e delle associazioni dei consumatori, e tutela i diritti degli utenti anche valutando reclami, istanze e segnalazioni in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio, nei confronti dei quali può intervenire con i provvedimenti di cui alla lettera a);

i) può formulare proposte di revisione della disciplina vigente, segnalandone altresì i casi di grave inosservanza e di non corretta applicazione;

l) predisporre annualmente una relazione sull'attività svolta, con particolare riferimento allo stato e alle condizioni di erogazione dei servizi idrici e all'andamento delle entrate in applicazione dei meccanismi di autofinanziamento, e la trasmette al Parlamento e al Governo entro il 30 aprile dell'anno successivo a quello cui si riferisce.

Con riferimento al perimetro delle attribuzioni del nuovo organismo, è importante evidenziare che le sopra elencate funzioni oggi assegnate all'Agenzia coincidono solo in parte con quelle in precedenza attribuite alla Co.n.vi.ri. Ed infatti, rispetto a quest'ultima, il Decreto Sviluppo ha significativamente potenziato il ruolo e le prerogative dell'Agenzia.

Si pensi ad esempio ai compiti di vigilanza sulle modalità di erogazione del servizio idrico integrato, i quali possono essere esercitati dall'Agenzia anche attraverso l'irrogazione di sanzioni amministrative ed il potere di stabilire l'indennizzo dovuto automaticamente da corrispondere agli utenti in caso di violazione degli standard qualitativi di servizio previamente definiti. Tali potestà in seno all'Agenzia potenziano indubbiamente la sua capacità operativa e rendono più efficace la funzione di vigilanza sulla erogazione del servizio da parte dei soggetti gestori, anche nell'ottica di una maggiore tutela dei consumatori.

Un rilevante rafforzamento delle prerogative della nuova Agenzia rispetto alla Co.n.vi.ri concerne anche la competenza in tema di determinazione della tariffa del servizio idrico integrato. Ed, infatti, mentre alla Commissione era attribuito il solo compito di predisporre il metodo tariffario, la cui adozione era comunque rimessa ad un apposito decreto Ministro dell'Ambiente, oggi spetta all'Agenzia il compito di procedere alla determinazione della tariffa del servizio idrico integrato, in applicazione degli specifici criteri individuati dal Codice dell'Ambiente e dal Decreto Sviluppo. Al riguardo, assume inoltre notevole rilievo la previsione che consente all'Agenzia di esercitare un potere sostitutivo nel caso di mancata adozione degli atti di definizione della tariffa da parte delle autorità competenti.

L'attribuzione all'Agenzia del potere di determinazione della tariffa del servizio idrico integrato assume ancor più rilevanza alla luce dell'accoglimento del quesito referendario concernente i criteri di determinazione della tariffa stessa, ad esito del quale vi è stata l'obliterazione della remunerazione del capitale investito tra le componenti della tariffa del s.i.i. Ed infatti, l'abrogazione referendaria è destinata ad incidere direttamente sull'esercizio del potere amministrativo di determinazione della tariffa, il quale non spetta più al Ministro dell'Ambiente bensì alla nuova Agenzia. In altri termini, dall'approvazione del quesito referendario discende in capo all'Agenzia l'obbligo di procedere alla determinazione

della tariffa in applicazione dei criteri indicati dall'art. 154 del Codice dell'Ambiente (come risultante dall'abrogazione referendaria), e dal Decreto Sviluppo.

L'Agenzia svolgerà altresì un ruolo fondamentale in relazione al piano d'ambito, e cioè allo strumento di programmazione tecnica, economica e finanziaria delle gestioni del servizio idrico a livello di ambito territoriale ottimale. L'Agenzia è tenuta infatti a verificare la corretta redazione del piano d'ambito, con possibilità di esprimere osservazioni e rilievi, nonché di impartire - a pena d'inefficacia - prescrizioni sugli elementi tecnici ed economici e sulla necessità di modificare le clausole contrattuali e gli atti che regolano il rapporto tra le autorità d'ambito territoriale ottimale e i gestori del servizio idrico integrato.

In base all'art. 10 comma 15 del Decreto sviluppo, l'Agenzia subentra alla Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, la quale viene soppressa a decorrere dall'entrata in vigore della legge di conversione del Decreto stesso.

Quanto all'avvio delle attività della nuova Agenzia, il Decreto Sviluppo prescrive che alla nomina dei membri dell'Agenzia stessa si provvede entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto medesimo, con la precisazione che, sino a quel momento, le funzioni già attribuite dalla legge alla Co.n.vi.ri continuano ad essere esercitate da quest'ultima. Entro lo stesso termine, è previsto che si provveda alla nomina del direttore generale e del Collegio dei revisori dei conti dell'Agenzia.

Al riguardo, si precisa che ad oggi - e segnatamente al momento in cui il presente contributo viene licenziato - non è stato emanato alcuno dei provvedimenti attuativi sopra indicati.

4. Composizione dell'agenzia.

4.1. I membri.

Ai sensi dell'art. 10 comma 16 del Decreto Sviluppo, l'Agenzia è organo collegiale costituito da tre componenti, di cui uno con funzioni di Presidente, nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri.

Più in dettaglio, la nomina di due membri avviene su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e la nomina del restante membro avviene invece su proposta della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano.

La disposizione in esame precisa inoltre che le designazioni effettuate dal Governo sono previamente sottoposte al parere delle competenti Commissioni parlamentari, il quale deve essere reso, a maggioranza dei due terzi dei componenti, entro 20 giorni dalla richiesta. Si tratta di un parere obbligatorio (e vincolante), atteso che è espressamente previsto che le

nomine non possono essere effettuate in mancanza del parere favorevole espresso dalle predette Commissioni (le quali possono anche procedere all'audizione delle persone designate). Il legislatore ha quindi optato per una procedura "bipartisan" di designazione (tipica delle autorità indipendenti), in quanto appunto basata sul necessario consenso delle competenti commissioni parlamentari a maggioranza dei due terzi.

I componenti dell'Agenzia sono scelti tra persone dotate di indiscusse moralità e indipendenza, alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore.

I componenti dell'Agenzia durano in carica tre anni e possono essere confermati una sola volta.

La disciplina sopra illustrata presenta taluni elementi di novità rispetto a quella concernente i membri della Co.n.vi.ri., contemplata dall'art. 161 del Codice dell'Ambiente. La Commissione, infatti, è composta da cinque membri che sono stati nominati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, per una durata in carica di tre anni. Più in dettaglio, due membri sono stati designati dalla Conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome e tre (di cui uno con funzioni di presidente individuato con il medesimo decreto) sono stati scelti tra persone di elevata qualificazione giuridico-amministrativa o tecnico-scientifica, nel settore pubblico e privato, nel rispetto del principio dell'equilibrio di genere.

4.2. *Gli organi.*

Le funzioni di controllo di regolarità amministrativo-contabile e di verifica sulla regolarità della gestione dell'Agenzia spettano al Collegio dei revisori.

Tale Collegio è composto da tre membri effettivi, di cui uno con funzioni di presidente, nominati dal Ministro dell'economia e delle finanze. Più in dettaglio, due membri del Collegio sono scelti tra gli iscritti al registro dei revisori legali di cui al D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39. Con il medesimo provvedimento è nominato anche un membro supplente.

I componenti del collegio dei revisori durano in carica tre anni e possono essere rinnovati una sola volta.

Al direttore generale sono invece assegnate funzioni di direzione, coordinamento e controllo della struttura dell'Agenzia. Il direttore generale ha il compito di dare attuazione alle deliberazioni e ai programmi approvati dall'Agenzia e di assicurare l'esecuzione degli adempimenti di carattere tecnico-amministrativo, relativi alle attività dell'Agenzia stessa ed al perseguimento delle sue finalità istituzionali.

Il direttore generale è nominato dall'Agenzia per un periodo di tre anni, non rinnovabile. Al direttore generale non si applica il comma 8 dell'articolo 19 del decreto

legislativo 30 marzo 2001, n. 165, il quale prevede per i segretari generali dei ministeri e i capi dipartimento la cessazione dell'incarico decorsi novanta giorni dal voto di fiducia al Governo (c.d. spoil system).

Ai sensi dell'art. 10 comma 26 del Decreto Sviluppo, si provvede alla nomina del direttore generale e del Collegio dei revisori dei conti entro 30 giorni dalla entrata in vigore della legge di conversione del Decreto Sviluppo.

4.3. I compensi.

L'art. 10 comma 18 del Decreto Sviluppo dispone che i compensi spettanti ai componenti dell'Agenzia sono determinati con decreto interministeriale (adottato di concerto dai Ministri dell'Economia e delle Finanze e dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare).

La disposizione in questione disciplina inoltre espressamente l'ipotesi in cui i componenti dell'Agenzia, che siano dipendenti di pubbliche amministrazioni, optino per il mantenimento del proprio trattamento economico. In tal caso, si prevede che i loro compensi per la carica di componente dell'Agenzia sono ridotti alla metà.

4.4. Ipotesi di incompatibilità/decadenza ed ulteriori divieti.

Ai sensi dell'art. 10 comma 16 del Decreto Sviluppo, la carica di componente dell'Agenzia è incompatibile con incarichi politici elettivi. Tale disposizione precisa inoltre che non possono essere nominati componenti coloro che abbiano interessi di qualunque natura in conflitto con le funzioni dell'Agenzia.

Il successivo comma 19 pone invece, a pena di decadenza dalla carica, una serie di divieti in capo ai componenti dell'Agenzia.

In particolare, i componenti dell'Agenzia e il direttore generale non possono:

- a) esercitare, direttamente o indirettamente, alcuna attività professionale o di consulenza;
- b) essere amministratori o dipendenti di soggetti pubblici o privati;
- c) ricoprire altri uffici pubblici;
- d) avere interessi diretti o indiretti nelle imprese operanti nel settore idrico.

I componenti dell'Agenzia ed il direttore generale, ove dipendenti di amministrazioni pubbliche, sono obbligatoriamente collocati fuori ruolo o in aspettativa senza assegni per l'intera durata dell'incarico ed il relativo posto in organico è reso indisponibile per tutta la durata dell'incarico.

Il comma 20 prescrive inoltre che per almeno dodici mesi dalla cessazione dell'incarico, i componenti dell'Agenzia e il direttore generale non possono intrattenere, direttamente o indirettamente, rapporti di collaborazione, di consulenza o di impiego con le imprese operanti nel settore idrico.

La violazione di tale divieto è punita, salvo che il fatto costituisca reato, con una sanzione amministrativa pecuniaria pari ad un'annualità dell'importo del corrispettivo percepito.

All'imprenditore che abbia violato tale divieto si applicano invece una sanzione amministrativa pecuniaria pari allo 0,5 per cento del fatturato e, comunque, non inferiore a euro 150.000 e non superiore a euro 10 milioni, e, nei casi più gravi o quando il comportamento illecito sia stato reiterato, la revoca dell'atto autorizzativo.

5. Organizzazione e risorse finanziarie dell'Agenzia.

5.1. Lo Statuto e il Regolamento Interno.

L'art. 10 comma 22 del Decreto Sviluppo prevede l'approvazione dello Statuto dell'Agenzia con D.P.C.M. (su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione), da emanarsi entro un mese dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto.

Lo Statuto dovrà definire:

- (i) le finalità e i compiti istituzionali;
- (ii) i criteri di organizzazione e funzionamento;
- (iii) le competenze degli organi e le modalità di esercizio delle funzioni.

Con analogo D.P.C.M., adottato entro trenta giorni dall'entrata in vigore di quello con il quale si procederà all'approvazione dello Statuto, dovrà essere approvato il Regolamento dell'Agenzia.

Tale atto definirà l'organizzazione e il funzionamento interni dell'Agenzia e ne determinerà il contingente di personale, nel limite di 40 unità, in posizione di comando provenienti da amministrazioni statali con oneri a carico dell'amministrazione di appartenenza, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Ad oggi – e segnatamente al momento in cui il presente contributo viene licenziato - non è stato emanato alcuno dei provvedimenti sopra indicati.

5.2. Le risorse finanziarie dell'Agenzia.

L'art. 10 comma 23 del Decreto Sviluppo demanda ad un decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, da adottare entro quindici giorni dalla data di emanazione del D.P.C.M. con cui si approva il Regolamento dell'Agenzia, il compito di:

a) individuazione le risorse finanziarie e strumentali del Ministero dell'ambiente da trasferire all'Agenzia;

b) disporre il comando, nel limite massimo di venti unità, del personale del medesimo Ministero già operante presso la Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche alla data di entrata in vigore del Decreto Sviluppo.

La disposizione precisa inoltre che alla copertura dei rimanenti posti del contingente di personale si provvede mediante personale di altre amministrazioni statali in posizione di comando, cui si applica l'articolo 17, comma 14, della legge 15 maggio 1997, n. 127, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

5.3. La copertura degli oneri derivanti dal funzionamento dell'Agenzia.

Ai sensi dell'art. 10 comma 24 del Decreto Sviluppo, agli oneri derivanti dal funzionamento dell'Agenzia si provvede:

a) mediante un contributo posto a carico di tutti i soggetti sottoposti alla sua vigilanza, il cui costo non può essere recuperato in tariffa, di importo non superiore all'uno per mille dei ricavi risultanti dall'ultimo bilancio approvato prima della data di entrata in vigore del Decreto Sviluppo, per un totale dei contributi versati non superiore allo 0,2% del valore complessivo del mercato di competenza. Il contributo è determinato dall'Agenzia con propria deliberazione, approvata con D.P.C.M., di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze ed il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, ed è versato entro il 31 luglio di ogni anno. Le relative somme affluiscono direttamente al bilancio dell'Agenzia;

b) in sede di prima applicazione, anche mediante apposito fondo iscritto nello stato di previsione del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, nel quale confluiscono le risorse di cui all'art. 10 comma 23 del Decreto Sviluppo, la cui dotazione non può superare 1 milione di euro a decorrere dall'anno 2011 e può essere ridotta con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sulla base del gettito effettivo del contributo di cui alla precedente lettera a) e dei costi complessivi dell'Agenzia

Ai sensi del successivo comma 25, *“In sede di prima applicazione, con decreto del Ministro dell’economia e delle finanze, da adottare di concerto con il Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 22, secondo periodo, è stabilito l’ammontare delle risorse di cui alla lettera b) del comma 24, nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente per il Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, sono conseguentemente rideterminate le dotazioni finanziarie del medesimo Ministero e sono stabilite la misura del contributo di cui alla lettera a) del comma 24, e le relative modalità di versamento al bilancio dell’Agenzia”*.

6. L’ipotesi di scioglimento dell’Agenzia.

L’art. 10 comma 21 del Decreto Sviluppo contempla l’ipotesi dello scioglimento anticipato dell’Agenzia, disponendo che quest’ultima può essere sciolta per gravi e motivate ragioni, inerenti al suo corretto funzionamento e al perseguimento dei suoi fini istituzionali, con D.P.R., previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare.

Si prevede inoltre che con il medesimo decreto venga anche nominato un commissario straordinario, destinato ad esercitare le funzioni dell’Agenzia per un periodo non superiore a sei mesi (termine entro il quale si deve procedere al rinnovo dell’Agenzia).

7. Le disposizioni di carattere processuale.

La disciplina giuridica dell’Agenzia introdotta dal Decreto Sviluppo contiene anche apposite e significative disposizioni di carattere processuale, concernenti tanto i profili di giurisdizione e competenza quanto il “rito” applicabile alle controversie concernenti provvedimenti adottati dall’Agenzia medesima.

In primo luogo, infatti, l’art. 10 comma 26-bis dispone che i ricorsi aventi ad oggetto atti e provvedimenti dell’Agenzia rientrano nell’ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e sono devoluti alla competenza inderogabile del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sede di Roma.

Per quanto concerne gli aspetti di procedura, alle suddette controversie si applica l’art. 119 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del Processo amministrativo), il quale disciplina il c.d. “Rito abbreviato comune a determinate materie” (applicabile, tra l’altro, ai giudizi aventi ad oggetto le controversie relative ai provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti). Si tratta, in particolare, di un rito caratterizzato da maggiore

snellezza e da termini processuali dimezzati rispetto al c.d. rito ordinario, applicabile di regola ai giudizi amministrativi.

Il successivo comma 27 prevede infine che l’Agenzia si avvale in giudizio del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato. ai sensi dell’art. 43 del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611.

8. Osservazioni sulla natura giuridica dell’Agenzia e sui compiti ad essa attribuiti e questioni aperte.

8.1. Sulla base delle disposizioni che regolano la nuova Agenzia, si può sostenere che mentre sotto il profilo delle attività e degli interessi curati l’Agenzia è sostanzialmente equiparabile ad una autorità amministrativa indipendente (essendo infatti destinata a svolgere compiti di regolazione del mercato assimilabili a quelli svolti dall’AEEG o dall’AGCOM nell’ottica di garantire alla collettività un servizio pubblico di maggior qualità), dal punto di vista organizzativo quest’ultima si configuri più come una agenzia amministrativa.

Ed infatti, ancorché la legge preveda espressamente l’indipendenza funzionale dell’Agenzia dal Governo, la legge contempla taluni “condizionamenti” da parte del Governo sull’Agenzia stessa, che si traducono in un consistente controllo da parte dell’Esecutivo.

In questa prospettiva, in dottrina è stato affermato che la nuova Agenzia “ (...) *non possiede sufficienti garanzie di indipendenza ed autonomia*”, atteso che il controllo governativo sull’Agenzia risulta ancora incidente (così, F. CAPORALE, *Legislatore, Consulta, democrazia diretta: i nodi irrisolti dei servizi idrici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/2011, p. 1022 ss).

A sostegno di quanto precede, si possono infatti richiamare i seguenti elementi:

- l’attribuzione al Consiglio dei Ministri del potere di sciogliere l’Agenzia;
- il controllo amministrativo e contabile assegnato ad un Collegio dei Revisori, i cui membri sono nominati dal Ministero dell’Economia;
- la previsione in forza della quale l’approvazione dello statuto e del regolamento di organizzazione e funzionamento dell’Agenzia è rimessa ad un apposito DPCM;
- l’attribuzione di rilevanti poteri attinenti all’organizzazione ed al funzionamento dell’organismo al direttore generale, il quale viene nominato dal Governo.

Peraltro, come rilevato da autorevole dottrina (G. NAPOLITANO, *Acqua e Poste: l’ibrido delle due agenzie*, in www.osservatorioair.it), il carattere della indipendenza dell’Agenzia risulta inoltre fortemente compromesso dalla breve durata del mandato (3 anni) e dalla previsione di un suo rinnovo per una sola volta, atteso che “*il rischio è che il meccanismo sia utilizzato da maggioranza e opposizione per mantenere l’allineamento*

originario ed eventualmente per modificare gli equilibri interni in caso di mutamento delle legislature e dei rapporti politici”.

8.2. Quanto alle attribuzioni assegnate all’Agenzia, si può affermare che l’istituzione della stessa costituisca senz’altro un passo in avanti nella regolamentazione del settore idrico, in quanto il nuovo organismo, rispetto a quelli preesistenti, è dotato di più consistenti poteri di regolamentazione e di vigilanza, idonei a garantire anche una maggiore tutela della posizione degli utenti del servizio.

Ciò nonostante, allo stato attuale non è possibile prevedere se il rafforzamento delle prerogative (nonché dell’autonomia) dell’Agenzia risulterà sufficiente per superare le notevoli criticità di sistema emerse in questi anni e, soprattutto, il conflitto permanente tra autorità locali ed autorità nazionale. Ciò anche in ragione del fatto che, come è stato correttamente rilevato, il sistema di regolazione è ancora troppo sbilanciato in favore degli enti locali, i quali in larghissima parte erogano il servizio in via diretta tramite società controllate operanti in regime di in house providing, con irrimediabile compromissione del principio di separazione tra funzioni di indirizzo/controllo e funzioni di gestione (in tal senso, F. CAPORALE, *Legislatore, Consulta, democrazia diretta*, cit.).

A ciò si aggiunga che il quadro sopra descritto risulta ulteriormente complicato dalla circostanza che ad oggi è del tutto aperta la questione della “sorte” delle Autorità di Ambito, e cioè delle strutture amministrative (di cui fanno parte i comuni rientranti nell’ambito territoriale ottimale) dotate di personalità giuridica che organizzano, affidano e controllano la gestione del servizio idrico integrato a livello di ambito territoriale ottimale.

Le ATO, infatti, sono in corso di soppressione in virtù di un processo normativo in corso oramai dal 2009, e più volte prorogato sino all’attuale termine stabilito al 31 dicembre 2011 (cfr. art. 2, comma 186-*bis* della legge 23 dicembre 2009 n. 191, introdotto dal d.l. 25 gennaio 2010 n. 2, conv. nella legge 26 marzo 2010 n. 42; art. 1 del d.l. 29 dicembre 2010 n. 225 conv. in l. 26 febbraio 2011 n.10; DPCM 25 marzo 2011 che sposta da ultimo il termine alla fine del 2011). In particolare, la previsione della soppressione delle ATO è sanzionata mediante una prescrizione in forza della quale ogni atto compiuto dalle Ato, una volta scaduto il predetto termine del 31 dicembre 2011, deve considerarsi nullo (art. 2, comma 186-*bis* del dl 23.12.2009 n. 191).

In tale nuovo contesto organizzativo, la legge ha assegnato alle Regioni il compito di attribuire con legge regionale le funzioni già esercitate dalle Ato, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. Tuttavia, tale processo risulta ad oggi ancora in un fase del tutto embrionale, il che rischia evidentemente di determinare ulteriori significative problematiche nel settore in esame.

BIBLIOGRAFIA

A. NUZZO e P. VALENSISE (a cura di), *Acqua: superior stabat lupus...*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1/2010, con contributi di:

Sezione I: Il diritto all'acqua: GAROFALO L., *Osservazioni sul diritto all'acqua nell'ordinamento internazionale*; FROSINI T. E., *Dare un diritto agli assetati*; FIORENTINI M., *L'acqua da bene economico a res communis omnium a bene collettivo* e AMOROSINO S., «*Governo*» *delle acque e governo del territorio (e paesaggio)*; Sezione II: L'accesso all'acqua (i servizi) - LEONETTI E., *La disciplina del servizio idrico integrato: un quadro di sintesi*; MASSARUTTO A., *La cultura del fare (e del disfare): il cantiere infinito della riforma dei servizi idrici*; LUCARELLI A., *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali dopo il decreto Ronchi - Verso un governo pubblico partecipato dei beni comuni* e STICCHI DAMIANI E., *Il riparto di competenze tra stato e regioni in tema di servizio idrico integrato*; Sezione III: Voci - FERRARI ZUMBINI R., *Principi naturali dell'ordinamento: per l'acqua un futuro antico?* CIFARELLI R., *Il servizio idrico integrato e l'antitrust*; PAPI E., *Servizio idrico integrato: sedici anni per «non» liberalizzare*; ATELLI M., *Il ruolo della tariffa nella disciplina del servizio idrico integrato*; CALCAGNILE F., *L'infrastruttura per il servizio idrico integrato: il caso dell'acquedotto Pugliese*; BOSSOLA A. e BRUNETTI F., *Le prospettive di investimento nel settore idrico mediante finanza di progetto* e PITZURRA L., *Nuovi strumenti di tutela dell'utente del servizio idrico integrato*.

M.A. SANDULLI, *Il servizio idrico integrato*, in www.federalismi.it

F. CAPORALE, *Legislatore, Consulta, democrazia diretta: i ndi irrisolti dei servizi idrici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/2011, p. 1022 ss.

G. NAPOLITANO, *Acqua e Poste: l'ibrido delle due agenzie*, in www.osservatorioair.it

2. Considerazioni generali sul settore del trasporto (Francesco Macioce).

L'autore si sofferma su alcuni profili generale della politica dei trasporti in Europa. Viene in primo luogo evidenziato il collegamento fra settore dei trasporti e libertà fondamentali, fra consumatore-viaggiatore e cittadino persona; in altre parole la diretta incidenza della vicenda del trasporto sulla persona umana prima ancora che sul consumatore. La prospettiva mira ad esaltare il profilo "personalistico" del trasporto che contribuisce ad orientare e ad ispirare le concrete scelte politiche al rispetto dei diritti e dei valori della persona. Esemplare in questa prospettiva il diritto di circolare liberamente nel territorio degli Stati membri, che è primario diritto di libertà.

Proprio tale prospettiva suggerisce di sottoporre a rigorosa verifica la diffusa opinione liberale secondo la quale il mercato concorrenziale sia davvero il luogo più idoneo per realizzare l'efficienza dei trasporti e garantire il rispetto del viaggiatore in quanto persona.

L'Autore passa poi in rassegna alcune significative pronunce dell'AGCM in materia di trasporti in relazione alla pratica degli impegni e ai provvedimenti di enforcement. Al riguardo l'Autore, pur senza nascondere i vantaggi che tale procedura è in grado di assicurare per l'amministrazione del mercato concorrenziale nel settore dei trasporti, prospetta tuttavia il rischio da non sottovalutare che tali pratiche possano facilmente legittimare una sorta di paragiurisdizione con carattere di sommarietà la quale potrebbe avere sul mercato effetti distorsivi maggiori di quelli che la pratica dell'impegno mira a scongiurare.

Infine l'Autore, che sposa la prospettiva di una disciplina multimodale del trasporto, auspica anche la costituzione di una autonoma Autorità indipendente di regolazione del settore, non apparendo sufficiente l'attività svolta dall'AGCM ratione materiae limitata per competenza. Tale costituenda autorità potrebbe svolgere autonomi compiti di regolazione in delicate aree del settore come quelle che interessano, ad esempio, l'informazione e l'educazione del viaggiatore, favorendo uno sviluppo sostenibile del trasporto e l'adozione da parte del cittadino di scelte compatibili sotto il profilo ambientale ed energetico.

Il settore dei trasporti costituisce un'area certamente privilegiata per la verifica delle dinamiche che attraversano la tutela del consumatore e i poteri regolatori e sanzionatori delle Autorità indipendenti, in particolare dell'AGCM.

Vogliamo qui limitarci a qualche considerazione di ordine generale rinviando per i rilievi specifici ai singoli contributi.

E' cresciuta e cresce la consapevolezza che la politica dei trasporti sia destinata ad incidere più di altre politiche comunitarie sulla *persona* prima ancora che sul *consumatore*.

Invero la figura del consumatore, che si frammenta in una molteplicità di ruoli (risparmiatore, viaggiatore, investitore, consumatore di beni o servizi) testimoniando la ricchezza e la diversità delle tutele in ragione delle attività economiche che di volta in volta vengono in considerazione, ritrova la sua unità nelle ricadute "personali" della normativa consumeristica cioè nella incidenza della tutela sui valori personalissimi e sui diritti fondamentali, in definitiva nel concetto di persona che "sublima" l'*homo oeconomicus*.

Il collegamento fra settore dei trasporti e *libertà fondamentali*, fra *consumatore-viaggiatore* e *cittadino-persona*, costituisce una conquista per la stessa UE che agli albori della sua costituzione considerava il settore dei trasporti esclusivamente in funzione della costruzione di un mercato comune (v. Trattato CECA art. 70).

Oggi la politica dei trasporti, che l'art. 90 del Trattato colloca nel quadro di una *politica comune* dell'Unione, trova le sue radici più intime nella comune cittadinanza europea, in quel diritto *di circolare liberamente nel territorio degli Stati* che è *primario diritto di libertà* e che trova posto fra i principi generali elencati nel Trattato stesso (artt. 23 e 24), e specifica disciplina nel titolo IV dedicato alla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali.

L'efficienza dei trasporti incide sulla qualità di vita della persona, come l'innovazione dei vettori energetici sull'ambiente e sul futuro stesso dell'umanità.

Temi di non poco conto che, per essere compresi e svolti, richiedono orizzonti vastissimi, mercati globalizzati e politiche transnazionali, e che pongono problemi di grandi dimensioni la soluzione dei quali non può certamente essere confinata nella prospettiva, pur importante ma certo limitata, del rapporto fra tutela della concorrenza e tutela del consumatore.

Ed invero da un lato è, questo dei trasporti, un settore particolarmente resistente ad un processo di integrale liberalizzazione, e ciò in ragione del particolare collegamento della mobilità con il territorio e dunque con i beni pubblici, e della natura di servizio pubblico del trasporto, diretto a garantire, in quanto tale, servizi oltre la marginalità del profitto. Il che, ancora oggi, ha indotto il legislatore da un lato a liberalizzare i servizi mantenendo in mano pubblica la gestione delle infrastrutture; e dall'altro a prevedere l'obbligo di contratti per l'affidamento dei servizi ricorrendo al regime delle licenze e delle concessioni nel settore del trasporto pubblico locale (pur beneficiario di rilevanti sussidi attraverso risorse nazionali trasferite alle Regioni) e prevedendo gare pubbliche per l'assegnazione delle licenze.

Dall'altro non manca chi, proprio e specificamente nel settore dei trasporti, ha cominciato ad avanzare qualche perplessità circa l'idoneità di un mercato concorrenziale a realizzare l'efficienza dei trasporti e a garantire il rispetto del viaggiatore in quanto persona, proponendo di sottoporre a verifica il *dogma liberale* secondo il quale l'ambiente competitivo sia davvero il luogo nel quale i poteri economici vengono adeguatamente sollecitati a partecipare al processo di cambiamento del trasporto. In questa prospettiva sarebbe lecito domandarsi se alle politiche della concorrenza, sia nella forma della liberalizzazione sia in quella della regolazione, possa sostituirsi una politica specifica dei trasporti, industriale e istituzionale. La circostanza che la persona in quanto tale sia direttamente coinvolta nella

vicenda del trasporto potrebbe favorire lo studio di nuove forme di proprietà condivise delle aziende e di partecipazione alla loro gestione.

L'attività finora svolta da AGCM e da altri enti regolatori (si pensi all'ENAC e all'AGCOM) ciascuno per la loro competenza, oltre a determinare talvolta interferenze e sovrapposizioni che certamente non hanno giovato, si è risolta in un'attività supplente e surrogatoria della più generale funzione di regolazione e controllo del settore, ora diretta alla verifica della regolarità delle tariffe ora a scoraggiare abusi di posizione dominate o pratiche commerciali scorrette. E da questo punto di vista qualche risultato si è visto ed il sistema ha in parte funzionato eliminando il rischio di effetti distorsivi della concorrenza e di perniciose ricadute sul consumatore. Si segnala, proprio in questi ultimi anni, il non infrequente ricorso alla pratica degli impegni: al caso FFSS-RFI /NTV risolto con l'impegno delle Ferrovie dello Stato a consentire alla Società Nuovo Trasporto Viaggiatori S.p.a. l'accesso a infrastrutture ferroviarie gestite da RFI (delibera A409 del 22.10.2009, relatore Pilati), ha fatto seguito il provvedimento n. 21124 del 19 maggio 2010 (A417 T-LINK/Grandi Navi Veloci, relatore Bedogni Rabitti) con il quale l'Antitrust ha reso obbligatori gli impegni proposti da GNV, consolidata società operante nel settore dei trasporti marittimi, diretti a modificare le denunciate condotte sospette di anticoncorrenzialità poste in essere nei confronti di T-LINK, società fondata nel 2009 attiva nel collegamento via mare di veicoli commerciali e persone con auto al seguito fra la Sicilia e l'Italia settentrionale.

I vantaggi della procedura per impegno, prevista dall'art. 14 ter della legge n. 287/1990, sono evidenti e -in fondo- si ricollegano ai benefici tipici della transazione e cioè ad una gestione massimizzata dei costi-benefici e del rischio connesso all'accertamento giudiziario o amministrativo. Non manca infatti chi propone di ricostruire la pratica dell'impegno come una vera e propria pratica concordata riconducendola all'istituto del contratto. Invero al presunto regolamento negoziale concorrerebbero, una volta chiusa la fase istruttoria, il soggetto che ha posto in essere la condotta sospetta, l'Autorità e lo stesso denunciante.

Sembrerebbe peraltro decisivo, per escludere la configurazione dell'impegno come contratto, la circostanza che la valutazione della proposta e della idoneità degli obblighi assunti a rispondere ai denunciati sospetti di condotta anticoncorrenziale spetta esclusivamente all'Autorità, con la conseguente natura di atto unilaterale autoritativo che viene ad assumere l'*enforcement*.

Non bisogna peraltro tacere che accanto agli innegabili benefici possono nascondersi, dietro la procedura per impegni, gravi inconvenienti; né si possono trascurare le perplessità che suscita la gestione negoziale di interessi occasionalmente interindividuali e

sostanzialmente pubblici, specie se si ha riguardo al rango costituzionale riconosciuto al principio di libera concorrenza. La chiusura delle istruttorie senza che venga accertato l'illecito, sulla base di una valutazione unilaterale dell'Antitrust che gli impegni proposti ed integrati, nella loro formulazione definitiva, rappresentino misure adeguate a far venir meno i profili concorrenziali sollevati dal denunciante, potrebbe apparire una sorta di *(para)giurisdizione con carattere di sommarietà*; e genera il rischio di effetti negativi di portata maggiore dei benefici che è in grado di arrecare, allorché vengano proposti o ratificati impegni in fattispecie nelle quali un eventuale accertamento avrebbe avuto esito negativo. In questo caso di avvierebbero iniziative e si autorizzerebbero comportamenti che, per il fatto di correggere condotte che non sono realmente anticoncorrenziali, finirebbero con l'indurre effetti distorsivi della concorrenza con gravi ripercussioni sul sistema della *competition* e sul mercato. Il linguaggio dei comunicati stampa non appare al riguardo del tutto rassicurante ("trasporto marittimo: Antitrust *accetta* e rende vincolanti gli impegni di Grandi Navi Veloci per permettere la concorrenza sulle rotte Genova-Palermo). Cosicché, se il momento della sanzione può rappresentare, da un certo punto di vista, una sconfitta, la pratica dell'impegno, se male amministrata e se non contenuta nella sua applicazione, potrebbe recare grave danno al sistema e generalizzare un sistema transattivo degli interessi generali tutt'altro, in via di principio, che commendevole.

L'opera di vigilanza dell'Autorità sul libero mercato nel settore dei trasporti ha avuto ed ha sicuramente un effetto benefico per il consumatore: ha ridotto i prezzi, ha differenziato l'offerta consentendo l'innovazione e l'integrazione dei servizi. Più difficile è stato l'intervento dell'Autorità là dove permangono ancora monopoli di fatto e posizioni dominanti, là dove la liberalizzazione è stata solo annunciata ma non ha trovato concreta realizzazione.

L'interlocutore esclusivo nel settore dei trasporti non può dunque essere l'AGCM nonostante il ruolo propulsore che i suoi interventi hanno assunto in questo settore e l'opera di supplenza che l'Autorità ancora oggi svolge.

La Carta dei servizi là dove è prevista, ad esempio proprio in materia di trasporti, e che contiene senza dubbio preziose indicazioni, è rimasta pressoché lettera morta. E certo, se difficilmente la violazione della Carta potrebbe essere fatta valere davanti all'Antitrust, più facilmente invece potrebbe costituire materia ed oggetto di rilievo specifico dinanzi ad una Autorità dedicata di cui da tempo si invoca la costituzione, tanto necessaria a nostro avviso a livello nazionale, quanto fortemente caldeggiata anche a livello europeo.

Ed invero la costituzione di una Autorità dedicata con funzioni e di regolazione del settore e di controllo e di coordinamento, è apparsa a molti indispensabile sia alla luce della

prospettiva *multimodale del trasporto* sia con riguardo alla stretta relazione ed interdipendenza della politica dei trasporti con quella infrastrutturale del territorio e dell'ambiente. Al riguardo potrebbe non essere sufficiente, come invece auspicato dall'AGCM, l'istituzione di semplici Regolatori e l'affidamento di nuove competenze ad Authority già esistenti, così da evitare la proliferazione di organismi di controllo. Ed invero sono proprio le funzioni di controllo a richiedere la più ampia indipendenza e distanza dal potere politico, garanzie che certamente una Autorità indipendente è in grado di offrire; dall'altro, difficilmente una Autorità nata per regolare settori diversi e trasversali come l'AGCM potrebbe disciplinare compiutamente i molteplici profili riguardanti le politiche dei trasporti essendo il suo intervento necessariamente limitato a regolare la concorrenza, a sanzionare monopoli di fatto e abusi di posizioni dominanti, a reprimere pratiche commerciali scorrette.

L'integrazione dei poteri che l'AGCM sembra richiedere al legislatore (la possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale di norme in violazione del principio della libera concorrenza; la facoltà di impugnare davanti al giudice amministrativo gli atti della p.a. che violino norme a tutela della concorrenza) non è proposta né irricevibile né inaccoglibile, ma non risolve i problemi che si pongono nel settore dei trasporti: la concorrenza è –come si è osservato- materia trasversale a molteplici settori di attività economiche e questo requisito, se ne costituisce la forza, ne determina ad un tempo i limiti che sono quelli segnati dalla competenza per materia.

Al programma di reti transeuropee annunciato nell'art. 170 del Trattato proprio nel settore delle infrastrutture e dei trasporti, dovrebbe far eco una concezione multimodale del trasporto che consenta, tanto nel settore merceologico che in quello del trasporto di persone, una raffigurazione unitaria della mobilità aerea, ferroviaria, marittima e su gomma. Tale programma presupporrebbe però una adeguata *informazione del consumatore*, attraverso tecniche assai semplificate rispetto a quelle attualmente in uso, circa i costi e le caratteristiche delle opzioni così da garantire una *scelta libera e consapevole*; ma occorrerebbe anche, e forse soprattutto, una *educazione al consumo del servizio di trasporto* che sappia orientare la condotta del *consumatore-viaggiatore* verso *forme sostenibili di trasporto* dal punto di vista ambientale ed energetico: ad esempio verso forme di trasporto collettivo, di *car sharing*, o verso l'impiego di veicoli ecologici, il consumo di carburanti meno inquinanti, l'uso di biciclette e di veicoli a trazione elettrica.

Questa prospettiva concorre alla costruzione di una *unica identità del consumatore – viaggiatore* indipendentemente dal mezzo prescelto ed impiegato, essendo assolutamente prevalenti, rispetto alle diversità, le problematiche comuni: la custodia e la consegna del

bagaglio, la sua integrità, le penali per il ritardo, le condizioni di sicurezza, la qualità della mobilità.

E' evidente che per il raggiungimento di questi obiettivi appare necessaria una politica nazionale ed europea non solo comune ma fortemente progettuale e tale da garantire, attraverso patti bipartisan che superino le alternanze di governo, una stabilità in grado di assicurare nel tempo la realizzazione dei programmi.

La politica dei trasporti invero non può essere dissociata dalle politiche energetiche: il Libro Bianco del 2011, partendo dalla premessa che la riduzione della mobilità non è un'opzione praticabile, avverte che se non sarà adeguatamente contrastata la dipendenza dal petrolio, vi saranno conseguenze severe sulle possibilità di spostamento dei cittadini poiché tale risorsa – come è noto – è in via di rapido esaurimento. Cosicché la progettualità dei servizi di trasporto dovrà diventare parte integrante della progettualità infrastrutturale. E non solo: la politica dei trasporti, conformata al rispetto dell'ambiente, del territorio e dell'aria, e dunque asservita ad un programma di progressivo contenimento dell'inquinamento atmosferico ed acustico e di maggiore rispetto del paesaggio e del territorio, dovrà in futuro orientare –forse condizionare- la produzione dei mezzi (dagli aerei ai motocicli) favorendo soluzioni ecocompatibili. Il Libro Bianco del 2011 pone come obiettivo per il prossimo decennio la creazione di uno spazio unico europeo dei trasporti nel quale emergano nuovi operatori multinazionali e multimodali; il Cielo unico europeo, lo Spazio ferroviario unico europeo e la Cintura blu nei mari, dovrebbero -secondo il legislatore europeo- migliorare il servizio di trasporto, tanto di persone quanto di merci, contenendone i costi, aumentandone l'efficienza e favorendo la sostenibilità ambientale della mobilità nel suo insieme.

Grandi progetti, di fronte ai quali si misura ancora l'incapacità di porre rimedio vero al circoscritto ma grave problema del trasporto urbano, alla congestione, alla qualità dell'aria, alla *via crucis* del pendolarismo, testimonianza vivente del degrado della qualità di vita al quale molti lavoratori continuano ad essere oggi sottoposti.

Difficile intravedere una ricetta, più facile individuare doglianze, formulare denunce, riscontrare lacune e confidare in azioni concludenti del legislatore nazionale ed europeo, destinate però ad effimeri risultati se sarà perso di vista il quadro di insieme che ci siamo sforzati di illustrare e di cui peraltro vi è già diffusa consapevolezza tra gli operatori del settore.

* * *

In un libretto di educazione all'ambiente in uso nella scuola primaria in Germania si racconta di un bambino che aveva un sogno da realizzare, che non aveva mai confessato e che, divenuto grande, aveva continuato a tenere segreto nel timore che il mondo lo avrebbe

deriso. Quel bambino sognava delle città integralmente liberate dalla presenza delle automobili, confinate e custodite in grandi aree di parcheggio fuori le mura; e, all'interno della città, una fitta rete di navette elettriche in grado di raggiungere in breve tempo ogni direzione, con corse periodiche di quindici minuti, con posti a sedere per tutti. Il bambino crebbe, invecchiò e morì: restò il sogno e non riuscì a svanire nemmeno il timore.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *La Carta della qualità dei servizi, a cura de Ministero delle attività produttive, Direzione generale per l'armonizzazione del mercato e la tutela dei consumatori, Il settore dei trasporti*, Roma, 2005

E. CELLI, L. PETTINARI e R. PIAZZA, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario*, Torino, 2005

C. DE VINCENTI, *Regolazione e antitrust nelle public utilities ovvero il "passo a due"*, in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI (a cura di), *Studi celebrativi del Ventennale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010

G. MARLETTO, *L'applicazione della concorrenza ai trasporti italiani: una valutazione critica*, Roma Gennaio 2006, Rapporto dell'Università di Sassari per ISFORT, 52 pp.

3. I diritti e gli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario. Il nuovo quadro normativo di riferimento e le prospettive di attuazione (Paolo Lazzara) .

La nuova disciplina sui diritti ed obblighi dei passeggeri segna un significativo passo avanti verso la liberalizzazione sostanziale del trasporto ferroviario dei passeggeri. L'attuazione del Regolamento Ce n. 1371/2007 si realizza attraverso la definizione dei compiti di regolazione e sanzione in relazione ai nuovi obblighi informativi e di assistenza posti in capo agli esercenti. Ne consegue, sul piano interno, una riorganizzazione del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti ed un riassetto societario del gruppo societario Ferrovie dello Stato. Il contributo si chiude con una riflessione sullo stato ancora iniziale del processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario.

SOMMARIO: 1. La nuova disciplina sui diritti ed obblighi dei passeggeri. – 2. Il Regolamento (CE) n. 1371/2007 e le convenzioni internazionali. – 3. Il decreto legislativo sui diritti ed obblighi dei passeggeri nel sistema delle fonti nazionali, competenze amministrative centrali e regionali. – 4. L'organismo di vigilanza e controllo. La riorganizzazione del ministero ed il riassetto del controllo societario sulle imprese esercenti. Le prospettive di riforma. – 5. Il quadro delle sanzioni, nella disciplina sui diritti e gli obblighi dei passeggeri. – 6. *segue*: le sanzioni. – 7. Il Trasporto su ferro tra Stato e mercato.

1. La nuova disciplina sui diritti ed obblighi dei passeggeri .

Le principali novità in materia di trasporto ferroviario sono legate al decreto legislativo recante «*Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni del regolamento (ce) n. 1371/2007 relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario*», in corso di adozione ed in attuazione della delega di cui all'art. 3, L. 7/7/2009, n. 88 (L. comunitaria 2008). La normativa regola per la prima volta il sistema nazionale, regionale e locale del trasporto su ferro con la previsione di sanzioni (penali o amministrative) da irrogare agli esercenti o ai gestori della rete in caso di violazione delle relative prescrizioni. La ricostruzione della disciplina passa per la lettura congiunta dei due testi - decreto legislativo e Regolamento comunitario – che sono strettamente legati.

Particolare rilievo assume la prospettiva assunta dal nuovo sistema disciplinare che mira immediatamente e direttamente alla tutela dell'utente-consumatore dei servizi di trasporto ferroviario ed impone corrispondenti oneri ed obblighi agli esercenti del servizio ed ai gestori delle infrastrutture ferroviarie; si presuppone dunque l'apertura del mercato del trasporto ferroviario nel quale devono trovare naturale applicazione le garanzie di informazione, qualità e responsabilità degli esercenti nei confronti dell'utente-consumatore.

2. Il Regolamento (CE) n. 1371/2007 e le convenzioni internazionali.

Il Regolamento (CE) n. 1371/2007, attua le indicazioni della Comunicazione della Commissione su “*Strategia politica dei consumatori 2002-2006*”, realizza l’obiettivo di raggiungere un «*livello elevato di protezione dei consumatori nel settore dei trasporti conformemente all’articolo 153, paragrafo 2, del trattato*» e muove dalla considerazione del passeggero ferroviario come parte debole del contratto di trasporto, soggetto meritevole di particolare protezione da parte dell’ordinamento.

La disciplina garantisce perciò agli utenti dei servizi ferroviari la disponibilità di informazioni sul servizio prima e durante il viaggio, ed estende ai passeggeri nazionali alcune fondamentali garanzie già sancite nelle convenzioni internazionali vigenti: le «*regole uniformi concernenti il contratto di trasporto internazionale per ferrovia dei viaggiatori e dei bagagli (CIV)*», la «*convenzione relativa ai trasporti internazionali per ferrovia (COTIF)*», del 9 maggio 1980 e s.m.i.

Altro fondamentale rilievo attiene al carattere cogente della disciplina di talché le garanzie ed i diritti previsti non possono essere limitati o esclusi mediante clausole contrattuali derogatorie o restrittive. Si realizza così l’unificazione degli *standard* minimi di regolazione nel settore, con una disciplina privatistica cogente.

L’organizzazione del trasporto ferroviario dovrebbe anzitutto garantire l’emissione di biglietti «globali» con un sistema che agevoli il passaggio degli utenti da un operatore all’altro, nonché l’adeguamento dei sistemi telematici di informazione e di prenotazione secondo gli *standard* internazionali.

Si prevede altresì che, per la migliore garanzia delle responsabilità nei confronti dei passeggeri, i vettori si dotino di adeguata copertura assicurativa in modo da rafforzare i meccanismi di indennizzo ed assistenza in caso di ritardi, soppressione del servizio, perdita delle coincidenze, ecc.

La normativa europea stabilisce infine il diritto delle persone con disabilità o con mobilità ridotta, alla libera circolazione, alla libertà di scelta e alla non discriminazione attraverso soluzioni tecniche adeguate. In ogni caso, si impone alle imprese esercenti di organizzare la gestione ed il monitoraggio sulle norme di qualità dei servizi nonché predisporre sistemi di reclamo in relazione ai diritti ed agli obblighi stabiliti.

3. Il decreto legislativo sui diritti ed obblighi dei passeggeri nel sistema delle fonti nazionali, competenze amministrative centrali e regionali .

La normativa nazionale assume una posizione centrale nel sistema delle fonti in quanto attinente ai «*livelli essenziali delle prestazioni di cui all’articolo 117, secondo*

comma, lettera m), della Costituzione» volta a garantire «uniformi livelli di tutela su tutto il territorio nazionale dei diritti dei passeggeri del trasporto ferroviario». In base agli obblighi comunitari, si impone così una regolazione unitaria riferita a tutto il trasporto ferroviario di passeggeri, anche a livello regionale e locale.

Appare fondamentale, sul piano sistematico, la fissazione degli *standard* dei comportamenti sanzionabili dal punto di vista della tutela dell'utente e nella prospettiva dell'"ordinamento civile". Ciò significa che tale nuova disciplina deve essere riferita all'attività economica in senso oggettivo, a tutti gli enti pubblici titolari della concessione o del servizio ed agli esercenti.

Il passaggio, almeno formale, al libero mercato, sposta dunque definitivamente nell'ordinamento civile una disciplina volta a regolare il rapporto di utenza con i connessi diritti ed obblighi dei passeggeri, in chiave di regolazione oggettiva dell'attività economica, nonché attraverso la limitazione dell'autonomia nell'ambito del contratto di trasporto ferroviario.

4. L'organismo di vigilanza e controllo. La riorganizzazione del ministero ed il riassetto del controllo societario sulle imprese esercenti. Le prospettive di riforma.

Tra le novità più rilevanti va segnalata, anzitutto, l'istituzione di un organismo competente garantire il rispetto dei diritti dei passeggeri del trasporto su ferro, in ambito nazionale, regionale e locale. Secondo le indicazioni del Regolamento europeo, questo nuovo Ente di vigilanza deve essere dotato di prerogative di autonomia ed indipendenza rispetto a tutti gli operatori, nonché nei confronti delle imprese ferroviarie, degli enti concessionari e del gestore della rete. La struttura amministrativa in questione è stata individuata nella *Direzione generale per il trasporto ferroviario del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti*.

Le necessarie prerogative di "terzietà" richiedono tuttavia una profonda riorganizzazione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti nel senso di garantire la separazione tra ente regolatore, gestore del servizio ed ente titolare del servizio stesso (Stato o Regione, ad es.); in questo senso il Governo si è impegnato a modificare il regolamento di organizzazione del Ministero in modo da precisare le competenze della direzione generale del trasporto ferroviario rispetto alla società Ferrovie dello Stato spa, onde evitare interventi sulle nomine del Consiglio di amministrazione nonché la possibilità di direzione dell'attività economica; dovrà essere perciò vietato la possibilità che il Ministero delle infrastrutture e trasporti svolga attività di "supporto" alle decisioni assunte dall'azionista (Ministero dell'economia).

Il sistema si articola così in chiave necessariamente dualistica. La competenza amministrativa nazionale attiene all'attuazione della disciplina dell'UE ed il connesso sistema di vigilanza e sanzione; per tutto quanto non rientra nell'attuazione del Regolamento CE, rimane la competenza regionale esclusiva.

L'Organismo di controllo vigila sulla corretta applicazione del regolamento comunitario, può svolgere indagini conoscitive e monitoraggi sui servizi di trasporto ferroviario di cui al regolamento. Inoltre, entro il 30 giugno di ogni anno, presenta al Ministro una relazione sullo stato di applicazione della disciplina europea e sull'attività svolta.

Nello svolgimento delle funzioni l'Organismo di controllo è dotato di poteri di ispezione e richiesta di informazioni e documentazione dalle imprese ferroviarie, dal gestore dell'infrastruttura o da qualsiasi altro soggetto interessato o coinvolto. I reclami possono essere presentati, anche avvalendosi di strumenti telematici e di semplificazione.

Centrale è la competenza in merito all'accertamento delle infrazioni ed all'irrogazione delle sanzioni. Il procedimento è affidato al Responsabile del procedimento che, valutati gli elementi in suo possesso, ravvisata la non manifesta infondatezza dell'esposto, formula la proposta di avvio del procedimento sanzionatorio e predispone l'atto di contestazione. Quest'ultimo è adottato dal dirigente ed è comunicato all'interessato; esso indica, tra l'altro, l'oggetto della contestazione; l'analitica esposizione dei fatti e gli elementi essenziali della violazione contestata, l'ufficio competente e il nominativo del responsabile del procedimento e l'indirizzo dell'ufficio dove presentare memorie, perizie e altri scritti difensivi, e dove poter essere sentiti sui fatti oggetto di contestazione, nonché avere accesso agli atti.

Il procedimento di accertamento della violazione si conclude entro novanta giorni con provvedimento espressamente motivato. Qualora sia necessario acquisire informazioni o documentazione ai fini dell'accertamento della violazione, il termine si interrompe. La sanzione è irrogata dall'Organismo di controllo in una misura compresa tra il minimo ed il massimo edittale previsto.

La nuova disciplina prevede poi che le Regioni istituiscano apposite strutture competenti ad istruire i reclami dei passeggeri ed a trasmetterli mensilmente all'Organismo di controllo; salve le ipotesi di manifesta infondatezza dei reclami stessi. Al di là di quanto prescritto dalla disciplina sovranazionale, le Regioni potranno svolgere ulteriori azioni connesse alla titolarità del servizio regionale, fissando ulteriori penalità per la violazione dei contratti di servizio e con riferimento a condotte diverse da quelle già previste dalle regole nazionali.

Rimangono invece affidate al «Gestore della rete» la regolazione dell'accesso all'infrastruttura e l'assegnazione della capacità di trasporto; ad esso spetta altresì la definizione del canone per le singole linee e tratte in cui è divisa la rete ferroviaria nazionale nonché l'adozione dei metodi di ripartizione dello stesso. La determinazione del canone segue il criterio “*Top to down*”, basato cioè sui costi “diretti ed indiretti” di circolazione dei treni sulla rete, al netto dei finanziamenti pubblici.

Non può sfuggire l'importanza di questi aspetti organizzativi che costituiscono il presupposto per l'effettività del sistema di regolazione, vigilanza e sanzione. Invero, l'attuale assetto societario del gruppo “Ferrovie dello Stato” non sembra garantire adeguatamente la separazione tra rete e servizio, né consente di escludere la possibilità per il Ministero dei trasporti di interferire nelle scelte imprenditoriali di Ferrovie dello Stato e delle società controllate.

5. Il quadro delle sanzioni, nella disciplina sui diritti e gli obblighi dei passeggeri.

Particolarmente importante è il nuovo sistema afflittivo-repressivo previsto per la violazione degli obblighi e delle prescrizioni del Regolamento 1371-2007. Prima di irrogare la sanzione, l'organismo di vigilanza ammonisce l'impresa con un atto di diffida, inducendola a rispettare gli obblighi di servizio; ciò al fine di incrementare un sistema di indirizzo ed orientamento quasi-spontaneo verso le migliori pratiche nel trasporto su ferro.

Con riferimento alle sanzioni pecuniarie, l'Organismo di vigilanza ne determina l'importo in base ai principi di effettività e proporzionalità nonché in funzione della gravità della violazione, della reiterazione dei comportamenti e delle azioni assunte per attenuarne o eliminarne le conseguenze.

Sul piano generale, le ipotesi di infrazione sono distinte a seconda che costituiscano inadempienze reiterate ad obblighi generali di tipo organizzativo ed informativo (come ad es. la mancata adozione di procedure di reclamo o di adeguati sistemi informativi) o che integrino singole violazioni dei diritti dei passeggeri, sul piano delle obbligazioni contrattuali.

6. segue: le sanzioni .

Il primo gruppo di sanzioni attiene alle violazioni in materia di contratto di trasporto, obblighi di informazione e vendita di biglietti (artt. 6 – 11). Vanno segnalate, in particolare, le infrazioni previste per la violazione degli obblighi di comunicazione di soppressione dei treni di servizio pubblico (da 2.000 a 10.000 euro) o del dovere di informare l'utenza sulle condizioni di viaggio e sui canali di distribuzione dei biglietti (artt. 9 e 10).

Sono previste sanzioni per la mancanza di informazioni da fornire prima del viaggio, come ad esempio quelle che attengono alle condizioni generali applicabili, agli orari ed alle condizioni per il viaggio più veloce; agli orari e le condizioni per la tariffa più bassa, all'accesso ed alla disponibilità a bordo di infrastrutture per le persone con disabilità e a mobilità ridotta, alle procedure per il recupero di bagagli smarriti e per la presentazione di reclami, ecc.

Altre sanzioni riguardano invece la violazione degli obblighi informativi durante il viaggio, con particolare riferimento alle indicazioni sui servizi a bordo, sulle fermate, sui ritardi e le coincidenze.

Oneri molto rilevanti riguardano la pubblicità sui canali e sulle modalità di vendita dei biglietti, nonché sulle condizioni ed i prezzi; in linea di principio, deve essere garantita la più ampia accessibilità e facilità di fruizione anche attraverso il ricorso agli strumenti telematici. Con riferimento alla vendita dei biglietti, la disciplina europea e la normativa interna di attuazione impongono la distribuzione dei biglietti mediante biglietterie o distributori automatici; per telefono, su siti Internet o tramite qualsiasi altra tecnologia dell'informazione avente ampia diffusione; a bordo dei treni.

Nell'ambito del servizio pubblico i biglietti devono essere offerti mediante biglietterie o distributori automatici o a bordo dei treni. La vendita a bordo del treno può essere limitata per motivi di sicurezza o di politica antifrode, o a causa dell'obbligo di prenotazione o per ragionevoli ragioni commerciali. Qualora nella stazione di partenza non vi sia la biglietteria (anche automatica) i viaggiatori devono potere acquistare il biglietto per telefono, via Internet o a bordo del treno, senza oneri aggiuntivi. Tali possibilità devono essere adeguatamente comunicate e rese pubbliche.

Particolarmente rilevanti sono le previsioni in materia di ritardi, perdita delle coincidenze e soppressioni dei treni. In particolare, l'impresa ferroviaria deve informare i passeggeri, con modalità e mezzi idonei (anche mediante l'istituzione di servizi su portali *internet*) sulle modalità di indennizzo e di risarcimento in caso di ritardi, perdite di coincidenze o soppressione di treni. In caso di specifica violazione dei questi obblighi di informazione, l'impresa ferroviaria è soggetta al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria da 2.000 euro a 10.000 euro. Qualora i rimborsi previsti non fossero tempestivamente corrisposti, l'impresa potrebbe essere ulteriormente colpita.

Altre sanzioni riguardano la mancata assistenza al viaggiatore nei casi previsti dalla disciplina europea. Il riferimento è alle ipotesi di assistenza per ritardi superiori a 60 minuti; in questo caso i passeggeri devono ricevere, oltre alle informazioni rilevanti, pasti e bevande in quantità ragionevole in funzione dei tempi di attesa, se possono essere ragionevolmente

forniti. E' prevista altresì la sistemazione in albergo o di altro tipo, qualora il ritardo imponga un soggiorno di una o più notti o un soggiorno supplementare. Qualora, per qualsiasi motivo, il servizio ferroviario non possa essere proseguito, l'impresa è tenuta ad organizzare, quanto prima, servizi di trasporto alternativi. Obblighi e doveri che sono accompagnati da altrettante previsioni sanzionatorie.

Significative conseguenze si hanno nell'ipotesi di la violazione degli obblighi relativi a persone con disabilità o a mobilità ridotta. Anche in questo caso, sono previste sanzioni per la violazione di obblighi generali che attengono all'adozione di misure di accesso al trasporto non discriminatorie, idonee a garantire i diritti dei passeggeri con disabilità.

Vanno segnalate altresì le ipotesi di mancato adeguamento delle stazioni, delle banchine e degli altri servizi con riferimento ai diritti delle persone con disabilità alle specifiche tecniche di interoperabilità (STI);

Chiudono il quadro gli obblighi in materia di sicurezza, reclami e qualità del servizio: le imprese ferroviarie, i gestori delle infrastrutture ed i gestori delle stazioni sono tenuti ad adottare le misure idonee ad assicurare la sicurezza personale dei passeggeri come prescritto dalla disciplina sovranazionale. A tal fine occorre istituire appositi meccanismi e strutture per la raccolta ed il trattamento dei reclami. Per l'inosservanza di tale obbligo è prevista la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 euro a 20.000 euro. Alla stessa sanzione sono soggette le imprese ferroviarie che non provvedano a diffondere tra i passeggeri informazioni sulle modalità di organizzazione del servizio preposto alla raccolta ed al trattamento degli esposti.

Ogni anno, nella relazione sulla qualità del servizio saranno pubblicati i dati sul numero e sulle categorie degli esposti ricevuti e trattati, sui tempi di risposta e sulle misure adottate per migliorare eventualmente le procedure di reclamo

I gestori, inoltre, hanno l'obbligo di comunicare all'Organismo di controllo le norme adottate in materia di qualità del servizio; regole che devono contenere almeno le regole "minime" sull'informazioni e sui biglietti; sulla puntualità e sulla soppressione dei treni; sulla pulizia del materiale rotabile e delle stazioni. Devono essere altresì previsti i sistemi di rilevazione del gradimento e della soddisfazione dell'utenza, nonché sistemi di adeguato trattamento dei reclami, di rimborso ed indennità per il mancato rispetto delle norme sulla qualità.

La vendita dei biglietti ferroviari da parte delle imprese ferroviarie, dei gestori delle stazioni e dei *tour operator* deve essere accompagnata da adeguate comunicazioni in merito ai diritti ed agli obblighi dei passeggeri che, comunque, devono essere adeguatamente

informati, nella stazione e a bordo del treno, dei dati e delle modalità per contattare l'organismo nazionale di vigilanza e controllo.

7. Il Trasporto su ferro tra Stato e mercato.

Il trasporto ferroviario mostra una significativa discrasia tra le condizioni giuridico-formali, in base alle quali sono previste condizioni di apertura al mercato e la difficoltà di aprire effettivamente tale settore alla concorrenza. Difficoltà, anzitutto, di ordine strutturale legate alla scarsità delle infrastrutture ed al relativo elevato costo di manutenzione in efficienza e sicurezza; rilevano nello stesso senso le esigenze di sicurezza del trasporto e del materiale rotabile.

Si aggiunga, d'altra parte, che il trasporto ferroviario regionale e locale costituisce una delle fondamentali risposte ad esigenze sociali, ambientali e di assetto del territorio, anche attraverso la garanzia di particolari condizioni e tariffe a categorie disagiate di passeggeri.

Il settore dei trasporti appare perciò molto distante da una condizione di libero mercato essendo scarsamente adeguato sul piano infrastrutturale nonché ancora importante sul piano delle politiche pubbliche e sociali.

Ne conseguono due sviluppi importanti: per un verso si va nella direzione della progressiva, anche se lenta, liberalizzazione delle tratte economicamente appetibili (scontati i costi di investimento infrastrutturale) e dei servizi più avanzati (alta velocità); per le attività a prevalente rilievo sociale si auspica un sistema di «concorrenza per il mercato» che veda più imprese contendersi le concessioni regionali o locali.

L'assetto complessivo è dunque ancora “duplice”, sia sul piano organizzativo, sia in riferimento alle fonti della regolazione e dei diritti dei passeggeri. Trenitalia, com'è noto, è ancora l'unico operatore nazionale, che garantisce i servizi in ambito nazionale ed internazionale, così come gli spostamenti di media lunga percorrenza e di carattere regionale e metropolitano.

I treni di media lunga percorrenza sono gestiti dalla Divisione Passeggeri Nazionale ed Internazionale che si occupa sia dei servizi gestiti in condizioni di libera concorrenza, sia dei servizi per i quali Trenitalia riceve contributi dallo Stato sulla base del contratto di servizio stipulato.

Soltanto nei servizi in regime di libero mercato vi è dunque una piena responsabilità di impresa ed autonomia imprenditoriale e commerciale. Negli altri casi, i modelli amministrativi di gestione rallentano questa evoluzione; rimane centrale l'assetto che si determina con il finanziamento pubblico ed il connesso contratto di servizio che impegna

Trenitalia a garantire il trasporto nelle aree a scarsa domanda e sostanzialmente antieconomiche. In questo caso, il prezzo del biglietto non copre il valore del servizio essendo l'equilibrio economico raggiunto attraverso il pubblico finanziamento.

Il contratto di servizio stipulato tra lo Stato e Trenitalia è dunque la fonte principale della regolazione del servizio pubblico universale; esso regola la quantità dei treni, la qualità ed il prezzo dei vari servizi.

Al livello sub statale si riproduce uno schema analogo. Le Regioni sono gli enti titolari del servizio che decidono quali servizi da garantire in base alle esigenze della popolazione e alle risorse economiche disponibili.

Il contratto di servizio fissa dunque la quantità, la qualità ed il prezzo dei servizi che non sono appetibili sul mercato. Esso è il principale strumento di regolazione dei servizi finanziati dallo Stato per esigenze sociali, ambientali e di assetto del territorio, ovvero per garantire particolari condizioni e tariffe a categorie disagiate di passeggeri. L'impresa di trasporto assume l'obbligo di produrre detti servizi, mentre l'ente pubblico si impegna ad erogare la corrispondente compensazione economica. La Regione stabilisce altresì le tariffe del trasporto sul territorio regionale e svolge le funzioni di vigilanza e monitoraggio sul servizio. Per ogni Regione, le imprese esercenti adottano – a loro volta la carta dei servizi.

La carta dei servizi assume dunque contenuto e valenza differente a seconda dei casi: con riferimento ai servizi “commerciali” è strumento con cui l'impresa assume impegni sulla qualità del servizio in modo da soddisfare ed orientare i consumatori; negli ambiti finanziati dagli enti pubblici la carta dei servizi, sostanzialmente riproduce quanto concordato nel contratto di servizio in relazione alle tariffe ed alla qualità del servizio. Essa riproduce gli indicatori di qualità, gli strumenti per la relativa misurazione e di reclamo. Nel primo caso essa prevede gli impegni contrattuali (di prezzo e di qualità) promessi ai clienti, mentre nel secondo, costituisce adempimento del contratto di servizio già concluso con lo Stato o con la Regione e rappresenta gli impegni assunti rispetto ad essi.

La nuova disciplina in materia di diritti ed obblighi dei passeggeri compie un passo significativo verso la privatizzazione sostanziale delle attività, attraverso la traduzione sul piano oggettivo della precedente impostazione a direzione amministrativa. Sul piano organizzativo, le soluzioni sinora adottate con riferimento alle funzioni di vigilanza e controllo appaiono tuttavia non del tutto adeguate; la posizione del Ministero delle infrastrutture e trasporti – invero - è ancora centrale, sia in relazione ai compiti di regolazione, sia per quanto attiene al controllo societario sulle società del gruppo Ferrovie dello Stato.

Sulla base del richiamato impegno governativo, dovrebbero essere dunque adottate le misure organizzative atte a realizzare le condizioni di effettiva apertura del mercato ed di adeguato svolgimento dell'attività di regolazione, vigilanza e sanzione.

BIBLIOGRAFIA

E. CELLI, L. PETTINARI e R. PIAZZA, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario*, Torino, 2005

G. MASTRANDREA, *Riflessioni giuridico-economiche su liberalizzazione e privatizzazione del settore trasporti*, reperibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it

B. RISTUCCIA, *Liberalizzazione e regolazione nel mercato dei trasporti ferroviari in Italia*, reperibile sul sito internet www.diritto.it

P. BARUCCI e C. RABITTI BEDOGNI, *20 anni di antitrust*, Torino, 2010

4. I servizi postali (Fabio Bassan)

L'intervento si concentra sulla fase più recente di una tra le liberalizzazioni più lunghe e complesse, quella del settore postale. Gli ultimi interventi normativi in particolare riguardano la creazione di un'agenzia governativa, dotata di poteri autonomi, ma priva di quel carattere di indipendenza che sarebbe necessario, anche considerata la proprietà pubblica dell'operatore storico. Nell'intervento si fornisce una rapida sintesi degli aspetti più critici degli ultimi interventi normativi.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il Decreto legislativo 31 marzo 2011 n. 58. – 3. L'Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale. – 3.1. Il Collegio e il Direttore generale. – 3.2. Agenzia governativa, non autorità indipendente. – 4. Il servizio universale. – 5. Forme di tutela degli utenti.

1. *Introduzione.*

A partire dalla seconda metà degli anni Novanta il legislatore europeo ha liberalizzato i servizi postali nazionali con l'obiettivo di promuovere il mercato interno e migliorare la qualità del servizio. L'azione si è sviluppata in tre fasi: la prima con la Direttiva 97/67/CE e la seconda con la Direttiva 2002/39/CE; la terza fase ha origine invece con la direttiva 2008/6/CE. Quest'ultima è stata recepita con il decreto legislativo 31 marzo 2011, n.58.

Rispetto alle liberalizzazioni in altri settori, l'apertura del servizio postale è caratterizzata da profili peculiari. In primo luogo, quello dei servizi postali è un mercato 'povero' (se considerato in relazione ad altri, quali le telecomunicazioni, l'energia ecc...) e in fase discendente, per l'effetto sostitutivo delle nuove tecnologie (si pensi alla posta elettronica). L'apertura alla concorrenza deve proporsi quindi non tanto di ampliare e sviluppare il mercato esistente, quanto di crearne di nuovi.

In secondo luogo, la liberalizzazione postale si è conclusa, di fatto, solo in tempi recenti. Sotto questo profilo, il *timing* ha un significato e una conseguenza. Diversamente da quanto accaduto con le telecomunicazioni infatti, in cui la Commissione ha proceduto autonomamente - di fronte all'ostruzione degli stati in Consiglio - a pubblicare direttive di liberalizzazione, caratterizzate da una forte spinta verso l'apertura dei mercati, nel settore postale gli stati hanno partecipato all'elaborazione della disciplina, che ha dunque previsto forme meno radicali di promozione della concorrenza e procedure di controllo meno rigorose. Questo presupposto rileva anche ai fini della costituzione dell'autorità di regolazione. Mentre infatti, nelle prime liberalizzazioni, le direttive imponevano in concreto la creazione di un'autorità indipendente, nelle ultime (le poste, ma si pensi anche ai trasporti ferroviari) è rimessa agli stati la scelta tra un regolatore indipendente o autonomo, identificabile quest'ultimo, nel secondo caso, anche in un'articolazione di un Ministero, se gli operatori sul

mercato non sono controllati dallo stato. Ciò che conta, infatti, è che attività e controllo siano separate. Il legislatore italiano in sede di recepimento ha scelto di costituire non un'autorità indipendente, ma un'agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale.

2. Il Decreto legislativo 31 marzo 2011 n. 58.

Il d. lgs. 58/11 completa la liberalizzazione dei servizi postali che, con la direttiva 97/67/CE aveva indicato una liberalizzazione progressiva in due fasi, distinte dal peso della corrispondenza e dei pacchi sottoposti a pressione competitiva. La direttiva 2008/6/CE – che il decreto recepisce - ha precisato il perimetro del servizio universale a regime, prevedendo una riduzione progressiva dei limiti di peso massimi riservati al fornitore del servizio universale. Inoltre, la direttiva ha definito i criteri per la valutazione dei costi del servizio universale, e ha lasciato agli stati la facoltà di scegliere le modalità per regolare il mercato, mediante autorità indipendente o articolazioni ministeriali. Il termine ultimo per la piena liberalizzazione dei servizi postali è indicato nel 31 dicembre 2010.

3. L'Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale.

In primo luogo, in merito all'autorità di regolazione, un'osservazione banale ma evidente. Il settore postale è storicamente legato a quello delle telecomunicazioni. I due mercati hanno ad oggetto servizi a rete con caratteristiche simili. Una soluzione logica e a costi sostanzialmente ridotti per i conti dello stato, sarebbe stata attribuire all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni competenze anche in materia postale. In secondo luogo, la scelta di costituire non un'autorità indipendente *ad hoc*, ma un'agenzia, all'interno dell'organizzazione del Ministero, è una scelta forte cui non può non attribuirsi un significato. Non indipendente – né dal Ministero, che ne definisce funzioni, struttura organizzativa e modalità di funzionamento, né dagli operatori, considerata la compagine azionaria di Poste - l'agenzia ha autonomia organizzativa, tecnico-operativa e gestionale.

Tra le funzioni che l'Agenzia deve svolgere, con indipendenza di valutazione e giudizio, vi sono: la regolazione dei mercati postali; la definizione di standard sulla qualità del servizio universale; la disciplina dell'accesso alla rete e ai servizi; la determinazione delle tariffe dei settori regolamentati; la promozione della concorrenza. L'Agenzia vigila sul rispetto degli obblighi in capo al fornitore del servizio universale e su quelli previsti da licenze e autorizzazioni, ivi incluse le condizioni generali della fornitura dei servizi e monitora i mercati, anche con riferimento ai prezzi, istituendo eventualmente un apposito osservatorio.

L'Agenzia esercita anche poteri sanzionatori in caso di violazione della regolazione o degli obblighi specifici imposti agli operatori.

3.1. Il Collegio e il Direttore generale.

Le funzioni di indirizzo, regolazione e controllo esercitate dall'Agenzia sono affidate a un Collegio, composto da tre membri scelti tra personalità di indiscusse moralità e indipendenza, alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore. Le proposte di nomina spettano al Ministro dello sviluppo economico, che le trasmette al Parlamento, dove vengono assegnate alle Commissioni (Trasporti della Camera e Lavori Pubblici e Comunicazioni del Senato), per il parere obbligatorio e vincolante.

Gli attuali componenti – Carlo Deodato, che ricopre il ruolo di Presidente, Giovanni Bruno e Francesco Soro – sono stati nominati dal Consiglio dei ministri lo scorso 9 giugno.

La carica di componente del Collegio dura tre anni, è rinnovabile una sola volta ed è incompatibile con qualsiasi attività professionale o di consulenza, incarico di amministratore o dipendente di soggetti pubblici o privati, incarico elettivo o di rappresentanza dei partiti politici, nonché con qualunque interesse diretto o indiretto nelle imprese operanti nel settore.

La norma prevede anche un direttore generale - nominato dal Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro dello sviluppo economico – con un mandato di cinque anni non rinnovabili, con funzioni di direzione, coordinamento e controllo della struttura dell'Agenzia. Il direttore generale formula proposte al Collegio, attua le delibere e i programmi approvati dal Collegio e assolve agli adempimenti di carattere tecnico-amministrativo. Valgono anche per il direttore generale le regole in tema di incompatibilità applicate ai componenti il Collegio. I dipendenti di amministrazioni pubbliche che ricoprano una di queste cariche vengono collocati fuori ruolo o in aspettativa senza assegni, per l'intera durata dell'incarico, durante la quale il relativo posto in organico è reso indisponibile. È vietato, infine, ai componenti il Collegio e al direttore generale, intrattenere direttamente o indirettamente rapporti di collaborazione, consulenza o impiego con le imprese operanti nel settore per i dodici mesi successivi alla cessazione dell'incarico, pena l'irrogazione di pesanti sanzioni amministrative pecuniarie.

Un ultimo aspetto concernente il Collegio che ha suscitato particolare attenzione riguarda la definizione dei compensi spettanti ai suoi componenti. Il decreto pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il 29 aprile 2011 stabiliva un compenso di 150 mila euro per il Presidente e 120 mila euro per gli altri due componenti; la norma (art. 2, comma 8) è stata modificata pochi giorni dopo, (G.U. del 3 maggio 2011) e ha rinviato la quantificazione a un decreto ministeriale (“i compensi sono determinati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze,

di concerto con il Ministro dello sviluppo economico”). Dunque, non un compenso determinato *ex lege*, ma definito dal Ministero, e dunque da questi modificabile. Si tratta forse di un dettaglio, che di certo contribuisce però a minare ulteriormente l’autonomia dell’agenzia.

3.2. Agenzia governativa, non autorità indipendente.

All’Agenzia sono trasferite le funzioni finora svolte dal Ministero dello sviluppo economico - Direzione generale per la regolamentazione del settore postale, con le inerenti risorse umane, finanziarie e strumentali.

Il Ministro dovrà inoltre adottare decreti che interessano la natura stessa e il funzionamento dell’Agenzia; ad esempio, dovrà stabilire la misura del contributo (di valore non superiore all’uno per mille dei ricavi dell’ultimo esercizio), che gli operatori del settore postale dovranno versare. Il contributo si aggiungerà a un apposito Fondo iscritto nello stato di previsione del MiSE in cui confluiscono le risorse finanziarie necessarie per il funzionamento dell’Agenzia. Ma spetterà al Ministro anche adottare un decreto che definisca lo statuto dell’Agenzia, e ne indichi le finalità, i compiti istituzionali, i criteri di organizzazione e funzionamento, le competenze degli organi e le modalità di esercizio delle funzioni. Altro decreto avrà ad oggetto l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia e ne determinerà il ruolo organico, nel limite di 60 unità.

A confermare la natura dell’agenzia c’è anche il regolamento di contabilità, sottoposto alla preventiva approvazione del Ministro, e il fatto che la relazione annuale dell’Agenzia sarà sì sottoposta al Parlamento, ma dal Ministro dello sviluppo economico.

Ebbene, se gli operatori sul mercato sono privati, l’organo di controllo può coincidere con il Ministero o con una sua articolazione, quale è l’Agenzia: autonoma, non certo indipendente. Ma se, come nel caso di specie, Poste Italiane, il principale operatore è in mano pubblica (65% Ministero dell’Economia, 35% Cassa Depositi e Prestiti), l’Agenzia non garantisce in astratto – in concreto, vedremo - la “piena ed effettiva separazione strutturale delle funzioni di regolamentazione dalle attività inerenti alla proprietà o al controllo” richiesta dalle direttive comunitarie (art. 22, 97/67/CE, e poi il nuovo art. 22 della direttiva 2008/6/CE), la cui assenza era già costata all’Italia l’apertura nel 2009 di una specifica procedura di infrazione. L’AGCM si è impegnata con tutti gli strumenti a disposizione per segnalare questa contraddizione¹. Anche l’AGCom si è espressa sul punto².

¹ Si veda ad esempio la segnalazione AGCM del febbraio 2010 n. AS659, in *Boll.* 4/2010.

4. *Il servizio universale.*

Il servizio universale consiste nella fornitura in tutti i punti del territorio nazionale, incluse isole minori e zone rurali e montane, di determinati servizi postali di qualità minima definita e a prezzi accessibili.

Con il decreto 58/2011 il servizio universale continua a comprendere la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione degli invii postali fino a 2 kg, e dei pacchi postali fino a 20 kg; ciò, nonostante la Direttiva 2008/6 abbia consentito di ridurre il tetto dei pacchi postali rientranti nel servizio universale a 10 kg. Una scelta del legislatore in tal senso avrebbe ridotto in modo significativo il costo complessivo del servizio universale, che viene pagato dagli operatori mediante un sistema di compensazione finanziaria.

Né del resto, si rinviene una norma – presente nella liberalizzazione di altri settori - che consenta al Ministero di ri-definire nel tempo il perimetro del servizio universale, riducendolo sul piano dei servizi o del peso degli invii e dei pacchi. La pressione competitiva comporta infatti una progressiva riduzione dei servizi per cui è necessario garantire una fornitura di qualità adeguata e prezzo accessibile; giustificare pertanto con il servizio universale il mantenimento di un monopolio in settori soggetti a concorrenza potenziale contrasta con la *ratio*, prima ancora che con la lettera della riforma europea. L'assenza di strumenti semplici che consentano al Ministero di intervenire per ridurre progressivamente il perimetro del servizio universale toglie al sistema una flessibilità necessaria, soprattutto nella fase di avvio.

Anche i servizi relativi agli invii raccomandati e assicurati restano compresi nel servizio universale, da cui viene di fatto esclusa soltanto la pubblicità diretta, ma solo a partire dal 1° giugno 2012. Anche in questo caso, l'anticipazione della data avrebbe comportato un risparmio della spesa pubblica, essendo il costo coperto in parte dalla fiscalità generale.

Poco chiara è anche la *ratio* alla base del mantenimento nel servizio universale della *cd bulk mail*, la posta massiva, che interessa soprattutto le imprese. Non si capisce inoltre quali possano essere le esigenze di ordine pubblico che hanno indotto il legislatore ad attribuire in via esclusiva al fornitore del servizio universale, le notifiche delle violazioni del codice della strada e quelle giudiziarie. Si tratta di servizi che esulano dal perimetro del servizio universale, e (le notifiche giudiziarie) sono da tempo soggetti a pressione concorrenziale: l'AGCM ha infatti ricordato (in una segnalazione a Parlamento e Governo nel gennaio 2011)

² Segnalazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni al Governo e al Parlamento sulle competenze regolamentari in materia di servizi postali del 19 febbraio 2010.

come la pubblica amministrazione abbia da tempo messo a gara i servizi di notifica attraverso messo notificatore, sperimentando l'affidabilità e l'efficienza di operatori alternativi a Poste.

Il d. lgs. 58/11 richiede poi che la designazione del fornitore del servizio universale avvenga nel rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e proporzionalità, in base all'analisi dei costi del servizio nonché di criteri che tengano conto della redditività degli investimenti, della struttura organizzativa dell'impresa, dello stato economico dell'impresa nel triennio precedente, dell'esperienza di settore e degli eventuali pregressi rapporti con la pubblica amministrazione nel settore specifico (criterio questo soggetto a censure evidenti).

Il fornitore del servizio è tenuto a una separazione contabile delle prestazioni che rientrano nel servizio universale. La difficoltà per i revisori esterni di entrare nella contabilità di aziende complesse costituisce un fattore di vischiosità della concorrenza, come testimoniano gli esempi di Telecom Italia e di RAI, entrambe tenute alla separazione contabile, per ragioni diverse. Probabilmente da quella esperienza occorrerà attingere. L'importanza della valutazione sui costi calcolati con la contabilità separata emerge quando si considera che proprio sulla base di questi costi verranno formulate le tariffe delle prestazioni che rientrano nel servizio universale.

Come è avvenuto nelle telecomunicazioni, anche in questo caso si procederà probabilmente a una riduzione costante del costo del servizio universale – anche mediante meccanismi di incentivazione, come il *price cap* - che comporterà però dispendio di denaro e risorse necessari per verificare di anno in anno il costo effettivo (sulla base di un contratto di programma con il Ministero), e per ripartirlo tra gli operatori (titolari di licenze individuali o di autorizzazioni generali nel settore).

Perplexità sorgono anche per la scelta di attribuire direttamente a Poste, e per un periodo insolitamente lungo (15 anni, sia pure con verifiche intermedie quinquennali) l'incarico di fornire il servizio universale. In sostanza vengono 'blindati', per un periodo di tempo particolarmente lungo, sia il perimetro del servizio, sia l'operatore scelto per fornirlo.

5. Forme di tutela degli utenti.

L'onere di garantire procedure trasparenti, semplici e poco onerose per la gestione dei reclami degli utenti anche per i casi di rimborso e compensazione per disservizi viene esteso dal d. lgs. 58/11 a tutti i fornitori del servizio postale, con particolare attenzione ai casi di smarrimento, furto, danneggiamento o mancato rispetto delle norme di qualità del servizio. In caso di esito insoddisfacente del reclamo, l'interessato potrà rivolgersi all'agenzia, individualmente o unitamente alle associazioni nazionali dei consumatori e degli utenti.

SEZIONE II
AUTORITÀ INDIPENDENTI DI SETTORE E ORIZZONTALI: NOVITÀ LEGISLATIVE
E INTERVENTI A TUTELA DEL CONSUMATORE

5. L'AGCom e le comunicazioni elettroniche (Fabio Bassan).

Due sono le riforme recenti dell'UE nel settore: una nelle telecomunicazioni, una nell'audiovisivo. La prima non è stata ancora recepita, nonostante siano scaduti i termini. La seconda è stata recepita e addirittura, per alcuni versi, anticipata. Nell'intervento si analizzano le novità principali dei due settori e in particolare: quanto all'audiovisivo, le norme sul digitale terrestre, il bando di gara per l'assegnazione delle frequenze derivanti dal digital dividend, le norme sul product placement che di fatto rivoluzionano la pubblicità in tv e rendono però anche meno visibile la linea di divisione rispetto alla pubblicità occulta. Quanto invece al settore delle telecomunicazioni, in attesa del recepimento della riforma UE, si affrontano i temi che si ritengono di maggiore interesse sotto il profilo consumeristico e dunque: le reti di nuova generazione, nella telefonia fissa e in quella mobile; la proposta di tutela del diritto d'autore nei nuovi media; la tutela degli utenti nelle comunicazioni mobili e personali; la trasparenza tariffaria nella telefonia mobile e personale; il prezzo del roaming internazionale; il registro pubblico delle opposizioni.

SOMMARIO: 1. Introduzione: il recepimento in Italia delle direttive europee in materia di tv e telecomunicazioni. – 2. Le principali novità nel settore audiovisivo. – 2.1. Il decreto legislativo 44/2010. – 2.1.a) Il digitale terrestre. – 2.1.b) Il product placement. – 2.2. La gara per le frequenze. – 3. Gli interventi nel settore delle telecomunicazioni. – 3.1. Le reti di nuova generazione. – 3.2. La gara per le frequenze. – 3.3 Il diritto d'autore. – 3.4 La tutela degli utenti nelle comunicazione mobili e personali. – 3.4.a) Trasparenza tariffaria nella telefonia mobile e personale. – 3.4.b) Il roaming internazionale. – 3.5. Il registro pubblico delle opposizioni.

1. Introduzione: il recepimento in Italia delle direttive europee in materia di tv e telecomunicazioni.

Il legislatore europeo ha adottato recentemente due riforme nei settori delle comunicazioni elettroniche. La prima, nel 2007 (direttiva AVMS), relativa ai contenuti, ha modificato la cd. 'tv senza frontiere', direttiva che disciplinava l'audiovisivo; la seconda, relativa alle telecomunicazioni, ha rinnovato il cd. 'pacchetto quadro'. Il legislatore italiano ha recepito la prima (con d. lgs. 44/2010) ma non anche la seconda per la quale, scaduti i termini, la Commissione europea ha aperto una procedura d'infrazione nei confronti (anche) dell'Italia.

Sui contenuti della riforma nelle telecomunicazioni ci si è concentrati nel rapporto dello scorso anno. L'analisi per il 2010-2011 in questo settore sarà dunque concentrata – in mancanza del recepimento della riforma già commentata – sull'attività dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCom) che in qualche misura ha tentato di recepire parzialmente i contenuti delle direttive europee.

Quanto alla tv invece, si illustreranno brevemente alcuni profili di maggiore interesse della riforma, rinviando per un approfondimento a un volume di prossima pubblicazione³.

C'è poi un tema trasversale: quello delle reti. Riguarda le televisioni (con la gara per le frequenze rese disponibili dalla razionalizzazione dello spettro consentita dalla trasmissione in digitale - cd. dividendo digitale), la telefonia mobile (con la gara per le frequenze residuali derivanti anche dal dividendo digitale), ma anche la telefonia fissa (con la rete di nuova generazione che stenta a decollare in assenza di strategia e di finanziamenti).

2. Le principali novità nel settore audiovisivo.

2.1. Il decreto legislativo 44/2010.

Il decreto legislativo del 15 marzo 2010, n.44 recepisce la direttiva AVMS sui contenuti audiovisivi. La direttiva, del 2007, è stata trasposta in una direttiva di consolidamento del 2010 (2010/13/UE) che ne rende più semplice la lettura.

La norma europea e quella nazionale di recepimento si caratterizzano per liberalizzare il settore, sotto numerosi punti di vista. Il presupposto è che i contenuti sono ormai digitali (e così le reti) e transitano su diverse piattaforme distributive (i canali televisivi tradizionali, la *pay tv*, la tv a richiesta - *video on demand*). Inoltre, le televisioni sono anche su internet, in formati vari; una regolamentazione pensata per i contenuti televisivi diffusi secondo le forme tradizionali (diffusione simultanea a tutti i destinatari, i telespettatori) necessita quindi di un ammodernamento.

I principi cardine su cui si fonda la riforma sono la neutralità della rete (la regolamentazione non deve distorcere il mercato favorendo una modalità distributiva) e una regolazione meno stringente della comunicazione commerciale. Quest'ultima in particolare prevede principi generali applicabili a tutte le forme di comunicazione commerciale, e discipline specifiche per le diverse modalità in cui queste si declinano. In sostanza, la comunicazione commerciale è vista ora dal legislatore come una 'famiglia', cui appartengono vari generi: la pubblicità, la sponsorizzazione, la televendita, l'inserimento di prodotti (*product placement*) ecc... Alcuni obblighi e divieti si applicano alla famiglia, e dunque a tutti i generi che la compongono: l'obbligo di riconoscibilità (la comunicazione commerciale deve essere riconoscibile), il divieto di pubblicità occulta, il rispetto di obblighi qualitativi minimi, il divieto di comunicazioni relative a prodotti di tabacco o di medicinali acquistabili solo dietro prescrizione. Per il resto, ciascun genere ha una sua disciplina specifica.

³ F. BASSAN e E. TOSI (a cura di), *Diritto degli audiovisivi – Commento al D. Lgs. 44/2010 T.U. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, Milano, in corso di pubblicazione.

La riforma è significativa. Se prima infatti la norma prevedeva una tipizzazione dei messaggi pubblicitari, e applicava a questo *numerus clausus* una serie di vincoli, ora il nuovo istituto prevede regole generali applicabili a tutte le forme di comunicazione commerciale, siano esse tipizzate o meno (e dunque, si ammettono anche modalità future o comunque oggi non regolamentate) e una differenziazione della disciplina specifica relativa ai diversi generi oggi regolamentati.

Un esempio può aiutare a capire. Prima della riforma, parametro di legittimità di ogni comunicazione commerciale (dalla pubblicità, alla sponsorizzazione, alle televendite) erano la riconoscibilità del messaggio (evidenziato con modalità sonore e visive) e la sua separazione dai contenuti editoriali. La riforma riconduce alla comunicazione commerciale solo la prima caratteristica (riconoscibilità) non anche la seconda (separazione). Questo consente forme nuove di promozione di prodotti, come il cd. *product placement*, ontologicamente parte dei contenuti (in quanto 'all'interno del programma') e dunque da questi non separabile.

Tra le altre novità, conseguenza della convergenza delle reti e delle modalità trasmissive consentita dal passaggio alla tecnologia digitale, c'è la liberalizzazione degli spot pubblicitari. Vengono infatti eliminati i cd. limiti di affollamento orario, che impedivano alle emittenti di superare tetti prestabiliti (18%, 20%) di pubblicità inserita per ogni ora di trasmissione. L'unico limite che resta, oggi, è quello giornaliero. Sarà dunque ora la sensibilità dei fornitori di contenuti a delimitare la quantità di pubblicità massima che il telespettatore potrà sopportare, la quale sarà ragionevolmente diversa a seconda del successo previsto per ciascun singolo programma e dell'ora in cui questo andrà in onda (es: *prime time*).

La riforma prende atto della convergenza tra i mezzi di comunicazione (se ne parla da almeno quindici anni, ma in realtà non la riconosce ancora solo chi non appartiene alla generazione dei nativi digitali: esiste e si chiama internet) e fornisce una *palette* di strumenti, anche sul piano definitorio, idonea a consentire una gestione unitaria del fenomeno. Si guardi, ad esempio, alla definizione di servizio media audiovisivo (che nel vecchio mondo, analogico, si chiamava programma tv) inteso ora come servizio effettuato sotto la responsabilità editoriale di un fornitore di servizi per informare, intrattenere o istruire il grande pubblico, attraverso reti di comunicazioni elettroniche. Qualsiasi programma dunque, su qualsiasi rete, in qualunque forma, lineare o non lineare (a seconda che il servizio venga fornito per la visione simultanea di programmi - televisione analogica e digitale, live streaming, web casting - o sia scelto al momento dall'utente e su sua richiesta, come nel *video on demand*).

Sono esclusi dalla nuova definizione, invece – e questo rileva sotto diversi profili, dalla privacy al diritto d'autore - i servizi prestati nell'esercizio di attività non economiche: i siti internet privati e i servizi consistenti nella fornitura o distribuzione di contenuti audiovisivi generati da utenti privati per la condivisione o lo scambio nell'ambito di comunità di interesse (cd. *user generated content*); ogni forma di corrispondenza privata, compresi i messaggi di posta elettronica; i servizi la cui finalità principale non è la fornitura di programmi; i servizi nei quali il contenuto audiovisivo è meramente incidentale e non ne costituisce la finalità principale (i siti internet che contengono elementi audiovisivi puramente accessori, come elementi grafici animati, brevi spot pubblicitari o informazioni relative a un prodotto o a un servizio non audiovisivo, i giochi in linea, i motori di ricerca, le versioni elettroniche di quotidiani e riviste, i servizi testuali autonomi, i giochi d'azzardo con posta in denaro, salvo le trasmissioni dedicate a giochi d'azzardo e di fortuna).

L'AGCom ha adottato due delibere, la n. 606/10/CONS e la n. 607/10/CONS aventi ad oggetto, rispettivamente, il regolamento concernente la prestazione di servizi di media audiovisivi lineari o radiofonici su altri mezzi di comunicazione elettronica e il regolamento in materia di fornitura di servizi di media audiovisivi a richiesta. In entrambi i casi, l'attività è sottoposta ad autorizzazione.

2.1.a) Il Digitale Terrestre.

La Delibera n. 300/10/CONS definisce i criteri generali per il piano di assegnazione delle frequenze per il servizio di radiodiffusione televisiva terrestre in tecnica digitale, “garantendo su tutto il territorio nazionale un uso efficiente e pluralistico della risorsa radioelettrica, una copertura uniforme, una razionale distribuzione delle risorse fra soggetti operanti in ambito nazionale e locale”, ai sensi dell'articolo 42, comma 5, del Testo Unico dei servizi di *media* audiovisivi e radiofonici. Come da tradizione, un terzo dello spettro viene assegnato alle emittenti televisive locali (nel nuovo quadro: fornitori di contenuti, locali). Le reti nazionali (25, ciascuna delle quali potrà avere un numero significativo – quanto, dipende dall'uso che ne verrà fatto – dei vecchi ‘canali’) devono garantire la copertura dell'80% del territorio; come era per l'analogico, anche se in quel caso il vincolo era più un diritto a disporre delle frequenze, ora è un obbligo a usarle secondo i vincoli dell'autorizzazione. Il passaggio dall'analogico al digitale è SFN: il rapporto tra frequenze analogiche e digitali è 1:1. Questo consente di godere di un buon ‘dividendo digitale’, ovvero un numero di frequenze ‘risparmiate’ nel passaggio al digitale, che possono essere utilizzate ad altri fini, televisivi (ulteriori canali disponibili) o di telecomunicazione (la telefonia mobile le utilizza

per offrire una banda più larga e dunque un servizio più veloce e con contenuti più complessi).

L'Autorità ha poi approvato, con Delibera n. 366/10/CONS il Piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, unitamente alle modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di *media* audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre e delle relative condizioni di utilizzo; ciò sulla base delle risultanze istruttorie e delle abitudini e preferenze degli utenti.

Il decreto legislativo n.44/2010 ha infatti introdotto l'art.32, comma 2, del Testo unico dei servizi di *media* audiovisivi e radiofonici che assegna all'Autorità l'individuazione di criteri e metodi idonei a favorire un utilizzo semplice del sistema (in linea con le pregresse abitudini degli utenti), e affida al Ministero dello sviluppo economico la competenza ad attribuire le numerazioni a ciascun canale sulla base dei criteri stabiliti dall'Autorità.

La numerazione automatica è stata oggetto di un ricorso al TAR Lazio il quale con ordinanza ha sospeso l'assegnazione. Il Consiglio di Stato, sempre in via cautelare, con ordinanza ha ritenuto invece legittima la delibera AGCom.

Per uniformare la disciplina tecnica sui decoder al nuovo ordinamento automatico dei canali, con la Delibera n. 629/10/CONS del 9 dicembre 2010 l'Autorità ha integrato la delibera n. 216/00/CONS, imponendo tra l'altro la visualizzazione grafica nei decoder della lista di tutti i canali nazionali e locali e della relativa numerazione assegnata. Se tecnicamente possibile, la visualizzazione dovrà essere suddivisa per generi di programmazione tematici, anche locali: selezionando un genere sarà possibile accedere alla lista dei canali relativi e scegliere il programma da visualizzare senza digitare il numero di canale. La delibera impone anche modalità informative *ad hoc* sulla funzione di aggiornamento automatico e sulle sue modalità di disabilitazione qualora l'utente decida di effettuare la sintonizzazione manuale.

Infine, quanto alla conclusione del processo di digitalizzazione, a seguito della proposta di un nuovo calendario nazionale, accolta con favore dal Comitato Nazionale Italia Digitale (CNID), la piena digitalizzazione dovrebbe essere anticipata di sei mesi rispetto alla precedente scadenza (fine 2012). Un apposito gruppo di lavoro approfondirà l'impatto che il processo di razionalizzazione dello spettro radioelettrico avrà in ciascuna delle Regioni interessate.

Entro il secondo semestre del 2011 saranno coinvolte dallo *switch off* Liguria, Toscana, Umbria, Marche, Abruzzo, Molise e la provincia di Viterbo. Entro il primo semestre del 2012 chiuderanno il cerchio Puglia, Basilicata, Calabria e Sicilia.

2.1.b) *Il product placement.*

Ulteriore tema di interesse per i consumatori nell'ambito televisivo è quello relativo al cd. *product placement*, inteso come “inserimento di prodotti”: ogni forma di comunicazione commerciale audiovisiva che consista nell'inserire o nel far riferimento a un prodotto, a un servizio o a un marchio in modo che sia ben visibile all'interno di un programma dietro corrispettivo monetario, oppure mediante fornitura gratuita di beni o servizi, aiuti o premi alla produzione.

In Italia la regolamentazione della materia risale al 22 marzo 2004, data dell'entrata in vigore del Decreto Urbani, poi convertito nella legge il 18 maggio 2004. Quella norma consentiva però l'inserimento dei prodotti solo all'interno dei film e delle opere cinematografiche.

La direttiva Servizi Media Audiovisivi 2007/65/CE (AVMS) ha invece consentito l'inserimento di prodotto anche nel settore televisivo (oggi, di servizi media). La disciplina è stata poi integralmente recepita con il decreto legislativo 44/2010, che introduce nel Testo unico di servizi media audiovisivi e radiofonici l'art.40-bis, rubricato appunto “inserimento di prodotti”⁴.

L'inserimento di prodotti è consentito nelle opere cinematografiche, in film e serie tv, nei programmi sportivi e di intrattenimento leggero (quale sarà quello pesante?). È invece escluso nei notiziari, nei programmi di attualità (forse considerati intrattenimento ‘pesante’?) e nei programmi dedicati ai bambini.

L'inserimento di prodotto è un genere che rientra nella famiglia delle ‘comunicazioni commerciali’; resta quindi assoggettato alle regole generali, tra cui divieti (di messaggi relativi a tabacco o prodotti derivati, e di medicinali acquistabili solo con ricetta medica) e obblighi, quale la riconoscibilità del messaggio, ma non anche (non più) la separazione del messaggio pubblicitario rispetto al contenuto editoriale. Del resto, proprio questa rinuncia sul piano della ‘famiglia’ ha consentito di introdurre il *product placement*, che per definizione non può essere separato dal contenuto editoriale, essendo ‘nel’ programma. Tra le condizioni al cui rispetto è vincolata la legittimità del *product placement* vi sono divieti (di illegittima influenza, di sollecitazione all'acquisto, di indebito rilievo del prodotto) e un obbligo: di informare il pubblico. L'obbligo si considera assolto se l'inserimento di prodotto è indicato all'inizio, nei titoli di coda e alla ripresa delle interruzioni pubblicitarie. Gli stati possono derogare a quest'obbligo (il legislatore italiano lo ha fatto) per i programmi prodotti fuori del territorio dell'UE. Per questi si pone però in concreto il tema della differenziazione rispetto

⁴ Per un commento sistematico alla disciplina si rinvia a F. BASSAN, *Il product placement negli ordinamenti dell'Unione Europea e italiano*, in F. BASSAN e E. TOSI (a cura di) *Diritto degli audiovisivi – Commento al D. Lgs. 44/2010 T.U. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, cit.

alla pubblicità occulta: proprio l'obbligo d'informativa distingue infatti l'inserimento di prodotto (lecito) dalla pubblicità occulta (vietata).

Il d. lgs. 44/10 riconduce l'intera disciplina del *product placement* all'autoregolamentazione degli operatori. La scelta solleva qualche perplessità, perché il codice di autoregolamentazione rappresenterà probabilmente un filtro tra la norma e la sua attuazione. La questione è ulteriormente complicata dal fatto che, in assenza di un codice unico – che sarebbe stato auspicabile – ogni operatore agirà nel rispetto del proprio. L'osservatorio permanente istituito dall'Agcom con Delibera n. 19/11/CSP dovrebbe rappresentare una camera di compensazione e coordinamento, vedremo quanto adeguata.

2.2. La gara per le frequenze.

La gara per l'assegnazione ai fornitori di rete televisivi (di parte) delle frequenze derivanti dal dividendo digitale, ossia liberate dall'uso più efficiente dello spettro consentito dalla tecnica digitale, è oggetto di polemiche e al momento di andare in stampa non è ancora conclusa. Le questioni poste dall'opinione pubblica sono principalmente tre.

La prima concerne il sistema scelto per l'aggiudicazione: non un'asta al maggior offerente – come invece per le altre frequenze derivanti dal dividendo digitale ma riservate alla telefonia mobile (si veda il par. 3.2) – ma un cd. *beauty contest*, ovvero una procedura comparativa, che quindi non prevede l'esborso per l'aggiudicatario di una somma significativa per l'uso delle frequenze. Al di là della discriminazione, rispetto a un principio di neutralità dell'uso della rete, c'è anche un discorso di cassa (cui lo stato rinuncia), che nella fase attuale ha evidentemente il suo peso.

In secondo luogo, i criteri di valutazione in una procedura comparativa finiscono per favorire chi già opera sul mercato, penalizzando i nuovi entranti, che su alcune voci (ad esempio, riguardanti l'esperienza) non potranno competere. Se si considera che la gara è stata imposta dalla Commissione europea come una delle condizioni necessarie per chiudere la procedura d'infrazione avviata contro l'Italia proprio in tema di pluralismo, la scelta probabilmente non è la più idonea.

Il terzo profilo concerne la segmentazione del bando, che divide i lotti – non tutti egualmente performanti: qualcuno di questi rischia di avere problemi interferenziali – e i partecipanti (non tutti possono partecipare per aggiudicarsi tutti i lotti). In particolare, i lotti sono tre. Il primo (gruppo A) riservato ai nuovi entranti; il secondo (gruppo B) aperto anche agli operatori nazionali; il terzo (gruppo C) ha ad oggetto una frequenza utilizzabile per la tv in mobilità.

Il bando è stato impugnato prima da Sky (che può partecipare solo al gruppo A), poi da Telecom Italia Media (che può partecipare solo al gruppo B, e deve confrontarsi dunque con Mediaset e RAI), e infine dalla RAI stessa (la notizia è del 30 settembre).

3. Gli interventi nel settore delle telecomunicazioni.

3.1. Le reti di nuova generazione.

Il tema delle reti di nuova generazione – la cd. banda ‘ultra larga’ – riguarda le reti fisse e quelle mobili. Per le seconde la risorsa necessaria (frequenze) è stata trovata grazie al ‘dividendo digitale’ (la liberazione di frequenze derivata dalla maggiore efficienza dell’uso della risorsa con la tv digitale); alla gara per l’assegnazione di queste frequenze, appena conclusa, si accenna nel successivo par. 3.2.

Per la rete fissa la questione è invece più complessa. Gli investimenti infrastrutturali sono costosi e non garantiti da ricavi certi o probabili, poiché l’incremento dell’uso della rete e il relativo valore economico ad oggi è incerto. Inoltre, un investimento da parte di Telecom Italia (TI) per adeguare la rete al ‘salto tecnologico’ della banda ultra-larga riproporrebbe, sul piano della concorrenza, la difficoltà di mettere a disposizione di tutti gli operatori una rete unica a parità di condizioni. Gli operatori alternativi a TI hanno proposto di costituire una società - cui partecipino i principali operatori, inclusa TI - che si occupi di investire sulla rete. La proprietà della rete è diventato ‘il tema’ di discussione. Ad oggi, il mercato non ha trovato una soluzione per lo sviluppo delle reti, che difficilmente potrà essere fornita dal regolatore.

La legge 69/2009 affidava al Ministero dello Sviluppo Economico il coordinamento dei progetti pubblici per la banda larga e ultralarga, per adeguare le reti all’evoluzione tecnologica e garantire servizi avanzati di informazione e comunicazione. L’obiettivo è anche superare il cd. “digital divide”, ovvero il rischio di una frattura nel paese, una separazione tra aree in cui si può accedere alla banda larga e aree in cui questo non è consentito, perché l’infrastruttura non è idonea.

Nell’ambito del piano “Italia digitale”, nel novembre 2010 governo e operatori hanno firmato un accordo per costruire un’infrastruttura aperta per lo sviluppo di Reti di Nuova Generazione, che raggiunga in fibra ottica in pochi anni il 50% della popolazione (come previsto dall’Agenda Digitale europea e dalla Raccomandazione della Commissione europea 2010/572/UE sull’accesso regolamentato alle reti NGA). La Newco sarà una partnership tra pubblico e privato, e garantirà la gestione coordinata e unitaria degli investimenti cooperando con tutti gli enti locali coinvolti.

In attesa che si realizzi quest’obiettivo, l’Agcom ha approvato con Delibera n. 301/11/CONS lo schema di regolamento sui servizi di accesso alle reti di nuova generazione.

I due profili rilevanti sono la tutela della concorrenza mediante una rete aperta (cui gli operatori possono accedere al livello infrastrutturale che ritengono idoneo) e gli incentivi agli investimenti (anche mediante un investimento comune nel cablaggio delle nuove reti).

3.2. La gara per le frequenze.

La cd. manovra di stabilità per il 2011 (L.220 del 13 dicembre 2010), prevede procedure per l'assegnazione di diritti d'uso di frequenze da destinare a servizi di comunicazione elettronica mobili in larga banda con l'utilizzo della banda a 800 MHz e di altre risorse eventualmente disponibili.

Sono state dunque messe a gara in parte alcune delle frequenze liberate dal cd. dividendo digitale, e in parte frequenze che appartenevano alla pubblica amministrazione. Con delibera 282/11/CONS l'AGCom ha stabilito le procedure per l'assegnazione e l'utilizzo delle frequenze disponibili in banda 800, 1800, 2000 e 2600 MHz e le ulteriori norme per favorire una concorrenza effettiva nell'uso delle altre frequenze mobili a 900, 1800 e 2100 MHz. La tecnologia che sarà utilizzata dagli operatori è la cd. 4G, la banda larga mobile che consentirà un uso degli strumenti di mobilità (telefonini, *tablet*) per servizi analoghi a quelli cui si accede da rete fissa.

Il Ministero dello Sviluppo Economico ha pubblicato il relativo bando di gara. La gara (asta al maggior offerente) cui hanno partecipato i quattro operatori di telefonia mobile (Telecom Italia, Vodafone, Wind, 3) si è conclusa definitivamente il 29 settembre 2011 (una prima parte si è conclusa il 22 settembre).

La legge di stabilità prevedeva come corrispettivo per l'assegnazione dei diritti d'uso delle frequenze un importo minimo di 2,4 miliardi di euro; la metà dell'eventuale eccedenza dovrebbe essere utilizzata per investimenti nel settore delle telecomunicazioni. L'esito finale della gara ha visto un esborso complessivo per gli operatori di quasi quattro miliardi, che gli operatori pagheranno subito, per avere la disponibilità delle frequenze nel 2013. Si è in attesa di vedere se effettivamente 800 milioni di Euro (la metà dell'eccedenza) saranno destinati al settore, e in quale forma (sgravi fiscali, incentivi agli investimenti ecc...).

I diritti d'uso sulle frequenze vendute saranno attribuiti agli operatori che se li sono aggiudicati, per un periodo di circa 18 anni (sino al 31 dicembre 2029), potranno essere rinnovati e potranno essere ceduti a terzi previa autorizzazione del Ministero.

Si rinvia al paragrafo 2.2 per la polemica sollevata dal fatto che, per frequenze simili, ma destinate a un uso televisivo, sia stato scelto non il sistema dell'asta ma quello del cd. *beauty contest*, che prevede l'assegnazione delle frequenze non a chi offre di più ma a chi

presenta i requisiti migliori e, nel caso di specie, senza obbligo di pagare per i diritti d'uso delle frequenze che saranno assegnate.

3.3. Il diritto d'autore.

L'art.32-*bis* nel Testo unico dei servizi *media* audiovisivi e radiofonici (già Testo unico della radiotelevisione), introdotto dal decreto legislativo n.44 del 2010 e rubricato "Protezione dei diritti d'autore", da un lato vieta ai fornitori di servizi di *media* audiovisivi dal trasmettere o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, senza il consenso dei titolari; dall'altro attribuisce all'Autorità il potere di adottare i regolamenti necessari per rendere effettivo il rispetto di tali limiti e divieti, come previsto dal decreto legislativo n.70/2003 (che recepiva la Direttiva n. 31/2000/CE sul commercio elettronico, la quale attribuiva all'AGCom funzioni di vigilanza sugli *internet service providers* e introduceva il doppio binario della tutela amministrativa e giudiziaria).

Il tema che ha forse maggiormente coinvolto l'opinione pubblica è stato il documento di consultazione (Delibera n. 668/10/CONS) e il conseguente gruppo di lavoro istituito (con determinazione n. 01/DIC/11) per individuare le competenze regolamentari e istruttorie dell'AGCom in tema di diritto d'autore, del diritto alla privacy, e dell'accesso dei cittadini alla cultura e a internet. A seguito dell'ampia partecipazione degli operatori e della vasta eco sulla stampa, l'AGCom ha sottoposto a ulteriore consultazione pubblica uno schema del provvedimento definitivo (Delibera n. 398/11/CONS).

E' evidente la difficoltà di contemperare tanti interessi tra loro contrastanti: la libertà di espressione con l'equa remunerazione dell'autore; il diritto alla privacy con l'accesso dei cittadini alla cultura e a internet. Gli strumenti per realizzare questo obiettivo sono la rimozione selettiva dei contenuti illegali; l'inibizione all'accesso dei siti che utilizzano contenuti illegali; misure di contrasto alla pirateria; gli accordi collettivi di licenza; la promozione di un'offerta di contenuti leciti.

3.4. La tutela degli utenti nelle comunicazione mobili e personali.

Si ribadisce in questa sezione l'urgenza del recepimento delle direttive UE che modificano il quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche. Il termine per il recepimento è scaduto, l'UE ha avviato una procedura d'infrazione anche nei confronti dell'Italia, ma tuttora le norme non sono recepite. Il nuovo quadro UE prevede per gli utenti forme di tutela numerose e importanti: le abbiamo descritte nel rapporto dell'anno scorso. In

attesa dell'attuazione della riforma in Italia comunque, l'AGCom sta adottando delibere che vanno nella direzione imposta dal legislatore europeo.

3.4.a) *La trasparenza tariffaria nella telefonia mobile e personale.*

Sulla base delle Linee Guida del Gruppo Europeo dei Regolatori (ERG 09.24 Final), l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha avviato un'indagine conoscitiva sulle condizioni di mercato attuali e prospettive dei servizi SMS e MMS, e più in generale dei servizi dati in mobilità.

Con la Delibera 326/10/CONS, adottata a luglio, l'Agcom ha imposto agli operatori – a partire dal 1.1.2011 - di indicare al cliente diverse soglie di consumo tra cui scegliere. All'approssimarsi della soglia prescelta l'utente deve essere avvertito tramite uno specifico avviso – un sms, un messaggio di posta elettronica o un *pop up* – del raggiungimento del tetto di spesa, del credito residuo, del passaggio ad un'eventuale altra tariffa e del relativo costo. Qualora il cliente non abbia dato, anticipatamente e per iscritto in maniera esplicita, indicazioni diverse, superato il plafond scatterà il blocco della connessione.

3.4.b) *Il roaming internazionale.*

Il roaming, nazionale e internazionale, è stato – insieme alla terminazione delle chiamate - una delle aree in cui gli operatori di telefonia mobile, in assenza di concorrenza, hanno potuto consolidare negli anni scorsi margini importanti. Oggi, quasi tutte queste 'aree grigie' in cui l'utente non aveva possibilità di scelta, sono state fortemente regolamentate, e i prezzi sono scesi non in percentuale, ma in ordini di grandezza.

L'Agenda digitale europea indica l'obiettivo di azzerare le differenze di prezzo tra le tariffe nazionali e il roaming internazionale entro il 2015; solo a quel punto vi sarà davvero, anche per la telefonia mobile, un unico mercato interno. La Commissione europea ha recentemente proposto che gli operatori storici forniscano ai clienti una scelta più ampia e agli operatori alternativi un accesso più semplice al roaming. In particolare, il regolamento proposto prevede per i clienti la possibilità a partire dal 1° luglio 2014 di firmare un contratto più conveniente per i servizi di roaming separato dal contratto per i servizi di telefonia mobile nazionale, mantenendo lo stesso numero. Superata la frontiera, il cliente passerebbe automaticamente al fornitore scelto, senza dover compiere alcuna azione e mantenendo lo stesso numero e la stessa carta SIM. La trasparenza agevolerebbe il processo competitivo e aumenterebbe la pressione sui prezzi, la cui riduzione sarebbe quindi determinata dalle dinamiche del mercato più che da un intervento normativo. Intervento che comunque, a scanso di equivoci, il regolamento prevede, intervenendo sui massimi tariffari, che

scenderanno entro il 1° luglio 2014 a 24 centesimi al minuto per le chiamate effettuate (oggi il tetto è a 35 centesimi); 10 (non più 11) centesimi al minuto per le chiamate ricevute; 10 (rispetto agli attuali 13) centesimi per inviare un messaggio di testo, e 50 centesimi (oggi il tetto è circa un euro) al Megabyte (MB) per scaricare dati o navigare su Internet all'estero.

3.5. Il registro pubblico delle opposizioni.

L'iscrizione al "Registro pubblico delle Opposizioni", istituito con decreto del Presidente della Repubblica n.178 del 7 settembre 2010 e gestito da un ente terzo indipendente (Fondazione Ugo Bordoni), consente a chi ne faccia richiesta di inibire l'uso e il trattamento dei propri dati per scopi pubblicitari, vendita diretta, ricerche di mercato o di comunicazione commerciale via telefono.

A partire dal 31 gennaio 2011 tutti gli abbonati al servizio telefonico, il cui nominativo sia inserito negli elenchi telefonici pubblici hanno la facoltà di iscriversi gratuitamente al registro pubblico, mediante: compilazione di apposito modulo elettronico sul sito web del gestore del registro pubblico, chiamata a un numero verde, invio di lettera raccomandata o fax al recapito del gestore o mediante posta elettronica.

L'iscrizione di un abbonato nel registro non impedisce, tuttavia, il trattamento dei suoi dati per le finalità di cui sopra se sono stati raccolti da fonti diverse dagli elenchi telefonici e nel rispetto del Codice della *privacy*.

BIBLIOGRAFIA

F. BASSAN (a cura di), *Diritto delle comunicazioni elettroniche – Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma comunitaria del 2009*, Milano 2010

V. ZENO-ZENCOVICH, *La nuova televisione europea – Commento al 'Decreto Romani'*, Santarcangelo di Romagna, 2010

F. BASSAN e E. TOSI (a cura di), *Diritto degli audiovisivi*, Milano, in corso di pubblicazione

6. L'Autorità per l'energia elettrica ed il gas ed il mercato dell'energia.

(Mary Moramarco)

Il lento e progressivo processo di liberalizzazione del mercato dell'energia attuato dal legislatore italiano nel corso dell'ultimo ventennio ha modificato in maniera significativa il ruolo che era stato originariamente demandato all'Autorità per l'Energia elettrica ed il gas dalla sua legge istitutiva (l. 14 novembre 1995 n. 481). Da un originario impianto normativo fondato su un modello regolatorio per così dire "monistico", ossia incentrato sull'idea di un'autorità esterna all'apparato ministeriale e da esso indipendente, si è passati, con l'evolversi della legislazione in materia, ad un sistema di regolamentazione "dualistico", ossia bipartito tra Ministero dello Sviluppo Economico ed AEEG. Neppure l'attuazione in Italia delle direttive comunitarie costituenti il c.d. Terzo Pacchetto Energia ha avuto l'effetto di ripristinare il ruolo primario originariamente assegnato all' AEEG che, dunque, oggi concorre, con il Ministero nella ripartizione di poteri e competenze del mercato energetico. I recenti interventi legislativi in materia di energia hanno, però, confermato la competenza esclusiva dell'AEEG in tema di tutela dei consumatori, con riguardo soprattutto ai profili concernenti la determinazione delle tariffe, la qualità del servizio offerto alla clientela e la gestione dei reclami degli utenti. Proprio su questo ambito nel corso del biennio 2010/2011 si sono concentrate le linee di intervento dell'AEEG, la quale ha mirato per lo più al miglioramento dell'informazione per i clienti finali ed al rafforzamento della tutela finale, oltre che al miglioramento della qualità dei servizi di elettricità e gas. Il tutto grazie ad una serie di interventi in materia di informazione, vigilanza, controllo e sanzioni, nonché attraverso l'esercizio del proprio potere di regolazione attuato, da ultimo, con l'adozione del Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale agli utenti finali.

SOMMARIO: 1. L'evoluzione normativa del ruolo dell'AEEG nel mercato energetico. – 1.1. L'istituzione dell'AEEG. – 1.2. I primi interventi normativi di liberalizzazione del mercato energetico. – 1.3. L'attuazione delle direttive del terzo pacchetto Energia. – 2. L'indipendenza funzionale ed organizzativa dell'AEEG. – 3. Le novità legislative del biennio 2010/2011. – 4. Le novità legislative in tema di tutela dei consumatori. – 5. Gli interventi dell'AEEG a tutela dei consumatori. – 5.1 L'informazione. – 5.2 La vigilanza. – 5.3 Gli interventi sanzionatori. – 5.4 L'attività di regolazione.

1. L'evoluzione normativa del ruolo dell'AEEG nel mercato energetico.

Il lento e progressivo processo di liberalizzazione del mercato dell'energia attuato dal legislatore italiano nel corso dell'ultimo ventennio ha modificato in maniera significativa il ruolo originariamente demandato dall'ordinamento statale all'autorità indipendente di regolazione del settore, la quale, con il passare del tempo e l'evolversi della legislazione, ha di fatto subito una graduale *deminutio* dei poteri e delle responsabilità che in principio le erano stati assegnati, attuata mediante il trasferimento delle relative competenze in favore dell'apparato governativo.

1.1. L'istituzione dell'AEEG.

In particolare, il primo intervento normativo in ordine temporale nel settore energetico risale al 1995, anno in cui il legislatore italiano ha dato avvio al procedimento di regolamentazione del mercato dei servizi di pubblica utilità con la legge 14 novembre 1995 n. 481, che ha istituito l'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas (di seguito "AEEG" o "Autorità") cui è stata affidata, con formula molto ampia, la "regolazione ed il controllo" del mercato energetico attraverso la traslazione dell'insieme delle relative funzioni amministrative che in precedenza erano state svolte da altre amministrazioni dello Stato.

Non ci vuol molto per comprendere come la scelta di politica legislativa fosse chiaramente orientata (all'epoca) verso la creazione di un modello regolatorio per così dire "monistico", ossia incentrato su un'autorità esterna all'apparato ministeriale e da esso indipendente, che avesse il compito di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore energetico anche e soprattutto mediante la fissazione di un sistema tariffario trasparente e fondato su criteri predefiniti. Il tutto, verosimilmente, nell'ottica di assicurare una maggiore garanzia di terzietà ed autonomia dell'Autorità, giustificata dalla delicatezza dei compiti ad essa attribuiti nell'ambito di un mercato come quello energetico, all'epoca ancora caratterizzato dalla forte presenza del monopolio statale. V'è da dire peraltro che il potere di regolazione e di controllo così affidato all'AEEG dalla legge istitutiva non era di carattere assoluto, ma soffriva di alcune significative (ancorché numericamente limitate) eccezioni, essendo lasciata al Parlamento ed al Ministero competente (oggi Ministero dello Sviluppo Economico, di seguito "MSE") la titolarità decisionale in materia di rilascio, modifica e declaratoria di decadenza di concessioni ed autorizzazioni.

Tuttavia, il modello di gestione accentrata in favore dell'AEEG creato con la legge n. 481/1995 ha avuto breve durata, atteso che già i successivi provvedimenti di liberalizzazione del mercato dell'energia introdotti alla fine degli anni '90 hanno dato vita ad una netta *deminutio* delle competenze e funzioni originariamente attribuite all'AEEG.

1.2. I primi interventi normativi di liberalizzazione del mercato energetico.

Infatti, dapprima i decreti legislativi del 16 marzo 1999, n. 79 (c.d. Decreto Bersani) e del 23 maggio 2000, n. 164 (c.d. Decreto Letta) - attuativi delle direttive n. 96/92/CE e n. 98/30/CE, costituenti il c.d. Primo Pacchetto Energia - nell'introdurre nuove funzioni amministrative e normative, hanno segnato un trasferimento di competenze dall'Autorità all'apparato governativo (sempre rappresentato dal Ministero dello Sviluppo Economico). In seguito, anche il successivo d.l. 29 agosto 2003 n. 239 (convertito nella l. n. 290/2003) ha traslato, sempre in favore del Ministero, taluni significativi poteri originariamente demandati

all'AEEG, quali, ad esempio, quelli in materia di definizione delle modalità e condizioni di importazione di energia elettrica e di individuazione delle esenzioni in tema di accesso dei terzi (c.d. *third party access*).

Il lento ma progressivo processo di erosione del ruolo dell'AEEG nel mercato dell'energia è poi continuato con il d. l. 18 giugno 2007 n. 73 (attuativo delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE del 26 giugno 2003, costituenti il c.d. Secondo Pacchetto Energia), che, proseguendo nell'opera di completa liberalizzazione del settore, ha affidato al MSE il compito di *i)* adottare specifici provvedimenti finalizzati ad assicurare misure di salvaguardia nei confronti dei clienti finali (non domestici) ed *ii)* avviare iniziative per la sicurezza del sistema elettrico e la confrontabilità dei prezzi ai clienti finali. Questa logica di bipartizione di ruoli e competenze tra AEEG e MSE, invero, trovava conforto proprio nella stessa legislazione di fonte comunitaria, dal momento che proprio le direttive del Secondo Pacchetto Energia lasciavano ampia libertà agli Stati membri in merito alla individuazione dei poteri e delle funzioni da rimettere alla competenza delle singole autorità di regolazione (art. 23, comma 3, della direttiva 2003/54 ed art. 25, comma 3, della direttiva 2003/54).

È persino superfluo, dunque, rilevare che il susseguirsi dei predetti provvedimenti nel settore energetico ha causato la creazione di un quadro normativo caratterizzato da un forte grado di frammentarietà e di incertezza circa l'ampiezza dei poteri e delle funzioni demandate all'Autorità. Tanto che, proprio a causa della riespansione delle competenze ministeriali nel settore energetico, vi è stato chi in dottrina è giunto addirittura ad ipotizzare una qualificazione giuridica dell'AEEG in termini di agenzia governativa (F. A. ROVERSI MONACO, 2007) piuttosto che di autorità amministrativa indipendente ovvero di soggetto caratterizzato da una forma di semi-indipendenza (G. AMATO, 1997).

1.3. L'attuazione delle direttive del terzo pacchetto energia.

L'occasione per ripristinare il ruolo primario dell'AEEG nel mercato energetico è stata fornita al legislatore italiano proprio dall'Unione Europea che, con le direttive del c.d. Terzo Pacchetto Energia (2009/72/CE e 2009/73/CE contenenti, rispettivamente, norme comuni per il mercato dell'energia elettrica e per il mercato del gas naturale), ha dettato ulteriori disposizioni (emendative ed integrative delle direttive e dei regolamenti precedenti), tese all'attribuzione di ruoli e competenze relativi al settore energetico in via esclusiva ed inderogabile in favore dell'autorità indipendente di regolazione nazionale.

Ci si sarebbe attesi, dunque, che il recepimento nel nostro ordinamento di tali direttive segnasse una netta inversione di tendenza rispetto al sistema di regolamentazione "dualistico" creato con i provvedimenti normativi antecedenti e, dunque, una (forzata)

modificazione dell'assetto organizzativo bipartito tra MSE e AEEG che portasse ad un ripristino delle funzioni e delle competenze assegnate a quest'ultima.

Il prospettato *revirement* organizzativo, tuttavia, in buona parte è rimasto inattuato. Infatti, il legislatore nazionale, con il d. lgs. 1° giugno 2011, n. 93 di recepimento delle direttive del Terzo Pacchetto Energia, ha per molti versi disatteso le prescrizioni di matrice comunitaria in materia, accordando, dunque, ancora una volta, un ruolo preferenziale all'autorità governativa piuttosto che all'AEEG.

Nessun ritorno, dunque, ad un modello organizzativo di tipo monistico, così come neppure nessun ridimensionamento dei poteri del MSE.

Al contrario, proprio il ruolo dell'MSE ne esce rinforzato, posto che, il d. lgs. n. 93/2011, ponendosi in (quantomeno apparente) contrasto rispetto alle prescrizioni di matrice comunitaria, ha affidato al MSE la competenza in tema di *i*) approvazione del piano decennale di sviluppo della rete elettrica (art. 36, comma 12), *ii*) adozione dei provvedimenti finalizzati all'implementazione degli investimenti della rete gas non realizzati tempestivamente nei casi in cui rilevino sotto il profilo della sicurezza del sistema (art. 16, comma 8), *iii*) rilascio delle esenzioni sul *third party access* (art. 33, comma 5 ed art. 39, comma 1), *iv*) rilascio delle esenzioni dall'applicazione delle tariffe regolamentate nel settore gas (art. 33, comma 5), *v*) rilascio delle esenzioni dalla disciplina relativa alla separazione dei sistemi di trasporto nel settore gas (c.d. *unbundling*) (art. 33, comma 5).

Il tutto, peraltro, nonostante il fatto che la stessa AEEG, nella sua Memoria per l'audizione presso la 10a Commissione Industria, Commercio, Turismo del Senato della Repubblica del 20 aprile 2011 (relativa alla presentazione di osservazioni e proposte in ordine allo schema di decreto legislativo di attuazione delle direttive del Terzo Pacchetto Energia), avesse chiaramente evidenziato le incongruenze tra lo schema di decreto nazionale e la normativa comunitaria in materia di riparto di competenze tra AEEG e MSE, ribadendo la necessità di prevedere l'affidamento all'AEEG di tali funzioni nel rispetto di quanto previsto dalle direttive del Terzo Pacchetto Energia; e ciò anche al fine di assicurare coerenza tra le diverse fonti normative.

Malgrado ciò il Governo, nel testo definitivo dello schema di decreto, ha accolto soltanto in parte le osservazioni dell'AEEG, optando per l'attribuzione in favore di quest'ultima solo di alcune delle competenze che nello schema di decreto risultavano attribuite al MSE, quali in particolare quelle in tema di: *i*) rilascio delle certificazioni dei gestori di sistemi di trasporto (art. 9, comma 1 e art. 36, comma 6), *ii*) monitoraggio dell'attuazione del piano decennale della rete gas, seppur di concerto con il MSE (art. 16, comma 7), *iii*) verifica dell'attuazione del piano decennale della rete elettrica (art. 36, comma

14) ed iv) adozione dei provvedimenti finalizzati all'implementazione degli investimenti della rete elettrica non realizzati tempestivamente (art. 36, comma 14).

In definitiva, dunque il complesso quadro normativo testé delineato, caratterizzato da un'importante proliferazione legislativa, ha condotto all'instaurarsi di un assetto istituzionale e regolamentare profondamente diverso da quello originariamente disegnato dalla l. n. 481/1995, che vede attualmente concorrere, nella ripartizione di poteri e competenze, tanto l'AEEG quanto il Ministero.

Sebbene allo stato risulti estremamente arduo, data la complessità della materia, individuare quale sia il criterio che sta alla base delle scelte legislative in tema di ripartizione di competenze nel settore energetico, non può non osservarsi come l'intera logica normativa appaia sottesa ad affidare al MSE tutte quelle funzioni che implicano scelte di indirizzo e sviluppo della politica energetica a contenuto discrezionale (oltre che latamente politico), mentre all'AEEG quelle di carattere tecnico ed esecutivo.

Ad ogni buon conto, ciò che è certo è che tanto il MSE quanto l'AEEG, sono titolari sia di competenze proprie esclusive, sia di competenze "condivise"; relativamente a queste ultime, peraltro, i modelli decisionali previsti normativamente attribuiscono all'AEEG compiti di natura consultiva e di regolamentazione di dettaglio, fondamentalmente riconducibili a tre diversi schemi. Il primo di questi schemi prevede che l'AEEG formuli proposte ed il Ministero decida (come accade ad esempio nel caso di approvazione del contratto tipo in materia di rapporti tra enti locali ed imprese di distribuzione del gas ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 164/2000). Con il secondo schema si demanda all'AEEG l'emanazione di una disciplina di dettaglio a seguito dell'adozione di un provvedimento ministeriale che detta le linee guida di carattere generale (come nel caso di cui all'art. 1, comma 20 della l. 239/2004 in materia di procedure per l'allocatione della capacità di nuove infrastrutture di gas naturale non oggetto di esenzione dal *third party access*). Un terzo schema, infine (che poi è il più utilizzato), è quello in cui l'AEEG esprime esclusivamente un proprio parere ed al Ministero è affidata la competenza decisionale (come nel caso del rilascio delle esenzioni dal *third party access* per le nuove infrastrutture di interconnessione tra le reti nazionali di trasporto del gas ai sensi dell'art. 33 del d. lgs. n. 93/2011). È di tutta evidenza, dunque, come in tutti i modelli testé considerati il ruolo di preminenza nell'attività decisionale competa al Ministero, restando, invece, relegata la funzione dell'AEEG allo svolgimento di un'attività di natura essenzialmente consultiva oppure di regolamentazione delegata.

La presenza di una pluralità di ambiti a competenza bipartita non esclude, peraltro, che vi siano altri settori in cui l'Autorità gode viceversa di un ampio potere decisionale.

Come si è già avuto modo di rilevare, infatti, la normativa vigente imputa all'AEEG una serie di funzioni e competenze, tra cui spiccano, per importanza, soprattutto quelle in tema di promozione della concorrenza e di tutela dei consumatori-utenti. Sin dalla sua istituzione, infatti, all'AEEG è stato riconosciuto il ruolo di garante del mercato energetico, con riguardo soprattutto ai profili concernenti la determinazione delle tariffe, la qualità del servizio offerto alla clientela e la gestione dei reclami degli utenti.

Volendo, dunque, sintetizzare l'insieme delle competenze rimesse oggi all'Autorità può dirsi che l'AEEG svolge una funzione di regolazione e controllo in materia di: *i*) fissazione delle tariffe base per i servizi regolati; *ii*) definizione delle direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti, dei livelli di qualità dei servizi e dei meccanismi di rimborso automatico agli utenti e consumatori; *iii*) vigilanza sul rispetto dei livelli di qualità; *iv*) formulazione di osservazioni e proposte da trasmettere al Governo e al Parlamento in merito alle forme di mercato e al recepimento ed attuazione delle direttive europee; *v*) segnalazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di ipotesi di violazione delle disposizioni ex l. n. 287/1990, con riferimento agli atti e ai comportamenti delle imprese operanti nei settori sottoposti al proprio controllo; *vi*) verifica e controllo delle condizioni di svolgimento dei servizi; *vii*) valutazione e decisione di reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti e dai consumatori; *viii*) gestione di procedure di conciliazione e arbitrato con riguardo a controversie tra utenti e soggetti esercenti.

A queste vanno poi aggiunte le nuove funzioni di cooperazione transfrontaliera imposte dalla normativa di fonte comunitaria. Infatti, per effetto del processo di integrazione a livello europeo e di realizzazione di un mercato unico, si è resa necessaria una politica di coordinamento degli organismi comunitari, iniziata originariamente con la creazione del Gruppo dei regolatori europei per il gas e l'elettricità (ERGEG), avvenuta con delibera della Commissione europea dell'11 novembre 2003, n. 796, e poi continuata da ultimo con il Regolamento n. 713/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio che ha istituito la nuova figura dell'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori (ACER). La nuova Agenzia è nata con il compito di coordinare la regolazione transfrontaliera, di rimuovere gli ostacoli all'integrazione dei mercati nazionali dell'energia elettrica e del gas, nonché di consolidare la cooperazione tra regolatori nazionali. A tal fine il Regolamento n. 713/2009 assegna all'ACER ampi ed incisivi poteri consultivi, decisionali e di monitoraggio, soprattutto in tema di risoluzione di controversie tra regolatori nazionali e di *third party access*. In attuazione delle previsioni comunitarie, quindi, il d. lgs. n. 93/2011 ha affidato all'Autorità il compito di cooperare con l'ACER al fine di promuovere i mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale concorrenziali, di renderli sicuri e ecologicamente sostenibili, di garantire l'efficace

apertura dei mercati per tutti i clienti e i fornitori, nonché di assicurare condizioni appropriate per il funzionamento efficace ed affidabile delle reti energetiche.

2. L'indipendenza funzionale ed organizzativa dell'AEEG.

La funzione di autorità di regolazione del settore energetico riconosciuta all'AEEG dalla normativa interna e da quella di matrice comunitaria presuppone che la corretta esecuzione delle attività a ciò connesse venga svolta con piena autonomia di giudizio e decisionale da parte dei soggetti posti al vertice dell'organismo.

Proprio per questo motivo, già la legge n. 481/1995 ha recato la chiara affermazione di principio secondo cui le autorità di regolazione dei pubblici servizi “operano in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione” (art. 2, comma 5), riconoscendo ad esse nel contempo “autonomia organizzativa, contabile ed amministrativa” (art. 2, comma 27). In coerenza con tale finalità il suddetto provvedimento legislativo ha affidato, quindi, all'Autorità la potestà di stabilire con propri regolamenti le norme concernenti l'organizzazione interna, l'ordinamento delle carriere, il funzionamento del personale, nonché il suo trattamento giuridico ed economico (art. 2, comma 28) ed ha, altresì, previsto specifiche regole per la nomina, la durata in carica e le incompatibilità dei soggetti deputati al governo dell'Autorità. Il tutto, peraltro senza escludere che l'Autorità possa essere destinataria di atti di indirizzo da parte del Governo ed anzi sancendo espressamente che quest'ultimo, nel proprio documento di programmazione economico-finanziaria, ben possa indicare «all'Autorità il quadro di esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità che corrispondono agli interessi generali del paese» (art. 2, comma 21).

In questo contesto si è inserita, poi, la successiva l. n. 239/2004, che, senza alterare l'assetto di fondo creato dalla l. n. 481/1995, ha precisato in termini maggiormente chiari i poteri di indirizzo del Governo, assegnando a quest'ultimo un ruolo di supplenza per i casi in cui l'Autorità non adotti atti o provvedimenti di propria competenza e portando da tre a cinque i componenti dell'organo direttivo dell'Autorità.

In buona sostanza, dunque, il legislatore nazionale, già con i primi provvedimenti di fonte interna, pur muovendo nella direzione di riconoscere all'Autorità un ampio grado di indipendenza tanto sotto il profilo organizzativo quanto sotto il profilo funzionale, non ha mancato di inserire previsioni che, di fatto, limitano, seppure in parte, l'effettiva operatività di tale ultimo profilo. Del resto, in questo senso depongono (oltre che le importanti funzioni di indirizzo attribuite all'apparato governativo in materia di politiche energetiche) anche le regole dettate in tema di nomina dei componenti dell'Autorità. Come è noto, infatti, uno degli indici rivelatori della effettiva indipendenza funzionale (per lo più dal potere politico)

riguarda proprio le regole che governano la nomina dei membri delle singole autorità. Ebbene, il modello originariamente consacrato negli anni novanta, ossia nel periodo della nascita delle varie autorità indipendenti, era preminentemente quello basato sulla nomina rimessa ai Presidenti delle Assemblee parlamentari, atteso che a tali soggetti era all'epoca riconosciuto un ruolo di garanzia della scelta istituzionale. In quest'ottica, dunque, la nomina si fonda sulle qualità dei soggetti designati e non sulle convenienze politiche contingenti. Tale modello, tuttavia, non trova riscontro nell'ambito della legge n. 481/1995, ove, invece, l'individuazione dei soggetti deputati a ricoprire gli incarichi apicali dell'Autorità è incentrata sul carattere governativo dell'assegnazione dell'incarico; tutti i componenti del collegio dell'AEEG, infatti, sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del ministro competente.

È bene, peraltro, precisare in proposito che la presenza di siffatte regole nella vigente normativa nazionale non viene considerata in dottrina di rilevanza tale da escludere *in nuce* l'autonomia funzionale dell'AEEG, in considerazione della sussistenza di ulteriori e differenti precetti che depongono in senso contrario, come quelli dettati in tema di durata del mandato e di incompatibilità. Quanto al primo aspetto, si dispone, infatti che l'incarico abbia durata di sette anni e non sia rinnovabile (art. 2, comma 8) e ciò al chiaro fine di slegare quanto più possibile le dinamiche di *governance* della Autorità da quelle politiche, facendo in modo che la durata dell'incarico sia superiore a quella della legislatura.

Anche il regime delle incompatibilità è sempre molto rigoroso, atteso che la legge istitutiva dispone che i membri dell'Autorità «a pena di decadenza, non possono esercitare, direttamente o indirettamente, alcuna attività professionale o di consulenza, essere amministratori o dipendenti di soggetti pubblici o privati, né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura, ivi compresi gli incarichi elettivi o di rappresentanza nei partiti politici né avere interessi diretti o indiretti nelle imprese operanti nel settore di competenza della medesima autorità» (art. 2, comma 8), e ciò tanto con riguardo al periodo di permanenza nell'incarico, quanto ai quattro anni successivi alla cessazione dalla carica (art. 2, comma 9). Allo stesso modo, sempre nel senso della indipendenza funzionale depongono ulteriori indici normativi, quali per l'appunto quelli in tema di autonomia finanziaria e contabile, nonché di riconoscimento della personalità giuridica. Sicché non pare revocabile in dubbio che la normativa di fonte interna, nonostante la presenza di sporadiche previsioni legislative di contenuto non proprio perfettamente coerente con le enunciazioni di principio, sin dalle sue origini fosse già orientata nel riconoscere all'Autorità una piena autonomia anche sotto il profilo funzionale.

Una maggior gradualità nel riconoscimento di questa caratteristica può cogliersi, invece, nell'ambito della normativa comunitaria, ove i principi di piena indipendenza delle autorità di regolazione nazionale dai singoli governi hanno trovato effettivo accoglimento soltanto con le direttive del Terzo Pacchetto Energia.

Originariamente, infatti, le direttive del '96 si erano limitate ad affidare genericamente agli Stati membri il compito di verificare il rispetto delle regole ivi dettate da parte degli operatori del settore, senza prevedere alcunché in merito all'istituzione di apposite autorità indipendenti di regolazione del settore. Alcuni passi avanti verso la creazione di organismi indipendenti rispetto all'apparato governativo sono stati poi compiuti con le successive direttive del 2003, che, tuttavia, si sono limitate a disporre l'estraneità delle autorità nazionali rispetto agli interessi delle imprese operanti nel settore, senza neppure imporre agli Stati membri un preciso modello di organizzazione.

Infine, soltanto con le direttive del Terzo Pacchetto Energia il legislatore comunitario ha espressamente optato per la scelta di uno schema organizzativo basato sull'istituzione di un'autorità indipendente ed ha correlativamente imposto agli Stati membri l'obbligo di rendere ciascuna autorità nazionale "giuridicamente distinta e funzionalmente indipendente da qualsiasi altro soggetto pubblico o privato", nonché di garantire che il relativo organico non solleciti né accetti istruzioni dirette da alcun governo o da altri soggetti pubblici o privati nell'esercizio delle funzioni di regolamentazione (art. 35 della Direttiva 2009/72). Sebbene tale formulazione non sia tecnicamente ineccepibile, appare sufficientemente chiaro come questa, in realtà, sia tesa a recidere *in nuce* il rapporto di stretto collegamento tra le autorità di regolazione nazionale ed i rispettivi governi, nonché a porre le basi per assicurare alle autorità di regolazione oltre che un'autonomia dal potere politico, anche e soprattutto l'indipendenza dal potere economico.

Fermo restando che a parere della dottrina tale previsione, lungi dall'essere formulata con lo scopo di attribuire una totale indipendenza delle autorità di regolazione anche sotto il profilo degli indirizzi generali e di orientamento, è tesa piuttosto a sostituire all'influenza attualmente esercitata dai governi nazionali quella della stessa Unione Europea, da esercitarsi tanto attraverso la Commissione Europea, quanto attraverso l'ACER.

Ad ogni buon conto, quali che saranno gli sviluppi in tema di indipendenza funzionale dell'Autorità, ciò che è certo è che oggi l'autonomia dell'AEEG appare estremamente ampia quantomeno sul piano organizzativo e, dunque, della *governance* interna. Come ricordato, infatti, la legge istitutiva del 1995 ha attribuito alla stessa Autorità la potestà di definire autonomamente la propria struttura, i poteri di nomina dei suoi organi, lo statuto giuridico ed economico, l'organizzazione interna (uffici, dipartimenti, divisioni) e

l'AEEG, in attuazione di tale propria potestà, ha - dalla sua istituzione ad oggi - emanato svariati regolamenti disciplinanti i molteplici aspetti della sua attività (quali ad esempio, quelli concernenti i procedimenti di assunzione delle decisioni, le garanzie di trasparenza dell'azione amministrativa svolta, la contabilità, l'organizzazione ed il funzionamento, ecc.).

Proprio da ultimo, con delibera del 7 giugno 2011, l'AEEG ha apportato alcune significative modifiche al proprio regolamento interno di funzionamento, disciplinando la struttura dell'ente secondo un modello di organizzazione dipartimentale, al fine di favorire una maggiore specializzazione dei singoli uffici interni ed un miglior coordinamento tra le varie funzioni. Attualmente, dunque, la struttura piramidale dell'Autorità vede al proprio vertice il Collegio, ossia l'insieme dei componenti di nomina governativa, il quale riveste fondamentalmente un ruolo di indirizzo e di controllo di tutta l'attività rimessa alla competenza dell'AEEG e si avvale, nell'esercizio delle sue funzioni, del supporto operativo del Segretariato Generale per tutte quelle che sono le attività di pianificazione e controllo. L'attuazione degli indirizzi generali e la gestione della struttura organizzativa competono, invece, al Direttore Generale, al quale sono, altresì, rimessi compiti di vigilanza, coordinamento e controllo dei dirigenti. All'interno dell'organico dell'AEEG si trovano poi le c.d. Direzioni ed Unità.

Le Direzioni sono considerate unità organizzative di primo livello, responsabili per i procedimenti e le attività di propria competenza, ed attualmente sono nove, ciascuna con proprie funzioni *(i)* Comunicazione ed Eventi, *(ii)* Consumatori e Qualità del servizio, *(iii)* Legislativo e Legale, *(iv)* Mercati, *(v)* Personale, Amministrazione e Finanza, *(vi)* Strategie, Studi e Documentazione, *(vii)* Tariffe, *(viii)* Tecnologie informatiche e di comunicazione, *(ix)* Vigilanza e Controllo. All'interno del Segretariato generale, della Direzione generale e di ciascuna Direzione sono poi istituite le Unità, che, invece, rappresentano delle unità organizzative di secondo livello.

In ultimo v'è poi da rilevare che la disciplina legislativa attribuisce all'AEEG anche il diritto di avvalersi di due società controllate dallo Stato al fine soprattutto di rafforzare le attività in materia di tutela dei consumatori. Infatti, l'art. 27 della legge 23 luglio 2009 n. 99 stabilisce che l'Autorità si avvale del Gestore dei servizi energetici S.p.A. (GSE) e dell'Acquirente unico S.p.A. per tutte le attività di tutela dei consumatori di energia, ivi comprese quelle in tema di informazione e valutazione dei reclami, nonché per l'espletamento delle attività tecniche sottese all'accertamento e alla verifica dei costi posti a carico dei clienti come maggiorazioni e ulteriori componenti del prezzo finale dell'energia.

Con propria delibera GOP 71/09 del 28 dicembre 2009, l'Autorità, in attuazione di quanto previsto dall'art. 27 della l. n. 99/2009, ha approvato il disciplinare di avvalimento,

previamente concordando il relativo testo tanto con il GSE quanto con l'Acquirente Unico. Il disciplinare così approvato individua nello specifico le attività che formano oggetto di avvalimento, stabilendo, in particolare, che l'AEEG, tramite il GSE, svolge tutte le attività di verifica sugli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili e sugli impianti di cogenerazione; mentre, tramite l'Acquirente unico S.p.A., provvede alla gestione dello "Sportello del consumatore di energia", all'attività di progettazione di un sistema informativo centralizzato avente per oggetto la gestione dei profili descrittivi degli utenti finali, nonché alle attività di contenimento del rischio creditizio per il mercato dell'energia elettrica al dettaglio.

Quanto, poi, all'attuale consistenza numerica dell'organico dell'AEEG v'è da rilevare come questa sia attualmente fissata in centoventi unità. L'ultimo intervento normativo in ordine temporale in materia risale, infatti, alla l. n. 239/2004 che all'art. 1, comma 118, ha modificato il precedente testo della l. n. 481/1995, che prevedeva come tetto massimo della pianta organica del personale di ruolo il numero di ottanta unità.

Il tema, peraltro, è stato oggetto di un recente intervento da parte della stessa Autorità. Quest'ultima, infatti, nella propria memoria per l'audizione presso la 10a Commissione Industria, commercio, turismo del Senato della Repubblica, del 20 aprile 2011 e relativa alla presentazione di osservazioni in ordine allo schema di decreto legislativo di attuazione delle Direttive del Terzo Pacchetto Energia, ha rilevato come un tale assetto organizzativo sia, in realtà, sottodimensionato ed insufficiente rispetto alla attuale complessità e molteplicità dei compiti ad essa demandati. Nel sottolineare come dal 2004 ad oggi si siano notevolmente incrementati i propri ruoli, funzioni ed impegni operativi senza che a ciò sia corrisposto alcun adeguamento della pianta organica, l'Autorità ha richiesto un intervento legislativo che tenesse conto di tali aspetti. Intervento legislativo che, tuttavia, almeno per il momento, non si è avuto, posto che il testo licenziato del d. lgs. n. 93/2011, attuativo delle direttive del Terzo Pacchetto Energia, non contiene alcuna disposizione in merito alla modifica dell'attuale dotazione di personale dell'AEEG. E ciò nonostante il fatto che l'eventuale aumento della consistenza dell'organico non avrebbe, di fatto, comportato alcun maggiore onere per il bilancio dello Stato, considerato che l'art. 1 della l. 23 dicembre 2005, n. 266 ha disposto a decorrere dal 1996 un particolare meccanismo di autofinanziamento dell'Autorità in base al quale i soggetti operanti nel mercato energetico sono tenuti a versare in favore dell'AEEG una contribuzione annuale di importo non superiore all'uno per mille dei ricavi risultanti dall'ultimo bilancio approvato. La concreta determinazione della relativa percentuale, valutata in funzione dei costi relativi al funzionamento dell'Autorità, viene poi demandata di volta in volta ad un decreto del

Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito il Ministero dell'Economia e delle Finanze. Proprio tale meccanismo ha fino ad oggi consentito all'AEEG non soltanto di provvedere al proprio autonomo sostentamento, ma anche di contribuire al bilancio dello Stato, nonché a quello di altre autorità indipendenti.

In un'ottica solidaristica tra le varie autorità indipendenti, infatti, l'art. 2, comma 141 della legge finanziaria per il 2009 (l. n. 191/2009) ha introdotto un considerevole impegno di carattere economico per l'Autorità per quel che riguarda il triennio 2010 – 2012, imponendo alla stessa di versare in tale arco temporale l'importo complessivo di 32,5 milioni di Euro, al fine di realizzare un progetto di finanziamento straordinario in favore di altre autorità in difficoltà finanziaria (come per esempio nel caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per la quale è previsto un contributo annuale di 8,4 milioni di Euro). Finanziamento che, peraltro, potrebbe rivelarsi essere a fondo perduto, atteso che la finanziaria 2009 ha previsto altresì che, decorsi dieci anni dall'erogazione del suddetto contributo, potranno essere stabilite misure reintegrative a favore dell'AEEG soltanto nei limiti del contributo versato e in ogni caso solo per l'ipotesi in cui le Autorità che abbiano percepito il contributo presentino degli avanzi di gestione.

La stessa Autorità, sempre nella propria memoria del 20 aprile 2011, aveva evidenziato, pertanto, l'ininfluenza per le casse dello Stato dell'eventuale incremento della consistenza del proprio organico, giungendo a proporre, al fine di non incrementare neppure l'importo del contributo versato dagli operatori, di coprire i nuovi costi che sarebbero derivati dall'incremento delle unità lavorative attraverso una compensazione delle diverse voci di spesa del proprio bilancio, salvaguardando in tal modo gli obiettivi di finanza pubblica e limitando il peso dell'onere posto a carico dei soggetti operanti nel mercato energetico.

3. Le novità legislative del biennio 2010/2011.

Il biennio 2010/2011 potrà essere sicuramente considerato come uno dei periodi di massima proliferazione legislativa del settore energetico. A partire dalla seconda metà del 2010, infatti, è iniziata un'intensa attività normativa del legislatore nazionale, il cui *incipit* si rinviene sicuramente nella legge 4 giugno 2010, n. 96, recante “Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee – Legge Comunitaria del 2009”, che ha dato avvio al recepimento nell'ordinamento italiano delle direttive del Terzo Pacchetto Energia, nonché della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia derivante da fonti rinnovabili, ed ha delegato il Governo a procedere al loro effettivo recepimento.

Di particolare interesse appaiono, poi, le disposizioni contenute nel successivo decreto legge 8 luglio 2010, n. 105 recante Misure urgenti in materia di energia, convertito nella legge 13 agosto 2010, n. 129, che impone significative novità sotto due differenti versanti. In primo luogo il provvedimento istituisce presso l'Acquirente Unico S.p.A. un sistema informatizzato basato su una banca dei dati identificativi dei clienti finali con lo scopo di gestire i flussi informativi relativi ai mercati dell'energia e del gas. In secondo luogo, viene previsto che l'AEEG, sulla base degli indirizzi formulati dal MSE, definisca una specifica procedura finalizzata ad evitare fenomeni di "prenotazione" di capacità di rete da parte di impianti di produzione di energia elettrica derivante da fonti rinnovabili, per i quali non siano verificate entro tempi definiti le concrete condizioni di realizzabilità. E ciò allo scopo di accertare l'effettiva situazione di saturazione della rete e l'utilizzo delle tariffe incentivanti da parte degli operatori.

Con riferimento al solo mercato del gas, il successivo decreto legislativo del 13 agosto 2010, n. 130 (c.d. Decreto Stoccaggi) ha introdotto un nuovo sistema di monitoraggio delle quote di mercato detenute dagli operatori che immettono gas naturale nella rete nazionale, al fine di rivedere le soglie rilevanti ai fini della normativa sulla concorrenza. La disciplina neo introdotta, peraltro, oltre che sostituire i "tetti *antitrust*", va anche a creare nuove misure finalizzate all'incentivazione della capacità di stoccaggio del gas naturale.

In attuazione delle svariate deleghe contenute nella l. n. 96/2010, il Consiglio dei Ministri ha poi approvato il d. lgs. 3 marzo 2011, n. 28, recante "Attuazione della Direttiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili" (c.d. Decreto Rinnovabili), che ha individuato le modalità attraverso le quali raggiungere gli obiettivi assegnati all'Italia dal pacchetto clima ed energia adottato nel 2009 dall'Unione Europea (*Green Package*) mediante la ridefinizione dei meccanismi, degli strumenti e dei sistemi di incentivazione delle fonti di energia rinnovabili vigenti. Il Decreto Rinnovabili, tuttavia, pur se nato con la precisa finalità di promuovere l'uso e lo sviluppo delle energie derivanti da fonti rinnovabili, in realtà, ha recato una netta battuta di arresto degli investimenti nel mercato di riferimento. E ciò per un duplice ordine di ragioni.

a) In primo luogo il nuovo decreto ha cancellato con un colpo di spugna tutte le certezze che gli operatori del mercato avevano con riguardo alla misura degli incentivi riconosciuti dal decreto ministeriale del 6 agosto 2010 (c.d. Terzo Conto Energia) per tutti gli impianti fotovoltaici entrati in esercizio dopo il 31 dicembre 2010. Il provvedimento ha disposto, infatti, che le tariffe incentivanti previste dal Terzo Conto Energia restassero applicabili esclusivamente per i soli impianti fotovoltaici per i quali l'allacciamento alla rete

elettrica fosse avvenuto entro la data del 31 maggio 2011 ed ha demandato ad un successivo ed ulteriore decreto ministeriale la misura degli incentivi da riconoscere, invece, a tutti gli impianti fotovoltaici allacciati dopo detto termine e comunque entro il 31 dicembre 2012. Con decreto del 5 maggio 2011 (c.d. Quarto Conto Energia) il MSE, di concerto con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, ha poi definito queste nuove tariffe incentivanti, disponendone l'applicazione a tutti gli impianti fotovoltaici entrati in esercizio in data successiva al 31 maggio 2011 e fino al 31 dicembre 2016. Il provvedimento ministeriale oltre che aver apportato, di fatto, una riduzione della misura degli incentivi riconosciuti al settore, ha, altresì, introdotto un meccanismo differenziato di incentivazione, basato sulla potenza nominale dei singoli impianti; in base a questo nuovo sistema, infatti, l'assegnazione degli incentivi per gli impianti fotovoltaici di potenza nominale superiore ai 5 MW avverrà attraverso aste al ribasso gestite dal GSE, mentre per gli impianti al di sotto di questa soglia gli incentivi saranno riconosciuti in una misura commisurata ai costi specifici degli impianti stessi, tenuto conto delle economie di scala.

b) In secondo luogo, il Decreto Rinnovabili ha impedito l'accesso alle tariffe incentivanti per gli impianti fotovoltaici con moduli installati a terra su terreni agricoli nel caso in cui questi *i)* appartengano allo stesso proprietario, *ii)* siano collocati a distanza inferiore di 2 km l'uno dall'altro e *iii)* l'area destinata all'installazione degli impianti sia superiore al 10% del totale della superficie agricola nella disponibilità del richiedente. Il tutto, peraltro, con parziale efficacia retroattiva, avendo il decreto fatto salvi esclusivamente gli impianti che abbiano conseguito il titolo abilitativo entro la data di entrata in vigore del decreto stesso o per i quali sia stata presentata richiesta per il conseguimento del titolo entro il 1° gennaio 2011.

Il che, dunque, fa sì che, quantomeno sino ad oggi, il provvedimento, nonostante la sua intitolazione, abbia prodotto effetti tutt'altro che incentivanti della promozione e dello sviluppo dell'energia derivante da fonti rinnovabili.

Sempre in attuazione della delega contenuta nella l. n. 96/2010, il Consiglio dei Ministri ha successivamente provveduto all'emanazione del d. lgs. 1° giugno 2011, n. 93 (recante attuazione delle direttive 2009/72/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, 2009/73/CE, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale, e 2008/92/CE, concernente una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica). Il provvedimento ha dato esecuzione, in particolare, al principio della separazione delle attività di produzione e di trasmissione nel settore del gas naturale ed in quello elettrico come previsto dalle suddette direttive comunitarie, che concedevano agli Stati membri la possibilità di realizzare

quest'obiettivo mediante la scelta tra tre opzioni differenti (gestore di sistema indipendente, gestore di trasmissione indipendente e separazione integrale della proprietà). La scelta italiana circa il modello da seguire per giungere all'obiettivo della piena separazione è stata, tuttavia, diversa per i due settori. Per il mercato del gas, infatti, il decreto ha previsto l'applicazione di due modelli differenti: *i*) quello del gestore di trasporto indipendente (ITO) per l'impresa maggiore di trasporto proprietaria della rete nazionale e *ii*) quello del gestore di rete indipendente (ISO) dal proprietario per le imprese di trasporto proprietarie di porzioni minori di reti, lasciando la possibilità a queste ultime imprese di avvalersi, in alternativa, del modello del gestore di trasporto indipendente (ITO). Per il mercato dell'energia elettrica, invece, il legislatore nazionale ha preferito optare per il modello della separazione proprietaria (*ownership unbundling* o OU), stabilendo che il soggetto cui è affidata in concessione l'attività di gestione e sviluppo della rete elettrica (Terna S.p.A.) non possa, né direttamente, né indirettamente, esercitare attività di produzione e di fornitura di energia elettrica, né gestire, neppure temporaneamente, infrastrutture o impianti di produzione di energia elettrica. Il tutto nell'ottica di assicurare una maggiore concorrenza all'interno del mercato energetico, consentendo anche agli operatori di dimensioni più ridotte di poter accedere a tale mercato avendo la possibilità di fruire delle infrastrutture già esistenti.

4. Le novità legislative in materia di tutela dei consumatori.

Ulteriori innovazioni sono poi state introdotte a livello legislativo in tema di tutela dei consumatori. Anzitutto, con riferimento al mercato del gas, sempre il decreto 1° giugno 2011, n. 93 fornisce una nozione di "clienti vulnerabili" che tiene conto delle osservazioni formulate dall'AEEG nella propria memoria del 20 aprile 2011. L'Autorità, infatti, in quella sede aveva formalmente fatto presente al Governo la necessità di ricomprendere nel novero di tale definizione anche i clienti non civili con consumi inferiori o pari a 50.000 metri cubi annui, al fine di riconoscere anche a questa categoria di utenti finali una tutela rafforzata in materia di tariffe applicabili. Infatti, alla competenza dell'AEEG resta rimessa la determinazione in via transitoria delle tariffe applicabili a tali tipologie di utenti considerati "deboli", in alternativa a quelle negoziabili sul mercato.

Peraltro, proprio il tema dell'ampiezza e dei limiti della competenza dell'AEEG in tema di determinazione del prezzo di fornitura del gas naturale è stato di recente al centro di una decisione della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale, con la propria pronuncia del 20 aprile 2010 (causa C 265-08), seppur con riferimento alle direttive del Secondo Pacchetto Energia, ha affermato che le disposizioni dettate a livello comunitario in tema di liberalizzazione del mercato energetico non ostano ad una normativa

nazionale che consente di determinare il livello del prezzo di fornitura di gas naturale mediante la definizione di “prezzi di riferimento”, successivamente al 1° luglio 2007 (ossia alla data di effettiva apertura del mercato dell’energia dal lato della domanda), purché tale intervento: *i*) persegua un interesse economico generale consistente nel mantenere il prezzo di fornitura del gas naturale al consumatore finale ad un livello ragionevole alla luce della contemperazione, che spetta agli Stati membri effettuare, tenendo conto della situazione del settore del gas naturale, fra l’obiettivo di liberalizzazione e l’obiettivo della necessaria protezione del consumatore finale perseguiti dalla direttiva 2003/55, *ii*) non incida sulla libera fissazione dei prezzi della fornitura del gas naturale successivamente al 1° luglio 2007 se non nella misura necessaria a conseguire siffatto obiettivo di interesse economico generale e, di conseguenza, per un periodo necessariamente limitato nel tempo, e *iii*) sia chiaramente definito, trasparente, non discriminatorio, verificabile, e garantisca alle imprese dell’Unione che operano nel settore del gas parità di accesso ai consumatori. Sebbene la pronuncia sia riferita alle disposizioni contenute nelle direttive del Secondo Pacchetto Energia, pare plausibile ritenere che analoghe conclusioni potranno valere anche con riguardo alle direttive del Terzo Pacchetto Energia per i futuri interventi del regolatore nazionale in tema di fissazione delle tariffe del gas, atteso che l’art. 3, commi 2 e 3 della direttiva gas (2009/73) prevede espressamente, fra le misure a tutela dei consumatori, la facoltà degli Stati membri di assicurare condizioni economiche disposte dal regolatore nazionale che siano alternative rispetto a quelle negoziabili sul mercato.

Analoga tutela di prezzo viene, poi, dettata dal decreto anche con riguardo al mercato dell’energia elettrica nell’ambito del servizio c.d. di maggior tutela, posto che l’art. 35 del provvedimento prevede espressamente che i clienti finali domestici e le piccole imprese (ossia quelle con meno di cinquanta addetti e con un fatturato annuo non superiore ai dieci milioni di euro rifornite in bassa tensione) che non abbiano scelto un fornitore sul mercato libero vengano riforniti di energia alle condizioni economiche e contrattuali determinate dall’AEEG.

Infine, una nuova procedura viene prevista in tema di gestione dei reclami presentati dagli utenti/consumatori. Sino ad oggi, infatti, l’Autorità ha gestito i reclami degli utenti utilizzando una procedura snella, in grado di assicurare una tempestiva risposta alle istanze formulate ed avvalendosi a tal fine dell’Acquirente Unico Sp.A., presso il quale, come già accennato, è stato istituito l’apposito “Sportello per il consumatore di energia” (in conformità di quanto disposto dalla legge n. 99/2009 e dalla delibera dell’Autorità del 4 agosto 2009). La nuova disciplina introdotta dal decreto, invece, prevede due modalità alternative di gestione delle istanze dei consumatori. Una prima procedura più complessa che riguarda tutte le

istanze presentate nei confronti di un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio di un sistema di GNL o di distribuzione ed in relazione alla quale vengono attribuite all'Autorità vere e proprie funzioni di carattere decisorio. Una seconda che concerne tutti i reclami e le procedure di conciliazione dei clienti finali nei confronti dei venditori e dei distributori di gas naturale ed energia elettrica, sicuramente più snella e per più versi analoga a quella sino ad oggi utilizzata dall'AEEG, ove l'intervento decisorio dell'Autorità è previsto solo in seconda istanza. La circostanza singolare (peraltro anche evidenziata dall'AEEG nella propria memoria del 20 aprile 2011) è che i reclami presentati nei confronti dei soggetti distributori paiono formare oggetto di entrambe le procedure, creando non poca confusione in merito al sistema di risoluzione della controversia da adottare.

5. *Gli interventi dell'AEEG a tutela dei consumatori.*

All'AEEG è da sempre affidato il ruolo di soggetto incaricato della tutela dei consumatori nel mercato dell'energia. Già la legge istitutiva del 1995, infatti, ha disposto in favore dell'Autorità l'attribuzione di una serie di funzioni e competenze, tutte finalizzate alla tutela dei consumatori di energia e gas, quali precisamente quelle in tema di fissazione delle tariffe base, di gestione dei reclami presentati dagli utenti, di verifica della qualità e della efficacia delle prestazioni erogate, nonché di informazione nei confronti dei consumatori delle condizioni dei servizi e delle modalità di svolgimento degli stessi; il tutto al fine di assicurare la più ampia concorrenzialità dell'offerta e la massima trasparenza delle condizioni applicate. Come già anticipato, tali funzioni vengono oggi svolte, con l'ausilio del GSE e dell'Acquirente Unico S.p.A., al quale ultimo è affidata, in particolare, la gestione dello "Sportello per il consumatore di energia", strumento appositamente creato al fine di poter fornire all'utente un'assistenza diretta ed immediata, attraverso la diffusione di informazioni relative al mercato dell'energia e la risposta ai reclami ed alle segnalazioni.

Nel corso degli anni 2010/2011 le linee di intervento dell'AEEG hanno riguardato per lo più il miglioramento dell'informazione per i clienti finali e il rafforzamento della tutela finale, oltre al miglioramento della qualità dei servizi di elettricità e gas.

5.1 *L'informazione.*

L'Autorità, in particolare, ha potenziato le attività dello "Sportello per il consumatore di energia" grazie al lavoro svolto dall'apposito *Call Center* e dall'Unità Reclami. La stessa AEEG, nella propria Relazione al Parlamento sullo stato del mercato dell'energia elettrica e del gas del 3 febbraio 2011 (PAS 6/11), ha dato conto dell'attività svolta per il tramite di

queste strutture, rilevando come grazie ad esse sia stato possibile gestire una numerosa serie di reclami ed istanze dei consumatori.

Allo stesso modo, il 2010 ha fatto registrare un incremento delle utilità ricavabili da un altro strumento informatico messo a disposizione dei consumatori dall'AEEG tramite il *web*: il c.d. "Trova offerte" (attivato per effetto della delibera dell'Autorità del 16 ottobre 2008, ARG/com 151/08), che consente all'utente di orientarsi tra le varie offerte commerciali presenti sul mercato e di cogliere i vantaggi derivanti dalla stipulazione di un nuovo contratto con diverso fornitore, in modo tale da assicurargli una scelta più consapevole tra quelle presenti sul mercato. Lo strumento, in buona sostanza, è un sistema di ricerca avanzato delle offerte commerciali che, al momento della sua attivazione (aprile 2009) consentiva di conoscere le sole proposte delle imprese di vendita del settore dell'energia elettrica. A far data dall'aprile 2010, invece, con il sistema è possibile conoscere anche le proposte commerciali dei fornitori di gas naturale e le offerte congiunte di gas ed elettricità (c.d. *dual fuel*). Occorre, tuttavia precisare in proposito che, poiché le offerte confrontabili sono solo quelle degli operatori che hanno aderito al sistema su base volontaria, mediante apposita iscrizione nell'apposito elenco istituito con delibera dell'AEEG dell'11 giugno 2007, n. 134/07, potrebbero essere presenti sul mercato offerte commerciali di altri operatori non presenti nel "Trova offerte". La stessa Autorità, nella propria Relazione annuale sullo stato dei servizi e dell'attività svolta del 6 luglio 2011, ha dato evidenza di quelli che potranno essere i prossimi sviluppi del servizio, segnalando che "è prevista una implementazione di una nuova funzionalità che consenta, per ciascuna delle offerte relative al servizio elettrico incluse nella lista, la visualizzazione delle informazioni in merito alla composizione del mix energetico utilizzato per la produzione dell'energia fornita" e che è in fase di progettazione un servizio che consentirà agli utenti che lo desiderano di ricevere informazioni personalizzate.

Sempre per assicurare la corretta informazione degli utenti/consumatori, poi, l'AEEG ha proseguito nella sua attività di implementazione e miglioramento del c.d. "Atlante dei diritti del consumatore", altro sistema disponibile a livello informatico che, attraverso una raccolta organica di informazioni, consente all'utente domestico di conoscere i vari aspetti del servizio, i propri diritti, nonché le regole disposte dall'Autorità per la tutela dei consumatori. Tra i diversi strumenti messi a disposizione dei consumatori dall'AEEG tramite il *web*, l'ultimo arrivato in ordine temporale è, poi, il c.d. "Pesa consumi", sistema creato al fine di consentire al consumatore di comprendere quanto l'utilizzo dei diversi elettrodomestici influisce sui costi della bolletta nelle diverse fasce orarie della giornata. Dal momento, infatti, che a decorrere dal 1° luglio 2010 sono entrate in vigore le nuove tariffe

biorarie, che prevedono un costo differenziato dell'elettricità nei diversi momenti della giornata, l'AEEG ha ritenuto utile, sempre nell'ottica della completa informazione del cliente e della trasparenza delle condizioni commerciali applicate, fornire al consumatore uno strumento che fosse di ausilio nel comprendere come ridurre i costi legati al consumo di elettricità.

Il dato che emerge con maggiore evidenza anche da un rapido sguardo agli interventi dell'Autorità in materia di informazione e trasparenza nei confronti degli utenti finali è sicuramente quello della innovazione delle soluzioni applicate e della semplicità di utilizzo da parte del cliente dei sistemi informatici creati ed organizzati dall'AEEG. Non pare revocabile in dubbio, infatti, che quest'ultima, nel dare esecuzione ai propri compiti in materia di tutela dei consumatori, abbia optato per l'adozione di metodologie e strumenti agevolmente fruibili dalla maggior parte degli utenti/consumatori, in un'ottica di sempre maggiore attenzione verso le nuove forme di tecnologia.

5.2 La vigilanza.

Con espresso riguardo, poi, ai compiti affidati all'AEEG in tema di attività di vigilanza e controllo del mercato energetico, può rilevarsi come l'Autorità, nel corso dell'ultimo anno, abbia esercitato i propri poteri mediante l'avvio di una pluralità di azioni volte a verificare il rispetto da parte degli operatori delle condizioni di erogazione del servizio (quali, precisamente quelle in tema di qualità del servizio, sicurezza, libero accesso alle reti, tariffe applicate, ecc.).

Per quanto concerne, in particolare, la violazione di obblighi in tema di qualità dei servizi di vendita di energia elettrica e di gas naturale, nel breve periodo compreso tra il mese di giugno e quello di settembre 2010, l'Autorità ha avviato 5 ispezioni al fine di accertare la corretta applicazione delle disposizioni dettate con riferimento alla risposta motivata ai reclami scritti ed alle richieste scritte di informazioni, in conformità a quanto disposto dal "Testo integrato della regolazione della qualità dei servizi di vendita di energia elettrica e di gas naturale" (approvato con delibera dell'Autorità del 18 novembre 2008 ARG/com 164/08). Tali ispezioni hanno portato all'irrogazione di sanzioni pecuniarie per quattro delle cinque imprese coinvolte. Nel medesimo periodo, inoltre, l'AEEG ha effettuato anche una serie di ispezioni finalizzate all'accertamento della corretta applicazione delle tariffe elettriche da parte di alcuni degli operatori del relativo mercato. In particolare, le verifiche erano finalizzate ad accertare il rispetto delle disposizioni dettate dall'Autorità per l'erogazione dei servizi di trasmissione, distribuzione, misura e vendita dell'energia elettrica in base a quanto disposto dal Testo Integrato 2004-2007 ed al Testo Integrato Trasporto (TIT). Gli

accertamenti si sono conclusi con l'avvio di un'unica istruttoria formale nei confronti di una delle imprese sottoposte a verifica (delibera VIS 8/11), attualmente ancora in fase di svolgimento.

5.3 *Gli interventi sanzionatori.*

Altrettanto copiosa può dirsi l'attività svolta dall'Autorità nell'ultimo periodo in materia di interventi sanzionatori, considerato che gli anni che vanno dal 2006 ad oggi hanno visto un netto e progressivo incremento di tali procedimenti. La stessa AEEG, nella propria relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta del 6 luglio 2011, ha sottolineato come il ruolo via via più centrale assunto dall'attività sanzionatoria sia derivato fondamentalmente dalla sempre maggiore attenzione manifestata dall'Autorità verso il perseguimento dell'obiettivo di vigilare adeguatamente sulla corretta applicazione della disciplina di regolazione del settore energetico. Sotto il profilo statistico può osservarsi come a fronte di 177 procedimenti avviati nel corso dell'anno 2010, ben 94 sono stati chiusi nel medesimo anno e, di questi, 59 hanno portato all'irrogazione di sanzioni nei confronti degli operatori interessati. Ad ogni modo, l'elemento più significativo che emerge dall'analisi dei vari procedimenti sanzionatori avviati dall'AEEG nel corso di questo arco temporale risiede sicuramente nella circostanza che la maggioranza di questi concerne aspetti attinenti la tutela commerciale dei clienti finali.

Infatti, ben cinque società di distribuzione di gas hanno subito l'applicazione di sanzioni a causa del mancato rispetto dell'obbligo, posto a tutela dei consumatori, di disporre di risorse adeguate per far fronte con tempestività alle richieste formulate dagli utenti. Tre procedimenti sono stati chiusi, poi, nei confronti di altrettanti operatori per tardiva corresponsione degli indennizzi automatici in materia di livelli specifici di qualità commerciale del servizio di distribuzione del gas naturale. La mancata osservanza delle disposizioni dettate in materia di trasparenza dei documenti di fatturazione, invece, ha condotto all'irrogazione di sanzioni nei confronti di cinque società di vendita dell'energia elettrica. Sono stati anche avviati ben 9 procedimenti sanzionatori nei confronti di imprese di vendita di energia elettrica, per violazioni in materia di applicazione dei prezzi biorari nei confronti di clienti domestici serviti in regime di maggior tutela.

5.4 *L'attività di regolazione.*

Nell'ambito delle proprie competenze regolatorie (e sempre nell'ottica di dare attuazione al proprio ruolo di soggetto deputato alla tutela dei consumatori nel mercato dell'energia), l'AEEG, con riferimento al solo settore del gas, ha introdotto con delibera del

22 novembre 2010 (SRG/Gas 206/10), modifiche alle condizioni contrattuali da applicare ai clienti per ciò che concerne la rateizzazione dei pagamenti dei corrispettivi per le vendite di gas, stabilendo il diritto del consumatore ad un piano di rateizzazione dei pagamenti e affermando il carattere di non cumulabilità delle rate e di periodicità delle medesime pari a quella di fatturazione, con ulteriore diritto e facoltà per il cliente di chiedere la rinegoziazione delle condizioni del piano di rateizzazione in corso con il fornitore.

In ultimo, con delibera dell'8 luglio 2010 (ARG/com 104/10) l'AEEG ha approvato il c.d. Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale agli utenti finali. Il Codice, entrato in vigore il 1° gennaio 2011, è stato creato con la finalità di raccogliere in un unico documento tutte le regole di comportamento che gli operatori sono tenuti a rispettare nel mercato libero nei confronti dei clienti finali, anche non domestici, alimentati in bassa tensione o caratterizzati da consumi annui di gas naturale non superiori a 200.000 S(m3). In buona sostanza, dunque, il provvedimento mira a garantire l'applicazione di identiche regole di comportamento da parte degli operatori nei confronti degli utenti più deboli, ossia nei confronti dei soggetti aventi minore capacità di consumo di gas o alimentati in regime di bassa tensione (sul punto anche D'ANDRIA T.A., *Consumer Forum 2010*). Tra le previsioni maggiormente significative contenute nel Codice meritano di essere segnalate quelle in tema di variazione unilaterale di clausole contrattuali da parte dell'impresa di vendita, nonché in materia di indennizzi automatici. L'art. 13.1 del Codice stabilisce espressamente, infatti, che l'esercente, ove voglia procedere alla modifica unilaterale delle condizioni di contratto, è tenuto a farlo in forma scritta con un preavviso non inferiore ai tre mesi ed a mezzo di un'autonoma informativa diversa dal documento di fatturazione. Il tutto, evidentemente, allo scopo di far sì che il cliente sia messo nelle condizioni di poter percepire adeguatamente l'importanza della comunicazione ricevuta ed, eventualmente, di esercitare il proprio diritto di recesso.

Il successivo art. 14.1, invece, prevede gli unici due casi in cui l'impresa venditrice è tenuta a riconoscere in favore dell'utente finale un indennizzo automatico da corrispondersi a mezzo di detrazione del relativo importo dal *quantum* dovuto in fattura a fronte dell'erogazione dell'energia o del gas. La prima delle due ipotesi contemplate dalla sopra citata disposizione prevede la debenza dell'indennizzo in caso di violazione da parte dell'impresa venditrice dell'obbligo di indicazione nella contrattualistica commerciale della periodicità di emissione dei documenti di fatturazione, mentre la seconda riguarda proprio la fattispecie di mancato rispetto dei termini di preavviso dovuti per la variazione unilaterale delle clausole negoziali. Entrambe le ipotesi contemplate, già originariamente previste dal

Codice di condotta commerciale per la vendita di gas naturale (Delibera n. 126/04), sono entrate in vigore a far data dal 1° settembre 2011.

Sebbene sia sicuramente apprezzabile l'intento dell'Autorità di tutelare il cliente/consumatore in uno degli aspetti del rapporto negoziale in cui si manifesta maggiormente la profonda diversità di forza contrattuale rispetto all'impresa venditrice (ossia quello della applicazione della sanzione per la violazione delle regole di correttezza nell'esecuzione del contratto), non ci si può esimere, tuttavia, dal rilevare come la previsione dell'applicazione di un analogo trattamento sarebbe stata parimenti utile ed opportuno anche per tutte quelle ulteriori fattispecie di violazione ove sia riscontrabile la medesima tipologia di squilibrio, come ad esempio accade in tema di obblighi di contenuto della contrattualistica commerciale.

BIBLIOGRAFIA

AMATO G., *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1997, p. 647 ss.

BRUTI LIBERATI E., *La regolazione dei mercati energetici tra l'autorità per l'energia elettrica e il gas e il governo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2009, II, p. 435 ss.

BROCKA BALBI Z. e BARRA M., *Mercato interno dell'energia elettrica e servizi pubblici – La tutela dei piccoli clienti finali in Italia*, in *Dir. comm. internaz.*, 2007, p. 763 ss.

CARTA M., *La liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale nell'Unione: il mercato interno dell'energia elettrica*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, p. 771 ss.

CRISMANI A. e FONDA E., *Il funzionamento del mercato elettrico. Considerazioni alla luce delle recenti modifiche normative*, in *Riv. giur. ambiente*, 2009, p. 901 ss.

DONATI F., *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. un. eur.*, 2006, p. 27 ss.

FERRARI G.F., *Italian Report on The Rule-making Powers of Independent Administrative Agencies*, relazione presentata al XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law, luglio 2006, Utrecht

GIUSJ S., *Processo di liberalizzazione del mercato interno del gas naturale in corso: come cambia il potere regolatorio dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Foro amm.*, 2007, p. 1023 ss.

ROVERSI MONACO F.A., *L'autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, 2007, p. 59 ss.

SAN MAURO C., *Il dibattito sul riordino delle autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm.*, 2009, p. 2453 ss.

SCUTO F., *La governance del settore energia e gas attraverso la "rete" europea delle autorità indipendenti*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2007, I, p. 267 ss.

7. **La Banca d'Italia e il mercato del credito e dei servizi bancari** (Enrico Granata).

Nell'ambito della normativa di fonte Banca d'Italia in ordine al mercato del credito e dei servizi bancari, si analizzano nel dettaglio i temi della trasparenza delle condizioni contrattuali e della correttezza dei rapporti con la clientela nel periodo 2010 - luglio 2011. Nel testo si passano in rassegna le principali disposizioni riguardanti la trasparenza nei servizi di pagamento, la trasparenza nel credito ai consumatori, che rappresenta l'intervento regolamentare più significativo, e la trasparenza di valenza generale. Nel periodo di riferimento, infatti, una serie di provvedimenti di rango primario di matrice comunitaria (Direttiva 2007/64/CE e 2008/48/CE) e nazionale (Titolo VI del TUB e del DL 13 maggio 2011, cosiddetto Decreto Sviluppo) ha inciso sull'assetto della regolamentazione secondaria di luglio 2009 dell'Autorità di Vigilanza. Sotto il profilo normativo, la complessiva azione legislativa – che ha ricompreso nell'ambito del Testo Unico Bancario la disciplina del credito ai consumatori e una serie di previsioni emanate per il tramite di appositi decreti legge in materia di operazioni bancarie – ha costituito il fondamento legale per un'azione integrata di Banca d'Italia in sede di vigilanza in tema, oltretutto di trasparenza, anche di correttezza nei rapporti fra intermediari e clientela. Inoltre, nell'ambito di un'analisi complessiva degli interventi in ordine alla regolamentazione della trasparenza dei servizi bancari, si rileva l'impegno dell'Autorità di Vigilanza sul fronte dell'educazione finanziaria e del contrasto all'usura nell'ottica del presidio dell'informazione da rendere alla clientela nonché della conoscenza dei servizi e dei prodotti bancari. L'attenzione dedicata dalla Banca d'Italia a questi temi è il segnale e l'evidenza dell'assoluta centralità che i presidi di trasparenza e di correttezza nelle relazioni tra intermediari e clientela rivestono nell'azione complessiva di vigilanza, attraverso le molteplici e diversificate modalità di regolamentazione, di informazione e di sensibilizzazione svolte incisivamente nel periodo considerato.

SOMMARIO: 1. La Banca d'Italia e le modalità di adozione dei provvedimenti regolamentari. – 2. Gli interventi regolamentari della Banca d'Italia sul fronte della trasparenza e della correttezza dei rapporti con la clientela. – 3. Trasparenza nei servizi di pagamento. – 4. La trasparenza nel credito ai consumatori. – 5. La disposizioni in tema di trasparenza di valenza generale. – 6. L'educazione finanziaria. – 7. Il contrasto all'usura. – 8. Arbitro Bancario e Finanziario.

1. La Banca d'Italia e le modalità di adozione dei provvedimenti regolamentari.

In un'analisi, quale quella che ci si propone di effettuare, della normativa di fonte Banca d'Italia in ordine al mercato del credito o più propriamente al mercato dei servizi bancari nel periodo 2010 - luglio 2011, va necessariamente premessa l'importante attività innovativa, svolta dall'Autorità di Vigilanza sul fronte della stessa disciplina delle modalità di adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale nell'esercizio delle funzioni di vigilanza bancaria e finanziaria.

Il riferimento e la premessa legislativa vanno individuati nell'art. 23 della legge 28 dicembre 2005 n. 262 (cosiddetta "legge sul risparmio") ove si dispone che i provvedimenti

di natura regolamentare o di contenuto generale debbono essere motivati in funzione delle scelte di regolazione o di vigilanza effettuate ovvero della materia interessata.

Lo stesso articolo 23 declina, al comma 2, gli ulteriori principi cui deve attenersi la Banca d'Italia, nonché le altre Autorità interessate, attraverso

a) la previsione del necessario corredo, rispetto agli atti di regolamentazione, di una relazione illustrativa delle relative conseguenze sulla regolamentazione nonché sugli “attori” che ne sono incisi e quindi da un canto sull’attività delle imprese e degli operatori e dall’altro sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori

b) la previsione volta a che il regolatore “tenga conto” del principio di proporzionalità, intendendo per tale l’esercizio del potere di regolamentazione secondo un criterio che contemperi il raggiungimento delle finalità perseguite con il minor sacrificio degli interessi dei destinatari

c) la previsione, come necessario strumento per il corretto esercizio del potere di regolamentazione, che questo sia concretamente improntato al rispetto del principio di proporzionalità, della consultazione dei consumatori oltreché dei soggetti vigilati e dei prestatori di servizi finanziari.

Con il regolamento della Banca d'Italia emanato in data 24 marzo 2010, pubblicato sulla G.U. n. 102 del 4 maggio dello stesso anno, è disciplinata l’applicazione dei principi di cui al menzionato art. 23 della legge sul risparmio, secondo quanto previsto dal comma 4 di tale articolo.

Va segnalato a riguardo come il regolamento in parola (la cui emanazione è stata preceduta da un’apposita consultazione avviata nel dicembre 2009) abbia, per un verso, esplicitato e dettagliato i principi contenuti nelle citate previsioni dell’art. 23, e per altro verso, ne abbia corroborato la portata secondo quanto indicato nelle premesse del regolamento secondo cui la Banca d'Italia ha inteso “... avvalersi di strumenti ulteriori e integrativi rispetto a quelli indicati nell’art. 23, al fine di rafforzare la trasparenza dell’attività di vigilanza e promuovere il confronto con gli operatori, i consumatori e le altre categorie interessate”.

In tale ottica, nel ribadire il rispetto del principio di proporzionalità quale criterio ispiratore e conformatore della propria attività disciplinare, la Banca d'Italia prevede (art. 2) il varo, entro il dicembre di ogni anno, di un programma delle attività volte all’adozione degli atti normativi che la Banca intende svolgere nei successivi dodici mesi. Inoltre, lo stesso processo di consultazione viene disciplinato in modo da assicurare la massima trasparenza e incisività del coinvolgimento di tutti gli *stakeholder* attraverso la previsione di ulteriori e integrative forme di confronto con gli stessi rispetto al puro dato legislativo, di cui sono

evidenza oltre al meccanismo di consultazione su un documento reso in forma pubblica, anche la previsione (art. 5) della facoltà, per l'autorità di vigilanza, di avvalersi di panel consultivi costituiti da rappresentanti degli intermediari e dei consumatori.

Infine, sempre nell'ottica del rafforzamento dei principi di legge e della massimizzazione della trasparenza del tessuto della disciplina adottata, l'art. 3 del regolamento, nel trattare la materia delle analisi d'impatto della regolamentazione (AIR), prevede che siano resi pubblici i criteri generali che ne guidano lo svolgimento. Si tratta di una scelta di trasparenza particolarmente significativa dal momento che l'AIR costituisce il necessario presupposto per una compiuta valutazione della gamma delle tipologie di regolazione potenzialmente adottabile ed è il fondamento della scelta di quale seguire fra di esse (fino ad escludere tout court l'emanazione di disposizioni di vigilanza affidando al mercato l'individuazione di apposite soluzioni anche attraverso meccanismi di autoregolamentazione).

A valle del regolamento recante la disciplina dell'adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale vanno registrati, nel periodo considerato, due importanti interventi disciplinari, a cura della Banca d'Italia, che – come si è avuto modo di accennare - lo stesso regolamento aveva programmato e che quindi ne rappresentano, nella sostanza, il logico completamento.

In ordine temporale, il primo intervento è costituito dalla circolare della Banca d'Italia n. 277 del 20 luglio 2010 con cui vengono fissate le “Linee guida per l'analisi di impatto della regolamentazione” (AIR). Con l'AIR viene definito il complesso delle procedure e della metodologie da seguire per valutare sia se un intervento regolamentare sia opportuno, sia le conseguenze che scaturiscono dalla scelta di una determinata policy di intervento. Ciò nell'egida del principio di proporzionalità delle misure che sono oggetto di analisi e dell'ancoraggio delle scelte effettuate a valutazioni di ordine qualitativo seppur corredate da indicazioni di tipo quantitativo. Da segnalare in special modo le indicazioni contenute nella circolare, che nella sostanza rappresentano la premessa alla parte di puntualizzazione metodologica, in merito all'organizzazione del processo di AIR all'interno della Banca d'Italia e alla relativa interazione con il processo di innovazione normativa in campo bancario e finanziario.

Il secondo intervento in ordine temporale è costituito dal “Programma di attività normativa dell' Area Vigilanza per l'anno 2011”. Si tratta di un documento programmatico che vede la luce per la prima volta nel marzo 2011 e che verrà sistematicamente ripetuto ogni anno entro il mese di dicembre. La ragione della novità sta nel fatto che il programma, nei termini dei contenuti e di pubblicità con cui è definito, trova il proprio fondamento

normativo, come sopra detto, nell'articolo 2 del Regolamento sull'adozione degli atti normativi e quindi, ne rappresenta il primo (periodico) completamento.

Tenendo specificatamente a mente il terreno di riferimento del presente scritto, e cioè il mercato del credito nei rapporti con i consumatori, vanno segnalate alcune delle premesse al programma che contengono affermazioni particolarmente significative al fine di un miglior inquadramento delle finalità dell'azione regolamentare dell'Autorità di Vigilanza nell'obiettivo di consolidare i presidi di trasparenza dell'operatività degli intermediari finanziari nei rapporti con la clientela.

Considerata, come poi si avrà modo di indicare, la rilevanza della matrice comunitaria delle regole di fonte Banca d'Italia che interessano il periodo considerato, va segnalata l'affermazione per cui "... rispetto all'esperienza di altri Paesi, la normativa della Banca d'Italia è molto più dettagliata e ... si sforza di declinare le previsioni comunitarie nella concreta realtà giuridica italiana. Oltre a favorire la certezza giuridica e quindi un'applicazione uniforme delle disposizioni, questo approccio consente di rafforzarne l'efficacia applicativa prevenendo fenomeni di arbitraggio".

Occorre poi segnalare quello che viene definito come obiettivo strategico n. 2 dell'attività di regolamentazione della Banca d'Italia nel periodo di programmazione normativa considerato che consiste nel consolidamento del quadro normativo sulla trasparenza delle condizioni contrattuali e sulla correttezza dei rapporti con la clientela (l'obiettivo n. 1 essendo rappresentato dal rafforzamento delle norme prudenziali, obiettivo cui va ovviamente assegnato un rilievo determinante, ancorché per così dire indiretto, sul mercato dei servizi bancari).

Ritengo particolarmente significativa l'affermazione, anche ai fini di un miglior inquadramento delle finalità della regolamentazione della Banca d'Italia che si andrà ad esaminare nel prosieguo, per cui "l'esplicito riconoscimento nel TUB della trasparenza e correttezza dei comportamenti degli intermediari quale finalità diretta dell'azione d'influenza, operata dal d.lgs. 141 di recepimento della direttiva sul credito ai consumatori ... chiedono alla Banca d'Italia di proseguire nel processo di revisione e rafforzamento delle norme, oltre che dei controlli". Nel contesto dell'obiettivo strategico n. 2, e quindi nel solco del consolidamento del quadro delle regole di trasparenza e di correttezza nei rapporti con la clientela, sono indicati come obiettivi intermedi, da realizzare nel corso del 2011, il completamento del quadro normativo in materia di trasparenza, in naturale prosecuzione nonché l'attuazione della riforma del tavolo V del TUB e l'avvio dell'operatività degli organi di vigilanza sul microcredito, sui confidi, sugli agenti e sui mediatori.

Nel seguito dello scritto ci concentreremo sul primo obiettivo intermedio, connesso a finalità di trasparenza e di normativa, in attesa dell'emanazione, da parte della Banca d'Italia, della disciplina di attuazione, per quanto di competenza, della riforma del tavolo V del TUB nonché di eventuali ulteriori interventi di competenza sul fronte della regolamentazione generale in tema di trasparenza e di correttezza dei comportamenti degli intermediari.

2. Gli interventi regolamentari della Banca d'Italia sul fronte della trasparenza e della correttezza dei rapporti con la clientela.

Nell'anno 2009 abbiamo assistito ad importanti innovazioni sul fronte delle regole e degli strumenti che interessano la relazione tra intermediari e clientela.

Nel luglio di quell'anno, è stata difatti emanata la nuova disciplina secondaria in tema di condizioni contrattuali e di correttezza di comportamenti; nell'ultimo trimestre dell'anno (ottobre 2009) ha avuto avvio operativo l'Arbitro Bancario e Finanziario. Quest'ultimo è organismo separato dalla Banca d'Italia che peraltro assicura allo stesso supporto di ordine tecnico in sede di gestione dell'iter decisionale che connota gli interventi dei collegi.

Rispetto al precedente quadro normativo le disposizioni di vigilanza emanate nel luglio 2009 presentavano, come noto, importanti profili innovativi. Nella sostanza si perseguivano obiettivi di semplificazione e maggior chiarezza dei contenuti della documentazione informativa per la clientela, anche attraverso la standardizzazione di parte della documentazione in parola, di più incisiva applicazione del principio della proporzionalità, di attenzione al ruolo svolto dai presidi organizzativi da adottare da parte degli intermediari, anche in tema di controlli interni, al fine di assicurare nel concreto la trasparenza e la correttezza delle relazioni con la clientela, di attenzione infine al ruolo coperto, anche in prospettiva, da esperienze di autoregolamentazione in un'ottica di sinergia con l'azione della Vigilanza.

In particolare le sezioni VI e VII delle disposizioni della Banca d'Italia dettavano disposizioni in ordine alla trasparenza delle operazioni afferenti i servizi di pagamento o il credito ai consumatori dando conto della necessità della loro rivisitazione una volta trasposte nel nostro ordinamento le direttive n.2007/64/CE (in tema di servizi di pagamento) e n. 2008/48/CE (in tema di credito ai consumatori).

L'assetto della regolamentazione secondaria del luglio 2009 è stata quindi incisa, seppur non nei fondamentali, da una serie di provvedimenti di rango primario che connotano il quadro normativo nel corso del 2010 (e finanche nel 2011) e che hanno implicato pertanto la rivisitazione di importanti "pezzi" della disciplina di trasparenza emanata in tempi tutto sommato di poco antecedenti alle novità legislative in parola.

Si tratta in parte – come detto - di novità dovute alla trasposizione del nostro ordinamento, e nello specifico nel TUB, di direttive comunitarie e in parte di novità che conseguono ad iniziative di modifica della legge bancaria non determinate da discipline europee ma da scelte autonome del legislatore nazionale e che si sono tradotte nello specifico in modifiche del Titolo VI del TUB.

Per quanto riguarda il versante di fonte comunitario mi riferisco al d.lgs. 27 gennaio 2010, n.11, con cui è stata recepita la Direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento (PSD) nonché il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 (cui ha fatto seguito il d.lgs. “correttivo” 14 dicembre 2010, n. 218) con cui è stata recepita nel nostro ordinamento la Direttiva 2008/48/CE in tema di credito ai consumatori. Per quanto riguarda le novità di pura matrice nazionale esse si collocano nello stesso D.lgs. 141 attraverso interventi modificatori del Titolo VI del TUB (seguito poi dal citato correttivo) e quindi più di recentemente attraverso le previsioni del DL 13 maggio 2011 (cosiddetto Decreto Sviluppo) convertito con legge 12 luglio 2011, n.106.

3. Trasparenza nei servizi di pagamento.

Con il decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11 (G.U. n. 36 del 13 febbraio 2010), in vigore dal 1° marzo 2010, viene data attuazione nel nostro ordinamento alla Direttiva n. 2007/64/CE del 13 novembre 2007 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno.

Come noto la direttiva comunitaria innova profondamente la disciplina dei servizi di pagamento sia in funzione dell’apertura del quadro concorrenziale tra intermediari abilitati, attraverso l’introduzione di una nuova figura di soggetto abilitato alla prestazione di servizi di pagamento, l’istituto di pagamento, sia attraverso una nuova dettagliata disciplina dei diritti e degli obblighi delle parti, sia infine attraverso il rafforzamento delle regole di trasparenza e degli obblighi informativi che connotano la prestazione del servizio.

In sede di trasposizione legislativa è l’art. 34 del d.lgs. 11/2010 che interviene sul versante della trasparenza e dell’informazione da rendere al destinatario del servizio, affidando al contempo alla Banca d’Italia un ampio ruolo ai fini dell’attuazione del plesso legislativo attraverso la definizione della relativa disciplina secondaria.

Con provvedimento del 15 febbraio 2010 pubblicato sulla G.U. n. 43 del 1° marzo 2010 la Banca d’Italia emana la disciplina di attuazione delle previsioni di legge in tema di trasparenza dei servizi di pagamento (oltreché quelle, di carattere prudenziale, riferite agli istituti di pagamento).

Con l’intervento attuativo viene conseguentemente aggiornata la sezione VI del più generale provvedimento del 29 luglio 2009 in tema di “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziaria. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”.

La Banca d'Italia prende atto della matrice comunitaria delle disposizioni in parola in un contesto in cui il nostro ordinamento è già caratterizzato da un quadro complessivo di regole di trasparenza sedimentato cui concorrono tanto il Titolo VI del TUB quanto le citate disposizioni di vigilanza dal luglio 2009 e quindi si muove nell'obiettivo di " ... rendere la disciplina dei servizi e delle operazioni di pagamento quanto più possibile omogenea rispetto a quella prevista per la generalità dei servizi e delle operazioni contenute nel Titolo VI del TUB, applicando - nei limiti consentiti dalla disciplina comunitaria e dal d.lgs. di recepimento - alla materia dei pagamenti i principi e gli strumenti introdotti di recente per migliorare la comprensibilità di documenti e favorire la confrontabilità delle offerte".

Va inoltre aggiunto che, ai sensi di legge (art. 126-bis, comma 6, come introdotto dal d.lgs. 10/2010), la Banca d'Italia deve tener conto, in sede di regolamentazione di competenza, della finalità di garantire un adeguato livello di affidabilità ed efficienza dei servizi di pagamento.

Prima di passare ad una seppur sintetica analisi degli ambiti di intervento regolamentare della Banca d'Italia sembra necessario premettere quello che è un tratto specifico della normativa in tema di trasparenza dei servizi di pagamento e cioè la indefettibilità della relativa applicazione ai servizi di cui sia utilizzatore il consumatore o la micro-impresa con possibilità, peraltro, per le parti di accordarsi nel senso che le disposizioni in materia non si applichino qualora le parti stesse siano soggetti diversi dal consumatore e dalla micro-impresa (art. 126- bis TUB). Si tratta quindi di un assetto di tutele nei confronti della clientela che rappresenta una deviazione non marginale rispetto all'impianto della normativa nazionale sulla trasparenza dei servizi bancari in generale che postula necessariamente il riferimento alla clientela nel suo complesso seppur con le declinazioni consentite dal più volte ricordato provvedimento del luglio 2009 secondo un percorso di crescente intensità a tendere, partendo da una necessaria ed indefettibile base di regole comuni per giungere ad un plesso di regole di tutela più intenso laddove il cliente sia consumatore.

Più in generale la (relativa) autonomia della disposizione dettata in tema di trasparenza con riferimento ai servizi di pagamento è evidenziata dalla previsione di cui l'art. 115, comma 3-bis del TUB, ove si prevede che le disposizioni di cui al Capo I non si applicano al capo II-bis (servizi di pagamento) salvo espresso richiamo. In effetti per quanto attiene allo specifico della regolamentazione disposta da Banca d'Italia con il provvedimento del 15 febbraio 2010, questa ha una valenza generalmente integrativa di quella applicabile in tema di trasparenza in via generale; nel caso peraltro in cui il servizio di pagamento sia regolato o commercializzato in conto corrente, la Banca d'Italia è tenuta (art. 126-bis, comma

5) ad avere riguardo alle disposizioni dettate in via generale per i servizi bancari di cui al Cap. I del Titolo VI del TUB.

Come si vedrà più oltre in tema di credito ai consumatori le disposizioni di attuazione emanate dalla Banca d'Italia si muovono in parte ribadendo previsioni già scolpite a livello primario e in parte precisandole e integrandole.

In tema di spese applicabili nel ribadire la gratuità dell'informativa resa ai sensi di legge viene estesa al comparto dei pagamenti la previsione regolamentare di carattere generale (sezione XI, par. 2) in forza della quale laddove i corrispettivi richiesti superino le spese sostenute ciò sia munito di specifica attestazione.

In tema di informativa pre-contrattuale le disposizioni di vigilanza, in forza dell'ampia delega contenuta nell'art. 126-quater, intervengono con previsioni di dettaglio individuando le modalità e i contenuti dell'informativa da fornire al cliente e la tipologia di documenti utili a riguardo tramite necessaria consegna degli stessi, ove si sia in presenza di un contratto quadro, ovvero tramite la semplice messa a disposizione, intendendosi per tale la situazione in cui il cliente può portare con sé una copia del documento sia che l'abbia richiesta o direttamente prelevata.

Quanto alle comunicazioni periodiche nelle operazioni di pagamento la disciplina dettata dalla Banca d'Italia è focalizzata, ai sensi dell'art.126 - quater, comma 1, lettera b) del TUB, nella definizione dei contenuti, casi e modalità; in tale contesto è dettagliata nelle disposizioni di vigilanza la specifica informativa prevista per le informazioni sull'operazione di pagamento che il prestatore del servizio è tenuto a consegnare (nel caso di contratto quadro) o a mettere disposizione.

Inoltre le disposizioni emanate precisano, nella sostanza riconducendole ai criteri applicabili in via generale ai sensi dell'articolo 118 TUB, le modalità da seguire, da parte dei prestatori del servizio, per comunicare proposte di modifica, stabilendo il mezzo con cui queste possono essere effettuate (per iscritto sul supporto cartaceo o su altro supporto durevole). Sono emanate inoltre, sempre in tema di ius variandi, disposizioni relative al caso in cui oggetto di modifiche sfavorevoli siano i tassi di interesse o di cambio utilizzati per le operazioni di pagamento, in senso rafforzativo dei presidi della clientela.

Infine disposizioni attuative sono formulate con riferimento all'art.126 del TUB, in tema di recesso, attraverso in particolare la puntualizzazione delle modalità con cui il prestatore del servizio deve fornire preavviso, fermo restando che ai sensi di legge il cliente può sempre recedere non solo senza penalità e senza spese di chiusura, ma anche senza preavviso.

4. La trasparenza nel credito ai consumatori.

L'intervento regolamentare più significativo effettuato dalla Banca d'Italia nel periodo considerato è quello che segue le modifiche del Titolo VI del TUB "Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti" recate dal D.lgs. 13 Agosto 2010 n. 141 e successivamente in parte corrette dal D.lgs. 14 Dicembre 2010 n. 218.

Come noto le modifiche del Titolo VI del TUB si sono sostanziate in interventi di modifica del Capo I del Titolo VI che attiene la trasparenza in via generale delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, nonché, soprattutto, del Capo II in materia di credito ai consumatori. Come si vedrà la regolamentazione della Banca d'Italia che ha fatto seguito alle modifiche del TUB appena menzionate si è concentrata eminentemente e prevalentemente sul comparto attinente il credito ai consumatori. Non mancano peraltro interventi sulla disciplina di trasparenza a valenza generale (in particolare in materia di presidi organizzativi). Ulteriori interventi in sede di disciplina della trasparenza in via generale sono, come più sopra indicato, preannunciati nel documento di programmazione delle attività di regolamentazione per il 2011.

Per quanto attiene il credito ai consumatori l'intervento normativo è la diretta risultante dell'esigenza di trasporre nel nostro ordinamento la Direttiva 2008/48/CE che ha profondamente innovato la disciplina in tema di credito ai consumatori, nella logica del consolidamento del novero e della qualità delle informazioni e degli elementi cognitivi da rendere alla controparte in fase pre-contrattuale e nel corso del contratto, così come nel rafforzamento della verifica del merito creditizio del consumatore, dei diritti spettanti al consumatore stesso ai fini del recesso e del rimborso anticipato del rapporto nonché della tutela del consumatore sia nel caso di collegamento del contratto di credito al contratto di acquisto di beni e di servizi che in occasione dell'utilizzo di banche dati da parte del finanziatore. Per quanto riguarda invece le modifiche recate al Capo I del Titolo VI, del TUB esse appaiono essere la risultante (del resto espressa dagli stessi criteri di delega a monte del D.Lgs. 141/2010) dell'esigenza di armonizzare e nella sostanza di ricondurre nell'ambito del Testo Unico Bancario previsioni incidenti sui servizi bancari introdotte negli scorsi anni da provvedimenti legislativi ad hoc al di fuori del contesto del TUB (ad esempio dai cosiddetti DL "Bersani 1" e Bersani 2").

A valle del decreto legislativo 141/2010 il Ministro dell'Economia e delle Finanze con decreto in data 2 febbraio 2011 (pubblicato su G.U. n. 29 del 5 febbraio 2011) ha emanato, in via d'urgenza (e quindi in relazione alle competenze spettanti al CICR) disposizioni attuative delle modifiche del Titolo VI del TUB conferendo alla Banca d'Italia,

in modo particolarmente ampio per quanto concerne il Capo II, poteri di intervento in tema di disciplina secondaria di vigilanza.

È quindi sulle norme dell'Autorità di vigilanza in tema di trasparenza del credito ai consumatori che focalizzeremo l'attenzione.

Con provvedimento in data 9 febbraio 2011 (pubblicato su G.U. n. 38 del 16 febbraio 2011) la Banca d'Italia emana quindi, in conformità a quanto previsto dal citato DM del 3 febbraio, le disposizioni di attuazione del nuovo Capo II del Titolo VI del TUB. L'obiettivo essenziale, come esplicito in premessa al provvedimento, è sia quello di dare attuazione alle disposizioni di trasposizione della direttiva sul credito ai consumatori sia quello di emanare previsioni di coordinamento delle disposizioni di vigilanza specificatamente applicabili al credito ai consumatori con quelle previste in generale in tema di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari.

Le modifiche intervenute comportano l'integrale sostituzione della Sezione VII (credito ai consumatori) delle disposizioni del 29 luglio 2009 (già come visto modificate quanto alla Sezione VI in tema di servizi di pagamento), ulteriori interventi sulla Sezione II, par. 8 (TAEG) e sulla Sezione XI (presidi organizzativi) nonché la sostituzione e la modifica di alcuni degli allegati alle citate disposizioni del luglio 2009. Nell'occasione della modifica e dell'aggiornamento di importanti parti del provvedimento del luglio 2009 il provvedimento emanato nel luglio 2009 viene integralmente ripubblicato nella nuova veste, in sostituzione del precedente, "per comodità di consultazione".

Prima di passare all'analisi, seppur sintetica, delle nuove disposizioni di vigilanza va ricordata, quale logica premessa di ordine legislativo e come già indicato a proposito delle disposizioni di vigilanza in tema di trasparenza e correttezza dei servizi di pagamento, la previsione di cui l'art. 115, comma 3-bis, del TUB, ove si prevede che le disposizioni di cui al Capo I (che reca norme dettate in via generale per la trasparenza bancaria) non si applicano al Capo II (credito ai consumatori) oltretutto al Capo II-bis (servizi di pagamento) se non espressamente richiamate.

Premessa quindi la (relativa) autonomia delle regole in tema di trasparenza del credito ai consumatori rispetto al quadro più generale delle norme in materia si sottolinea come l'ampiezza delle previsioni di secondo livello emanate dalla Banca d'Italia richieda uno sforzo di sintesi: ci si focalizzerà pertanto sulle principali linee d'intervento senza procedere ad un'analisi di dettaglio che risulterebbe oltre modo tecnicistica.

Quanto all'applicazione della normativa appare degno di nota l'intervento volto a chiarire in quali situazioni una carta di credito possa essere considerata "charge" e quindi non interessata dalle disposizioni del Titolo VII (ma da quelle del Titolo VI) in quanto

essenzialmente strumento di pagamento, piuttosto che strumento che assolve finalità di finanziamento.

Per quanto riguarda le previsioni dedicate alle informazioni pre-contrattuali (che vedono come destinatari tanto le banche e gli intermediari finanziari quanto gli intermediari del credito) particolare interesse rivestono le disposizioni che specificano la tipologia di informazioni che il finanziatore deve rendere attraverso il documento “ Informazioni europee di base sul credito ai consumatori” (di cui all’ All. C delle disposizioni stesse) mediante l’indicazione delle condizioni offerte alla clientela in generale, se l’offerta non è personalizzata, o in alternativa quelle offerte al singolo consumatore, se personalizzata. Resta ferma, in base alle disposizioni, la possibilità per il finanziatore di aggiungere, in un documento separato, informazioni aggiuntive rispetto ad allo standard europeo.

Un set di disposizioni specifiche sono poi previste, sempre in tema di informativa pre-contrattuale, in caso di operazioni che pongano, per le loro caratteristiche intrinseche, esigenze di coordinamento fra quanto applicabile allo specifico del credito ai consumatori e regole di carattere generale. E’ il caso delle aperture di credito regolate in conto corrente (rimborsabili entro tre mesi dal prelievo o su richiesta del finanziatore), delle dilazioni di pagamento non gratuite e delle situazioni in cui, a fronte di un inadempimento del consumatore, siano state pattuite modalità agevolate di rimborso del credito non onorato.

Contenuti di rilievo presentano le disposizioni di vigilanza che si raccordano con le previsioni comunitarie, e quindi del TUB e del citato DM del 3 febbraio scorso, che interessano l’area del cosiddetto “prestito responsabile”. Ai sensi del TUB (art. 124) “ il finanziatore o l’intermediario del credito forniscono al consumatore 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 pre-contrattuali 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”.

Le disposizioni in materia della Banca d’Italia, sulla scorta anche delle indicazioni contenute nell’art. 5 del citato DM (“Informativa pre-contrattuale”), precisano che i chiarimenti che il finanziatore (o l’intermediario) sono tenuti a fornire devono rispondere a un criterio di adeguatezza al fine di porre il consumatore in condizioni di valutare se il contratto proposto sia coerente con le proprie esigenze finanziarie e con la propria situazione finanziaria. Le disposizioni precisano inoltre quali siano i presidi organizzativi di cui il finanziatore si deve dotare al fine di far sì che il consumatore, non solo in fase pre-contrattuale ma per tutta la vita del rapporto, possa effettivamente acquisire la

documentazione e i chiarimenti utili alle valutazioni del caso, anche attraverso un processo interattivo con gli addetti preposti.

Una particolare attenzione è prestata dalle disposizioni della Banca d'Italia all'ipotesi in cui il contratto di credito sia offerto contestualmente a servizi onerosi o ad altri contratti non collegati. Nel solco della richiesta di messa in opera di presidi ulteriori rispetto a quelli previsti più in generale il focus delle previsioni della Banca d'Italia si incentra sull'obbligo per il finanziatore di adottare procedure volte ad assicurare consapevolezza nel cliente dell'esistenza di prodotti o servizi offerti unitamente a quello di credito a fronte di una necessaria complessiva accettazione degli stessi.

Altro importante capitolo è quello aperto dall' art.124-bis del TUB, sulla scorta della corrispondente previsione comunitaria, con l'obbligo per il finanziatore di valutare, prima della conclusione del contratto, il merito di credito del consumatore, in base alle informazioni fornite dal consumatore stesso o attraverso la consultazione di banca dati. Già in sede di gestazione della normativa comunitaria si pose la questione se tale obbligo in capo al finanziatore si muovesse all'interno delle regole che conformano in via prudenziale l'operatività delle banche ovvero dovesse aversi riguardo a logiche ulteriori. Rivestono quindi particolare rilievo le disposizioni dell'Autorità di vigilanza che, sulla scia delle indicazioni del citato DM, puntualizzano le specifiche disposizioni di vigilanza di ordine prudenziale (in sostanza le istruzioni di vigilanza di cui alla circolare 229 del 1999 e successive modificazioni e integrazioni e alla circolare 263 del dicembre 2006, come da ultimo aggiornata nel gennaio di quest'anno) cui le banche devono attenersi ai fini del rispetto delle regole in tema di prestito responsabile.

L'articolo 125-bis del TUB reca disposizioni in merito alla forma dei contratti (scritta), ai requisiti di validità delle relative clausole e ai necessari contenuti delle stesse nonché in tema di comunicazioni periodiche alla clientela. Le disposizioni di Banca d'Italia, in base a quanto previsto all'art. 8 del DM, dettagliano le condizioni e le informazioni da inserire nei contratti. In questo contesto le regole di vigilanza, nel ribadire il necessario ricorso alla forma scritta confermano la validità dell'utilizzo del documento informatico, nei casi previsti dalla legge e nell'osservanza delle norme che sono state disposte in caso di impiego di mezzi informatici e telematici. Vengono inoltre elencate le informazioni che debbono essere necessariamente rese nel contratto, fermo restando che viene ritenuto esaustivo, per quanto attiene le informazioni da rendere in ordine alle condizioni economiche, il rinvio al documento informativo di base europeo, da allegare al documento contrattuale. Specifiche previsioni di ordine informativo sono previste in caso di cessione del contratto di credito.

Sempre in tema di comunicazione alla clientela disposizioni attuative sono contenute nel paragrafo 6 della nuova “Sezione VII”. Previsioni specifiche sono dettate in caso di esercizio da parte del finanziatore del cosiddetto *ius variandi*, attraverso l’obbligo di indicare al consumatore, in caso di modifica del tasso di interesse, le possibili conseguenze che ne derivino sull’importo e sulla periodicità delle rate. Per quanto riguarda le comunicazioni periodiche si segnala in particolare che, ferma restando la frequenza almeno annuale dell’informativa affinché il consumatore disponga di un quadro aggiornato nell’evoluzione del rapporto, sono ribadite anche in ordine ai contratti in parola le regole sulle spese inerenti le comunicazioni disposte in via generale dall’art.127-bis del TUB.

5. La disposizioni in tema di trasparenza di valenza generale.

L’art. 121, comma 1, lett. i) del TUB definisce come sconfinamenti l’utilizzo da parte del consumatore di fondi concessi dal finanziatore in eccesso rispetto al saldo del conto corrente sia in carenza totale di apertura di credito sia in caso di extra-fido. Merita segnalare in questa sede la valenza delle disposizioni attuative della Banca d’Italia sul credito ai consumatori in tema di comunicazioni alla clientela in caso di sconfinamento (ai sensi dell’art.125 – octies del TUB), tenuto presente che gli sconfinamenti connessi ad un conto corrente si collocano al di fuori del campo di applicazione delle previsioni del TUB in tema di credito ai consumatori. L’intervento della Banca d’Italia è volto a determinare quando lo sconfinamento è “consistente” e vanno quindi necessariamente effettuate le comunicazioni previste ai sensi di legge, stabilendosi in 300 euro l’importo a tal fine rilevante, e quando tali comunicazioni vadano effettuate (il TUB richiede che esse vadano effettuate “senza indugio”) stabilendo in tre giorni lavorativi a partire da quando lo sconfinamento è diventato consistente il termine in parola.

Disposizioni in merito al calcolo del TAEG, sia per gli affidamenti in conto corrente sia per altri contratti di credito, sono contenute nel provvedimento attraverso, in particolare, la determinazione della specifica formula di calcolo, oggetto dello specifico allegato al provvedimento stesso.

Rivestono valenza di carattere generale le disposizioni della Banca d’Italia, introdotte nel febbraio scorso, di cui alla Sezione XI del Provvedimento in tema di trasparenza, in quanto applicabili non solo alle operazioni di credito al consumo ma più in generale all’attività avente ad oggetto le operazioni ed i servizi disciplinati dal Titolo VI del TUB (“Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti”). Esse si pongono in attuazione di quanto previsto dal citato DM del 3 febbraio 2011, che in forza di quanto disposto dall’art. 127, comma 1, del TUB richiede agli intermediari di adottare procedure

organizzative e di controllo interno al fine di assicurare correttezza dei propri comportamenti in tutta la fase della relazione con la clientela. Si tratta in sostanza di adottare le misure organizzative che da un canto assicurino un puntuale rispetto delle regole di trasparenza e dall'altro costituiscano "... un efficace presidio dei rischi sia di carattere legale sia di carattere reputazionale". Con specifico riferimento alla clientela al dettaglio le procedure interne sono volte a far sì che i prodotti siano comprensibili per quanto attiene la relativa struttura e i relativi rischi e, mediante l'adozione di presidi procedurali ad hoc, le implicazioni connesse a prodotti complessi. Va presidiata da idonee procedure la fase di commercializzazione del prodotto, ai fini della relativa trasparenza e correttezza, in particolar modo quando intervengano soggetti terzi, la puntuale conformità a iniziative di autoregolamentazione, la quantificazione dei costi e, se possibile per legge, l'imputazione di spese superiori ai costi nonché la tempestiva restituzione di somme erroneamente addebitate alla clientela.

Una particolare attenzione, in termini di adeguati presidi organizzativi, è dedicata dalle disposizioni di vigilanza alle politiche commerciali che abbinino all'offerta di un contratto di finanziamento diverse tipologie di contratti (ad esempio un contratto di conto corrente abbinato a un contratto assicurativo).

Accanto all'esigenza di assicurare che il cliente sia in grado di comprendere la struttura e i rischi che derivano dalla combinazione dell'offerta di più contratti nonché, attraverso l'inclusione nel TAEG, sia consapevole dei costi dei servizi accessori connessi al contratto di credito, le procedure di commercializzazione devono assicurare, secondo le disposizioni di vigilanza dettate in materia, sia che il cliente sia pienamente consapevole che l'offerta implica la sottoscrizione (su documenti distinti) di una pluralità di contratti, sia se l'offerta è condizionata dalla conclusione di tutti i contratti che ne sono oggetto. Occorre inoltre assicurare che il cliente sia consapevole degli effetti complessivamente scaturenti dall'offerta congiunta e laddove vi sia un rapporto, anziché di necessità, di facoltatività rispetto ai servizi e accessori offerti, di quale sarebbe il costo nel caso o meno di sottoscrizione congiunta degli stessi rispetto al contratto di finanziamento.

Già nell'aprile 2010 (roneata N. 0313116/10 del 20/4/2010) la Banca d'Italia era specificatamente intervenuta in materia di credito *revolving* concesso con carte di credito con indicazioni volte ad assicurare, da parte degli intermediari, comportamenti improntati alla massima trasparenza e correttezza nei confronti della clientela nonché l'adozione di presidi organizzativi finalizzati alla comprensione da parte della clientela delle caratteristiche e dei rischi dei prodotti offerti e ad evitare l'indirizzamento del cliente verso prodotti inadatti alle relative esigenze. Indicazioni specifiche sono dettate nella roneata per l'ipotesi del

collocamento di polizze assicurative offerte nell'ambito di contratti di finanziamento in linea con le disposizioni che sarebbero poi state, come sopra visto, oggetto di inclusione nella Sezione XI delle regole di trasparenza accentuando la valenza dei processi organizzativi e di tutela del cliente in termini di comprensibilità dell'offerta (caratteristiche e rischi) e di non inadeguatezza rispetto alle esigenze del cliente stesso.

Un'attenzione specifica, testimoniata dalla roneata del 7 aprile 2011, è stata altresì dedicata dalla Banca d'Italia a un altro comparto di operatività che presenta aspetti di problematicità. Si tratta delle operazioni di cessione del quinto dello stipendio o della pensione per cui, come peraltro testimoniato dalla ricognizione effettuata dall'Autorità di vigilanza presso gli intermediari di cui è dato conto in allegato alla roneata stessa, particolare cura va prestata non solo ai profili di trasparenza ma anche ad alcuni aspetti della gestione operativa di finanziamenti in parola.

A pochi mesi dal varo operativo della normativa sul credito al consumatore è prematuro dare un giudizio sull'incidenza sul campo della nuove previsioni in termini di effettivo consolidamento della tutela del consumatore.

Va tenuto presente peraltro come, sotto il profilo normativo, la complessiva azione legislativa effettuata abbia comportato su questo fronte specifico come su quello più generale del presidio della trasparenza bancaria un sostanziale consolidamento dei poteri affidati alla Banca d'Italia in sede di vigilanza. Vale ricordare che la legge comunitaria 2008 (legge 28 dicembre 2005, n. 262) nel prevedere (art. 33) la delega al Governo per l'attuazione della Direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori abbia in sostanza espresso un obiettivo non solo di coordinamento con il TUB (d. lgs 385/93) ma di vera e propria riconduzione nello stesso Testo unico di varie previsioni interessanti la materia bancaria.

Ciò vale quindi non solo per le norme emanate in attuazione della citata direttiva comunitaria ma anche per una serie di previsioni emanate a partire dal 2006, per lo più in via d'urgenza per il tramite di appositi decreti legge, e che sono state collocate all'esterno del TUB. Basti pensare al DL 4 luglio 2006, n. 223, poi convertito con legge 4 agosto 2006 n. 248 (che ha introdotto previsioni di modifica della disciplina dello ius variandi ed eliminato le spese di chiusura dei contratti bancari di durata), al DL 31 gennaio 2007 n.7, convertito con legge 2 aprile 2007 n. 40, che ha introdotto norme in tema di estinzione anticipata dei mutui immobiliari con divieto di clausole penali nonché previsioni volte a consentire la portabilità dei mutui, e infine del DL 29 novembre 2008 n. 185, convertito con legge 28 gennaio 2009 n. 2, recante previsioni in ordine ai mutui prima casa ed alla commissione di massimo scoperto e alla cosiddetta commissione di affidamento

L'aver ricondotto nell'ambito del TUB non solo l'intero complesso delle previsioni relative al credito ai consumatori (abrogando le disposizioni di cui agli artt. 40, 41 e 42 del codice del consumo) ma anche le previsioni in materia di operazioni bancarie contenuti nei citati decreti legge, se corrisponde senz'altro ad un'esigenza di razionalizzazione di ordine sistematico costituisce altresì il fondamento legale per un'azione integrata della Banca d'Italia in sede di vigilanza in tema, oltretutto di trasparenza, anche di correttezza nei rapporti fra intermediari e clientela. Ciò alla luce di quanto di quanto previsto dall'art. 127, comma 1, TUB (così modificato dal d.lgs. n. 141/2010) per cui "le Autorità creditizie esercitano i poteri previsti dal presente titolo avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'art. 5, alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela. A questi fini possono essere dettate anche disposizioni in materia di organizzazione e controlli interni".

A fronte dell'indubbio consolidamento delle funzioni e degli strumenti in dotazione alla Banca d'Italia ai fini del presidio della trasparenza e della correttezza nei rapporti con Rimane peraltro in qualche misura irrisolta, per quanto attiene più nello specifico il presidio della correttezza ai sensi delle previsioni del TUB e il ruolo giocato dalle previsioni del codice del consumo in tema di pratiche commerciali scorrette in campo bancario, la questione del rapporto funzioni affidate alla Banca d'Italia e funzioni affidate all'Autorità Garante della Concorrenza. Come noto la materia è stata esaminata dal Consiglio di Stato, con parere reso dalla Sezione I il 3 dicembre 2008, in riferimento alla correttezza nella prestazione dei servizi di investimento; in tale parere è stata affermata la competenza della Consob, e non quella dell'AGCM, a intervenire riguardo alle scorrettezze delle condotte degli operatori del settore finanziario e a irrogare le inerenti sanzioni. Seguendo il filo di pensiero del Consiglio di Stato, al fine di affermare una pari competenza esclusiva della Banca d'Italia in campo di servizi bancari occorrerebbe valutare come un sistema chiuso l'ordinamento dei servizi bancari e dei relativi poteri di *enforcement* e sanzionatori analogamente a quanto rilevato dalla stesso Consiglio in sede di parere con riferimento in merito alla disciplina dei servizi di investimento.

Va segnalato peraltro che l'art. 28, comma 3, del D. Lgs. 141/2010 dispone che il decreto stesso "... non pregiudica l'applicazione della direttiva 2005/29/CE, così come attuata dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146 (*si tratta del provvedimento di trasposizione nel nostro ordinamento della direttiva in materia di pratiche commerciali scorrette*) e le relative competenze dell'AGCM".

Il 22 febbraio 2011 la Banca d'Italia e l'Autorità Garante della Concorrenza hanno stipulato un protocollo d'intesa avuto riguardo alle competenze spettanti a Banca d'Italia in

materia di trasparenza e correttezza nelle relazioni fra intermediari e clientela e quelle spettanti all'AGCM in tema di tutela del consumatore dalle pratiche commerciali scorrette. Tale protocollo persegue l'obiettivo di assicurare un'efficace tutela dei consumatori attraverso meccanismi di reciproca informazione fra le due Istituzioni sui procedimenti da ciascuna avviati ed incontri periodici anche tramite appositi gruppi di lavoro. Ciò dovrebbe consentire, nello spirito del protocollo, di promuovere l'efficienza dell'azione amministrativa e di contenere gli oneri che rischiano di gravare sugli intermediari a causa della potenziale duplicazione dell'attività di vigilanza.

6. *L'educazione finanziaria.*

Va sottolineato l'impegno dell'Autorità di vigilanza sul fronte della formazione economica e finanziaria del cittadino attraverso la diffusione di elementi informativi sia via internet sia, con specifico riferimento alla operatività bancaria, tramite apposite guide pratiche. Per quanto riguarda queste ultime vanno citate in particolare la guida pratica al conto corrente e quella al mutuo. Si tratta di documenti che con linguaggio semplice e accessibile illustrano le principali caratteristiche, le finalità e i rischi associati ai prodotti bancari sopra menzionati, nel quadro di una azione complessiva sul fronte dell'educazione finanziaria.

Ancorché il varo delle guide sia stato completato nell'ultimo scorcio del 2009 (novembre di quell'anno) e quindi prima del periodo considerato da questo documento sembra importante ricordarne il rilievo nell'ambito di una più complessiva analisi degli interventi della Banca d'Italia in ordine alla regolamentazione della trasparenza dei servizi e prodotti bancari, nell'ottica del presidio dell'informazione da rendere alla clientela nonché della conoscenza dei servizi e prodotti bancari.

7. *Il contrasto all'usura.*

In materia di contrasto all'usura vanno segnalate, anche in quanto emblematiche di una modalità innovativa di interlocuzione dell'Autorità di vigilanza con gli intermediari, le risposte ai quesiti in materia di rilevazione dei tassi effettivi globali, aggiornate da ultimo nel 2010, con riferimento alle "Istruzioni per la rilevazione dei tassi globali effettivi medi ai sensi della legge sull'usura – aggiornamento 2009".

Senza voler entrare qui nel merito della valenza tecnica dei chiarimenti forniti da Banca d'Italia, sembra rilevante far cenno alla modalità dialettica, in termini di "Frequently Asked Questions - FAQ", con cui vengono chiariti vari contenuti delle istruzioni al fine di consentire una corretta gestione dei dati che gli intermediari sono tenuti a fornire all'Autorità

di vigilanza per la rilevazione dei TEGM. Si tratta quindi di un'azione di chiarimento interpretativo senz'altro incisiva ancorché gestita in termini, seppur strutturati, relativamente informali.

8. Arbitro Bancario e Finanziario.

Per quanto attiene l'Arbitro Bancario e Finanziario l'organismo per la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di servizi bancari e finanziari, ivi inclusi i servizi di pagamento, l'attività di regolamentazione di competenza della Banca d'Italia ha avuto luogo eminentemente nell'anno 2009 e quindi in epoca anteriore al periodo di interesse del presente documento. Vanno infatti ricordate a riguardo, per la loro centralità rispetto alla struttura organizzativa, al funzionamento e al procedimento decisionale dell'Arbitro le disposizioni della Banca d'Italia del 18 giugno 2009 (pubblicate nella G.U. n. 144 del 24 giugno dello stesso anno).

Merita citare per completezza, con riferimento all'attività svolta dall'Autorità di vigilanza nell'anno 2010, alcune integrazioni delle citate disposizioni (in data 15 febbraio 2010) a fronte della nuova normativa in tema di servizi di pagamento attraverso l'estensione dell'obbligo di adesione all'Arbitro Bancario e Finanziario alla nuova categoria di soggetti abilitati a prestare servizi di pagamento, con riferimento – ovviamente – alle controversie rientranti nella competenza dell'organismo.

Inoltre si ritiene significativa, anche se non si sostanzia in un'attività di ordine regolamentare, la relazione predisposta all'inizio del 2011 dalla Banca d'Italia con cui è stato dato conto dei principi e delle raccomandazioni contenuti nelle decisioni dell'ABF a tutto il novembre 2010, e quindi in relazione al primo anno di attività dell'organismo, fornendo così un quadro strutturato degli orientamenti propri dell'Arbitro in relazione alle principali operazioni bancarie (conti correnti, mutui, apertura di credito, finanziamenti contro cessione del quinto, sistemi di informazione creditizia, servizi di pagamento).

La relazione traccia un bilancio complessivo dell'attività dell'ABF nel periodo considerato valutandolo positivamente: un indice significativo a riguardo è rappresentato dall'incremento dei ricorsi che viene letto come risposta ad un effettivo bisogno della clientela e come indice dell'apprezzamento da parte della clientela stessa del nuovo organismo. Se ne indicano di seguito alcuni punti che si ritengono particolarmente significativi.

Nel 61% dei casi i ricorsi hanno avuto esito favorevole per la clientela. Poco più della metà di tale percentuale è rappresentata da decisioni che hanno riguardato il merito del ricorso; per la restante parte (27%) si è trattato di situazioni in cui è cessata la materia del

contendere. Il fatto che non si sia giunti ad una decisione di merito ma comunque a soluzioni nel senso auspicato dalla clientela è letto nella Relazione come espressione di comportamenti cooperativi degli intermediari, in situazione controverse, che l'organismo ha avuto il merito di stimolare.

Nell'ambito della percentuale (39% del totale) delle procedure concluse con esito sfavorevole alla clientela più di un quarto è costituito da decisioni di merito, il resto è dovuto alla non procedibilità del ricorso.

Quanto agli orientamenti desumibili dalle pronunce dei Collegi circa un quarto delle decisioni ha riguardato i rapporti di conto corrente, in funzione della centralità dello strumento nei rapporti della banca con la clientela. Su questo versante le questioni affrontate dai Collegi si sono soffermate, eminentemente, sul rispetto degli obblighi di trasparenza e correttezza che connotano l'instaurazione e lo svolgimento delle diverse fasi della relazione con la banca

Tra i principi affermati dai Collegi si segnala, per quanto attiene la materia della trasparenza, la sottolineatura del ruolo della forma scritta come strumento di tutela del contraente più debole; da ciò viene fatta derivare l'inopponibilità al cliente delle condizioni generali a suo tempo pattuite, laddove non si disponga più del documento contrattuale.

Sul fronte della correttezza è considerato censurabile il comportamento della banca che subordina l'avvio dell'istruttoria di un finanziamento all'accensione di un rapporto di conto corrente.

Merita anche segnalare l'orientamento dell'ABF, del resto in linea con quello della giurisprudenza, che riafferma la valenza puramente contabile, e non sostanziale, della mancata contestazione delle partite annotate in conto, nei tempi previsti.

Per quanto attiene ai ricorsi in tema di mutui (il 16%) ABF ha sottolineato il valore del "ragionevole affidamento" del cliente, ai fini della correttezza della condotta, allorché la banca abbia comunicato la delibera positiva degli organi aziendali ovvero abbia indotto il cliente a ritenere che il credito sarebbe stato erogato, influenzandone i comportamenti. In caso di mancata stipula del contratto, ascrivibile alla banca, si determinano i presupposti per la richiesta di risarcimento dei danni, in funzione del recesso dell'intermediario privo di giustificazione e non in buona fede dalle trattative. Sempre contrario a buona fede viene considerato il mancato tempestivo riscontro delle richieste di finanziamento qualunque ne sia l'esito ovvero la mancata sollecita erogazione del mutuo una volta stipulato.

Varie pronunce dell'ABF hanno riguardato situazioni in cui venivano in gioco le previsioni sull'estinzione anticipata e sulla portabilità dei finanziamenti e sugli eventuali oneri a carico della clientela. Secondo l'ABF la gratuità dell'estinzione anticipata si applica

anche nel caso di mutuo finalizzato all'estinzione di un mutuo contratto per le finalità di cui all'art. 120-ter del TUB così come è affermata la gratuità della portabilità dei finanziamenti fin dalla data di entrata in vigore del d.l. n. 7/2007 (1° febbraio 2007), a prescindere quindi da quanto esplicitato in tal senso in successive disposizioni legislative. Quanto alla tempistica prevista per legge (termine di trenta giorni) per concludere l'iter di portabilità del mutuo questa è stata ritenuta decorrere sin dal momento in cui la banca "nuova" (la banca cessionaria) richiede la collaborazione della banca originaria (la banca cedente). Secondo gli orientamenti assunti in materia in caso di mancato rispetto dei termini, gli indennizzi al (potenziale) cliente da parte della nuova banca sono comunque dovuti, fermo restando che la banca nuova si può rivalere nei confronti di quella originaria laddove a quest'ultima sia imputabile il ritardo. Nella Relazione la Banca d'Italia rileva come l'ABF abbia ribadito che i comportamenti degli intermediari omissivi o dilatori o che ostacolano il cliente nell'esercizio del diritto alla portabilità sono fonte di responsabilità, con l'obbligo di risarcire i danni procurati.

Per quanto riguarda la materia della commissione di massimo scoperto, alcune pronunce riguardano le nuove clausole contrattuali introdotte dalle banche in sostituzione della CMS. Viene precisato che le disposizioni dell'art. 2-bis del DL 185/2008, convertito con legge n. 2/2009, si applicano a tutte le clausole che prevedono una "commissione" di remunerazione commisurata all'utilizzo di un credito concesso dalla banca. E' stato altresì affermato che in caso di scoperto (in mancanza totale di fido o in extra fido) il corrispettivo corrisposto dal cliente è a fronte di un servizio che la banca presta in mancanza di un vincolo a riguardo, fermo restando che la commissione costituisce il corrispettivo di un servizio prestato dalla banca.

Di rilievo sono alcuni orientamenti in tema di *ius variandi*. Trattandosi di facoltà che incide sul principio generale di disponibilità delle pattuizioni solo in presenza di un accordo fra le parti viene rilevata l'esigenza di una lettura rigorosa della facoltà in parola. Quanto alla natura della comunicazione inviata al cliente ai fini della modifica dei termini del contratto, ne viene affermata la valenza ricettizia facendone conseguire l'inefficacia laddove l'intermediario, a fronte di contestazione del cliente sull'avvenuta ricezione della comunicazione, non sia in grado di fornire la relativa prova. Sempre in tema di *ius variandi* da segnalare anche gli orientamenti espressi in tema di giustificato motivo attraverso l'affermazione della necessità di una circostanziata rappresentazione al cliente delle ragioni dell'iniziativa di modifica, non essendo all'uopo sufficienti riferimenti generici alle condizioni dei mercati o alla situazione finanziaria.

Alcuni cenni vanno fatti anche sugli orientamenti espressi in tema di strumenti di pagamento.

Da citare preliminarmente l'indicazione espressa in materia di carte revolving nel senso di raccomandare all'intermediari di assistere il cliente con strumenti informativi che consentano di apprezzare le caratteristiche del finanziamento connesso a questo specifico tipo di carta.

Come evidenzia la relazione della Banca d'Italia "molti dei ricorsi decisi dai Collegi ABF nel 2010 hanno riguardato l'interpretazione e l'applicazione delle regole in materia di ripartizione delle responsabilità nelle fattispecie di furto, smarrimento o frodi nell'utilizzo di carte e dispositivi di home banking". Da segnalare in particolare gli orientamenti espressi in tema di prova del dolo o della colpa grave del cliente, laddove si afferma che spetta al prestatore del servizio l'onere di provare il dolo o la colpa grave dell'utilizzatore dello strumento oggetto di frode o furto (si pensi al caso di comunicazione a terzi del PIN ovvero di mancata custodia della carta). In situazioni in cui il prelievo tramite carta ha avuto luogo entro un breve lasso di tempo dalla sottrazione i collegi hanno a volte ritenuto potersi presumere la colpa grave del cliente (per difetto di custodia della carta) altre volte non sono giunte alla stessa conclusione sostenendo che il PIN può essere comunque generato utilizzando tecniche sofisticate.

Pur richiamando l'autonomia dell'ABF e "... la netta distinzione dell'attività dal medesimo svolta rispetto a quella di vigilanza" la Banca d'Italia sottolinea nel trasmettere la suddetta comunicazione come "... gli esiti dei ricorsi all'ABF, complessivamente considerati, integrino il quadro informativo di cui la Banca d'Italia dispone nello svolgimento delle proprie funzioni regolatrici e di controllo in materia di trasparenza e di correttezza con la clientela".

Va infine segnalato che le citate disposizioni del 18 giugno 2009 sono state recentemente oggetto di proposte di modifiche messe in pubblica consultazione dalla Banca d'Italia il 18 luglio scorso. Con le suddette proposte si intende apportare alle disposizioni gli adeguamenti necessari per tener conto delle innovazioni introdotte dalla c.d. "legge sulla mediazione" (d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, recante "Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali") nonché introdurre alcune innovazioni per recepire esigenze emerse nella prima fase applicativa dell'ABF, che riguardano principalmente il funzionamento dei collegi, le procedure di ricorso e la fase successiva alla decisione.

Fra le varie modifiche proposte mi limito a segnalare, per una più stretta attinenza con i temi trattati, che "... con riferimento all'ambito di applicazione oggettivo, viene chiarito che il ricorso all'Arbitro può essere proposto anche per questioni sorte nella fase delle trattative precontrattuali, relative, ad esempio, al rispetto delle norme in materia di trasparenza, in linea con quanto già reso pubblico sul sito web dell'ABF ("Chiarimenti su questioni applicative della disciplina" del gennaio 2010). La definizione di "cliente" viene quindi modificata per ricomprendere, oltre ai soggetti che hanno o hanno avuto un rapporto contrattuale con un intermediario, anche coloro che sono entrati in relazione con un intermediario per la prestazione di servizi bancari e finanziari (sez. I, par. 3, terzo trattino)."

L'attenzione continua dedicata dalla Banca d'Italia ai temi su cui ci si è intrattenuti è in conclusione il segnale e l'evidenza dell'assoluta centralità che i presidi di trasparenza e di correttezza nelle relazioni tra intermediari e clientela, nell'ottica di un effettivo ed efficace consolidamento delle stesse, rivestono ed hanno continuato a rivestire nel periodo considerato nell'azione complessiva di vigilanza, attraverso le molteplici e diversificate modalità di regolamentazione, di informazione e di sensibilizzazione incisivamente svolte.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. (2011), *La Direttiva Psd: le nuove regole per le banche italiane*, Bancaria Editrice, Roma

ABI (2010 -2011) *Circolari varie*

ALPA G. (2006), *Introduzione al diritto dei consumatori*, Laterza, Roma-Bari

BOCCUZZI G. (a cura di) (2010), *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale di Banca d'Italia

BONAIUTI G. e VALCAMONICI R. (2010), *I fattori evolutivi e gli impatti della direttiva sui servizi di pagamento*, Bancaria Editrice, Roma

CARATELLI M. (2006), *La trasparenza tra banche e clienti*, Franco Angeli, Milano

CATERINI E. (2010), *Credito al consumo, tutela e incoraggiamento del risparmio, sovraindebitamento*". In *Credito al consumo*, Villanacci G. (a cura di), Napoli: E.S.I. - Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, Persona Mercato Istituzioni Vol. 1

DE CAROLIS B. (2011), *L'arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale di Banca d'Italia

FILOTTO U. e COSMA S. (a cura di) (2011), *Manuale del credito al consumo*, Egea, Milano

RISPOLI FARINA M., SANTORO V., SCIARRONE ALIBRANDI A. e TROIANO O. (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009

8. La Consob e la tutela dell'investitore in due recenti provvedimenti nel sistema dei mercati finanziari (Alfonso Ingenito e Salvatore Arena).

A seguito delle recenti vicende che hanno scosso i mercati finanziari, la fiducia degli investitori, ne è risultata fortemente minata; ciò è stato conseguenza, per un verso, di comportamenti di moral hazard degli operatori – in taluni casi di vere e proprie condotte illecite poste in essere dagli stessi -, per altro verso, di un sistema di regole che non tenevano nella dovuta considerazione la posizione dei “piccoli investitori”.

Al riguardo, sia il Legislatore (nazionale ed europeo) sia la Consob hanno ritenuto di intervenire con provvedimenti che, nell'apprestare una maggiore tutela a favore degli investitori, perseguono altresì lo scopo di ripristinare la loro fiducia nel mercato finanziario. Segnatamente, saranno oggetto della presente disamina, in considerazione del particolare rilievo della posizione del piccolo investitore, il recepimento della c.d. “Shareholders’ Right Directive” e l’istituzione della “Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso la Consob”.

Entrambi i citati provvedimenti, sia pur con modalità e intensità differenti, mirano a rafforzare la fiducia nel mercato finanziario degli investitori non professionali; incentivando, l’uno, un’informazione e una partecipazione maggiori alla vita delle società quotate, l’altro il ricorso a procedimenti di risoluzione alternativa delle controversie nascenti tra investitori ed intermediari.

SOMMARIO: Premessa. – PARTE I: Le novità conseguenti al recepimento della *Shareholders’ right directive*. – 1. Introduzione. Il quadro normativo. – 2. Il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27: aspetti generali e campo d’applicazione. – 3. Il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27 e la tutela del piccolo investitore. – 3.a) segue. L’informativa pre e post-assembleare: l’avviso di convocazione e il diritto di porre domande. – 3.b) segue. Le facilitazioni all’esercizio del diritto di voto: Il voto a distanza e per procura; il rappresentante designato dalla società. – 4. La rilevanza dell’impiego delle nuove tecnologie informatiche. – PARTE II: La Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob. – 1. Introduzione. Le fonti normative. – 2. Le istituzioni e gli organi; i conciliatori e gli arbitri. – 2 a) La Consob. – 2. b) La Camera di conciliazione e arbitrato. – 2. c) I conciliatori e gli arbitri. – 3. L’ambito di applicazione dei procedimenti. a) L’ambito di applicazione soggettivo. – 3. b) L’ambito di applicazione oggettivo. – 3. c) I rapporti con la disciplina del d.lgs. 28/2010. – 4. I procedimenti. a) La conciliazione stragiudiziale. – 4. b) L’arbitrato amministrato. L’arbitrato ordinario (cenni). – 4. c) L’arbitrato semplificato.

Premessa.

Durante il decennio appena trascorso i mercati finanziari a livello planetario hanno, per un verso, conosciuto un crescente processo di integrazione transnazionale e, per altro verso, hanno scontato, in conseguenza degli scandali e delle crisi che si sono recentemente succeduti, gli effetti pregiudizievoli di una generale diminuzione di fiducia degli operatori, primi tra tutti, gli investitori non professionali.

Nell’ambito dell’Unione Europea, la decettività latente nelle dinamiche della globalizzazione ai danni dei medesimi mercati ha così indotto le competenti istituzioni a sollecitare, mediante gli opportuni strumenti normativi, l’adeguamento delle discipline dei

singoli Stati membri in una prospettiva di armonizzazione funzionale alla massimizzazione dell'efficacia dei rimedi adottati.

Ne consegue che i più recenti interventi legislativi emanati dal Legislatore italiano con riferimento ai mercati finanziari o costituiscono il recepimento immediato di direttive comunitarie, senza comunque rinunciare alle peculiarità dei particolarismi nazionali, come nel caso del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27, o sono comunque riconducibili ad istanze e orientamenti sia precipuamente comunitari, che condivisi a livello transnazionale dai Paesi membri UE, come, nell'ottica dello sviluppo di sistemi di *alternative dispute resolution*, l'istituzione della Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob.

Entrambi i citati provvedimenti, sia pure con modalità e intensità differenti, mirano a rafforzare la fiducia nel mercato finanziario degli investitori non professionali (*“ricondotti, forse con qualche forzatura, ora alla più limitata categoria dei risparmiatori, ora a quella più vasta dei consumatori”*); così R. RORDORF, *“Sanzioni”*, p. 982), incentivando, l'uno, un'informazione e una partecipazione maggiore alla vita delle società quotate; e l'altro, il ricorso a procedimenti di risoluzione alternativa delle controversie nascenti tra investitori e intermediari.

PARTE I. Le novità conseguenti al recepimento della Shareholders' right directive.

1. Introduzione. Il quadro normativo.

Il Legislatore comunitario, con l'emanazione della direttiva 2007/36/CE – in GU L 184 del 14.7.2007 – (di seguito *“Shareholders' right directive”* o, *breviter*, *“DSHR”*) la quale, in base al disposto del suo art. 1, *“stabilisce i requisiti relativi all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti conferiti da azioni con diritto di voto in relazione alle assemblee di società che hanno la loro sede legale in uno Stato membro e le cui azioni sono ammesse alla negoziazione su un mercato regolamentato situato o operante all'interno di uno Stato membro”*), ha inteso perseguire innanzitutto l'obiettivo di incoraggiare la partecipazione degli azionisti di minoranza alle dinamiche decisionali delle società, agevolando, conseguentemente, lo sviluppo di *governance* più efficienti, le cui ricadute positive sono suscettibili di espandersi, anche in termini di rinnovata fiducia, all'intero settore dei mercati finanziari, favorendone altresì una integrazione a livello sia transfrontaliero, che comunitario.

Il Legislatore italiano, al termine di un lungo *iter*, con d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27 – in G.U., n. 53 del 5.3.2010 – (di seguito *“Decreto”*), emanato in attuazione della legge delega di cui all'art. 31, l. 7 luglio 2009, n. 88, ha recepito la DSHR, che, essendo di armonizzazione minima, legittima gli Stati membri alla adozione di ulteriori misure rispetto a quelle base da essa stessa previste. Tale intervento, come è stato osservato, si inserisce in un percorso di

ricerca e di innovazione normativa che, in tutta l'Unione europea, intende rafforzare le prerogative degli azionisti per incentivare gli investitori a sostenere i grandi complessi produttivi europei e a monitorare gli azionisti di comando, contribuendo ad una *governance* più efficiente (cfr. G. GUERRIERI, "La nuova disciplina", p. 532).

Il quadro normativo di riferimento va completato con un rapido cenno alle fonti regolamentari di attuazione. In particolare, la Consob, con delibera n. 17592 del 14 dicembre 2010 (in GU, n. 4 del 7 gennaio 2011) e con delibera n. 17730 del 31 marzo 2011 (in S.O. n. 95 alla G.U. n. 81 dell'8 aprile 2011), ha, rispettivamente, adeguato alle norme di attuazione della DSHR la disciplina del regolamento Consob n. 11971/1999 (c.d. Regolamento Emittenti), e ha apportato modifiche alla normativa in materia di costi della sollecitazione delle deleghe di voto. Infine, Consob e Banca d'Italia, con atto del 24 dicembre 2010 (in GU, n. 4 del 7 gennaio 2011), hanno novellato il Provvedimento congiunto del 22 febbraio 2008 in tema di *post-trading*.

2. Il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27: aspetti generali e campo d'applicazione.

In generale, la novella introdotta con il d.lgs. 27/2010 ha inciso sulle norme contenute sia nel codice civile, sia in leggi speciali, prima tra tutte il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (di seguito "Testo Unico Finanziario" o, *breviter*, t.u.f.), ben oltre i confini contenutistici delle disposizioni comunitarie alle quali ha dato attuazione.

In sintesi può infatti asserirsi che, sebbene le modifiche di maggior spessore e rilievo attengano, *lato sensu*, al funzionamento delle assemblee delle società italiane con azioni quotate in mercati regolamentati italiani o di altri Paesi dell'Unione europea, il Legislatore, in primo luogo, ha utilizzato il medesimo provvedimento anche per apportare opportune rettifiche alla disciplina sia delle società con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante, sia, marginalmente, delle società chiuse; ha inoltre, provveduto ad un atteso coordinamento delle norme del t.u.f. con la l. n. 474/94, di conversione del d.l. n. 332/94, in tema di società privatizzate; ha, ancora, unificato, nell'ambito del solo t.u.f., l'intera disciplina relativa alla gestione accentrata degli strumenti finanziari.

V'è inoltre da aggiungere che sebbene la legge delega abbia escluso dal campo di applicazione *de quo* le società cooperative e gli organismi di investimento collettivo, armonizzati e non armonizzati, il medesimo d.lgs. 27/2010 ha regolamentato le società cooperative quotate mediante l'aggiunta di una apposita sezione al t.u.f. (Parte IV, Titolo III, Capo II, sez. II-*bis*).

Per ciò che, segnatamente, attiene alla disciplina delle società quotate, l'unica di cui ci si occuperà in considerazione della sua maggiore rilevanza nei confronti dei piccoli

investitori, i profili di novità introdotti a seguito del recepimento della DSHR toccano aspetti essenziali relativi al funzionamento dei meccanismi assembleari. Viene in rilievo, innanzitutto, il profilo dell'informativa pre e post assembleare, sia mediante l'ampliamento del contenuto minimo dell'avviso di convocazione (cfr. art. 125-*bis*, t.u.f.), sia mediante la previsione dell'obbligo di pubblicazione sul sito internet degli emittenti della documentazione precedente e successiva alle adunanze (cfr. art. 125-*quater* t.u.f.). Inoltre, sulla scorta dell'incremento delle opportunità di condivisione delle informazioni pre-assembleari, si tende a favorire una (sia pur tendenziale) anticipazione del dibattito a tale medesima fase mediante l'attribuzione agli azionisti di nuovi diritti, come quello di porre domande prima dell'adunanza, ovvero mediante la modifica di diritti già attribuiti, quale quello di integrazione dell'ordine del giorno (cfr. art. 126-*bis* t.u.f.).

In particolare, nell'ottica più generale di attribuire maggiori opportunità di *voice* alle minoranze, la DSHR ha previsto il diritto dei soci di iscriverne punti all'ordine del giorno, a condizione che ciascuno di questi punti sia corredato da una motivazione o da una proposta di delibera, e il diritto di presentare proposte di delibera sui punti che figurano all'ordine del giorno dell'assemblea (art. 6, par. 1).

Tale previsione, per vero, non rappresenta un elemento di novità per l'ordinamento italiano. Infatti, con la legge risparmio (legge 28 dicembre 2005, n. 262) era stato introdotto nel t.u.f. l'art. 126-*bis*, che prevedeva appunto il diritto di integrazione dell'ordine del giorno. Pertanto, in sede di recepimento della DSHR, il Legislatore si è limitato a confermare tale diritto, apportando all'art. 126-*bis* alcune modifiche relative al termine per la richiesta di integrazione e alla previsione di una relazione da parte dei soci sulle integrazioni proposte. Pertanto, alla luce delle citate modifiche, gli azionisti che, anche congiuntamente, rappresentino il quarantesimo del capitale sociale possono chiedere per iscritto, nel termine di 10 giorni dall'avviso di convocazione, l'integrazione dell'ordine del giorno, corredando tale richiesta con una "*relazione sulle materie di cui essi propongono la trattazione*" (art. 126-*bis*, comma 4, t.u.f.). L'integrazione dell'ordine del giorno non è ammessa per "*gli argomenti sui quali l'assemblea delibera, a norma di legge, su proposta degli amministratori o sulla base di un progetto o una relazione da essi predisposta, diversa da quelle di cui all'art. 125-ter, comma 1*" (art. 126-*bis*, t.u.f.).

Giova precisare che il diritto di integrare l'ordine del giorno comprende anche la facoltà di presentare proposte di delibera sui punti già all'ordine del giorno.

Sempre nell'ottica di rafforzare i poteri di *voice* dei soci di minoranza, si è previsto, con la novella dell'art. 2367 c.c., il dimezzamento – da un decimo ad un ventesimo – del quorum richiesto ai fini della convocazione dell'organo assembleare.

Una rilevante innovazione è l'introduzione della facoltà per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (società quotate e società con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante), diverse dalle cooperative, di escludere il ricorso a convocazioni successive alla prima. In particolare, il Legislatore, al fine di consentire una riduzione dei relativi costi e di conferire maggiori certezze sulle date di effettivo svolgimento dell'assemblea, con la novella dell'art. 2369, comma 1, c.c., ha rimesso all'autonomia statutaria degli emittenti la possibilità di optare per una convocazione dell'organo assembleare in unica seduta. La norma prevede che all'assemblea convocata in unica seduta si applichino, per le assemblee ordinarie, i tradizionali *quorum* costitutivi e deliberativi della seconda convocazione, e per le assemblee straordinarie i *quorum* costitutivi di convocazioni successive alla seconda. Giova rilevare che, in sede di adeguamento degli statuti alle nuove disposizioni, *“alcune società hanno previsto in statuto direttamente la convocazione unica, altre invece hanno demandato al consiglio di amministrazione la facoltà di scelta, volta in volta, se utilizzare o meno la convocazione unica. Entrambe le soluzioni appaiono legittime e, in ogni caso, vi è stato l'assenso dei soci in sede di modifiche statutarie”* (Circolare Assonime n. 14/2011, pag. 15).

Al fine di favorire la partecipazione degli azionisti ai meccanismi collegiali, con precipuo riferimento alla fase della votazione si è consentito innanzitutto l'intervento in adunanza mediante utilizzo delle nuove tecnologie di comunicazione audio e/o video. Si è data inoltre piena valorizzazione alle possibilità di espressione del voto per corrispondenza, sia cartacea che elettronica; ancora, si sono regolamentati in un'ottica di piena liberalizzazione i meccanismi di voto per procura, mediante rilevanti modifiche alla disciplina sia delle deleghe di voto che della sollecitazione delle deleghe, e ammettendo la facoltà di prevedere statutariamente la nomina di un rappresentante designato dall'emittente per la raccolta delle stesse deleghe di voto.

Inoltre, allo scopo di non pregiudicare o limitare le opportunità di profitto connesse alla negoziazione delle partecipazioni azionarie, ai danni soprattutto degli intermediari, e al contempo per accrescerne la partecipazione alle dinamiche gestionali degli emittenti, l'art. 83-*sexies* t.u.f. determina ora la legittimazione all'intervento in assemblea, e ivi l'esercizio del diritto di voto sulla base di una comunicazione effettuata dall'intermediario alla società *“in favore del soggetto a cui spetta il diritto di voto”*, sulla scorta delle *“evidenze relative al termine della giornata contabile del settimo giorno di mercato aperto precedente la data fissata per l'assemblea in prima od unica convocazione”* (c.d. *record date*), essendo poi del tutto irrilevanti ai medesimi fini le registrazioni compiute successivamente sui conti.

Particolarmente significativa è, poi, la previsione di cui all'art. 127-*quater* TUF, a mente della quale lo statuto può attribuire ai soci che detengano una partecipazione non superiore allo 0,50% (o alla minore percentuale ivi indicata) per un periodo non inferiore ad un anno, il diritto di ricevere una maggiorazione del dividendo fino ad un massimo del 10%. Al di là dei profili di incostituzionalità da taluno ravvisati nella norma, quest'ultima, quasi a coronamento della *ratio* sottesa all'intera riforma, può essere letta come un vero e proprio privilegio tributato ai soci che, sebbene di minoranza, non si disinteressino alle vicende dell'emittente, ma anzi vi partecipino attivamente.

Un cenno merita infine l'applicazione *ratione temporis* delle norme del d.lgs. 27/2010. Sebbene, infatti, la data di entrata in vigore di quest'ultimo sia, in generale, fissata al 20 marzo 2010, è previsto un regime differente per le disposizioni relative al funzionamento dei meccanismi assembleari, la cui applicazione, allo scopo di consentire agli emittenti i necessari adeguamenti statutari, è stata posticipata alle adunanze il cui avviso di convocazione sia pubblicato successivamente al 31 ottobre 2010.

Per ciò che attiene, invece, alle menzionate norme di fonte regolamentare recate dalla delibera Consob n. 17730 del 31 marzo 2011 e dall'atto Consob/Banca d'Italia del 24 dicembre 2010 se ne è prevista l'entrata in vigore al 22 gennaio 2011, ad eccezione di alcune particolari disposizioni contenute nel Provvedimento congiunto, per le quali si è optato per una disciplina transitoria di 180 giorni posteriore alla pubblicazione in G.U., sino al 6 luglio 2011.

3. Il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27 e la tutela del piccolo investitore.

Da una prospettiva prettamente "consumeristica", il nuovo assetto normativo conseguente al recepimento della *Shareholders' right directive* è suscettibile di apprestare a beneficio dei piccoli investitori un duplice ordine di tutele.

Il primo ordine di tutele che discende dal nuovo impianto normativo ha carattere mediato e consiste nell'effetto benefico sulla *governance* delle società quotate derivante da una partecipazione attiva alla vita societaria da parte degli investitori istituzionali. Come è stato osservato, le innovazioni introdotte dovrebbero "*incentivare le minoranze, ed in particolare modo gli investitori istituzionali, a vincere la propria tradizionale apatia e a sorvegliare più attentamente gli azionisti di comando; tale pungolo, a sua volta, dovrebbe indurre le maggioranze a governare le società in maniera più efficiente, nell'interesse di tutti gli azionisti e, in ultima analisi, dell'intero sistema economico*" (G. GUERRIERI, "*La nuova disciplina*", p. 518). Pertanto, negli auspici del Legislatore, prima comunitario e poi nazionale, i piccoli investitori sarebbero comunque favoriti dalle potenzialità migliorative,

che, in termini di governo delle società, dovrebbero conseguire all'applicazione della delineata novella.

Il secondo ordine di tutele, sinergico al primo, assume carattere diretto, ed è volto a beneficio del piccolo investitore che non voglia disinteressarsi completamente delle vicende dell'emittente di cui possiede, sia pur minime, partecipazioni azionarie od obbligazionarie.

Al riguardo è opportuno sottolineare, in ragione dell'importanza che assume comunque nell'ottica della tutela del piccolo investitore-risparmiatore, che la nuova disciplina trova applicazione anche con riferimento alle assemblee speciali sia degli azionisti di risparmio, che degli obbligazionisti. Per quanto riguarda le prime, è la medesima Relazione al d.lgs. 27/2010 a chiarire che *“non si è ritenuto necessario intervenire per prevedere espressamente, in quanto già riconosciuto dall'ordinamento, l'estensione del decreto legislativo alle assemblee speciali degli azionisti di risparmio”*.

Tuttavia, l'estensione delle innovazioni apportate dal Decreto alle assemblee degli azionisti di risparmio solleva alcuni problemi di coordinamento con altre disposizioni tutt'ora in vigore. In particolare, la disciplina speciale sui *quorum* delle assemblee di risparmio, contenuta nell'art. 146 t.u.f., e non modificata dal Decreto, sembrerebbe mal coordinarsi con l'applicabilità della convocazione unica a tali assemblee, in ragione della *ratio* sottesa alla terza convocazione (si badi, rimessa all'autonomia statutaria nelle società con azioni ordinarie), volta a garantire sempre la nomina del rappresentante comune (Cfr. Circolare Assonime n. 14/2011, pp. 8 e 16).

L'applicabilità delle novellate disposizioni, in quanto compatibili, alle assemblee degli obbligazionisti consegue invece al rinvio che l'art. 2415, comma 3, c.c. effettua alle disposizioni relative all'assemblea straordinaria dei soci, richiamo da interpretarsi, secondo la dottrina, in senso ampio, e comunque tale da ricomprendere anche la disciplina afferente fasi dell'assemblea generale quali la convocazione, la costituzione e la votazione (cfr. Circolare Assonime n. 14/2011, pag. 8, e la dottrina ivi citata in nota 13).

Di seguito saranno approfondite le principali novità legislative che senso maggiormente interessano il piccolo investitore.

3.a) segue. L'informativa pre e post assembleare: l'avviso di convocazione e il diritto di porre domande.

Sicura rilevanza a fini di potenziale beneficio nei confronti degli investitori assumono le modifiche che il d.lgs. 27/2010 ha imposto agli emittenti per ciò che concerne documenti e gli strumenti informativi prodromici allo svolgimento della seduta assembleare.

In tale ottica, è innanzitutto d'uopo dar conto della disciplina – sottratta alle fonti regolamentari Consob e introdotta direttamente nel t.u.f., all'art. 125–bis – relativa ai nuovi e più ampi contenuti dell'avviso di convocazione. È previsto, infatti, che quest'ultimo debba ora recare, oltre ai dati relativi al giorno, all'ora, al luogo della seduta assembleare, e all'elenco delle materie che ivi saranno discusse, una “*descrizione chiara e precisa*” sia delle procedure che gli azionisti devono rispettare per poter partecipare e votare all'assemblea, comprese, tra l'altro, le informazioni afferenti: *i*) il diritto di porre domande prima dell'assemblea, dell'assemblea, i termini entro i quali può essere esercitato il diritto di integrare l'ordine del giorno, nonché, anche mediante riferimento al sito internet della società, gli ulteriori dettagli su tali diritti e sulle modalità per il loro esercizio; *ii*) la procedura per l'esercizio del voto per delega nonché le modalità per l'eventuale notifica, anche elettronica delle deleghe di voto; *iii*) l'identità del soggetto eventualmente designato dalla società per il conferimento delle deleghe di voto nonché le modalità e i termini per il conferimento delle deleghe da parte dei soci, con la precisazione che la delega non ha effetto con riguardo alle proposte per le quali non siano state conferite istruzioni di voto; *iv*) le procedure di voto per corrispondenza o con mezzi elettronici, se previsto dallo statuto; *v*) la *record date*, con la precisazione che coloro che risulteranno titolari delle azioni solo successivamente a tale data non avranno diritto di partecipare e votare in assemblea; *vi*) le modalità e i termini di reperibilità del testo integrale delle proposte di deliberazione, unitamente alle relazioni illustrative, e dei documenti che saranno sottoposti all'assemblea; *vii*) l'indirizzo del sito internet della società; *viii*) le altre informazioni la cui indicazione nell'avviso di convocazione è richiesta da altre disposizioni (art. 125–bis, comma 4, t.u.f.).

Per ciò che attiene ai termini di pubblicazione dell'avviso di convocazione, il d.lgs. 27/2010, rinunciando sul punto alle semplificazioni di cui alla DSHR, ne ha previsto una articolata disciplina, fissando un termine di: *i*) 30 giorni per le assemblee ordinarie; *ii*) 40 giorni per quelle relative alla nomina degli organi di amministrazione e controllo con voto di lista; *iii*) 21 giorni per le assemblee speciali per la riduzione del capitale sociale o per perdite (art. 2446 c.c.) o al di sotto del limite legale (art. 2447 c.c.), e per quelle afferenti la nomina o la revoca dei liquidatori (art. 2487 c.c.); *iv*) 15 giorni nell'eventualità in cui sia necessario approvare misure difensive conseguenti ad o.p.a. (art.104, comma 2, t.u.f.; cfr. art. 125–bis, commi 1, 2 e 3).

Gli emittenti, pur potendo statutariamente optare per ulteriori modalità divulgative, sono comunque tenuti per legge a pubblicare integralmente l'avviso di convocazione sul proprio sito internet, su un giornale quotidiano a diffusione nazionale, e sul *Network*

Information System (NIS) di Borsa Italiana, computandosi la decorrenza del termine per la pubblicazione dalla data dell'ultima tra le cennate modalità con cui è stata effettuata.

Del tutto complementare, quanto a finalità, all'avviso di convocazione è l'obbligo imposto agli emittenti di assolvere, entro il medesimo termine di pubblicazione, a una compiuta informativa pre-assembleare.

Viene in rilievo, così, in primo luogo, il dovere dell'organo amministrativo di mettere *“a disposizione del pubblico presso la sede sociale, sul sito internet della società e con le altre modalità previste dalla Consob con regolamento, una relazione sulle materie all'ordine del giorno”* della successiva assemblea (art. 125-ter, t.u.f.). Al riguardo, vale precisare che non sussiste un principio generale di contestualità tra la predisposizione delle relazioni e la pubblicazione dell'avviso di convocazione, un obbligo di contemporanea ostensione sorge soltanto qualora l'emittente divulghi l'avviso di convocazione nel termine ultimo per esso previsto. Le relazioni predisposte ai sensi di altre norme di legge saranno messe a disposizione entro i termini previsti dalla medesime norme.

In secondo luogo, a norma dell'art. 125-*quater* t.u.f. l'emittente è inoltre assoggettato a ulteriori obblighi informativi. Questi ultimi, nella fase pre-assembleare si traducono nel dovere di porre a disposizione del pubblico, sempre entro il termine di pubblicazione dell'avviso di convocazione, sul sito internet della società stessa:

a) *“i documenti che saranno sottoposti all'assemblea”*;

b) *“i moduli che gli azionisti hanno la facoltà di utilizzare per il voto per delega e, qualora previsto dallo statuto, per il voto per corrispondenza”*. Peraltro, la società è tenuta in caso di impossibilità tecniche di *downloading* elettronico, a indicare *“le modalità per ottenerli in forma cartacea”*, curandone anche l'invio, a proprie spese, per corrispondenza o tramite gli intermediari agli azionisti che ne facciano richiesta (comma 1, lett. b);

c) le *“informazione del capitale sociale con l'indicazione del numero e delle categorie di azioni in cui è suddiviso”* (comma 1, lett. c).

Giova osservare che la Consob, nel documento di consultazione per la modifica del Regolamento Emittenti, ha precisato che i documenti per i quali sussiste l'obbligo di messa a disposizione sul sito della società entro il termine di pubblicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea sono esclusivamente quelli la cui pubblicazione deve essere effettuata, *“ai sensi di legge”*, entro lo stesso termine.

Sempre nell'ottica di una informativa pre-assembleare quanto più possibile intensa, e comunque finalizzata a un consapevole esercizio del diritto di voto anche da parte dei piccoli investitori, il nuovo art. 127-ter t.u.f., ha sancito il diritto dei soci di proporre *“domande sulle materie all'ordine del giorno anche prima dell'assemblea”*, nei confronti delle quali sussiste

l'obbligo dell'emittente di dar “risposta al più tardi durante la stessa” adunanza. È il caso di osservare che anche precedentemente all'introduzione di tale norma, e pur in assenza di un'apposita previsione, il diritto di partecipare alla discussione e porre domande agli amministratori era pacificamente riconosciuto; l'art. 127-ter prevede ora che i soci possono porre domande sulle materie poste all'ordine del giorno anche “prima” dell'assemblea – alle quali è data risposta al più tardi durante la stessa – ma nulla dispone circa gli eventuali termini entro i quali tale diritto debba essere esercitato. La previsione del diritto di porre domande connesse ai temi all'ordine del giorno “prima” dell'assemblea è particolarmente significativa, in quanto risponde all'esigenza di garantire una puntuale informazione al socio in vista dell'espressione del voto; così come la previsione dell'obbligo di rispondere al più tardi in assemblea appare coerente con tale finalità.

Quanto alla risposta della società, si osserva che questa, da un canto, può essere “unitaria” nei confronti delle “domande aventi lo stesso contenuto”, d'altro canto, può essere omessa qualora “le informazioni richieste siano già disponibili in formato ‘domanda e risposta’ in apposita sezione del sito internet della società”. Ferma inoltre, la possibilità che l'emittente scelga di fornire risposta a ogni domanda presentata, la legittimazione all'esercizio del corrispondente diritto è attribuita ai soci la cui qualità di azionisti alla *record date* sia comunicata dall'intermediario all'emittente stesso (cfr. artt. 23, Provvedimento congiunto e art. 83-*quinquies*, comma 3, t.u.f.).

Ulteriori vincoli informativi a carico dell'emittente, con riferimento alla fase post-assembleare, sono previsti dal comma 2 dell'art. 125-*quater* t.u.f., a norma del quale la società è tenuta alla pubblicazione, sempre sul proprio sito internet, oltre che della copia del verbale di assemblea entro trenta giorni dalla data di svolgimento di quest'ultima, anche, nel più breve termine di cinque giorni, di “un rendiconto sintetico delle votazioni contenente il numero di azioni rappresentate ... e delle azioni per le quali è stato espresso il voto, la percentuale di capitale che tali azioni rappresentano, nonché il numero di voti favorevoli e contrari alla delibera e il numero di astensioni”.

3.b) segue. Le facilitazioni all'esercizio del diritto di voto: Il voto a distanza e per procura; il rappresentante designato dalla società.

La DSHR ha, sinergicamente, inteso finalizzare l'implementazione dell'informativa pre-assembleare a un incremento delle opportunità concesse a una platea sempre più vasta di azionisti (od obbligazionisti) di esercitare concretamente il proprio diritto di voto in adunanza. Tali opportunità riverberano (potenziali) effetti positivi anche circa il coinvolgimento dei piccoli investitori nella partecipazione alla *governance* societaria.

Al fine di agevolare la partecipazione all'assemblea, la DSHR dedica alcune disposizioni al "voto a distanza"; peraltro, il nostro ordinamento era già in linea con quanto previsto a livello comunitario. Pertanto, in sede di recepimento, il Legislatore si è limitato a interventi di dettaglio.

In particolare, in base al combinato disposto degli artt. 2370, comma 4, c.c. e 127 t.u.f., oltre alla possibilità di manifestare il voto per corrispondenza, già riconosciuta anteriormente alla riforma, è stata espressamente prevista anche quella di esprimersi in via elettronica.

La previsione di tali modalità di esercizio del corrispondente diritto è rimessa alla scelta facoltativa dell'emittente, che, comunque, per un verso, non può imporre l'utilizzo in via assoluta ai soci, (fermo restando il diritto di questi ultimi di partecipare fisicamente all'adunanza); e, per altro verso, può condizionarlo soltanto alla sussistenza dei presupposti per l'identificazione dei legittimati al voto (cfr. art. 140, comma 1, Regolamento Emittenti). La disciplina del voto in via elettronica, affidata alla potestà regolamentare della Consob, ricalca, in considerazione delle evidenti affinità, quella del voto per corrispondenza, in virtù del richiamo (*ex art. 143-ter*, Regolamento Emittenti) di talune disposizioni afferenti quest'ultimo (e in particolare, gli artt. 141 – 143, Regolamento Emittenti, in tema di: esercizio del voto da parte del titolare; tempi e modalità di comunicazione all'emittente; riservatezza del voto; computo di quest'ultimo ai fini dei *quorum* costitutivi e deliberativi; facoltà del titolare dello stesso nei casi di modifiche o integrazioni delle proposte di deliberazioni in sede assembleare).

Come visto, ove lo statuto preveda procedure di voto per corrispondenza o con mezzi elettronici, queste devono essere inserite nell'avviso di convocazione (art. 125-*bis*, comma 4, lett. b) n. 4 Tuf). Inoltre, i moduli che gli azionisti hanno la facoltà di usare per il voto per corrispondenza devono essere messi a disposizione sul sito internet della società. Qualora, il *downloading* elettronico sia impedito per cause tecniche, la società è tenuta a indicare le modalità per ottenere i moduli in forma cartacea, curandone anche l'invio, a proprie spese, per corrispondenza o tramite gli intermediari agli azionisti che ne facciano richiesta.

Ulteriore incentivo alla partecipazione dell'investitore alle delibere assembleari è rappresentato dall'assetto della nuova disciplina che il recepimento della DSHR ha comportato in tema di deleghe di voto nelle società quotate, con novella degli artt. da 135-*novies* a 135-*undecies* t.u.f.

Per quanto attiene alla fase del conferimento, l'art. 2372 c.c. (comunque applicabile ai sensi dell'art. 135-*novies*, comma 8, t.u.f.) stabilisce, al comma 1, che "*la rappresentanza deve essere conferita per iscritto*"; al comma 3 che "*la delega non può essere rilasciata con il*

nome del rappresentante in bianco, ed è sempre revocabile, nonostante ogni patto contrario"; e al comma 2 che *"la rappresentanza può essere conferita solo per singole assemblee, con effetto anche per le successive convocazioni, salvo che si tratti di procura generale"*.

Di assoluto rilievo è la previsione della possibilità di operare un conferimento della delega (da parte dell'azionista al rappresentante designato) in forma elettronica; a norma dell'art. 135–*novies*, comma 6, t.u.f., le modalità di siffatto conferimento dovranno costituire oggetto di apposito regolamento del Ministero della Giustizia, sentita la Consob, in attesa del quale trovano applicazione le disposizioni del codice sull'amministrazione digitale (CAD), secondo cui è possibile ascrivere la valenza probatoria (*ex art. 2702 c.c.*) di scrittura privata unicamente ai documenti informatici sottoscritti mediante firma elettronica avanzata qualificata o digitale; in assenza di quest'ultima, lo stesso documento costituirà oggetto di prova liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue intrinseche caratteristiche di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità (cfr. art. 21 CAD).

In base poi all'ultima parte del comma 6 dell'art. art. 135-*novies*, t.u.f. è demandata agli emittenti l'indicazione, nello statuto, di *"almeno una modalità di notifica elettronica della delega che gli azionisti hanno la facoltà di utilizzare"* (135-*novies*, comma 6, t.u.f.), e al riguardo va precisato che la notifica digitale all'emittente da parte del rappresentante non deve seguire a un conferimento effettuato, necessariamente, nella medesima forma elettronica, ben potendo il delegante rilasciare procura in forma cartacea ed essendo poi libero il delegato di provvederne alla trasmissione all'emittente secondo modalità da quest'ultimo indicate nello statuto (cfr. Circolare Assonime, n. 14/2011, pagg. 40 e s.). Per altro, a norma dell'art. 135-*novies*, comma 5, t.u.f., *"il rappresentante può, in luogo dell'originale, consegnare o trasmettere una copia, anche su supporto informatico, della delega"*, attestando sotto la propria responsabilità sia l'identità del delegante, sia la conformità della delega all'originale, dovendo conservare quest'ultimo (unitamente alle eventuali istruzioni di voto ricevute) per almeno un anno dalla conclusione dell'assemblea. Quanto ai termini della notifica, la delega può essere trasmessa alla società in qualunque momento, anche in assemblea, al fine di non pregiudicare il diritto del socio, titolare del diritto di voto, alla partecipazione fisica in adunanza.

Nei casi di sub-delega, a norma dell'art. 2372, comma 3, c.c., *"il rappresentante può farsi sostituire solo da chi sia espressamente indicato nella delega"*. Salva tale facoltà di individuare sostituti, l'investitore può indicare un unico rappresentante per ciascuna assemblea (art. 135–*novies*, comma 1, t.u.f.), con due eccezioni, relative la prima, all'ipotesi in cui egli detenga i propri strumenti finanziari partecipativi in conti aperti presso diversi

intermediari (art. 135-*novies*, comma 2, t.u.f.); la seconda, al caso di intestazioni fiduciarie di azioni (cfr. art. 135-*novies*, comma 3, t.u.f.). In tali casi, istruzioni di voto difformi sono ammissibili solo qualora siano preordinate al perseguimento di interessi dell'azionista meritevoli di tutela, con valutazione da compiersi caso per caso, non rientrandovi, per esempio, le ipotesi in cui "l'espressione diversificata del voto avvenga all'unico scopo di procurare al socio...la legittimazione a impugnare" (Circolare Assonime, n. 14/2011, pagg. 43).

Per ciò che attiene alla disciplina dei conflitti di interesse tra socio-investitore rappresentato e delegato designato, il Legislatore, in sede di recepimento della DSHR ha optato per soluzioni di elevato rigore, anche oltre le previsioni della direttiva. In tal modo, l'art. 135-*decies* t.u.f., oltre a elencare taluni casi emblematici di conflitto (cfr. comma 2, lett. da a, ad f), ha in generale stabilito, per il rappresentante (con onere della prova a suo carico), l'obbligo di comunicare "*per iscritto*" le circostanze foriere di conflitto di interessi al socio delegante; con riferimento a quest'ultimo, l'obbligo di fornire in ogni caso idonee istruzioni di voto (cfr. comma 1); infine, ha subordinato al rispetto dei suddetti obblighi l'eventuale sostituzione del rappresentante con un sostituto in conflitto di interessi, purchè, in aggiunta, quest'ultimo sia stato preventivamente indicato dal delegante (comma 3).

Nel perseguimento delle cennate finalità sottese alla DSHR il Legislatore nazionale si è spinto anche oltre, autonomamente prevedendo e introducendo, all'art. 135-*undecies* t.u.f., il "*Rappresentante designato dalla società con azioni quotate*". Dal carattere non imperativo della norma deriva che gli emittenti hanno la facoltà di derogarvi statutariamente; ma, in mancanza di una espressa clausola in tal senso, sono invece obbligate alla nomina della suddetta figura.

Al rappresentante, in base al comma 1 dell'art.135-*undecies* t.u.f., i soci, purché legittimati alla *record date* ai sensi dell'art. 83-*sexies* t.u.f., "*possono conferire, entro la fine del secondo giorno di mercato aperto precedente la data fissata per l'assemblea in prima o unica convocazione, una delega con istruzioni di voto su tutte o alcune delle proposte all'ordine del giorno*". Entro lo stesso termine, delega e istruzioni di voto sono sempre revocabili (comma 3).

In particolare, per quanto attiene alla delega, essa, sempre nel rispetto del requisito della forma scritta ai sensi dell'art. 2372 c.c., è da ritenersi possa essere trasmessa anche in via elettronica, secondo la disciplina già tratteggiata dell'art. 135-*novies* t.u.f. Inoltre, a fini agevolativi, l'allegato 5A al Regolamento Emittenti ne predispone un dettagliato modello da utilizzare, da parte degli emittenti come schema, oltre che generale, di base minima (cfr. art. 134, comma 1, Regolamento emittenti).

A vantaggio dei piccoli soci, è espressamente previsto che l'attribuzione di una simile procura al rappresentante designato non comporti costi a carico dei deleganti, eccettuati quelli relativi alle mere spese di spedizione.

La designazione del rappresentante da parte dell'emittente non incontra limiti di carattere soggettivo, essendone *“le eventuali situazioni di conflitto di interesse... ‘neutralizzate’ dall’obbligo di conferire deleghe con istruzione di voto”* (Circolare Assonime, n. 14/2011, pagg. 47). Possono dunque rivestire tale qualifica, oltre che le persone giuridiche (società, associazioni, fondazioni, etc., le quali, a norma dell'art. 2372, comma 4, possono delegare loro dipendenti o collaboratori), anche individui che ricoprono ruoli nella compagine dell'emittente, o sono comunque a esso collegati.

Il rappresentante, oltre ad un generale obbligo di riservatezza in merito ai contenuti delle istruzioni di voto ricevute nelle fasi antecedenti lo scrutinio assembleare, è comunque tenuto a comunicare al socio delegante eventuali posizioni di conflitto di interessi, proprie, o indotte per conto di terzi (art. art.135–*undecies* t.u.f.). Egli, infine, qualora non sussistano simili conflitti di interessi, è legittimato a votare difformemente, previa espressa autorizzazione del socio rappresentato, dalle istruzioni da quest'ultimo ricevute qualora nel contesto del dibattito assembleare *“si verificano circostanze di rilievo, ignote all’atto del rilascio della delega e che non possono essere comunicate al delegante, tali da far ragionevolmente ritenere che questi, se le avesse conosciute, avrebbe dato la sua approvazione, ovvero in caso di modifiche o integrazioni delle proposte di deliberazione sottoposte all’assemblea”* (art. 134, comma 2, Regolamento emittenti).

4. La rilevanza dell'impiego delle nuove tecnologie informatiche.

In generale, la valorizzazione, a livello sia di normativa comunitaria, che, conseguentemente, nazionale delle possibilità di informazione e comunicazione insite nel mezzo rappresentato da Internet nel contesto *de quo*, è da accogliersi con assoluto favore. Come è stato efficacemente osservato, *“l'utilizzo di internet rappresenta, senza dubbio, uno strumento di democrazia assembleare al contempo semplice ed efficace”* (G. GUERRIERI, *“La nuova disciplina”*, p. 524).

Le nuove tecnologie, in ragione della loro intrinseca attitudine divulgativa serbano in sé le potenzialità idonee a permettere al piccolo investitore, in modo immediato e a costo zero” innanzitutto di acquisire complete informazioni sugli assetti relativi alla *governance* degli emittenti di cui possiede partecipazioni azionarie od obbligazionarie. In tale prospettiva, l'art. 125-*quater* t.u.f., in aggiunta a quanto già previsto dagli artt. 125-*bis* e 125-*ter* di cui si è detto, consente, sulla scorta dell'obbligo della relativa pubblicazione sul sito internet

dell'emittente, di essere rapidamente edotti su tutti i documenti e le relazioni che costituiranno oggetto di delibera in adunanza, sui moduli da utilizzare per esercitare il voto per delega o per corrispondenza, sulla composizione e sul frazionamento del capitale sociale; e successivamente allo svolgimento dell'assemblea, di avere agile contezza dei resoconti delle votazioni e dei verbali delle adunanze.

In secondo luogo, l'utilizzo dei servizi di *web-mail* è senza dubbio suscettibile di favorire e semplificare l'interazione dello stesso piccolo azionista con la società, nei casi in cui voglia usufruire delle informazioni acquisite per partecipare attivamente alle dinamiche assembleari, mediante il conferimento di deleghe in via elettronica.

Per ciò che infine concerne la predisposizione, da parte degli emittenti, di un proprio sito *web*, si è osservato che *“nel t.u.f. non esiste, allo stato, disposizione che imponga alle società quotate della necessità di dotarsi di un sito internet; [...]si può trarre però la convinzione che il legislatore abbia ritenuto scontato detto obbligo, come quello di dotarsi di una organizzazione adeguata per una sua gestione tempestiva”* (R. GUIDOTTI, “Art. 125–quater”, p. 675).

PARTE II: La Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob.

1. Introduzione. Le fonti normative.

Lo sviluppo e la diffusione dei sistemi di soluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione ordinaria (ADR) possono essere attualmente annoverati senza dubbio tra i primari obiettivi perseguiti dalle istituzioni europee nel contesto (della realizzazione) dello *“spazio di libertà, sicurezza e giustizia”* di cui agli artt. 65 e ss., trattato CE, e, in tale ottica, tra gli strumenti normativi apprestati dal Legislatore comunitario è da annoverare, da ultima, la direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, in GU L del 24.5.2008.

Il Legislatore italiano, sulla scorta delle istanze provenienti dall'Europa, e, soprattutto, in risposta ai recenti scandali finanziari e societari susseguitisi ai danni di risparmiatori e investitori, al precipuo fine di apprestare adeguata tutela (anche) processuale a questi ultimi, con Legge 28 dicembre 2005, n. 262 recante *“Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari”* (in GU n. 301, del 28 dicembre 2005) ha delegato, all'art. 27, il Governo *“ad adottare ... un decreto legislativo per l'istituzione, in materia di servizi di investimento, di procedure di conciliazione e di arbitrato”*. Conseguentemente l'esecutivo, con d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 (in GU n. 253, del 30 ottobre 2007) ha previsto all'art. 2, comma 1, l'istituzione di *“una Camera di conciliazione e*

arbitrato presso la CONSOB”, demandando al potere regolamentare di quest’ultima, sentita la Banca d’Italia, la definizione degli ulteriori profili applicativi attinenti l’organizzazione della Camera stessa, e la specifica disciplina dei procedimenti di conciliazione e arbitrato.

La CONSOB ha così adottato, con delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008 siffatto Regolamento di attuazione (di seguito, Regolamento) entrambi pubblicati in GU n. 5 del 8 gennaio 2009 e in CONSOB, Bollettino quindicinale n. 12.2, dicembre 2008, a propria volta delegando alla neo istituita Camera di conciliazione e arbitrato (di seguito CCA o Camera) la deliberazione sia di un proprio statuto (art. 3, comma 2, Regolamento), sia di un codice deontologico dei conciliatori e degli arbitri (art. 4, comma 1, lett. b, Regolamento). La CCA ha provveduto ad assolvere ai suddetti obblighi regolamentari stabilendo, con delibera n. 3 del 18 febbraio 2010 il proprio statuto (di seguito statuto CCA), e, con delibera n. 2 del 10 febbraio 2010 il codice deontologico dei conciliatori e degli arbitri (di seguito, cod. deont.) entrambi approvati dalla CONSOB rispettivamente con provvedimenti n. 17205 e 17204 del 4 marzo 2010 e pubblicati in GU n. 67 del 22.3.2010, e in CONSOB, Bollettino quindicinale, n. 3.1, marzo 2010.

Una compiuta, ancorché sintetica esposizione del contesto normativo e di riferimento afferente la CCA non può prescindere da una collocazione sistematica del servizio di conciliazione offerto da quest’ultima sullo sfondo delle recenti e strutturali aperture dell’Ordinamento italiano alle forme e ai meccanismi di ADR. Il riferimento è, in particolare, al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, recante la *“Attuazione dell’articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”* (in GU n. 53, del 5 marzo 2010) in virtù del quale il Legislatore nazionale, in sede di recepimento della citata direttiva 2008/52/CE, ha inteso attribuire alla mediazione e alla conciliazione carattere obbligatorio in determinate materie, tra cui quella di cui ci si occupa (cfr. l’art. 5, a norma del quale *“chi intende esercitare in giudizio un’azione relativa ad una controversia in materia di ... contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell’articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L’esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale”*).

Nella Relazione illustrativa al decreto da ultimo citato, entrato in vigore il 21 marzo 2011, si precisa innanzitutto che con esso si è inteso *“allargare a una vasta serie di rapporti la condizione di procedibilità, sul presupposto che solo una simile estensione possa garantire*

alla nuova disciplina una reale spinta deflattiva e contribuire alla diffusione della cultura della risoluzione alternativa delle controversie"; in secondo luogo, si motiva l'inclusione, tra le materie assoggettate all'obbligatorio esperimento del tentativo di mediazione, dei contratti bancari e finanziari sia sul presupposto che questi ultimi implicano rapporti particolarmente conflittuali, di lunga durata e a larga diffusione di massa, sia perchè *"il settore dei contratti di servizi già vanta diffuse esperienze di composizione bonaria, che potranno essere messe utilmente a profitto anche nel nuovo procedimento di mediazione introdotto. Proprio per quest'ultima ragione, si è pensato di valorizzare sia il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 settembre 2007, n. 179, sia il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, facendoli assurgere – nelle materie di riferimento – a condizione di procedibilità alternativa rispetto a quella davanti agli organismi, sul presupposto che gli organi ivi disciplinati offrano già oggi adeguate garanzie di imparzialità e di efficienza"*.

Rinviando al prosieguo cenni sulle implicazioni a carattere procedurale che conseguono all'intrecciarsi delle suddette discipline, può qui rilevarsi come l'esperimento del tentativo di conciliazione (anche) presso la CCA abbia avuto, fino al 21 marzo 2011, data di entrata in vigore del d.lgs. 28/2010, carattere facoltativo, e, viceversa, successivamente a tale data, sia assunto a *"condizione di procedibilità"* dei giudizi ordinari promossi dagli investitori, sia pure *"alternativa"* rispetto agli altri sistemi di conciliazione ai quali è rimesso alla discrezionalità degli investitori stessi rivolgersi.

2. Le istituzioni e gli organi; i conciliatori e gli arbitri. 2 a) la CONSOB.

La legge delega e il conseguente decreto delegato appena citati hanno attribuito alla CONSOB compiti di organizzazione logistica, di sostegno finanziario e di supervisione, afferenti le procedure di conciliazione e arbitrato *de quo*. Così, in particolare, la CONSOB, *inter alia*: appresta e fornisce, presso le proprie sedi, le strutture e le risorse necessarie all'attività della CCA (art. 3, comma 4, Regolamento); *"provvede alla copertura delle spese di amministrazione delle procedure"* oltre che con *"gli importi posti a carico degli utenti"* di queste ultime, con le risorse provenienti dai meccanismi di autofinanziamento ai sensi della l. 23 dicembre 1994, n. 724 (art. 3, comma 7, Regolamento); ha un ruolo essenziale nella designazione e nella nomina dei componenti di cui è composta la Camera (art. 2, commi 1 e 2, Regolamento), potendo pronunciare inoltre la decadenza in caso di inerzia di quest'ultima o, comunque, la revoca solo per giusta causa (art. 2, rispettivamente commi 6 e 5, Regolamento).

Il delineato assetto di funzioni, unitamente all'autonomia riservata alla CCA conducono a ritenere ormai fugati i timori di una possibile alterazione dei principi di imparzialità e buon andamento (*ex art. 97 Cost.*) dell'azione di vigilanza della CONSOB, a seguito della (paventata) concentrazione presso quest'ultima di funzioni (para)giurisdizionali, sollevati dalla dottrina all'indomani dell'entrata in vigore della l. 28 dicembre 2005, n. 262 (v. per tutti, A. COLOMBO, *“La Consob”*, p. 8 ss.). A ciò si aggiunga che il d.lgs. 179/2007 ha espressamente sancito che *“Le dichiarazioni rese dalle parti nel procedimento di conciliazione non possono essere utilizzate nell'eventuale procedimento sanzionatorio nei confronti dell'intermediario avanti l'Autorità di vigilanza competente per l'irrogazione delle sanzioni amministrative previste per le medesime violazioni”* (art. 4, comma 7).

2. b) La Camera di conciliazione e arbitrato.

Sebbene in dottrina non sia pacifico se sia o meno dotata di personalità giuridica, la CCA, pur avendo sede presso la CONSOB *“esercita i compiti ad essa assegnati dalle disposizioni di legge e di regolamento con indipendenza e autonomia funzionale e organizzativa”* (art. 3, statuto CCA). La Camera annovera quali suoi *“organi”*, un *“presidente”* e un *“collegio camerale”* (art. 6, statuto CCA) composto da quattro membri; tutti: sono nominati dalla CONSOB; sono *“scelti tra persone di specifica e comprovata esperienza e competenza e di riconosciuta indipendenza”* (art. 2, comma 1, Regolamento); durano in carica sette anni senza possibilità di rinnovo, durante i quali è fatto loro divieto di ricoprire ruoli o presso qualsiasi altro organismo di ADR o comunque tali da pregiudicarne l'indipendenza e l'autonomia di giudizio; sono individuati tra le categorie di professionisti di cui al comma 3 dell'art. 2 del Regolamento (purchè aventi determinati requisiti, avvocati, dottori commercialisti, notai, magistrati, professori universitari e dirigenti pubblici) e sono designati rispettivamente in numero di tre dalla CONSOB, e, in un numero di uno ciascuno dal C.N.C.U., e dalle associazioni di categoria degli intermediari maggiormente rappresentative; ciò all'evidente fine di assicurare una paritaria rappresentanza degli interessi coinvolti e contrapposti.

In generale, la funzione della Camera è quella di amministrare i procedimenti di conciliazione e arbitrato (cfr. art. 4, comma 1, Regolamento), essendole inoltre attribuita, sia a livello legislativo (artt. 2, comma 4 e 4, comma 9, d.lgs. 179/2007) che, conseguentemente, regolamentare (art. 9, comma 4, Regolamento) la facoltà, a determinate condizioni, di avvalersi di altri organismi di conciliazione e ciò, è stato osservato, *“attraverso una sorta di outsourcing dell'attività... La norma ... parrebbe collocare la nuova Camera di conciliazione in una posizione paritaria e concorrenziale con gli altri organismi di conciliazione, ancorché il*

testo del reg. miri evidentemente a rafforzare tale posizione, in termini di qualità e professionalità del servizio offerto” (F. CUOMO ULLOA, “*La camera*”, in *Contratti*, 2008, p. 1180).

Per la rilevanza che assume ai fini di tutela dell’investitore, occorre inoltre porre in debito risalto la circostanza che il Regolamento, se, da un canto, vieta alla CCA ogni intervento “*nel merito delle controversie*” (art. 4, comma 1), d’altro canto le attribuisce, sul piano procedimentale, una importante funzione sia di filtro in sede di verifica dell’ammissibilità dell’istanza per l’avvio della conciliazione, sia di controllo della regolarità formale degli atti e documenti necessari all’introduzione dell’arbitrato: la Camera, infatti, riscontrate anomalie a carattere burocratico o documentale, può richiedere alle parti istanti, in caso di conciliazione, di “*procedere ... ad integrazioni e correzioni*” (art. 8, comma 4, Regolamento); e in caso di arbitrato, di “*completare o mettere in regola gli atti e documenti che riconosce difettosi*” (art. 21, comma 2, Regolamento).

La Camera, infine, si avvale di una segreteria, la quale “*fornisce il supporto amministrativo per lo svolgimento delle funzioni attribuite*” (art. 19, comma 2, statuto CCA); in sintesi, il ruolo che la segreteria svolge con riferimento alla CCA e alle procedure di conciliazione e arbitrato, può essere, *mutatis mutandis*, paragonato a quello assolto dagli uffici di cancelleria a favore degli organi giurisdizionali; in più, ad essa è demandata l’attività istruttoria afferente la conciliazione e l’arbitrato, relativa sia alla tenuta e all’aggiornamento dei rispettivi elenchi, sia ai relativi procedimenti.

Può, in conclusione, affermarsi che sebbene la CCA si avvalga di risorse fornite dalla CONSOB, il rapporto con quest’ultima “è stato configurato in termini di alterità, anziché di immedesimazione, riconoscendo alla Camera una propria autonomia statutaria e funzionale” (F. CUOMO ULLOA, “*La camera*”, p. 1180).

2. e) I conciliatori e gli arbitri.

Il fulcro della dinamica degli equilibri di indipendenza e autodeterminazione, e, conseguentemente, di (garanzia di) imparzialità de(i servizi offerti da)lla CCA rispetto alla CONSOB è stato ravvisato nel “meccanismo di nomina di conciliatori e arbitri” (N. SOLDATI, “*La camera*”, p. 424).

Ciò si evince già dal decreto istitutivo della CCA, che, nell’assicurare siffatti obiettivi, ha affidato alla potestà regolamentare della CONSOB “*le modalità di nomina dei componenti dell’elenco dei conciliatori e degli arbitri*”, subordinatamente alla previsione sia di “*forme di consultazione delle associazioni dei consumatori e degli utenti di cui all’articolo 137 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e delle categorie interessate, e*

perseguendo la presenza paritaria di donne e uomini”, sia del rispetto dei “*requisiti di imparzialità, indipendenza, professionalità e onorabilità dei componenti*” (art. 2, comma 5, lett. b e c, d.lgs. 179/2007).

Conseguentemente il Regolamento, pur sulla base della comune osservanza di adeguati *standards* di autorevolezza, indipendenza e neutralità, ha operato una distinzione in relazione ai requisiti di nomina di conciliatori e arbitri, prevedendone di più stringenti con riferimento a questi ultimi, (“*stante il loro potere di decidere la controversia*”; così, G. GASPARRI, “*La Camera*”, p. 320) e sembrando privilegiare, per ciò che concerne i primi, una “*professionalità generica*” in corrispondenza “*dell’elevato livello di specialità giuridico-economica delle controversie coinvolte*”, piuttosto che una “*professionalità specifica... in materia di conciliazione*” e arbitrato (F. CUOMO ULLOA, “*La camera*”, p. 1184).

Ulteriori regole e prescrizioni cui conciliatori e arbitri devono attenersi nello svolgimento delle rispettive attività sono poi contenute nel codice deontologico deliberato dalla Camera, sinteticamente “*finalizzate ad assicurare l’osservanza dei principi di indipendenza, imparzialità, correttezza, lealtà, professionalità, operosità, riservatezza, efficienza ed economicità ... a tutela dei diritti delle parti dei relativi procedimenti*” (art. 1, comma 2, cod. deont.).

Sia l’iscrizione nei rispettivi elenchi che la cancellazione dagli stessi consegue ad apposita domanda dei conciliatori e degli arbitri, la prima, previa verifica del possesso dei requisiti necessari, da parte della CCA, la quale, in aggiunta, può disporre la cancellazione “*nei casi di grave inadempimento degli obblighi stabiliti dal codice deontologico, o, comunque, connessi alla funzione svolta*” (artt. 5, comma 3 e 6, comma 3 Regolamento).

3. L’ambito di applicazione dei procedimenti. a) L’ambito di applicazione soggettivo.

L’art. 4, comma 1, del Regolamento, riproducendo pressoché pedissequamente l’art. 2, comma 1, d.lgs. 179/2007 stabilisce che “*La Camera amministra i procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di 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 gli investitori*”.

Per quanto attiene all’ambito di applicazione *ratione personae*, sono le medesime fonti normative a fornire una nozione sia di “*investitori*” che di “*intermediari*”.

I primi sono enucleati per difetto nell’ambito della generale categoria degli investitori, giacché l’art. 1, lett. a, d.lgs. 179/2008, e l’art. 1 lett. b, Regolamento, escludono cioè, mediante rinvio alle disposizioni del testo unico finanziario, sia “*le controparti qualificate*” di cui all’art. 6, comma 2-*quater*, lettera d) del t.u.f. (imprese di investimento e di

assicurazione, banche, OICR, SGR, società di gestione armonizzate, fondi pensione, intermediari finanziari iscritti negli elenchi previsti dagli articoli 106, 107 e 113 del testo unico bancario, etc.), sia “*i clienti professionali*”, privati (art. 6, comma 2-*quinquies*, t.u.f.) e pubblici (art. 6, comma 2-*sexies*, t.u.f.). Il t.u.f. rimanda al Regolamento CONSOB 29 ottobre 2009, n. 16190 (c.d. Regolamento intermediari) il quale, a propria volta, definisce in via residuale i “clienti al dettaglio”, differenziandoli (art. 26, comma 1, lett. e, regolamento 16190/2009) dalle “controparti qualificate” e dai “clienti professionali”. Inoltre, in base al “sistema c.d. degli ascensori” (cfr. G. GASPARRI, “*La Camera*”, p. 308), è prevista una sorta di possibile osmosi tra le categorie di clienti professionali e di controparti qualificate da un lato, e di clienti al dettaglio dall’altro, potendo i soggetti rientranti “di diritto” nel proprio *status*, richiedere di essere trattati, rispettivamente, come clienti al dettaglio o come clienti professionali c.d. “su richiesta”, “con conseguente incremento o diminuzione del livello di protezione rispetto a quello assicurato dalla propria categoria di appartenenza” (G. GASPARRI, “*La Camera*”, p. 308). In conclusione, dunque, può affermarsi che, nell’ambito di cui ci si occupa, gli investitori coincidano sostanzialmente con i clienti al dettaglio, i quali cioè, è da ritenersi non possiedano “*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*” assumono (allegato n. 3 al regolamento 16190/2009); dubbi sussistendo sull’estensione della categoria anche ai clienti al dettaglio su richiesta (la reputa ammissibile, ad es. G. GASPARRI, “*La Camera*”, p. 309).

Più agevole è l’individuazione degli intermediari, giacchè l’art. 1, lett. b, d.lgs. 179/2008 rinvia all’uopo all’art. 1, comma 1, lettera r) del t.u.f., il quale ne fornisce una immediata elencazione (“*le SIM, le imprese di investimento comunitarie con succursale in Italia, le imprese di investimento extracomunitarie, le Sgr, le società di gestione armonizzate, le Sicav nonché gli intermediari finanziari iscritti nell’elenco previsto dall’articolo 107 del testo unico bancario e le banche italiane, le banche comunitarie con succursale in Italia e le banche extracomunitarie, autorizzate all’esercizio dei servizi o delle attività di investimento*”) alla quale l’art. 1, lett. c, Regolamento, aggiunge unicamente “*la società Poste Italiane – Divisione servizi di Banco Posta*”.

È opportuno porre subito in evidenza che la legittimazione attiva all’avvio della conciliazione spetta “*esclusivamente*” all’investitore (art. 7, comma 1, Regolamento). Tale opzione normativa è da valutare con favore perché evidentemente orientata a garanzia del risparmiatore-consumatore, in considerazione della subordinazione alla tutela di quest’ultimo dell’attività conciliativa della Camera.

3. b) *L'ambito di applicazione oggettivo.*

La delimitazione, *ratione materiae*, dell'area di attività della CCA risulta essenziale ai fini della concreta circoscrizione dell'operatività di quest'ultima, soprattutto in un'ottica, come cennato, di tutela del consumatore-investitore.

Bisogna, al riguardo, premettere che il contenzioso scaturito dai rapporti contrattuali tra investitori e intermediari trae origine soprattutto dalla inosservanza, da parte di questi ultimi, di regole di condotta. Come è stato, in generale, osservato, “le norme di comportamento degli intermediari finanziari si lasciano ricondurre a tre gruppi principali: i doveri informativi, il divieto di compiere operazioni inadeguate e il dovere di gestire i conflitti di interessi” (V. SANGIOVANNI, “*La conciliazione*”, p. 216); la prima e l'ultima di tali norme di condotta sono previste direttamente dal t.u.f., rispettivamente al comma 1, lett. b, dell'art. 21 e al comma 1-*bis*, del medesimo articolo; il dovere di adeguatezza, ivi compreso l'obbligo di c.d. *best execution*, sono invece specificati dal Regolamento intermediari, agli artt. 39-47.

In considerazione di ciò, l'area di applicazione oggettiva dei procedimenti della CCA, limitata alla “*risoluzione di controversie insorte ... per la violazione ... degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza*” (art. 4, comma 1, Regolamento), risulta alquanto esigua e ristretta, esulandone, ad una interpretazione letterale della norma, anche le controversie nascenti dalla inosservanza della forma scritta prevista dall'art. 23, t.u.f. per i contratti di intermediazione finanziaria.

Le ripercussioni di tutto ciò in tema di tutela del consumatore-investitore sono evidenti, giacchè quest'ultimo, nelle materie sottratte al campo d'azione della CCA, non può usufruire dei corrispondenti benefici.

“Per contro, non sembrano sussistere dubbi in ordine al fatto che... controversie aventi ad oggetto l'attività di gestione collettiva del risparmio e i servizi accessori” siano da ricomprendere nell'ambito di operatività *de quo*. (G. GASPARRI, “*La Camera*”, p. 308).

Deve, inoltre, aggiungersi che la sfera di competenza della CCA è suscettibile di sovrapporsi a quella propria dell'Arbitro Bancario finanziario, organismo di ADR istituito ai sensi dell'art. 128-*bis*, t.u.b. Se, infatti, sul piano teorico e definitorio, sono da annoverare nel campo d'applicazione della prima e del secondo, rispettivamente, le controversie relative ai servizi e alle attività di investimento, e quelle afferenti operazioni e servizi bancari e finanziari, la varietà dei prodotti finanziari riscontrabile nel panorama dei relativi mercati (si pensi, ad esempio, ai prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari, o ai c.d. ‘prodotti misti’) è tale da ingenerare dubbi prima interpretativi e poi applicativi. La CONSOB ha conseguentemente previsto che “*La Camera, al fine di risolvere questioni relative all'ambito*

delle reciproche competenze, stipula un protocollo d'intesa con il sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie di cui all'articolo 128-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385" (art. 4, comma 2, Regolamento).

3. c) I rapporti con la disciplina del d.lgs. 28/2010.

L'aver delimitato, sia pur sinteticamente, il campo di applicazione della CCA, permette di riassumere con maggior contezza gli esiti pratici dell'intersecarsi della disciplina relativa al sistema di ADR qui in esame con quella recata dal d.lgs. 28/2010 in tema di mediazione obbligatoria.

Al riguardo si è osservato che “tali testi normativi si pongono in rapporto da legge speciale (il d.lgs n. 179/2007) a legge generale (il d.lgs. n. 28/2010)” sul presupposto che “con riferimento ai contratti di intermediazione finanziaria, l'ambito di applicazione dei due decreti legislativi è coincidente” (V. SANGIOVANNI, “*La conciliazione*”, p. 213).

Innanzitutto, dal 20 marzo 2011 qualunque investitore e intermediario che, per la risoluzione di una controversia nascente rapporti di intermediazione finanziaria, vorrà agire in giudizio in via ordinaria, dovrà previamente esperire, a pena di improcedibilità, un tentativo di conciliazione.

Qualora sia l'intermediario a rivestire la qualifica di attore, esso, non potendo esso usufruire, dal lato della legittimazione attiva, del procedimento di conciliazione gestito dalla Camera presso la CONSOB, sarà, conseguentemente, tenuto a rivolgersi ad altri e diversi sistemi equivalenti.

L'investitore, invece, allorché non abbia già aderito ad un tentativo di conciliazione, in ipotesi già avviato dall'intermediario, ha le seguenti possibilità. Può, innanzitutto, rivolgersi alla CCA presso la CONSOB, ma solo con riferimento alle controversie rientranti nel campo d'applicazione di quest'ultima, restando obbligato invece ad indirizzarsi verso altri organismi di conciliazione se il rapporto controverso non attiene alla violazione degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza ai sensi dell'art. 4, comma 1 del Regolamento; donde l'opportunità di operare una interpretazione ampia di tale ultima disposizione, al fine di incrementare le ipotesi di accesso degli stessi investitori ai servizi propri della Camera presso la CONSOB.

L'investitore, al fine di assolvere alla prevista condizione di procedibilità, e in ragione del carattere 'alternativo' di quest'ultima, resta in ogni caso libero di rivolgersi ad organismi di conciliazione diversi dalla CCA.

4. I procedimenti. a) La conciliazione stragiudiziale.

In generale, *“la procedura di conciliazione si ispira ai principi dell'immediatezza, della concentrazione e dell'oralità ed è coperta da riservatezza in tutte le sue fasi”* (art. 11, comma 1, Regolamento); deve inoltre garantire il rispetto dei *“principi di imparzialità e garanzia del contraddittorio, fatta salva la possibilità per il conciliatore di sentire separatamente le parti”* (art. 11, comma 3, Regolamento); non può avere una durata superiore a 60 giorni, prorogabili fino ad un massimo di 120 giorni dal conciliatore, previo consenso delle parti, nelle ipotesi: di *“oggettivi impedimenti”* del primo o di queste ultime; di necessità di acquisizione di ulteriori *“informazioni e documenti”*; di sussistenza di *“ragionevole possibilità di un esito positivo”* (art. 13, Regolamento).

L'avvio del procedimento è costituito dalla presentazione di un'apposita istanza da parte (si è detto, esclusivamente) dell'investitore, alla duplice condizione che quest'ultimo abbia già lamentato il problema oggetto della futura controversia, mediante presentazione di un *“reclamo”* all'intermediario, e quest'ultimo vi abbia dato una risposta ritenuta insufficiente, o non l'abbia fornita affatto, nel termine perentorio di 90 giorni, od in quello più breve stabilito; e, in secondo luogo, che *“non siano state avviate, anche su iniziativa dell'intermediario a cui l'investitore abbia aderito, altre procedure di conciliazione”* (art. 7, Regolamento).

In base all'art. 8 del Regolamento, della documentazione attestante tali condizioni di ammissibilità (oltre al pagamento delle spese di avvio del procedimento), deve essere corredata l'istanza, la quale, potendo anche essere redatta in guisa differente dal *“modulo predisposto dalla Camera, deve comunque contenere”* (comma 1), oltre alla sottoscrizione dell'investitore: i dati identificativi di quest'ultimo (nome, cognome, indirizzo, contatti telefonici e telematici...etc.), unitamente alla nomina di legali rappresentanti (lett. a), la quale, è, ovviamente, solo eventuale, in considerazione della tipologia di procedura; *“la descrizione della controversia e delle pretese, con indicazione del relativo valore”* (lett. b), quest'ultimo, da determinarsi ai sensi dell'art. 10 c.p.c. (art. 15, Regolamento); apposita dichiarazione attestante *“l'impegno a osservare gli obblighi di riservatezza e le altre norme del... regolamento”*.

L'investitore, previa comunicazione all'intermediario (*“con mezzo idoneo a dimostrarne l'avvenuta ricezione”*) dell'istanza stessa, deve poi provvederle, nei successivi 30 giorni, al deposito presso la Camera (art. 8, comma 2, Regolamento), la quale, entro i successivi 5 giorni ne valuta l'ammissibilità, potendo, come già cennato, richiedere all'investitore di fornire *“integrazioni e correzioni”* entro un *“congruo termine”* che, una volta fissato, è perentorio a pena di inammissibilità (art. 8, comma 3, Regolamento).

Ove quest'ultima non sussista, la Camera, nei successivi 5 giorni, comunica un invito di adesione al tentativo di conciliazione all'intermediario, il quale può adempiervi, entro i 5 giorni seguenti, trasmettendo alla Camera apposito atto con allegazione dei documenti attestanti il pagamento delle spese di procedura e di quelli relativi al "*rapporto contrattuale controverso*" con l'investitore, ivi compreso il reclamo da quest'ultimo presentato e "*le eventuali determinazioni assunte al riguardo*" (art. 8, commi 3 e 4, Regolamento).

In caso di infruttuoso decorso del termine concesso all'intermediario, l'attestazione della Camera della mancata adesione di quest'ultimo al tentativo di conciliazione è da ritenersi utile all'investitore che voglia proseguire nell'ordinario giudizio al fine di assolvere alla prevista condizione di procedibilità ai sensi del d.lgs. 28/2010.

Contestualmente al deposito dell'istanza da parte dell'investitore, la Camera, inoltre si attiva per la designazione di un conciliatore (scegliendolo tra gli iscritti nei propri elenchi in considerazione dei seguenti criteri: "*a) vicinanza territoriale all'investitore; b) numero di controversie pendenti avanti al conciliatore; c) esperienza maturata dal conciliatore sulle questioni specifiche oggetto della controversia; d) equa distribuzione degli incarichi; e) tendenziale parità di trattamento tra uomini e donne*") e, una volta pervenuta l'adesione dell'intermediario, ne comunica la nomina a quest'ultimo e alle altre parti, provvedendo, inoltre, ad una nuova designazione nel caso in cui venga a mancare il primo conciliatore nominato. Si è già fatto cenno alla facoltà attribuita alla Camera di affidare ad altri organismi di conciliazione i corrispondenti procedimenti, "*in ogni caso in cui non è possibile assicurare un adeguato e sollecito svolgimento della procedura*" (art. 9 Regolamento, donde anche tutti i precedenti riferimenti).

Per quanto attiene al procedimento di conciliazione vero e proprio, esso è pressoché interamente demandato al conciliatore, il quale, godendo di una autonomia maggiore "rispetto a quanto normalmente avviene nell'ambito delle procedure di conciliazione amministrative" (F. CUOMO ULLOA, "*La camera*", p. 1180), può condurre "*gli incontri senza formalità di procedura e senza obbligo di verbalizzazione e nel modo che ritiene più opportuno, tenendo conto delle circostanze del caso, della volontà delle parti e della necessità di trovare una rapida soluzione alla lite*"; "*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*"; "*disporre l'intervento di terzi, dietro congiunta proposta delle parti e a loro spese*" (art. 12, comma 3, Regolamento).

La sede della conciliazione coincide, normalmente, con il luogo di domicilio del conciliatore (art. 12, comma 1, Regolamento), colorandosi, tale opzione regolamentare, di neutralità rispetto alle parti (cfr. V. SANGIOVANNI, "*La conciliazione*", p. 227), pur non

pregiudicando la tutela di quella, tra esse, connotata da posizione di debolezza, in considerazione del criterio di vicinanza territoriale sotteso alla nomina del conciliatore stesso, il quale “*fissa 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*” (art. 12, comma 2, Regolamento).

Il procedimento di conciliazione può essere suddiviso in due fasi; la prima assume carattere facilitativo e necessario, tendendo il conciliatore, con gli strumenti e le modalità cui si è fin qui cennato, al raggiungimento di un accordo tra le parti idoneo ad elidere le ragioni della controversia insorta tra le stesse, mediante una ridefinizione dell’assetto dei loro interessi più rapida e omnicomprensiva rispetto ai risultati ottenibili in sede di giudizio ordinario. “*Se la conciliazione riesce, i contenuti dell’accordo sono riportati in apposito processo verbale, sottoscritto dalle parti e dal conciliatore*” (art. 14, comma 1, Regolamento); accordo cui, in caso di mancata esecuzione spontanea, può essere conferita efficacia di titolo esecutivo mediante omologazione, con decreto, da parte del Presidente del tribunale del luogo di svolgimento della conciliazione, previa mera verifica della regolarità formale.

La seconda fase, a carattere tendenzialmente aggiudicativo, è solo eventuale, e presuppone sia il fallimento del precedente tentativo di accordo, sia una “*istanza congiunta delle parti*” a seguito della quale “*il conciliatore formula una proposta rispetto alla quale ciascuna delle parti, se la conciliazione non ha luogo, indica la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare*” (art. 14, comma 2, Regolamento), con successiva stesura di idoneo verbale di fallita conciliazione.

Infine, “*il conciliatore redige un verbale di chiusura delle operazioni*” (art. 14, comma 3, Regolamento) in tutte le ulteriori e diverse ipotesi, ad esempio, in seguito al trascorrere dei 60 giorni previsti quale durata massima della procedura, senza che le parti abbiano manifestato il loro consenso alla proroga.

La disciplina dettata dal Regolamento in tema di costi della conciliazione si caratterizza per un apprezzabile equilibrio tra efficienza ed economicità delle procedure e tutela degli investitori-consumatori. Ai sensi dell’art. 16, costituiscono “*indennità per la fruizione del servizio di conciliazione*” : “*le spese di avvio della procedura*”, che le parti, in misura di 30 euro ciascuna, devono versare alla CCA contestualmente al deposito dei rispettivi atti introduttivi; “*il pagamento del compenso per il conciliatore*”, da determinare in base al valore della controversia secondo gli scaglioni (da un minimo di 40 ad un massimo di 10.000 euro) previsti da apposita tabella annessa al Regolamento; le spese sostenute dal conciliatore per l’esecuzione dell’incarico. Ciò premesso, è previsto che “*quando la*

conciliazione riesce, il pagamento del compenso del conciliatore grava in capo alle parti, che vi sono tenute solidalmente fra loro. In caso di mancata conciliazione, la metà del compenso è posta a carico della Camera” (art. 16, comma 3); tale soluzione sembra, al contempo, suscettibile di tutelare l’investitore, di evitare usi strumentali della procedura a fini meramente dilatori e di incrementare sia la diffusione che, soprattutto, la qualità dei servizi resi dalla CCA, la quale, come si è osservato, è indotta a “scegliere conciliatori particolarmente abili” perché “co-interesata al buon esito della procedura” (V. SANGIOVANNI, “*La conciliazione*”, p. 227), dovendo, in caso di fallimento di quest’ultima, accollarsi parte delle spese.

4. b) *L’arbitrato amministrato. L’arbitrato ordinario (cenni).*

Oltre alla conciliazione, la CCA presso la CONSOB offre, sia pur nell’ambito del menzionato campo d’applicazione, un servizio di arbitrato da lei stessa amministrato, prevedendone due tipi, dei quali il primo è definito dal Regolamento come “*ordinario*”, a differenziarlo del secondo, avente carattere “*semplificato*”.

In generale, l’arbitrato ordinario è disciplinato mediante rinvio alle afferenti norme del codice di procedura civile (artt. 806 e ss.) per gli aspetti non previsti dal Regolamento, o da questo espressamente non derogati; “*ha natura rituale*”, si ispira, “*fermo in ogni caso il rispetto del contraddittorio... a criteri di economicità, rapidità, ed efficienza*” (cfr. artt. 5, d.lgs. 58/1998 e 18, Regolamento). Inoltre, sebbene sia stabilito che esso abbia normalmente “*sede presso la Camera*” (art. 19, Regolamento), è attribuita alle parti la facoltà di optare per una sede differente, a tutela soprattutto del contraente-investitore debole in ossequio al principio di accesso alla giustizia.

Affinché la Camera sia legittimata ad amministrarne lo svolgimento occorre che le parti, che comunque dovranno essere tutte assistite da un legale rappresentante, o ne “*facciano concorde richiesta scritta*”, oppure, come più frequente nella prassi contrattuale, predispongano una “*convenzione di arbitrato che richiami espressamente le norme del decreto legislativo e le disposizioni di attuazione della Consob o faccia comunque rinvio all’arbitrato amministrato dalla Camera*” (art. 17, comma 1, Regolamento); in quest’ultimo caso, ad espressa tutela dell’investitore, il d.lgs. 179/2008, stabilisce, sottendendone la vessatorietà, che detta “*clausola compromissoria... è vincolante solo per l’intermediario, a meno che questo non provi che sia frutto di trattativa diretta*”; salva la prova della sussistenza di quest’ultima, dunque, l’investitore che abbia sottoscritto “*contratti relativi ai servizi e attività di investimento, compresi quelli accessori, nonché i contratti di gestione collettiva del risparmio*”, non sarà dunque obbligato ad aderire all’arbitrato promosso

dall'intermediario in virtù dell'eventuale patto compromissorio in essi contenuto (cfr. art. 6, d.lgs. 179/2008). In assenza di qualunque accordo, sia l'investitore che l'intermediario possono richiedere alla Camera l'attivazione dell'arbitrato mediante deposito degli atti previsti dall'art. 810, comma 1, c.p.c. in tema di *"nomina degli arbitri"*, attendendo l'adesione, secondo modalità analoghe, della controparte, in mancanza della quale la Camera *"informa senza indugio le parti e gli arbitri di non poter amministrare lo svolgimento dell'arbitrato"* (art. 17, comma 2, Regolamento).

Le parti possono procedere alla designazione congiunta di un unico arbitro, come normalmente previsto dal Regolamento, oppure optare per un collegio composto da tre arbitri, di cui il terzo è designato o dagli altri due scelti dalle parti, o congiuntamente da queste ultime. Tutti gli arbitri sono selezionati tra gli iscritti agli elenchi tenuti dalla Camera, alla quale spetta comunque un potere di nomina suppletiva, secondo criteri del tutto simili a quelli già elencati per l'investitura dei conciliatori (cfr. art. 23, comma 4, Regolamento).

Gli arbitri: *"decidono secondo le norme di diritto"* (art. 18, comma 3, regolamento); possono essere ricusati dalle parti nelle ipotesi previste dal codice di rito (art. 815 c.p.c.), nel qual caso, sull'istanza di ricusazione si pronuncia la Camera nel brevissimo termine di 15 giorni (art. 23, comma 1, Regolamento); devono, infine, giungere al lodo entro 120 giorni dalla accettazione della nomina: tale termine è suscettibile di proroga (cfr. art. 25, Regolamento).

"Il lodo è sempre impugnabile per violazione di norme di diritto" (art. 5, comma 4, d.lgs. 179/2008), e, è da ritenersi, "in virtù del generale richiamo alle disposizioni degli artt. 806 ss. c.p.c., ...anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia" (G. GASPARRI, *"La Camera"*, p. 342).

Per ciò che attiene ai costi delle procedure, essi ricomprendono: la *"tariffa per il servizio di arbitrato"* (Allegato al Regolamento), quantificata in 100 euro, che ciascuna parte deve versare alla CCA nella fase introduttiva; gli onorari degli arbitri, a meno di una loro espressa rinuncia al compenso; e il rimborso delle spese da essi sostenute (cfr. art. 27, Regolamento). Con norma di favore per l'investitore, è espressamente sancito che, in caso di soccombenza totale o parziale di quest'ultimo *"non determinata dalla temerarietà della pretesa da questi azionata, gli oneri connessi ai diritti degli arbitri e alle spese di difesa sostenute per ottenere la decisione gravano sulle parti in egual misura"* (art. 27, comma 5, Regolamento).

4. c) *L'arbitrato semplificato.*

L'arbitrato semplificato è una procedura di ADR la cui essenza e i cui scopi sono da ravvisare più che mai negli obiettivi di tutela dell'investitore-risparmiatore e nella sinergica finalità di deflazionare la mole del contenzioso ordinario. Il conseguente procedimento è improntato alla semplicità e duttilità delle forme, alla riduzione dei tempi e dei costi, al carattere sommario della cognizione e alla tendenziale stabilità degli esiti cui quest'ultima perviene. "Tale tipo di arbitrato è teleologicamente preordinato al soddisfacimento di esigenze di economia procedurale, nonché volto ad impedire l'abuso del diritto di difesa da parte del convenuto" (N. SOLDATI, *"La camera"*, p. 427). La sua disciplina si configura come speciale rispetto a quella dell'arbitrato ordinario (cfr. art. 28, comma 2, Regolamento), con in più la confluenza di alcune previsioni proprie del procedimento di conciliazione; nonostante sia "semplificato", l'arbitrato ha comunque natura rituale (cfr. M.L. SERRA, *"Brevi note"*, p. 266).

È lo stesso Regolamento a tratteggiare poi un inquadramento generale dell'istituto, fornendo anche una delimitazione del suo campo di applicazione, sancendo che *"Il procedimento arbitrale semplificato è finalizzato al ristoro del solo danno patrimoniale sofferto dall'investitore in conseguenza dell'inadempimento da parte dell'intermediario degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori mediante la determinazione di un indennizzo"* (art. 28, comma 1).

Legittimato attivo all'avvio della procedura è solo ed esclusivamente l'investitore, che può ricorrervi previa sussistenza dei seguenti presupposti. Innanzitutto, tale possibilità di ricorso *"deve risultare espressamente dal testo della convenzione di arbitrato"*; inoltre, similmente a quanto previsto in tema di conciliazione, v'è anche qui la necessità che l'investitore abbia già presentato un *"reclamo"* all'intermediario, e quest'ultimo vi abbia dato una risposta ritenuta inadeguata, o non l'abbia fornita affatto, nel termine perentorio di 90 giorni, od in quello più breve eventualmente stabilito (cfr. art. 29, Regolamento).

Della certificazione di siffatte condizioni di ammissibilità deve essere munita la *"domanda di accesso alla procedura"*, che per il resto, si sostanzia alla stregua di quanto accade nell'arbitrato ordinario (atti ex art. 810 c.p.c.); parimenti a dirsi per l' *"atto di risposta"* dell'intermediario, cui quest'ultimo deve allegare *"tutta la documentazione afferente al rapporto contrattuale controverso"*, ivi compreso, all'evidenza, il reclamo e l'eventuale risposta fornita. È importante sottolineare che, conformemente al carattere di cognizione sommaria proprio del procedimento, entrambi gli atti introduttivi devono inoltre recare, a pena di decadenza, l'allegazione dei *"documenti offerti in comunicazione"*, con onere di maggiore completezza da imputarsi all'intermediario, il quale, a differenza

dell'investitore, è da ritenersi disponga di più adeguati e completi mezzi al riguardo. Anche nel contesto di tale procedura, alla Camera è attribuito un potere di verifica della “*regolarità formale degli atti e dei documenti*” (art. 30, Regolamento, donde tutti i precedenti riferimenti).

La procedura semplificata, che è affidata sempre ad un arbitro unico, nominato o dalle parti, o, in via suppletiva, dalla Camera, in entrambi i casi secondo le modalità e i criteri propri dell'arbitrato ordinario (art. 31, Regolamento), contempla una udienza a carattere tendenzialmente unico.

In quest'ultima, l'arbitro, “*verifica la regolarità del contraddittorio, interroga liberamente le parti, richiede ad esse, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione*” (art. 32, comma 2, Regolamento); invitando poi le parti stesse a precisare le proprie conclusioni se non sussistono “*particolari condizioni che consiglino la fissazione di una nuova udienza*” (art. 32, comma 3, Regolamento). Infine, delibera il lodo decidendo esclusivamente “*sulla base dei documenti prodotti e tenendo conto degli elementi emersi nel corso dell'udienza*” (art. 33, comma 1, Regolamento). Detto lodo, a sua volta definito dalla rubrica dell'articolo da ultimo citato come “*semplificato*”, è depositato presso la CCA, che lo trasmette alla CONSOB alla quale spetta apporvi un “*visto di regolarità formale*” (art. 33, comma 3, Regolamento).

Come già detto, il procedimento *de quo* può avere, quale oggetto, soltanto l'accertamento dell'inadempimento da parte dell'intermediario degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori, e, quale esito, solo l'attribuzione in favore di questi ultimi di un indennizzo, in ragione del danno patrimoniale patito come effetto diretto e immediato.

Conseguentemente, l'arbitro, ritenuti sussistenti i “*fatti costitutivi*”, dell'inadempimento sulla base delle “*deduzioni formulate dall'intermediario e dei soli documenti introdotti in giudizio*”, pronuncia la condanna all'indennizzo “*nei limiti della quantità per cui ritiene raggiunta la prova*” (art. 33, comma 2, Regolamento).

Dedicando qualche cenno alle opportunità di gravame, a tutela dell'investitore-risparmiatore è invece previsto che questi possa rivolgersi al giudice ordinario per il “*riconoscimento del risarcimento del maggior danno subito in conseguenza dell'inadempimento*” (art. 3, comma 3, d.lgs. 179/2008), sulla base dell'allegazione di fatti e circostanze nuovi rispetto al pregresso giudizio arbitrale semplificato, nella qual sede, invece, l'intermediario è da valutarsi in grado di apprestare una propria esaustiva difesa.

Resta comunque salva la possibilità, sia per l'investitore, che per l'intermediario, di impugnare il lodo, ai sensi dell'art. 829 c.p.c., presso la competente Corte d'appello, la quale, però, non potendo "*mai decidere la controversia nel merito*" (art. 34, Regolamento, in deroga, sul punto, all'art. 830 c.p.c.), dovrà limitarsi ad un giudizio rescindente.

BIBLIOGRAFIA

A. BUSANI, "*Le modifiche statutarie conseguenti alla legge sui diritti degli azionisti*" in *Le Società*, 2010, p. 846 ss.

CIRCOLARE ASSONIME n. 14/2011 "*La nuova disciplina sul funzionamento dell'assemblea delle società quotate*".

A. COLOMBO, "*La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi di investimento*" in *Società*, 2007, p. 8 ss.

F. CUOMO ULLOA, "*La camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob*", in *Contratti*, 2008, p. 1178 ss.

A. GUARINO JR., "*L'attuazione della nuova disciplina del d.lgs. n. 27/2010 alla luce della direttiva 2007/36/CE*", in *Notariato*, 2011, p. 95 ss.

G. GUERRIERI, "*La nuova disciplina dei diritti degli azionisti*", in *Le nuove leggi civili commentate*, 2011, p. 507 ss.

R. GUIDOTTI, "*Art. 125-quater*", in "*La nuova disciplina dei diritti degli azionisti*", in *Le nuove leggi civili commentate*, 2011, p. 672 ss.

G. GASPARRI, "*La Camera di conciliazione ed arbitrato presso la Consob*", in *Rassegna avvocatura dello Stato*, 2010, p. 304 ss.

R. RORDORF, "*Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*", in *Le Società*, 2010, p. 981 ss.

V. SANGIOVANNI, "*La conciliazione stragiudiziale presso la Consob*", in *Rivista dell'arbitrato*, 2010, p. 213 ss.

M.L. SERRA, "*Brevi note sulla disciplina istitutiva della Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob*", in *Studium Iuris*, 2009, p. 262 ss.

N. SOLDATI, "*La camera arbitrale presso la Consob per le controversie tra investitori ed intermediari*", in *Contratti*, 2009, p. 423 ss.

9. Novità nel settore assicurativo e riflessi sull'attività dell'Autorità di vigilanza.

(Andrea Luberti)

Le più recenti novità legislative che hanno interessato il mercato (codice delle assicurazioni e c.d. pacchetti Bersani) non sembrano aver sortito effetti di particolare rilievo in ordine all'equilibrio complessivo tra premi e prestazioni. Per tale motivo, l'anno in corso può essere descritto, dal punto di vista giuridico, come una fase di riflessione, dedicata alla completa attuazione delle riforme introdotte dal codice delle assicurazioni (tramite il completamento del quadro regolamentare in materia assicurativa) e all'elaborazione di nuove proposte finalizzate a una maggiore apertura del mercato. La crisi finanziaria, nel frattempo protrattasi, ha peraltro posto ulteriori problematiche, correlate alla stabilità delle imprese nonché all'acuirsi dei fenomeni inflattivi dei premi, anche in relazione alla difficile situazione economica. L'analisi della legislazione e, più in generale, della normativa sopravvenuta sembra comunque evidenziare (come dimostra la vicenda giudiziaria relativa alle polizze connesse ai mutui immobiliari) scelte regolatorie che hanno perseguito obiettivi rilevanti in relazione più al profilo prettamente quantitativo che a quello qualitativo.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il quadro normativo ed economico. – 3. Le proposte di riforma del settore. – 4. La prevenzione delle frodi. – 5. Le principali innovazioni legislative. – 6. Le novità regolamentari. – 7. L'analisi della giurisprudenza. – 8. Conclusioni.

1. Introduzione.

Nell'ambito del settore assicurativo l'anno appena trascorso, rispetto all'ultimo triennio (contraddistinto da un fermento normativo piuttosto intenso), può essere invece inquadrato come un lasso temporale finalizzato, più che altro, alla completa attuazione delle riforme introdotte dal codice delle assicurazioni, e di quelle immediatamente successive, nonché all'elaborazione di nuove proposte finalizzate a una maggiore apertura del mercato.

Si rammenterà, infatti, che già a breve distanza dall'entrata in vigore del codice il legislatore era intervenuto a più riprese in rapida successione, per di più tramite lo strumento della decretazione d'urgenza, al fine di introdurre misure che, nell'ottica dei promotori, avrebbero dovuto consentire una maggiore apertura del settore, con conseguenti effetti positivi sulla complessiva competizione nel mercato. Più nel dettaglio, con l'articolo 8 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248, il legislatore aveva introdotto il divieto di clausole di esclusiva nell'ambito degli accordi finalizzati alla distribuzione di prodotti assicurativi nel settore r.c. auto. In seguito, l'articolo 5 del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito nella legge 2 aprile 2007, n. 40, oltre a estendere le disposizioni concernenti il c.d. monomandato al complesso dei rapporti di intermediazione, pur se attinenti ai soli rami *non vita*, aveva dettato ulteriori disposizioni tese a modificare, in

senso maggiormente favorevole all'assicurato, la disciplina dell'attribuzione della classe di merito (prevedendo - in estrema sintesi - la conservazione della validità dell'attestato di rischio nonché l'estensione della classe di merito più favorevole ai familiari conviventi) e a garantire il contraente da ingiustificate modificazioni *in peius* della stessa. Inoltre, innovando la disciplina civilistica del contratto di assicurazione, era stata determinata la sostanziale abolizione dei vincoli poliennali, tramite l'attribuzione al contraente di un inderogabile diritto di recesso.

E' noto, altresì, che dette innovazioni erano state a breve termine oggetto di una profonda rimediazione al fine di verificarne la reale efficienza. Le critiche avevano investito *in primis* le previsioni in materia di disciplina dei rapporti di intermediazione (rispetto a cui era stata obiettata la scarsa produttività in relazione a un settore già connotato dall'estrema frammentazione della rete distributiva; nonché il forte ampliamento dei costi sostenuti dalle imprese per la diffusione dei propri prodotti, evidentemente destinati a ripercuotersi sugli assicurati). In relazione alla nuova disciplina dei vincoli pluriennali, poi, era stata rilevata la forte incisione dell'autonomia privata, anche laddove fossero assenti elementi di vessatorietà.

Pertanto, in sede di approvazione di un disegno di legge (effettivamente avvenuta con la legge 23 luglio 2009, n. 99, collegata alla manovra di finanza pubblica) finalizzato a dettare *Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*, mentre si è ritenuto, dopo lunga incertezza, di non dettare ulteriori disposizioni in merito ai rapporti di intermediazione, la disciplina della durata dei contratti di assicurazione è stata nuovamente modificata, in particolare prevedendosi la possibilità di coperture della durata da uno a cinque anni condizionate all'attribuzione di un diritto alla riduzione del premio.

Inoltre, con riferimento a una tra le più importanti innovazioni della codificazione assicurativa (il risarcimento diretto) che, sia pur previsto dall'art. 150 cod. ass., è stato definitivamente attuato tramite il d.p.r. 18 luglio 2006, n. 254, ha destato particolare *strepitus fori* la giurisprudenza della Corte Costituzionale culminata nella sentenza del 10 giugno 2009, n. 180 che ne ha, sia pure con forza ermeneutica di dubbia portata, sostanzialmente affermato il carattere facoltativo, interpretazione successivamente ribadita nell'ordinanza 26 maggio 2010, n. 192.

2. Il quadro normativo ed economico.

Il contesto nel quale si inseriscono le principali innovazioni in materia assicurativa può, comunque, dirsi contraddistinto dall'interazione di taluni elementi innovativi su altri, invece, da tempo ricorrenti nel mercato.

Essi possono essere sintetizzati: (i.) nella protrazione della crisi finanziaria globale; (ii.) nella crescita superiore al tasso medio di inflazione delle tariffe praticate dalle imprese; (iii.) nell'integrazione del mercato finanziario.

Sotto il primo profilo, infatti, il perdurare della crisi finanziaria degli ultimi anni ha, da un lato, richiesto un adeguamento della vigilanza nei confronti degli operatori; dall'altro, con le indubbe ripercussioni sui livelli reddituali della popolazione, amplificato gli effetti negativi degli incrementi delle tariffe praticate dalle imprese.

Deve essere al riguardo rammentato che, con la legge 4 giugno 2010, n. 96 (c.d. Comunitaria 2009), è stata conferita la delegazione legislativa finalizzata all'attuazione della direttiva 2009/138/ CE in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e riassicurazione (*Solvency II*) che, privilegiando i fattori correlati alla gestione dei rischi più che le valutazioni prettamente patrimoniali, potrebbe rivolgersi indirettamente in modo positivo sugli assicurati.

Al contempo, negli ultimi dodici mesi è stato purtroppo possibile registrare il manifestarsi di una pluralità di fenomeni di gravi perdite patrimoniali da parte di tre imprese italiane che ne hanno determinato la messa in liquidazione (tale numero rappresenta, in realtà, un incremento netto rispetto all'anno precedente).

Sotto il versante tariffario, se, da un lato, pare essere stata gettata un'ombra sull'utilità degli interventi legislativi recentemente attuati, dall'altro la conferma delle tendenze degli ultimi anni potrebbe far insorgere il dubbio circa l'ascrizione della detta dinamica a caratteristiche strutturali del mercato italiano non affrontati da alcun intervento legislativo.

Da ultimo, la diffusione di prodotti assicurativi ad alto tasso speculativo e ad altrettanto elevato profilo di rischio, in una congiuntura connotata pur sempre da un elevato numero di imprese in *default*, ha dato la stura a un folto numero di controversie, sorte ad esempio con riferimento alle c.d. polizze *Lehman Brothers* (contratti assicurativi, correlati però, in quanto *unit linked*, ai titoli della nota *merchant bank* liquidata nel settembre 2008).

In proposito, la giurisprudenza si è appalesata particolarmente oscillante ed ondivaga, avendo espresso tesi che vanno dall'ammissibilità di un provvedimento di urgenza avverso il diniego di pagamento della rendita (Trib. Milano, 21 dicembre 2009) alla responsabilità dell'intermediario proponente l'investimento (Trib. Milano, 23 luglio 2010) sino, addirittura, alla nullità del contratto di assicurazione per difetto di causa (Trib. Venezia, 24 giugno 2010). La soluzione, in senso favorevole agli assicurati, delle relative vicende era stata in passato garantita tramite un'azione di *moral suasion* da parte dell'autorità di vigilanza.

Dal punto di vista normativo sovranazionale, invece, a livello comunitario preme segnalare che, con i regolamenti del 24 novembre 2010, numeri 1093, 1094 e 1095, in vigore dal 1 gennaio 2011, è stato portato a termine il processo di ristrutturazione del sistema europeo di vigilanza sul settore finanziario, reso improcrastinabile dai recenti eventi, e in particolare occorre menzionare l'istituzione dell'EIOPA - *Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali*. Inoltre, la Commissione europea ha avviato una consultazione concernente i *packaged retail investment products* (PRIIPS), con l'obiettivo di promuovere una regolamentazione di detti strumenti finanziari che, al fine di formulare una disciplina più protettiva dei risparmiatori, ne consideri in modo adeguato il carattere composito di prodotti allo stesso tempo di investimento e di protezione dal rischio.

3. Le proposte di riforma del settore.

Le ricorrenti innovazioni normative non sembrano, comunque, aver sortito effetti di particolare rilievo sulle tariffe praticate all'utenza da parte delle imprese di assicurazione.

Detta evenienza è stata evidenziata dalla "letteratura grigia" prodotta dalle Autorità indipendenti che *pro rata* risultano investite di funzioni di vigilanza e controllo sulle imprese di assicurazione, vale a dire l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e l'Istituto di vigilanza sulle assicurazioni private. Si rammenta, al riguardo, che, in forza del modello da ultimo consacrato nell'art. 21 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, e in modo speculare rispetto a quanto previsto per il mercato bancario, l'ISVAP - in attesa del più volte adombrato accorpamento ad altre autorità del settore - continua a detenere le funzioni di controllo finalizzato alla stabilità delle imprese e alla correttezza delle imprese e degli intermediari, laddove l'AGCM esercita i poteri, di carattere generale, relativi alla repressione degli abusi di posizione dominante, alle concentrazioni e alle intese restrittive della concorrenza.

Ebbene, nella *Relazione sull'attività svolta nel 2010* dell'Autorità *antitrust* è *expressis verbis* sostenuto che (oltre al dato per cui "gli assetti di governance delle banche e delle assicurazioni presentano una conformazione insoddisfacente sotto il profilo concorrenziale: l'intensità degli intrecci azionari e personali tra imprese concorrenti costituisce una peculiarità nazionale che frena le spinte concorrenziali, riduce la contendibilità del controllo e attenua il rapporto tra capitale di rischio investito e responsabilità") "risulta che il livello dei premi applicati dalle compagnie per i contratti RCA avrebbe conosciuto negli ultimi anni incrementi significativi e generalizzati. In particolare, dal 2009 al 2010 si sarebbero registrati aumenti medi del 15%, con punte sino al 22% per i ciclomotori e di oltre il 30% per l'assicurazione dei motocicli". Sempre la medesima Autorità ha, pertanto, avviato con il provvedimento del 6 maggio 2010, n. 21091,

un'ulteriore indagine conoscitiva sulla concorrenza nel settore r.c. auto e sul risarcimento diretto (tematica, quest'ultima, ormai sostanzialmente annacquata a seguito della citata pronunzia costituzionale), che succede a quella, di identico tenore, già portata a termine nel corso del 2003 e alla altrettanto nota indagine sulla *corporate governance* delle imprese bancarie e assicurative. Al riguardo, la prima indagine aveva attribuito la scarsa concorrenzialità del comparto, oltre che a comportamenti collusivi delle imprese (ritualmente sanzionati in più occasioni da parte della stessa Autorità), principalmente alla configurazione delle reti distributive secondo formule di esclusiva.

Anche l'autorità di settore ha dedicato particolare spazio alle problematiche concernenti il miglioramento del rapporto tra costi e servizi nell'assicurazione obbligatoria r.c. auto.

In particolare, con una *Segnalazione al Parlamento e al Governo in materia di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore* del 29 dicembre 2010, oltre a evidenziare il sostanziale esaurimento degli effetti (temporaneamente) positivi correlati alle riforme del 2006 e del 2007, l'ISVAP ha steso un *cahier de doléances* puntualizzando una serie di innovazioni che dovrebbero contribuire - in un'ottica giustamente collaborativa tra imprese del settore e beneficiari dei servizi - a garantire un più corretto funzionamento del mercato.

A premessa della citata segnalazione sono enunciati i problemi riscontrabili, sotto il profilo assicurativo, soprattutto nelle regioni del Mezzogiorno, contraddistinte da un forte tasso di incidenza delle frodi, dalla elevata ricorrenza dei casi di inottemperanza, o di elusione, all'obbligo di assicurazione nonché da una progressiva rarefazione dell'offerta assicurativa. E' ad esempio riportato che, a livello nazionale, i sinistri individuati come riconducibili a fenomeni criminosi (comprensivi sia degli illeciti denunciati o accertati che di quelli non emersi per mancanza di prove sufficienti) hanno avuto un'incidenza pari al 2,5% rispetto al totale dei sinistri, laddove nella regione italiana maggiormente interessata dal fenomeno l'incidenza è stata pari al 9,6%, quindi quasi al quadruplo.

Deve essere sul punto sottolineato che, lungi dal radicare i propri effetti maggiormente perniciosi nelle sole aree interessate, detti fenomeni presentano rilevanti effetti sul meccanismo di ripartizione del rischio, proprio del funzionamento del mercato assicurativo, soprattutto a seguito della pronunzia con cui la Corte di giustizia europea (sentenza del 28 aprile 2009, causa C-518/06) ha confermato la compatibilità con il diritto comunitario dell'applicazione di sanzioni alle fattispecie di rifiuto ed elusione dell'obbligo a contrarre (art. 314 cod. ass.) da parte delle imprese. Conseguentemente, in considerazione del non ampio margine di personalizzazione del premio consentito alle imprese, non è

inverosimile ritenere che proprio i maggiori costi operativi sopportati in relazione a determinate categorie di assicurati siano destinati a ripercuotersi sulla politica tariffaria a livello nazionale.

Sotto il profilo del risarcimento del danno, nella *Segnalazione* oltre che (i.) un intervento normativo finalizzato a ribadire l'esclusività del risarcimento diretto, sono invocate misure idonee a (ii.) ridurre, pur senza arrivare ad assicurare alle imprese del settore una vera e propria franchigia, l'incidenza delle lesioni di minima o bagatellare entità, nonché a (iii.) garantire l'uniformità e il contenimento dei risarcimenti erogati in relazione alle lesioni di non lieve entità. A quest'ultimo proposito deve ricordarsi che nel corso del 2011 è intervenuta l'importante pronunzia (Cass., sez. III, 7 giugno 2011, n.12408) che ha affermato, nelle more dell'attuazione dell'art. 138 cod. ass., la necessità di ricorrere a criteri risarcitori uniformi su tutto il territorio nazionale. Detti criteri sono stati individuati nelle tabelle risarcitorie predisposte dal Tribunale di Milano, superando sia il criterio equitativo puro che quello, basato sul precedente giurisprudenziale, del punto medio di invalidità. La suprema corte ha sottolineato, in particolare, che il ricorso alle tabelle ambrosiane risulta essere maggiormente aderente alla più recente evoluzione giurisprudenziale che ha valorizzato a fini risarcitori la compromissione di interessi non patrimoniali tutelati giuridicamente, anche ulteriori rispetto alle mere lesioni biologiche.

Tale opzione, tuttavia, determina di fatto l'incremento di circa un terzo dell'ammontare dei risarcimenti erogati in occasione di sinistri stradali rispetto alla tecnica del punto medio.

Peraltro, nel consiglio dei ministri del 3 agosto 2011 è stato approvato il d.p.r. recante la tabella delle menomazioni all'integrità psicofisica comprese fra i dieci e i cento punti di invalidità e del conseguente valore pecuniario da attribuire ad ogni singolo punto, comprensiva dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto leso, che dovrebbe determinare un contenimento degli indennizzi erogati in caso di sinistro e, conseguentemente, delle tariffe delle imprese.

Sempre dal punto di vista risarcitorio, questa volta in relazione ai danni di carattere meramente patrimoniale, è caldeggiata (iiii.) l'incentivazione - sia pure senza arrivare ad affermarne l'obbligatorietà - del risarcimento in forma specifica quale forma di *restitutio in integrum* da parte delle imprese.

Ulteriori misure proposte dall'ISVAP mirano a combattere altri fenomeni patologici determinanti il non corretto funzionamento del mercato a danno delle imprese, come, ad esempio, (v.) l'adozione di misure finalizzate a impedire la contraffazione dei certificati assicurativi (tra cui la dematerializzazione degli stessi); (vi.) l'inasprimento delle sanzioni

correlate alla circolazione in mancanza di copertura assicurativa; (vii.) la possibilità, per le imprese, di ricorrere a una rete coordinata di banche dati, comprendente quella istituita presso l'ISVAP stesso e quelle gestite, ad altro titolo, da parte di soggetti privati, sotto la supervisione di una costituenda Agenzia specificamente finalizzata alla repressione delle frodi assicurative (su cui *amplius ultra*); (viii.) l'introduzione dell'obbligo per il danneggiato di mettere a disposizione dell'impresa, per un determinato periodo di tempo, il veicolo destinato alla riparazione e (ix.) la possibilità per le imprese di superare i termini previsti per la liquidazione del danno in caso di sospetta frode. Inoltre, sempre al fine di diminuire l'incidenza di fattispecie criminose, è richiamata (x.) la necessità di provvedere in modo tempestivo alla segnalazione alla Motorizzazione Civile dei veicoli abbandonati, essendo gli stessi sovente utilizzati per finalità decettive.

Sotto il profilo del corretto funzionamento del mercato, si evidenzia la necessità di (xi.) superare il meccanismo del rinnovo tacito del contratto di assicurazione che, pur se introdotto al fine di consentire la circolazione del veicolo in epoca successiva al periodo di scadenza della copertura annuale, determina una riduzione dell'incentivo alla ricerca di migliori condizioni contrattuali.

Da ultimo, è suggerita (xii.) una profonda rivisitazione del c.d. sistema *bonus - malus*. In effetti, la conferma dell'inefficienza della riforma dell'attribuzione delle classi di merito operata nel corso del 2007 può essere agevolmente rinvenuta nelle osservazioni dell'Autorità, secondo cui le eccessive agevolazioni nei confronti degli assicurati all'acquisizione o alla conservazione delle classi maggiormente favorevoli finiscono, paradossalmente, per danneggiare i soggetti effettivamente virtuosi, su cui è fatta gravare la maggiore rischiosità complessiva degli appartenenti, solo nominalmente, alla classe.

Nelle *Considerazioni Conclusive* della *Relazione sull'attività svolta nell'anno 2010* l'ISVAP ha sostanzialmente confermato le proposte già auspiccate, evidenziando i profili problematici relativi all'incremento delle tariffe (è stato esposto un aumento del 4,5% della raccolta dei premi che dovrebbe, stante la parità del numero di veicoli assicurati, evidenziare un analogo incremento del premio medio) nonché alla rarefazione della presenza delle imprese nel Mezzogiorno.

I dati economici e le riforme sopra esposte sono stati, da ultimo, ripresi a livello parlamentare in un'*Indagine conoscitiva sulle determinanti della dinamica del sistema dei prezzi e delle tariffe, sull'attività dei pubblici poteri e sulle ricadute sui cittadini consumatori*, tenuta da una Commissione straordinaria del Senato, che ha visto il coinvolgimento di una serie di autorità ed operatori del settore, e che ha dedicato un

approfondimento anche alla tematica concernente l'abbinamento di polizze assicurative a contratti di mutuo (*cf. supra*).

4. La prevenzione delle frodi.

Come sopra premesso, la prevenzione delle frodi nel settore assicurativo rappresenta, secondo la quasi totalità degli operatori del settore, uno dei presupposti fondamentali per pervenire all'auspicata riduzione dell'incremento annuale delle tariffe quantomeno al livello dell'inflazione media. Rimane, tuttavia, fortemente in discussione il *modus operandi* con cui, in concreto, sia possibile pervenire a tale risultato.

In particolare, è dibattuto se sia da ritenersi necessaria l'istituzione di uno specifico organismo pubblicistico, ovvero se la novità auspicata non si risolva in un'inutile superfetazione, essendo al contrario preferibile l'effettiva applicazione o, al massimo, il rafforzamento di misure normative (anche penali) già vigenti.

Seguendo la seconda impostazione, misure volte a prevenire il fenomeno delle frodi in materia di micro-invalidità conseguenti a sinistri stradali sono state adottate con il decreto legge 31 maggio 2010 n. 78, convertito nella legge 30 luglio 2010 n. 122. In particolare, in sede di conversione, intervenuta con la legge 30 luglio 2010, n. 122, è stato introdotto un art. 10 *bis* recante una nuova fattispecie criminosa in relazione "*agli esercenti una professione sanitaria che attestano falsamente uno stato di micro-invalidità conseguente ad incidente stradale da cui derivi il risarcimento del danno connesso a carico della società assicuratrice*". È stato inoltre previsto, con formulazione enfatica, che il Ministero dello sviluppo economico sia deputato ad accertare e a riferire al Parlamento l'attuazione da parte delle imprese della riduzione dei premi r.c. auto in ragione dei risultati conseguiti con l'applicazione delle nuove previsioni sanzionatorie.

Pare peraltro evidente la sostanziale sovrapposizione della norma alle ipotesi delittuose che, anche in precedenza, consentivano di incriminare il falso in atto pubblico, o in certificazione amministrativa, e la truffa in danno delle imprese di assicurazione. Inoltre sembra paradossale l'inasprimento della repressione criminale delle sole frodi concernenti le micro-invalidità, e non la totalità delle truffe assicurative comprensive di illeciti maggiormente rilevanti, tra l'altro, sotto il profilo finanziario.

Nel corso del 2011 sia la Camera che il Senato hanno poi iniziato l'esame di un disegno di legge (che rappresenta, a ben vedere, il consolidamento di una serie di proposte già in passato presentate da diversi schieramenti politici) recante *Misure di contrasto e prevenzione dei fenomeni fraudolenti nel settore assicurativo e istituzione del Comitato nazionale contro le frodi nel settore assicurativo*.

In particolare, il comitato sarebbe istituito presso l'ISVAP, dovrebbe essere finanziato da un contributo fiscale gravante sui premi assicurativi, e sarebbe composto da otto membri nominati con decreto del Ministro dello sviluppo economico, scelti in rappresentanza degli enti pubblici e privati e delle categorie imprenditoriali e professionali interessate. Le funzioni del comitato sono individuate nel compito di prevenire il fenomeno delle frodi nel settore assicurativo utilizzando un centro elaborazione dati per l'inserimento e per l'analisi di informazioni connesse alle truffe, nonché tramite l'accesso alle banche dati di organismi, enti e istituzioni che operino in materie analoghe o affini o, comunque, siano di interesse per il medesimo comitato, tra cui i *database* dell'ISVAP, del Casellario centrale infortuni presso l'INAIL, della motorizzazione civile, dell'ACI, nonché alle banche dati del settore assicurativo, di quello creditizio e di quello finanziario.

Il comitato avrebbe inoltre il compito di riferire semestralmente al Ministero dello sviluppo economico e, nel caso di accertamento di frodi, di rimettere all'autorità giudiziaria la documentazione raccolta per il successivo esercizio dell'azione penale, informandone le imprese assicuratrici interessate.

La proposta di legge non ha raccolto unanimi consensi, pur a fronte della riportata concordia di opinioni sull'opportunità dell'adozione di misure *ad hoc*.

In effetti, i poteri incardinati in capo al neonato comitato paiono non concretare una vera e propria funzione di amministrazione attiva, quanto piuttosto di analisi, studio e relazione, di tal che può discutersi sull'effettiva utilità di istituire un'ulteriore struttura per l'esercizio di dette attività, soprattutto in considerazione del previsto finanziamento del comitato con un contributo gravante sui premi assicurativi e la conseguente, potenziale ricaduta in termini di incremento delle tariffe per gli assicurati.

Anche sotto il profilo dell'introduzione di specifiche misure finalizzate alla prevenzione di fenomeni fraudolenti il progetto *in itinere* si rivela alquanto deficitario. In proposito, occorre sottolineare che dal testo originario della proposta è stata espunta la previsione di specifiche misure concernenti le "*frodi sulle richieste di risarcimento e di indennizzo, sulle polizze e sulla documentazione necessaria alla stipulazione di un contratto di assicurazione*", necessarie per la repressione di fattispecie criminose, quali i furti di identità nella stipulazione di contratti di assicurazione ovvero le sostituzioni dei veicoli. Probabilmente la decisione di sfrondare tali disposizioni dalla discussione può essere ascritta alla volontà di esaminare in modo unitario il complesso dei fenomeni fraudolenti nel settore finanziario. Tuttavia, dal momento che il decreto legislativo 11 aprile 2011, n. 64, che ha introdotto disposizioni finalizzate alla prevenzione delle frodi nel settore del credito al consumo, con specifico riferimento al furto d'identità, ha affrontato esclusivamente i

fenomeni decettivi inerenti la propria *sedes materiae*, ne è risultato che, paradossalmente, risulta sguarnito da adeguati presidi normativi proprio il settore per cui da lungo tempo era invocato uno specifico intervento legislativo.

5. Le principali innovazioni legislative.

Per quanto concerne le misure normative effettivamente introdotte, occorre rammentare, in relazione al potenziale impatto negativo sulle tariffe praticate dalle imprese, il decreto legislativo 6 maggio 2011, n. 68 che, in attuazione del c.d. federalismo fiscale di cui alla legge 5 maggio 2009, n. 42, ha dettato *Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario*. La disposizione che qui interessa è l'art. 17 che, con la condivisibile *ratio* di ricollegare la potestà impositiva alle funzioni in concreto curate, ha attribuito alle province il gettito dei tributi connessi al trasporto su gomma, e in particolare l'imposta sulle assicurazioni r.c. derivante dalla circolazione dei veicoli a motore, al contempo qualificando detta imposta come tributo proprio derivato delle stesse province e consentendo a queste ultime l'incremento dal 12,5% al 16% dell'aliquota impositiva. Sia pure sistematicamente coerente con l'attribuzione agli enti territoriali di un ampio margine di autonomia impositiva, il risultato finale del disegno non è esente da perplessità nei limiti in cui enfatizza un'imposizione gravante su un mercato già da tempo oggetto di interventi normativi finalizzati al contrario a ridurre l'incidenza dei premi. In particolare, costituisce un principio consolidato nella dottrina economica, in presenza di una curva di domanda rigida, o scarsamente elastica, come quella relativa a una copertura obbligatoria, l'imposizione indiretta è di norma traslata sui consumatori finali del bene o servizio tassato (nel caso di specie, gli assicurati). Inoltre, tali effetti economici sono determinati in un momento storico in cui, al contrario, è in atto una riflessione, anche a livello parlamentare, sull'opportunità di conservare gli enti che ne sarebbero beneficiari.

Unitamente alla riferita proposta di contribuzione finalizzata all'istituzione di un comitato di sorveglianza sulla gestione delle banche dati utilizzate per la prevenzione degli illeciti nel settore, detta misura conferma la ricorrente contraddittorietà della politica legislativa in materia assicurativa, connotata dall'adozione di misure particolarmente incisive dell'autonomia degli operatori ma, al contempo, della scarsa attenzione dedicata alla politica fiscale come leva per realizzare le auspiccate diminuzioni tariffarie.

Per completezza, data la parziale attiguità con la materia assicurativa, deve da ultimo essere menzionata l'introduzione delle polizze di assicurazione disciplinate dal decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79 (codice del turismo). In particolare, l'art. 19 prevede

l'obbligo di assicurazione per le agenzie di viaggio e turismo in relazione agli obblighi contrattuali assunti. L'art. 50 ha invece istituito due diverse forme di assicurazione, l'una obbligatoria (relativa alla responsabilità per inadempimento dell'organizzatore o dell'intermediario) l'altra, facoltativa, che garantisce, nei viaggi all'estero, il rientro del turista e il rimborso del prezzo in caso di decozione dell'operatore.

6. Le novità regolamentari.

Con l'emanazione di quattro regolamenti attuativi del codice delle assicurazioni è proseguito anche nel corso del 2011 il completamento del *regulatory framework* in materia assicurativa. Peraltro, come osservato anche nella *Relazione* sulla gestione dell'ISVAP (depositata dalla Corte dei conti il 16 luglio del 2010), detti interventi regolatori sono stati attuati senza che sia stato ad oggi emanato il regolamento, previsto dall'art. 23, comma 4, della legge 262/05, sulle modalità di consultazione pubblica degli atti normativi.

Nel mese di luglio 2010 è stato, inoltre, reso noto dall'ISVAP l'elenco delle norme di interesse generale che gli intermediari assicurativi comunitari sono tenuti ad osservare per l'esercizio dell'attività nella Repubblica Italiana.

Gli ultimi atti normativi emanati nel corso del 2010 hanno avuto direttamente ad oggetto la tutela del consumatore e gli obblighi di comportamento delle imprese. Il riferimento è al Regolamento ISVAP del 9 marzo 2010, n. 34, che ha dettato disposizioni in materia di promozione e collocamento a distanza di contratti di assicurazione, e al Regolamento ISVAP del 26 maggio 2010, n. 35, concernente la disciplina degli obblighi di informazione e della pubblicità dei prodotti assicurativi. In particolare detto ultimo atto normativo ha affrontato l'annosa tematica dello svolgimento di attività di intermediazione assicurativa da parte delle banche (c.d. *bancassicurazione*) che, dopo essere stata presa in considerazione dalla normativa secondaria di settore, è stata espressamente consacrata dal codice delle assicurazioni. Il codice ha previsto l'iscrizione delle banche, unitamente agli altri intermediari finanziari, in una specifica sezione (*D*) del registro degli intermediari assicurativi. In seguito, laddove il codice limitava lo svolgimento dell'attività di intermediazione ai soli prodotti assicurativi standardizzati, il Regolamento ISVAP n. 5/2006, in materia di intermediazione assicurativa, pur nell'ambito di un regime sostanzialmente restrittivo nei confronti delle banche (che non possono iscriversi in altra sezione del registro, né collaborare con altri intermediari) ha abilitato le stesse a distribuire anche contratti assicurativi non standardizzati, anche se solo all'interno dei propri locali e sempre che i soggetti incaricati rivestano la qualità di agenti di assicurazione.

Particolarmente tormentata è risultata poi la vicenda concernente la disciplina delle polizze di assicurazione accessorie a contratti di finanziamento (in particolar modo mutui immobiliari).

Nella prassi contrattuale, le banche sono infatti solite intermediare contratti di assicurazione, molto spesso stipulati con società *captive*, volti a prevenire rischi potenzialmente incidenti sulla capacità reddituale del beneficiario di un finanziamento a lungo termine. Tuttavia, la formale indipendenza del rapporto assicurativo rispetto a quello di finanziamento aveva fatto dubitare della compatibilità di detta prassi con la disciplina, a tutela del consumatore, in materia di estinzione anticipata dei contratti bancari e di surrogazione nei mutui immobiliari, introdotta dalle c.d. leggi Bersani, e oggi confluita negli articoli 120 *bis* e seguenti del testo unico bancario ad opera dell'art. 4, comma 2, del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141. Infatti, pur a fronte della cessazione del rapporto di finanziamento, il consumatore sarebbe stato tenuto al versamento dei premi concernenti la polizza di assicurazione accessoria, con ciò evidentemente esercitandosi un forte deterrente alla - altrove auspicata - mobilità nell'ambito dei rapporti di durata nel settore creditizio.

La soluzione di detta problematica è stata offerta dall'art. 49 del Regolamento ISVAP n. 35/2010 che, recependo sollecitazioni più volte inoltrate alle imprese (tra cui preme ricordare le *Considerazioni Conclusive* del Presidente dell'ISVAP alla *Relazione sull'attività svolta nell'anno 2007*, la *Lettera al mercato* del 23 luglio 2008, sempre promanante dall'autorità di vigilanza, le *Linee guida per le polizze assicurative connesse a mutui e altri contratti di finanziamento* indirizzate ai propri associati dalla federazione ABI-ANIA il 22 ottobre 2008) ha espressamente previsto l'obbligo per le imprese, nel caso di estinzione anticipata o di trasferimento del mutuo o del finanziamento, di restituire all'assicurato la parte residua di premio ovvero, in alternativa, di trasferire la copertura assicurativa sino alla scadenza.

Diversa, ma connessa questione, è quella relativa ai costi sostenuti dai consumatori (allo stesso tempo assicurati e acquirenti dell'immobile) quale forma di remunerazione per l'intermediazione svolta dalla banca in relazione all'acquisizione del prodotto assicurativo. Sotto tale aspetto, l'ISVAP aveva più volte contestato l'eccessivo ammontare delle provvigioni percepite dagli istituti di credito in occasione della stipulazione di contratti assicurativi accessori a finanziamenti. Pare evidente, comunque, come nel caso di specie la problematica si risolvesse in una valutazione sostanzialmente economica del merito della transazione, laddove il tema, precedentemente affrontato, dell'incidenza del contratto assicurativo sull'estinzione del finanziamento era più direttamente attinente alla lesione della libertà di contrattazione.

Inoltre, sembra da non pretermettere la considerazione che, di norma, la garanzia assicurativa è accessoria all'erogazione di un credito da parte dell'intermediario finanziario, il che rende l'operazione economica percepibile come un *unicum*, anche sotto il profilo del costo sostenuto, da parte del contraente.

Tuttavia, dette considerazioni non sono state fatte proprie da parte dell'autorità di vigilanza che, sempre in occasione dell'emanazione del Regolamento 35 (art. 52), novellando l'art. 48 del Regolamento n. 5/2006 in materia di intermediazione e, in particolare, l'art. 48, comma 1 sui conflitti di interesse, ha drasticamente precluso alle banche la possibilità di svolgimento di tali operazioni economiche, e in particolare *“di assumere, direttamente o indirettamente (...) la contemporanea qualifica di beneficiario o di vincolatario delle prestazioni assicurative e quella di intermediario del relativo contratto in forma individuale o collettiva”*.

L'assoluta preclusione espressa dalla norma appariva comunque ultronea. Al riguardo, la disciplina regolamentare in materia di conflitto di interessi nell'intermediazione vieta espressamente all'intermediario *“di effettuare operazioni in cui hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto, anche derivante da rapporti di gruppo o da rapporti di affari propri o di società del gruppo. Qualora il conflitto non risulti evitabile, gli intermediari operano comunque in modo da non recare pregiudizio agli interessi dei contraenti”*.

La norma, più rigorosa persino delle norme civilistiche in materia di procura o di mandato, non sembrerebbe però spingersi sino alla condanna di ogni rapporto contrattuale con imprese collaterali alla banca che agisca in veste di intermediario. Si consideri, ad esempio, che, nell'ambito della rappresentanza, sinanco il contratto con lo stesso rappresentante è consentito laddove espressamente autorizzato ovvero predeterminato nel contenuto da parte del preponente.

Nel caso di specie, poi, non sembra neanche ravvisabile un vero e proprio conflitto tra la posizione dell'intermediario e quella del consumatore. Infatti, non appare corretto ritenere che l'intermediazione di un contratto assicurativo da parte di un soggetto che ne sarà avvantaggiato costituisca *sempre e comunque* un danno per l'assicurato. A prescindere dal dato per cui la misura della provvigione non risulta essere un ineludibile conseguenza dell'operazione economica, occorre osservare come la norma preclusiva, restringendo ulteriormente uno dei più moderni canali intermediativi, avrebbe determinato l'obbligo per il contraente di procurarsi *aliunde* la copertura, con notevole aggravio di attività giuridica ed economica.

Oltre che per i riferiti motivi di carattere sostanziale, la norma era stata altresì impugnata, da parte di imprese del settore e di associazioni rappresentative delle stesse, per ragioni squisitamente procedimentali, consistenti nel dato che la stessa era stata introdotta in modo estemporaneo nel testo emanato e in precedenza reso noto, con ciò violandosi la procedura di pubblica consultazione prevista dall'art. 191, comma 4, del codice delle assicurazioni.

L'impugnazione è stata in effetti accolta dal TAR del Lazio (sentenze 33031, 33032, 33033 e 33044 del 27 ottobre 2010), che ha censurato la mancata consultazione, senza prendere posizione nel merito della legittimità del provvedimento. In proposito, si rammenta tuttavia il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa (*cf.* da ultimo Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 213) vieppiù consolidatosi dopo l'emanazione del codice del processo amministrativo, secondo cui la prassi dell'assorbimento dei motivi è inammissibile se non in base al principio dispositivo, ovvero laddove sia effettuato in favore del gravame maggiormente satisfattivo per il ricorrente. La limitazione della censura al solo profilo formale ha pertanto precluso la possibilità di una valutazione sull'opportunità della misura, tant'è che, pur in assenza di gravame da parte dell'ISVAP, quest'ultimo il 16 dicembre 2010 ha riproposto una consultazione di identico tenore rispetto alla norma caducata. Nella relazione alla consultazione l'Autorità ha poi ribadito con particolare pervicacia la propria contrarietà a dette operazioni contrattuali, sottolineando come appaia evidente che *"la funzione di queste polizze sia quella di proteggere la banca/ente finanziatore, nonostante il relativo costo sia a carico del cliente"* e che *"la situazione evidenziata determina uno sviamento dell'intermediario dal perseguimento degli interessi del cliente, ponendo lo stesso in una situazione di grave conflitto di interessi"* dimostrato dal dato per cui *"è emerso che le aliquote provvigionali percepite dalle banche si attestano su livelli medi del 51% del premio, con punte dell'80%, a fronte del 19% percepito dalle agenzie assicurative"*. Sempre la tematica delle polizze abbinate a finanziamenti ha costituito lo spunto per un'ulteriore indagine dell'ISVAP, avviata con una *Lettera al mercato* del 29 aprile 2011.

7. L'analisi della giurisprudenza.

Degna di nota appare, per i suoi effetti sostanziali sulla configurazione dei prodotti assicurativi, la pronuncia della Corte di giustizia europea (sentenza del 1 marzo 2011, causa C-236/09) con cui è stato invalidato, a far data dal 21 dicembre 2012, l'art. 5, n. 2, della direttiva 2004/113/CE. Detta previsione, nell'ambito della disciplina finalizzata ad assicurare la parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso a beni e servizi, consentiva agli Stati

membri di ammettere, in ragione dell'influenza del genere sui fattori di rischio rilevanti in materia assicurativa, differenze proporzionate nei premi e nelle prestazioni, secondo la disciplina dettata in Italia dall'articolo 55 *quater* del Codice delle pari opportunità, introdotto dall'articolo 1 del decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 196 e attuata dal Regolamento ISVAP del 12 maggio 2009, n. 30.

In particolare, secondo la Corte di giustizia l'autorizzazione alla deroga (in via transitoria, ma senza limiti di tempo) sarebbe stata contrastante con i principi di parità e di non discriminazione garantiti dall'art. 6, n. 2, del Trattato UE.

In considerazione del riferito arresto non è, tuttavia, arduo ipotizzare la probabile crescita dei premi assicurativi, quale risultato della combinazione dell'espunzione di fattori statistici rilevanti nei settori *vita* (prima connotato da condizioni meno favorevoli per le donne) e *non vita* (ove era riscontrabile la situazione statistica opposta).

8. Conclusioni.

L'analisi della legislazione, della normativa secondaria e della giurisprudenza relativa al settore assicurativo mostra, nel complesso, un intervento particolarmente energico di tutti gli operatori del diritto, che tuttavia non sembra allo stato aver raggiunto l'obiettivo di migliorare, in favore dei consumatori, l'equilibrio complessivo tra premi e prestazioni.

La possibilità di pervenire ad un assetto più efficiente risulta, quindi, condizionato dalle future innovazioni regolatorie, ed in particolare dal perfezionamento del processo di integrazione tra i vari comparti del settore finanziario (bancario, assicurativo, mobiliare e previdenziale), nonché dall'eliminazione dell'eccessiva frammentazione e produzione normativa anche all'interno dello stesso mercato assicurativo.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Il nuovo codice delle assicurazioni, Dossier mensili di Guida al diritto*, Milano, 2005

AA.VV., *I prodotti finanziari bancari ed assicurativi - in ricordo di Gaetano Castellano, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2008

D. AGUS, *La regolazione del mercato assicurativo - Quaderni del Giornale di diritto amministrativo*, Milano, 2007

G. ALPA (a cura di), *Le assicurazioni private*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* fondata da W. BIGIARI, Torino, 2006

- S. AMOROSINO, *I profili pubblicistici del nuovo Codice delle assicurazioni: disciplina di settore e potere di regulation dell'ISVAP*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, p. 1249
- S. AMOROSINO e L. DESIDERIO (a cura di), *Il nuovo codice delle assicurazioni - commento sistematico*, Milano, 2006
- M. BIN (a cura di), *Commentario al codice delle assicurazioni - Decreto Legislativo 7 settembre*, Padova, 2006
- O. CAGNASSO, *Il codice delle assicurazioni private tra codice civile e codice del consumo*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2009, p. 899
- A.D. CANDIAN, *Il nuovo Codice delle assicurazioni e la disciplina civilistica del contratto di assicurazione: tendenze e "resistenze"*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 1289
- P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, in *Studi in onore di N. Lipari*, Milano, 2008, pp. 553 – 555
- M. DE POLI, *Trasparenza assicurativa e nota informativa nel nuovo codice delle assicurazioni*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, II, p. 17
- A. DONATI e G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, VIII ed., Milano, 2006
- P. MARANO e M. SIRI (a cura di), *La regolazione assicurativa dal codice ai provvedimenti di attuazione*, Milano, 2009
- G. MORBIDELLI, *Il potere regolamentare dell'ISVAP dopo il Codice delle assicurazioni*, in A. PISANESCHI e L. VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione - Scritti per Giovanni Grottanelli de Santi*, Collana di studi "Pietro Rossi" dell'Università di Siena, Milano, 2007, p. 897

10. Garante della *privacy* e tutela del consumatore: tecniche di controllo e ambiti di più recente incidenza.

(Francesco Longobucco)

*Il contributo mira essenzialmente a ricostruire l'attività di intervento della Autorità garante della protezione dei dati personali sia in termini di consolidamento di quanto già svolto negli anni passati sia di innovazione nei settori che più da vicino riguardano la tutela del consumatore. Il binomio *privacy*-consumatore è analizzato attraverso il filo conduttore delle diverse tecniche di tutela: procedimentalizzazione, consenso informato, controllo e riequilibrio delle posizioni soggettive, educazione preventiva del consumatore, effetto di trascinamento delle decisioni del Garante sulla giurisprudenza onoraria e di merito. Sullo sfondo si staglia, altresì, l'analisi della più recente normativa comunitaria in materia di *e-privacy*. Un rapido accenno è dedicato, infine, alle questioni nevralgiche della internazionalizzazione e comunitarizzazione del "diritto alla *privacy*"; delle differenze con il sistema statunitense (alla ricerca di un possibile connubio in Europa tra private e public enforcement delle situazioni coinvolte); della tutela del consumatore nel quadro di un giusto equilibrio tra autodeterminazione informativa e autoresponsabilità informativa; in ogni caso, della leale collaborazione tra Poteri.*

SOMMARIO: 1. Effettività della *privacy* e tutela del consumatore. I principali settori di intervento (2010-2011): l'attività di consolidamento. Autonomia, procedimentalizzazione, consenso informato. Controllo e riequilibrio delle posizioni soggettive: la leale collaborazione tra Poteri. – 2. L'educazione preventiva del consumatore: il caso del Registro delle opposizioni. I fax selvaggi, gli sms pubblicitari e il c.d. "danno da *spamming*": l'effetto di trascinamento delle decisioni del Garante sulla giurisprudenza onoraria e di merito. – 3. La nuova frontiera della telemedicina e la tutela del paziente-consumatore: la cartella elettronica, il *Dossier* sanitario e il Fascicolo Sanitario Elettronico. Il connubio tra regolazione del Garante e deontologia medica. – 4. La c.d. *e-privacy* nella più recente normativa europea [Direttiva 2009/136/CE e Risoluzione (2011/2025(INI)]. I risultati attesi. Gli obiettivi da consolidare. – 5. Rilievi conclusivi: a) le questioni scaturenti dalla internazionalizzazione e comunitarizzazione del "diritto alla *privacy*"; b) le differenze con il sistema statunitense; c) tutela del consumatore e giusto equilibrio tra *autodeterminazione informativa* e *autoresponsabilità informativa*: una sfida per il prossimo futuro.

1. Effettività della *privacy* e tutela del consumatore. I principali settori di intervento (2010-2011): l'attività di consolidamento. Autonomia, procedimentalizzazione, consenso informato. Controllo e riequilibrio delle posizioni soggettive: la leale collaborazione tra Poteri.

La Relazione tenuta lo scorso giugno dal Garante per la protezione dei dati personali, relativa all'attività svolta dall'Autorità nel 2010, prende il titolo «Uomini e dati». L'espressione non è peregrina poiché, come il Garante stesso sottolinea, «gli uomini e i loro dati non possono essere scissi in mondi diversi: i dati non sono solo il prodotto degli uomini e

della capacità di comunicare e di organizzare, ma costituiscono oramai una parte essenziale del loro modo di essere». L'osservazione, peraltro, mostra i suoi riverberi oggi più che mai anche sul settore dei diritti dei consumatori del quale in questa sede si intende specificatamente dare conto. È ormai diffusa la consapevolezza, infatti, che la c.d. *privacy* rappresenta nel campo della tutela dei consumatori un tema nuovo di crescente interesse. Consumatori ed utenti dimostrano interesse nel valutare le politiche di *privacy* di fornitori di servizi, produttori ed imprese. Il contributo che le regole sulla protezione dei dati personali possono dunque offrire alla costruzione di un proficuo rapporto tra cittadino ed impresa e la funzione che esse possono svolgere quale fattore chiave in termini di competitività sono rilevanti. Ma il consumatore, prima ancora che uno *status* della moderna società, incarna un valore fondamentale: il consumatore è persona e sulla base di tale assunto va verificata prevalentemente l'attitudine della normativa italo-comunitaria, della giurisprudenza e dei provvedimenti dell'Autorità, delle varie autonomie a disciplinare efficacemente il fenomeno in esame.

In questo contesto meritoria appare l'attività svolta dalla Autorità italiana nei diversi settori che più da vicino sono in grado di interessare la persona fisica – talvolta anche giuridica – nella sua attività di fruitore diretto di beni e servizi. Si pensi, per esemplificare, al problema delle telefonate pubblicitarie indesiderate e al recente decollo del c.d. Registro delle opposizioni. Alle complesse e spesso impalpabili questioni sollevate da Internet e dalle nuove tecnologie “*cloud computing*”, dai sistemi di videosorveglianza, dal fenomeno dei *social networks*⁵. Si pensi, ancora, al settore della sanità e della ricerca scientifica e farmacologica, soprattutto alla luce della considerazione che l'utente del SSN è – da alcune pronunce di merito – considerato a buon diritto “consumatore” al fine della individuazione del foro competente⁶. Vengono poi in rilievo le esigenze di semplificazione per le imprese⁷ e, in virtù della ormai acquisita dimensione civica della nozione di consumatore, anche la trasparenza *on line* della p.a.⁸.

⁵ Tra le più rilevanti: motori di ricerca, *Google Street View* quale mezzo di geolocalizzazione, tecnologie a radiofrequenza - Rfid, *Google Buzz*, *Facebook* e *social networks*, *forum* e *blog*, c.d. furto di identità, profilazione *on line*.

⁶ Assumono rilievo le questioni del fascicolo sanitario elettronico, dei referti medici via *mail*, delle prenotazioni e ritiro analisi in farmacia, del progetto di sorveglianza epidemiologia sui militari in Bosnia, della raccolta di dati sull'Hiv negli studi medici, della tenuta delle cartelle cliniche, ecc.

⁷ In questo contesto particolare menzione va fatta al trasferimento di dati all'estero, alla previdenza, alle agenzie di *rating* e ai controlli sui conflitti di interesse, alla semplificazione degli adempimenti, alle informazioni commerciali.

⁸ Si pensi alla sempre crescente diffusione di dati su immobili di proprietà di enti pubblici, alla trasparenza degli emolumenti pubblici, alla banca dati sulla pedofilia, ai registri delle persone senza fissa dimora, alle misure di sicurezza per l'Anagrafe tributaria, alla interconnessione e sicurezza delle banche dati, alla tutela della riservatezza nel processo e nell'attività di mediazione.

Ovviamente non è possibile in questa sede dare conto di tutti i provvedimenti adottati nelle materie poc'anzi menzionate – molti dei quali costituiscono «un consolidamento» dell'attività svolta negli anni pregressi (cfr. p. 7 ss. del Discorso del Presidente Francesco Pizzetti, Roma 23 giugno 2011). Piuttosto, appare invece particolarmente proficuo utilizzare quale filo conduttore dell'analisi quello delle diverse tecniche di intervento.

In tale direzione numerosi risultano, anzitutto, i provvedimenti emanati dal Garante che investono il tema delicato della procedimentalizzazione dei dati e del c.d. consenso informato della persona cui il trattamento si rivolge (cfr., per esempio, il provvedimento del 4 marzo 2010, Doc. web n. 1721214 in tema di trattamento di dati personali nei servizi di assistenza telefonica; il provvedimento del 26 marzo 2010, Doc. web n. 1727662 in tema di *marketing* e consenso per l'invio di comunicazioni via *e-mail*; il provvedimento del 27 aprile 2010, Doc. web n. 1722683 in tema di autorizzazione per uno studio epidemiologico senza consenso informato). La negoziazione, consapevole e libera, dell'*an* e del *quomodo* del trattamento dei dati personali diviene condizione ormai indispensabile, in un contesto economico e sociale nel quale gli operatori pubblici e privati sono sempre più orientati a privilegiare l'impiego delle tecnologie telematiche e digitali anche nell'ambito delle contrattazioni di massa e della fornitura di servizi di interesse generale. In questa dimensione, i poteri di intervento riconosciuti al Garante per la protezione dei dati personali concorrono a garantire, in un sistema integrato di tutele, il riequilibrio delle posizioni soggettive nel rapporto fra titolare e interessato. Non è allora azzardato pensare ad un'Autorità che – al pari dei giudici – possa esercitare un controllo di legittimità e di meritevolezza sugli atti di autonomia dei consumatori in funzione di equilibrare dall'esterno le posizioni soggettive del “consumatore” e del “professionista”.

Di qui, da un lato, l'opportunità di un'inversione di tendenza nell'assetto delle regole del trattamento dei dati personali, in funzione di una conformazione delle tecniche negoziali e dei modelli di circolazione dei dati alle concrete opportunità ed esigenze di tutela e sviluppo della persona.

Dall'altro, la necessità di incrementare la leale collaborazione tra Poteri dello Stato (legislatore, attività di *regulation* e paragiurisdizionale della Autorità, decisioni delle Corti) nel comune obiettivo della massima tutela persona costituzionalmente protetta.

2. L'educazione preventiva del consumatore: il caso del Registro delle opposizioni. I fax selvaggi, gli sms pubblicitari e il c.d. “danno da spamming”: l'effetto di trascinarsi delle decisioni del Garante sulla giurisprudenza onoraria e di merito.

L'intervento del Garante punta sempre maggiormente l'accento anche sulla educazione preventiva. È infatti noto che oggi quella all'educazione risulta una prerogativa fondamentale del consumatore specificatamente codificata dall'art. 4 c. cons. (d.lg. 6 settembre 2005, n. 206), a tenore del quale *«l'educazione dei consumatori e degli utenti è orientata a favorire la consapevolezza dei loro diritti e interessi, lo sviluppo dei rapporti associativi, la partecipazione ai procedimenti amministrativi, nonché la rappresentanza negli organismi esponenziali. Le attività destinate all'educazione dei consumatori, svolte da soggetti pubblici o privati, non hanno finalità promozionale, sono dirette ad esplicitare le caratteristiche di beni e servizi e a rendere chiaramente percepibili benefici e costi conseguenti alla loro scelta; prendono, inoltre, in particolare considerazione le categorie di consumatori maggiormente vulnerabili»*. A questo proposito basti pensare che nell'anno in corso si sono registrate le prime applicazioni del c.d. Registro delle opposizioni, entrato in funzione il 1 febbraio e gestito dalla Fondazione Bordoni. Invero, malgrado l'iscrizione, i cittadini continuano ad essere contattati in violazione delle regole del Registro. Pertanto, nella direzione di un rafforzamento dell'educazione preventiva del consumatore più debole – certamente minata dal sistema *opt-out* (gli abbonati esprimono la volontà di non ricevere questo tipo di chiamate) – la recente emanazione del Provvedimento del 24 febbraio 2011 (in G.U. 16 marzo 2011, n. 62), contenente modelli di puntuale informativa e di richiesta del consenso specifico e attuale dei clienti alle chiamate promozionali, assolve all'obiettivo di garantire la preventiva e consapevole cognizione del consumatore circa l'esistenza del Registro e delle relative modalità di iscrizione nello stesso.

Rimangono certamente aperte numerose questioni connesse all'ancora prematuro rodaggio del sistema: segnatamente, come sottolinea lo stesso Garante, la difficoltà di definire la catena delle responsabilità di fronte a trattamenti che vedono coinvolti una pluralità di soggetti, dalle imprese interessate ai *call center*, la necessità di estendere il sistema anche ai c.dd. fax selvaggi e al *marketing* postale, l'opportunità di consentire l'iscrizione nel Registro a tutti coloro che non vogliono essere infastiditi da comunicazioni commerciali via telefono senza limitazioni di sorta, l'incremento della funzione deterrente delle sanzioni pecuniarie o non applicabili nei casi di trasgressione.

Probabilmente, come sottolineano le stesse Associazioni dei consumatori, l'adesione delle imprese a sistemi di autoregolamentazione debitamente pubblicizzati potrebbe consentire una maggiore effettività del sistema in esame e una riduzione dei fenomeni di pubblicità aggressiva oggi espressamente vietati dall'art. 24 c. cons. (in tale prospettiva si pensi al Codice di Autoregolamentazione contenente *“Norme per la regolamentazione del trattamento dei dati estratti dagli elenchi di abbonati per fini di invio di materiale*

pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale, mediante l'impiego del telefono”).

Di là dall'istituzione e funzionamento del Registro delle opposizioni, poi, rimane fondamentale l'attività del Garante in altri settori in qualche misura connessi al *marketing* aggressivo. Si pensi ai c.dd. fax selvaggi. Un nuovo provvedimento del Garante (del 7 aprile 2011, Doc. web n. 1810207) si aggiunge a quelli emessi nel corso degli anni (tra i più recenti, cfr. il provvedimento del 3 febbraio 2011, i Docc. web nn. 1719901 e 1719891 del 26 marzo 2010 e il Doc. web n. 1729175 del 6 maggio 2010) in materia di pratiche *spamming* via fax per promuovere iniziative commerciali. Quest'ultimo provvedimento conferma il principio per il quale «a prescindere da dove vengano estratti i recapiti, chiunque invii messaggi promozionali mediante sistemi automatizzati (fax, *e-mail*, sms, mms), è sempre obbligato a raccogliere preventivamente il consenso specifico ed informato dei destinatari». Segnatamente, con il provvedimento in discorso, il Garante è intervenuto per dichiarare illecito e inibire il trattamento da parte di una società (titolare del trattamento) che inviava fax promozionali mediante modalità automatizzate a terzi, senza fornire un'ideonea informativa (art. 13 del Codice della *privacy*), senza ottenere il relativo consenso (art. 130, commi 1 e 2) e in assenza di un idoneo recapito presso il quale l'interessato potesse esercitare i diritti riconosciuti all'art. 7 (art. 130, comma 5), posto che anche per l'invio di messaggi promozionali mediante telefax occorre il consenso informato e specifico dell'interessato (a prescindere dalla natura, di persone fisiche o giuridiche, dei destinatari delle comunicazioni). Nel caso di specie, il provvedimento è stato emesso «nei confronti di una società che, sebbene conservasse all'estero i dati personali e li gestisse in modalità remota, utilizzava in modo prevalente e per le funzioni più importanti un apparato di rete (*fax gateway*) collocato sul territorio italiano». Conseguentemente, l'azienda in questione era tenuta al rispetto della normativa del Codice della *privacy* e quindi ad acquisire il preventivo consenso dei destinatari delle comunicazioni inviate via fax. Quanto ad un lecito trattamento dei dati, il Garante ha prescritto le seguenti condizioni: *a*) predisposizione, per ogni messaggio in uscita, di un riquadro (*template*) nel quale riportare un'ideonea informativa; *b*) verifica dell'esistenza di un consenso preventivo, specifico e informato dei destinatari delle comunicazioni promozionali; *c*) invio di un'adeguata documentazione al Garante entro trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento sanzionatorio.

Nella stessa ottica meritoria appare l'opera della giurisprudenza sia di merito sia onoraria che si è pronunciata in tema di sms pubblicitari e di c.d. “danno da *spamming*”. Gli sms pubblicitari, se non richiesti, violano la *privacy* dell'utente e sono dunque illegali. Del pari, l'invio di posta elettronica indesiderata è illegittimo sotto due profili: da un lato per la

scorrettezza e l'illiceità del trattamento dei dati personali e dall'altro perché provoca una illegittima intrusione nella sfera privata del soggetto destinatario e ciò costituisce una lesione delle sua riservatezza. L'effetto di trascinamento dei provvedimenti del Garante sulle sentenze emesse anche in tempi recenti risulta sempre più palpabile. La tutela del consumatore – sotto il particolare aspetto in esame – appare sempre più radicata nella *background* delle Corti ed attesta un costante dialogo ed una generale concordia tra le stesse ed il Garante.

3. La nuova frontiera della telemedicina e la tutela del paziente-consumatore: la cartella elettronica, il Dossier sanitario e il Fascicolo Sanitario Elettronico. Il connubio tra regolazione del Garante e deontologia medica.

Un altro settore di recente interesse, ai fini della presente indagine, nel quale emerge sempre più il problema della tutela della riservatezza, è quello della c.d. telemedicina. Si accennava, infatti, che anche in giurisprudenza è diffuso il convincimento dell'equiparabilità dell'utente del SSN al "consumatore" nella prospettiva di una maggiore tutela dello stesso (Trib. Napoli, 9 giugno 2007).

Con il termine telemedicina si intende l'erogazione di una prestazione medica "a distanza", priva cioè di un contatto diretto tra medico e paziente. I campi di applicazione sono molteplici ed in via di espansione. Pertanto, in un momento nel quale la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie pongono al centro della relazione terapeutica il consenso informato del paziente, l'introduzione di questa nuova modalità di erogazione della prestazione medica reca con sé numerosi interrogativi. Tra questi la tutela della *privacy* e l'accesso ai dati sensibili del paziente: la telemedicina richiede infatti una smaterializzazione dell'informazione medica, funzionale alle esigenze del SSN, ma potenzialmente in contrasto con le esigenze di tutela del paziente.

L'attuale legislazione in materia di protezione dei dati personali e di trasmissione degli stessi per via telematica non sembra del tutto idonea rispetto a tale specifico settore. Se da un lato il Titolo V del Codice della *privacy* dedica una qualche attenzione al trattamento dei dati personali in ambito sanitario, ponendo l'accento sull'informativa e sul consenso, si pone per esempio la questione della sicurezza nella trasmissione dei dati del paziente, che potrebbe arginarsi attraverso il sistema della firma digitale. Il che si impone, per esempio, quando i dati vengano raccontati nella c.d. clinica elettronica ("*electronic patient record*", nel lessico del legislatore comunitario), ossia in un «fascicolo virtuale che contiene i documenti clinici e le informazioni passate, presenti e future legate alla salute fisica e mentale del paziente». Gli aspetti più discussi, ossia quelli inerenti la legittimazione all'accesso ai dati e

L'impiego dei medesimi in situazioni di urgenza, sono stati messi a fuoco da parte del Garante in occasione della regolamentazione del fenomeno dei referti medici *on line*, sfociato nell'adozione di *Linee guida in tema di referti on line* (2009) e delle *Linee guida in tema di Fascicolo sanitario elettronico e dossier sanitario* (2009). In tema di referti *on line* il Garante ha messo in luce come l'adesione al servizio dovrà essere facoltativa ed il referto elettronico non sostituirà quello cartaceo, il quale rimarrà comunque disponibile presso la struttura ospedaliera. L'assistito dovrà dare il suo consenso sulla base di una informativa chiara e trasparente la quale metta in evidenza tutte le caratteristiche del servizio ed i rischi ad esso correlati. Il referto resterà a disposizione *on line* per un massimo di quarantacinque giorni e dovrà essere accompagnato da un giudizio scritto e dalla disponibilità del medico a fornire ulteriori indicazioni su richiesta dell'interessato. Per fornire il servizio, le strutture sanitarie pubbliche e private dovranno adottare elevate misure di sicurezza tecnologica (utilizzo di *standards* crittografici, sistemi di autenticazione forte, convalida degli indirizzi *e-mail* con verifica *on line*, uso di *password* per l'apertura del *file*) e, nel caso offrano la possibilità di archiviare e continuare a consultare via *web* i referti, dovranno anche sottoporre ai pazienti una ulteriore specifica informativa e acquisire un autonomo consenso. È fatta salva, inoltre, l'applicabilità delle norme in tema di firma elettronica e documento informatico. Il *file*, in ogni caso, non potrà essere aperto in assenza di una *password* fornita all'uopo e diretta a mettere al riparo da accessi non autorizzati.

Eguali problemi suscita l'introduzione – con il Provvedimento generale dd. 16 luglio 2009 – del Fascicolo sanitario elettronico (FSE) e del *Dossier* sanitario. Si tratta di sistemi volti a conservare i dati sanitari del paziente, i quali potranno essere elaborati tramite la compartecipazione di una pluralità di soggetti e andranno a formare la sua storia clinica. Sono tre gli aspetti che destano maggiore interesse nella prospettiva di una futura implementazione dei sistemi di telemedicina: l'individuazione dei soggetti effettivamente legittimati al trattamento dei dati e all'accesso ai medesimi (specialmente ove operanti in zone geografiche diverse tra loro); la necessità di disporre dei dati sanitari di un individuo in situazioni di urgenza; il trasferimento dei dati in questione all'estero. Il principale criterio di legittimazione del trattamento e di individuazione della responsabilità (civile, penale, ecc.) del sanitario, come opportunamente osserva il Garante, è e rimane quello teleologico, ossia la (esclusiva) finalità di cura, dal momento che non esiste allo stato una previsione legislativa che regolamenti l'impiego di tali strumenti per gli scopi amministrativi propri delle Regioni o degli organi centrali dello Stato, salvo che siano direttamente correlate all'erogazione della prestazione sanitaria richiesta dal paziente. Non va sottaciuto che l'efficacia dell'intervento

regolativo del Garante non può che essere auspicabilmente incrementata attraverso le misure introdotte per il tramite della deontologia medica.

4. La c.d. e-privacy nella più recente normativa europea [Direttiva 2009/136/CE e Risoluzione (2011/2025(INI)]. I risultati attesi. Gli obiettivi da consolidare.

Non può farsi un rapido cenno anche al settore della c.d. *e-privacy*, soprattutto quando ad essere coinvolti siano direttamente le fasce più deboli di utenti: si pensi ai minori e agli adolescenti.

Sotto tale profilo va certamente segnalata – e accolta con favore – l’entrata in vigore della Direttiva 2009/136/CE (nota come «*e-Privacy*», che a sua volta aggiorna le Direttive 2002/58/CE e 2002/22/CE e il Regolamento CE 2006/2004 e da attuarsi entro il 25 maggio 2011). Essa si prefigge l’obiettivo di aumentare la protezione della *privacy*, per rendere meno invasive particolari forme di *marketing*. In particolare, gli utenti dovrebbero esprimere un consenso affinché le varie attività in rete vengano salvate nei *cookies* (c.d. attività di tracciamento).

Il Web 2.0, i *social networks* e gli *smartphones* hanno inoltre indotto il Parlamento Europeo a rispondere alle nuove sfide poste alla protezione dei dati personali con una Risoluzione basata su un approccio globale [approvata il 22 giugno 2011: (2011/2025(INI))]. Un punto fondamentale è riuscire a fare in modo che le norme dell’UE in materia di protezione dei dati siano applicabili e vincolanti per tutti i cittadini dell’Unione, a prescindere dalla possibile collocazione della società o del *server* interessati. I settori che meritano particolare attenzione attengono alle seguenti attività: 1) rafforzare i diritti delle persone; 2) rafforzare la dimensione “mercato interno”; 3) rivedere le norme nell’ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale; 4) rafforzare l’assetto istituzionale per un’applicazione effettiva delle norme di protezione dei dati; 5) rafforzare la dimensione globale della protezione dei dati. Inoltre, in linea con la valutazione del Garante europeo della protezione dei dati (GEPD), è fondamentale considerare due questioni basilari: *a*) la protezione deve essere efficace, certa in ogni circostanza ed essere indipendente rispetto alle maggioranze politiche di un determinato periodo; *b*) il quadro deve essere stabile sul lungo periodo e qualora sia necessario porre dei limiti all’esercizio del diritto, deve trattarsi di casi eccezionali, debitamente giustificati e che non incidono mai sugli elementi fondamentali del diritto stesso.

Sullo sfondo si staglia, tra l’altro, il significativo sondaggio pubblicato da ENISA, l’Agenzia per la sicurezza informatica dell’UE, pubblicato nel gennaio 2010 e relativo alla

privacy, sicurezza, fiducia, reputazione, monitoraggio, meccanismi di *accountability*, consenso distribuito in servizi *on-line* e studio sulle questioni legate alla sicurezza e alla *privacy* riguardanti i nuovi tipi di *cookies online*. In questo senso si mettono in rilievo le seguenti necessità. Anzitutto, fare opera di sensibilizzazione e istruire, in modo particolare i minori, sull'uso ragionevole delle tecnologie. Identificare, inoltre, i modi per aumentare la protezione dei dati senza ostacolare la funzionalità di *Internet* e senza imporre nuovi oneri burocratici e finanziari alle aziende. Una rete *Internet* sicura e in espansione rappresenta un vantaggio sia per le aziende sia per i consumatori. Ancora: identificare i modi per tutelare la *privacy* senza proteggere le attività criminali o creare nuove opportunità per commettere reati (c.d. *cybercrime*).

In ragione di quanto osservato, la Commissione europea ha invitato gli operatori Tlc, i fornitori di servizi *internet*, gli Stati membri, le Autorità nazionali responsabili della protezione dei dati, le organizzazioni di tutela dei consumatori e altre parti interessate a esprimersi sulla necessità di introdurre regole pratiche supplementari per garantire che le violazioni dei dati personali siano notificate in modo coerente in tutta l'Unione. La direttiva *e-privacy*, su richiamata, stabilisce che gli operatori e i fornitori di servizi *internet*, nel caso di violazione dei dati personali in loro possesso, sono tenuti a informare tempestivamente le Autorità nazionali e i propri clienti. La Commissione, pertanto, ha avviato una campagna di consultazione (i contributi possono essere inviati entro il 9 settembre 2011) al fine di raccogliere impressioni basate sulle pratiche esistenti e sulle prime esperienze legate all'applicazione delle nuove norme e potrebbe successivamente proporre regole pratiche per chiarire in quali casi le violazioni devono essere notificate, quali sono le procedure da seguire e quali i formati da utilizzare. Scopo della consultazione è raccogliere opinioni su elementi specifici. Si parte dalle circostanze, ossia in che modo le organizzazioni si conformano, o intendono conformarsi, al nuovo obbligo derivante dalle norme in materia di Tlc; alla individuazione dei tipi di violazioni che farebbero scattare l'obbligo di informare l'abbonato o la persona interessata e di esempi delle misure di tutela che possono rendere i dati inintelligibili. Alle procedure: il termine per la notifica, le modalità di notifica e la procedura da applicare ai singoli casi. Per arrivare ai formati: il contenuto della notifica all'Autorità nazionale e alla persona interessata, i formati *standard* esistenti e la possibilità di introdurre un formato europeo *standard*. La Commissione desidera anche raccogliere informazioni in merito alle violazioni transfrontaliere e al rispetto di altri obblighi europei relativi alle violazioni di sicurezza.

Il quadro tracciato rende ragione – come sottolineato da più parti a livello europeo – dell'attuale difficoltà di tutelare il c.d. "*droit à l'oubli*", letteralmente "diritto all'oblio",

evitando tuttavia l'idea di una *privacy* quale «odierna riga nera della censura» (così definita dai suoi massimi detrattori). Le nuove normative collocano certamente l'UE all'avanguardia della *privacy* digitale e potrebbero influenzare altri Paesi, dato che l'argomento è sempre più scottante e controverso. La posizione dell'UE potrebbe avere effetti non indifferenti su società come *Facebook*, che hanno milioni di utenti in Europa (*Facebook* ha rifiutato di concedere un'intervista sull'argomento).

Restano in ogni caso da consolidare nei prossimi anni i seguenti principali obiettivi:

- 1) promuovere la capacità degli utenti di decidere in piena consapevolezza se accettare o meno le condizioni offerte dai produttori di servizi;
- 2) introdurre il rispetto della *privacy* in modo *standard* nel *design* stesso dei programmi informatici (c.d. "*privacy by design*"), così da facilitare le procedure di notifica e di verifica da parte delle Autorità di controllo;
- 3) assegnare alle imprese la responsabilità di sviluppare le competenze e le procedure di controllo indispensabili per garantire la realizzazione dei due punti precedenti;
- 4) armonizzare i profili istituzionali dei Garanti europei (tutti dovrebbero godere di ampia indipendenza e di reali poteri sanzionatori);
- 5) proteggere il diritto alla *privacy* dei cittadini europei a livello globale, sia vietando che i loro dati vengano trasferiti verso Paesi che non offrono sufficienti garanzie, sia promuovendo l'adozione di *standards* comuni;
- 6) rendere più trasparenti le norme con cui i Governi raccolgono e scambiano dati sui propri cittadini ai fini di reprimere ma anche di prevenire il crimine;
- 7) migliorare la modalità di comunicazione sulla *privacy on line* da parte delle imprese;
- 8) assicurare ai consumatori il risarcimento del danno per qualsiasi lesione dovessero aver subito a causa di inadempienze relative all'utilizzo di dati personali o all'utilizzo non autorizzato;
- 9) infine, introdurre nuovi diritti specifici relativi al mondo digitale per garantire una maggiore tutela dei consumatori: per esempio, il diritto all'oblio e quello alla portabilità dei dati.

5. Rilievi conclusivi: a) le questioni scaturenti dalla internazionalizzazione e comunitarizzazione del "diritto alla privacy"; b) le differenze con il sistema statunitense; c) tutela del consumatore e giusto equilibrio tra autodeterminazione informativa e autoresponsabilità informativa: una sfida per il prossimo futuro.

Le problematiche di rilevante interesse, alle quali si è fatto cenno, andrebbero risolte oggidi in una dimensione internazionale ed europea, che incrementi la leale collaborazione tra le Autorità degli Stati membri (specie tra AGCM e Autorità della *privacy*) Ciò ferma restando l'autonomia delle *Authority* nazionali e comunitarie, come di recente ribadito dalla Corte di giustizia europea (cfr. Corte giust., Grande Sezione, 9 marzo 2010, c. 518/07,

Commissione europea c. Repubblica Federale di Germania) e, come rimarcato in precedenza, tra le stesse Autorità e le Corti nazionali e sovranazionali.

Tale considerazione appare supportata da un'inevitabile dato positivo. Si pensi infatti che, nel nostro sistema, il fondamento normativo del diritto alla riservatezza risiede oggi nell'art. 117, comma 1 – come sostituito dall'art. 3, comma 1, l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, recante “*Modifiche del Titolo V della parte seconda della Costituzione*”. La norma richiamata stabilisce che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato [...] nel rispetto degli obblighi internazionali». Pertanto, in virtù di questa nuova “clausola di rinvio”, si può sostenere l'avvenuta costituzionalizzazione anche del diritto alla *privacy*, in quanto, appunto, tutelato espressamente dall'art. 8 CEDU.

In questa sede non è possibile offrire contezza dell'attività svolta dal Garante a livello comunitario e internazionale. Ma tale attività appare certamente proficua. Numerosi sono stati gli interventi all'interno del Gruppo delle Autorità per la *privacy* europee (“Gruppo Articolo 29”) in tema di: nuovi servizi offerti da *Google*; direttive del “Pacchetto Telecom” che introducono nuove regole relative anche all'uso dei *cookies* ed al tracciamento degli utenti; tecniche di profilazione legate alla “pubblicità comportamentale” (*behavioural advertising*); riforma della direttiva UE sulla *privacy*; “regole vincolanti di impresa” per i trasferimenti di dati all'interno delle multinazionali; utilizzo negli Usa, a fini di lotta al terrorismo, della banca dati europea del sistema *Swift* sulle transazioni finanziarie; stato di attuazione della direttiva sulla conservazione dei dati di traffico (attraverso un'attività congiunta di indagine coordinata dall'Autorità italiana). Ulteriore attività è stata profusa dal Garante italiano nei gruppi sulla protezione dei dati in sede OCSE e presso il Consiglio d'Europa. È proseguita, inoltre, l'attività già iniziata dalla Conferenza internazionale delle Autorità di protezione dati tesa alla definizione di *standards* internazionali in questo ambito, e quella nell'ambito delle Autorità di controllo Schengen, Europol, Eurodac e soprattutto nel WPPJ (gruppo di lavoro appositamente istituito dalle Autorità garanti europee per la tutela dei cittadini nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia sotto la Presidenza del Garante italiano).

Quanto sommariamente indicato offre uno spunto importante per ribadire che il panorama composito delle fonti dell'ordinamento induce attualmente, con sempre maggiore urgenza, a rafforzare il rapporto tra disciplina dei procedimenti regolativi e diritto interno, comunitario e globale. Lo studio dell'interazione e dell'equilibrio tra regolazione interna, comunitaria e internazionale richiede pertanto di vagliare approfonditamente il significato della leale cooperazione tra regolatori nazionali e Autorità comunitarie in procedimenti composti europei o, ancora, la conformazione dei procedimenti regolativi interni su base

comunitaria. In quest'ottica il riferimento ad un *humus* di principi comuni – quali quello dello scopo, della proporzionalità, della ragionevolezza del trattamento dei dati – potrebbe fungere da collante assiologico delle tutele in favore del consumatore. Nel confronto poi – oggi sempre più sollecitato – tra il panorama continentale e quello statunitense diventa dirimente prendere atto delle innegabili differenze tra i sistemi. Negli Stati Uniti, sembra che la tendenza sia “*privatizzante nell'interesse generale*”, laddove in Europa i poteri sono concentrati nelle mani di un soggetto amministrativo e pubblico. Il privato non ha ancora eccessivi poteri di auto-difesa e la penalizzazione delle libertà individuali del prossimo resta saldamente in mano al controllo statale, con tendenza “*pubblicizzante nell'interesse particolare*”. Si tratta, come è stato notato, di strade ancora lontane e distinte per raggiungere, dopotutto, destinazioni e obiettivi già condivisi specie sul fronte delle nuove tecnologie informatiche che investono la dimensione dell'intero pianeta.

In tutto ciò non è da sottovalutarsi il ruolo della legislazione “tradizionale” (la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e quella sulle clausole abusive) al fine della tutela della *privacy* dei consumatori. La maggior parte dei consumatori non legge abitualmente le condizioni sulla *privacy* riportate nei contratti a causa della loro lunghezza, complessità di scrittura e conseguente difficoltà di lettura. Questo comporta l'inconsapevolezza dei propri diritti da parte degli utenti all'atto di sottoscrizione dei contratti. Si impone così la necessità di modificare i contratti da stipulare: evitare l'informazione alluvionale, migliorare le condizioni generali e semplificarne l'accessibilità utilizzando un linguaggio semplice e appropriato, che consenta ai consumatori di autorizzare eventualmente con consapevolezza il trattamento dei propri dati. La vera sfida del prossimo futuro – nel predisporre sempre nuove tecniche di tutela – è quella, allora, di raggiungere anche nel settore del *consumerism* un giusto equilibrio tra *autodeterminazione informativa* e *autoresponsabilità informativa*, evitando di scaricare ogni responsabilità sulle spalle dei soggetti più vulnerabili.

BIBLIOGRAFIA

CAVALLA Z., *Osservazioni sulla commerciabilità dei diritti della personalità*, in *Contr. impr.*, 2010, spec. p. 657 ss.

CHIRIACO I., *Autonomia negoziale e dati personali*, Napoli, 2010

FABBRINI F., *Il diritto dell'Ue e l'indipendenza delle autorità nazionali garanti della protezione dei dati*, in nota a Corte giust., 9 marzo 2010, c. 518/07, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 1028 ss.

FANUELE C., *Conservazione di dati genetici e privacy: modelli stranieri e peculiarità italiane*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 117 ss.

FILAURO C., *Telemedicina, cartella clinica elettronica e tutela della privacy*, in *Danno resp.*, 2011, p. 472 ss.

GLIATTA G., *Il diritto alla privacy in ambito medico: trattamento dei dati sensibili e fascicolo sanitario elettronico*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 682 ss.

MANTELERO A., *Adolescenti e privacy nella scuola ai tempi di Youtube*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 139 ss.

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, spec. p. 715 ss.

VITERBO F.G., *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008

11. La funzione *antitrust* dalla tutela del mercato alle garanzie per i consumatori: problematiche interpretative e prospettive applicative più recenti in materia di “impegni”.

Introduzione.

Nel contesto delle riforme che, nel passato recente, hanno contribuito al rafforzamento e allo sviluppo dell'attività di *enforcement* dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, un ruolo di prim'ordine riveste l'istituto delle *decisioni con impegni* codificato nella legislazione antitrust e dal 2007 anche in materia di pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole e comparativa illecita.

Non mancano analogie nella struttura e nelle finalità delle procedure ma altrettanto significative risultano le differenze. L'esame della struttura della procedura tiene conto, innanzitutto, dei presupposti di ammissibilità ricostruiti in via giurisprudenziale nella legislazione antitrust e codificati nella locuzione “manifesta scorrettezza e gravità” nel codice del consumo e nel d. lgs. 145/2007; e successivamente del vaglio di idoneità degli impegni a rimuovere i profili di illegittimità contestati nell'atto di avvio del procedimento.

La giurisprudenza più recente pone in risalto la sussistenza di nodi problematici che investono profili procedurali (ovvero la garanzia del contraddittorio e il diritto del consumatore di partecipare al procedimento) e sostanziali (il profilo di pertinenza degli impegni alla infrazione contestata, i limiti di contenuto degli stessi, la natura negoziale o di provvedimento amministrativo della decisione di accettazione degli impegni).

La rassegna dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nell'anno 2010-2011, con particolare riguardo all'utilizzo della procedura con impegni, evidenzia il ricorso sempre crescente a tale modello di chiusura del procedimento.

Sono “tangibili benefici” che ne discendono per i consumatori e i vantaggi per l'impresa in termini di risparmio di costi e di pubblicità positiva ma d'altra parte non può sottacersi il rischio di vedere compromessa la funzione deterrente della sanzione, aggravato dalla difficoltà di

monitorare il rispetto degli impegni resi vincolanti nei confronti del professionista in luogo dell'accertamento dell'infrazione.

A) Il difficile bilanciamento tra principio di autocorrezione e funzione deterrente nella “procedura con impegni” in materia *antitrust*.

(Marianna Scali)

*Il lavoro affronta le principali e più attuali problematiche interpretative in tema di procedure con “impegni” nella materia *antitrust* (art. 14-ter della l. 287/1990). In particolare ci si sofferma sui caratteri e sui limiti che incontra l'Autorità nell'esercizio del suo potere discrezionale con riferimento alla valutazione sull'ammissibilità del ricorso alla procedura e, successivamente, sull'idoneità degli impegni presentati. L'analisi viene condotta attraverso una rassegna della giurisprudenza che, sulla scia dei principi comunitari, nonché coniando nuove regole, ridisegna i confini dei poteri dell'Autorità, suscitando riflessioni su potenzialità e limiti della funzione *antitrust*.*

SOMMARIO: 1. La procedura con impegni in materia *antitrust*: l'inquadramento normativo e le principali problematiche interpretative. – 2. Il vaglio preventivo sull'ammissibilità dell'impegno. – 3. Giudizio di idoneità, discrezionalità e suoi limiti nell'interpretazione giurisprudenziale. – 4. La portata contenutistica delle decisioni con impegni: se sia possibile “oltrepassare” l'effetto meramente ripristinatorio. – 5. Riflessioni conclusive sulla natura giuridica: accordo o provvedimento amministrativo?

1. La procedura con impegni in materia *antitrust*: l'inquadramento normativo e le principali problematiche interpretative.

Fuor di dubbio, una delle novità più significative che si riscontrano nell'ambito del processo di riforma che ha investito ruolo e funzione dell'Autorità Antitrust, è stata l'introduzione delle c.d. *decisione con impegni*.

Tale procedura, in particolare, consente al soggetto che si assume aver leso le regole concorrenziali la possibilità di sottrarsi al procedimento *antitrust* e all'eventuale sanzione, qualora presenti impegni idonei a rimuovere gli effetti pregiudizievoli della propria condotta. In tal modo, si intende perseguire un duplice obiettivo: da un lato, contribuire al rafforzamento del ruolo dell'Autorità quale garante dell'attuazione del diritto nazionale e comunitario della concorrenza e, dall'altro, stimolare procedure di autocorrezione nell'ottica di responsabilizzare gli agenti del mercato.

L'istituto in esame, noto al diritto comunitario già dal 2003, viene introdotto nel nostro ordinamento solo con primo decreto Bersani (d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in l. 4 agosto 2006, n. 248), che aggiunge un articolo 14-ter all'interno della legge 287/1990.

Il primo comma di tale disposizione, in particolare, prevede che: entro 3 mesi dalla notifica di avvio dell'istruttoria per violazione degli articoli 2 e 3 della legge 287/1990 o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possano presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria e che l'Autorità, valutata l'idoneità dei medesimi, possa, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza l'accertamento dell'infrazione

Il secondo comma precisa che, qualora l'impresa non rispetti gli impegni presentati e resi obbligatori, l'Autorità Antitrust possa irrogare una sanzione pecuniaria pari al 10% del fatturato.

Tale disposizione è stata ulteriormente specificata dalla delibera 12 ottobre 2006, n. 16015 che l'Autorità si è autovincolata a rispettare.

Secondo tale delibera, la procedura che porta ad una decisione con impegni si articola in tre fasi.

La prima ha inizio su istanza dell'operatore economico al quale è stato notificato l'avvio della istruttoria per l'accertamento dell'infrazione.

Nella seconda fase, l'Autorità, qualora non ritenga sussistenti presupposti per il rigetto degli impegni per manifesta infondatezza, dispone la pubblicazione sul sito internet. Nella medesima delibera viene fissato il termine entro il quale dovrà essere adottata la decisione, salvo proroga.

Dalla data di pubblicazione della delibera decorre il termine entro il quale i terzi interessati potranno presentare le proprie osservazioni scritte (c.d. *market test*).

Decorso il termine suddetto, le parti, a loro volta, potranno rappresentare per iscritto la propria posizione, anche in relazione alle osservazioni presentate da terzi e potranno altresì introdurre modifiche accessorie agli impegni.

La terza fase, infine, è quella in cui l'Autorità assume la propria decisione: di accettazione degli impegni, di archiviazione del caso, ovvero di rigetto.

Va rilevato sin d'ora che la problematica di maggiore interesse sollevata dall'istituto in esame riguarda la definizione dei poteri spettanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel decidere i *casi* in cui risulta *ammissibile* il ricorso alla procedura con impegni e l'individuazione dei *parametri* da utilizzare per valutare l'*idoneità* dei medesimi.

L'analisi dei menzionati profili, invero, oltre a meglio chiarire *ratio* e funzionamento dell'istituto, consente di indagare da un osservatorio privilegiato, potenzialità e limiti dell'attività *enforcement antitrust*.

In via preliminare è d'uopo chiarire che, nella materia, l'Autorità Antitrust gode di un potere fortemente discrezionale. La giurisprudenza ha più volte chiarito (cfr., tra le altre, le sentenze Tar Lazio, 7 aprile del 2008, n. 2902, confermata da Cons. Stato, 2 marzo 2009, n. 1190, I649, *Produttori di pannelli truciolati in legno*; Tar Lazio, 4 dicembre 2007, n. 12460; Tar Lazio 6 giugno 2008, n. 5578, confermata da Cons. Stato, 2 aprile 2009, n. 2092, I666, *Gara per la fornitura di servizi per stomia*; Tar Lazio, 25 febbraio 2011, n. 1757, I713, *Consiglio Nazionale Geologi*; Tar Lazio, 16 novembre 2010, n. 33474, *Mastercard*) che, con l'introduzione dell' art. 14-ter, il legislatore non ha inteso prefigurare una sorta di accettazione automatica e generalizzata degli impegni, ma ha voluto espressamente riservare all'Autorità la facoltà di ammettere tale procedura e di vagliare, *case by case*, l'idoneità degli impegni presentati.

L'Autorità, in particolare, sarà tenuta a stabilire quale sia l'interesse pubblico prevalente: irrogare la sanzione, in funzione di *deterrence* o chiudere il procedimento tramite l'accettazione degli impegni, in tal modo valutando prioritario l'interesse ad una chiusura anticipata del procedimento e ad una determinazione consensuale del provvedimento rispetto a quello di stabilire la *regola iuris* del caso di specie.

La complessità della valutazione che l'Autorità è tenuta ad effettuare spiega l'articolazione del giudizio che porta alla decisione con impegni, che vede un doppio vaglio. L'uno, preliminare, sull'ammissibilità dell'impegno; l'altro, successivo, sull'idoneità del medesimo rimuovere gli effetti anticoncorrenziali della condotta sottoposta ad indagine.

2. Il vaglio preventivo sull'ammissibilità dell'impegno.

Da una prima lettura dell'art. 14-ter e della delibera antitrust 6 settembre 2006, (contenente la relativa procedura applicativa) emerge chiaramente come - a differenza di quanto previsto in tema di pratiche commerciali scorrette (art. 27, comma 7, cod. cons.) - non sia previsto alcun limite al ricorso alla procedura con impegni. L'unica limitazione prevista, invero, riguarda la fase successiva in cui si indaga il merito degli impegni che potranno essere resi obbligatori solo nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario.

La genericità dell'enunciato normativo, dunque, farebbe pensare ad una valenza generale della disposizione. La giurisprudenza, tuttavia, sulla base di un'interpretazione sistematica del quadro normativo di riferimento, ha individuato alcuni limiti al ricorso all'istituto; il che rende plausibile ipotizzare un giudizio di ammissibilità.

Né varrebbe, in senso avverso, argomentare a *contrario* dall'art. 27, comma 7, del codice del consumo che, in relazione alla procedura con impegni in materia di pratiche commerciali sleali, espressamente prevede tale vaglio preventivo.

Tale ultima disposizione, infatti, è stata emanata successivamente a quella in commento, e non fa che recepire, sul piano normativo, i risultati cui in materia era pervenuta l'elaborazione giurisprudenziale. E, dunque, non avrebbe alcun senso richiamarsi al tradizionale argomento dell'*ubi voluit dixit; ubi noluit tacuit*.

Tanto precisato, si procederà ora ad analizzare i principi individuati dalla giurisprudenza al fine di definire il contenuto del giudizio di ammissibilità.

A tal riguardo, va richiamata, anzitutto, la pronuncia Alrosa (cit.) ove si è chiarito che la discrezionalità di cui gode l'amministrazione circa la scelta della misura da applicare in caso di violazione della normativa antitrust non esonera quest'ultima dall'obbligo di rispettare il principio di proporzionalità quando decide di rendere obbligatori gli impegni.

Secondo il Tribunale, in particolare, neppure la volontarietà degli impegni sarebbe atta ad esonerare la Commissione dall'osservanza di detto principio, perché "è proprio la decisione della Commissione a renderli obbligatori"; di conseguenza, il fatto che "un'impresa ritenga, per ragioni sue proprie, che è opportuno, in un certo momento, presentare taluni impegni, non significa che tali impegni siano per ciò stesso necessari".

A tal fine si richiede alla Commissione (e dunque all'Autorità) di dimostrare, se non l'esistenza di un'infrazione, quantomeno l'effettività delle preoccupazioni concorrenziali, che sola giustifica l'adozione di una decisione con impegni.

Tale principio, enunciato in termini generali per la prima volta (11 luglio 2007) nella sentenza Alrosa del Tribunale di primo grado della Comunità europea (causa T-170/06), è stato recepito e sviluppato dalla giurisprudenza del Tar e del Consiglio di Stato.

Nella sentenza del Tar del Lazio, 8 maggio 2009, n. 5005, A391, *Servizio di soccorso Autostradale*, in particolare, si osserva come, fermi restando i margini di discrezionalità che circondano l'accettazione con impegni, il dato letterale della norma imponga di valutare il nesso di implicazione e/o presupposizione che "ricongiunge gli impegni che le parti possono proporre all'attenzione dell'Autorità e l'esigenza di eliminare i profili anticompetitivi presi in considerazione all'atto dell'apertura dell'istruttoria".

L'esaminabilità stessa degli impegni – e *a fortiori* la valutazione in merito alla loro idoneità – pertanto, non potrà prescindere dall'accertamento dell'esistenza di tale nesso.

In tal modo, dunque, il Tar disattende la posizione dell'AGCM che, nel provvedimento n. 19021 del 23 ottobre 2008 – di cui si dirà meglio in seguito – aveva accettato impegni, il cui contenuto esulava quanto necessario a rimuovere profili

anticorrenziali, e dunque, per la parte “eccedente” imponeva condotte irrelate dalla necessità di rimuovere effetti anticorrenziali.

Un secondo criterio, emerso nel diritto applicato, al fine di agevolare l’individuazione delle ipotesi in cui risulta ammissibile il ricorso alla procedura con impegni è ravvisabile nella preventiva verifica in merito alla gravità della violazione.

Anche in questo caso, il parametro di riferimento è rappresentato dalla normativa comunitaria ed in particolare dal tredicesimo “considerando” del Regolamento comunitario n. 1/2003 dove si afferma che le decisioni concernenti gli impegni non sono *opportune* nei casi in cui la Commissione intenda comminare un’ammenda.

Da tale considerando si desume il principio secondo cui l’Autorità non potrebbe emettere una decisione con impegni, qualora emerga già dall’inizio dell’istruttoria la sussistenza di una fattispecie restrittiva della concorrenza di rilevanza e gravità tale da giustificare l’applicazione della sanzione (c.d. intese *hard core*).

Più nel dettaglio, secondo la giurisprudenza, la percezione della gravità dell’intesa costituirebbe un corretto parametro sulla cui base effettuare la valutazione relativa all’ammissibilità o meno del ricorso alla procedura con impegni.

Né varrebbe, in questo caso, effettuare una prognosi sulla sussistenza e sulla gravità dell’intesa in quanto, “se il procedimento per l’accertamento della violazione antitrust si conclude senza che sia accertata alcuna violazione o comunque senza l’irrogazione di alcuna sanzione, nulla quaestio, mentre, se il procedimento si conclude con l’accertamento di un’infrazione grave o di estrema gravità, cui segue l’irrogazione di una sanzione, le eventuali censure relative alla sussistenza dell’illecito ed al giudizio di gravità possono essere utilmente proposte avverso tale provvedimento ma non refluiscono in un vizio di legittimità dell’atto di rigetto degli impegni che, al momento della sua adozione, è stato logicamente adottato e congruamente motivato” (Tar Lazio, 29 dicembre 2007, n. 14157, I646, *Produttori di vernici marine*; in senso analogo cfr. Tar del Lazio, 4 dicembre 2007, n. 12460, confermata da Cons. St., 2 marzo 2009, n. 1190, I649, cit.; Tar del Lazio, 6 giugno 2008, n. 5578, confermata da Cons. St., 3 aprile 2009, n. 2092, I666, cit.).

Si segnala, a tal riguardo, il provvedimento 21279 del 23 giugno 2010, ove l’Autorità si sofferma particolarmente sul concetto di gravità dell’intesa, il cui positivo riscontro è considerato elemento sufficiente a giustificare una decisione di rigetto.

L’istruttoria aveva preso avvio dalla seconda indagine conoscitiva nel settore dei servizi professionali (IC34) dalla quale era emersa la non conformità, sotto diversi profili, alle regole di concorrenza dei codici deontologici di taluni ordini professionali, tra cui quello dei geologi.

Le condotte censurate, in particolare, consistevano nella fissazione, in suddetto codice, di tariffe minime per la determinazione del compenso professionale, anche mediante il richiamo alla clausola del decoro, in violazione delle regole contenute nel decreto legge n. 223/2006 che aveva abolito, tra l'altro, l'obbligatorietà di tariffe professionali o minime, stabilite da leggi, regolamenti e codici deontologici.

Nel corso dell'istruttoria il Consiglio Nazionale geologi, senza addurre alcuna giustificazione delle condotte poste in essere, si impegnava, ex art. 14-ter della legge 287/1990, a modificare le norme deontologiche censurate, informando la determinazione del compenso ai principi stabiliti nel decreto-legge 223/06 e al principio di adeguatezza di cui all'art. 2233, comma 2 codice civile.

L'Autorità, tuttavia, rigettava gli impegni presentati, in ragione della gravità dell'intesa.

Si osserva, al riguardo, che l'intesa restrittiva della concorrenza posta in essere è oggettivamente grave in quanto è un'intesa sui compensi professionali che, nella misura in cui tende all'uniformazione dei medesimi, comporta l'alterazione del gioco della concorrenza nel relativo mercato.

La gravità dell'intesa, discendente dal carattere oggettivamente anticoncorrenziale della stessa, inoltre, viene desunta dalla circostanza che quest'ultima è stata posta in essere in un contesto normativo di ampia liberalizzazione del settore dei servizi professionali (art. 2 d.l. n. 223 del 2006) del quale l'Ordine dei geologi era ampiamente consapevole.

Ed invero, già nel corso dell'Indagine conoscitiva IC34 conclusa nel gennaio 2009, l'Autorità aveva svolto un'intensa attività di *advocacy* nei confronti dell'ordine suddetto, affinché quest'ultimo modificasse, senza il rischio di incorrere in accertamenti istruttori con esiti sanzionatori, le previsioni deontologiche di cui era stata segnalata la restrittività, tra le quali erano state evidenziate proprio le disposizioni del codice deontologico in esame.

La scelta di escludere il ricorso alla procedura con impegni in presenza di intese di particolare gravità, fatta propria dal provvedimento in esame (e confermata, da ultimo, dal Tar, 25 febbraio 2011, n. 1757, cit., in sede di impugnativa del medesimo) pare quanto mai opportuna.

Ove infatti la procedura con impegni fosse ammissibile anche in ipotesi di gravi violazioni delle regole poste a tutela del mercato, essa finirebbe per premiare quelle imprese che, in assoluto, sono meno virtuose.

Queste ultime, invero, non sarebbero incentivate ad astenersi dal porre in essere violazioni *anche gravi* delle regole antitrust, poiché tramite la presentazione degli impegni disporrebbero, in qualsiasi momento, di un ponte d'oro per sottrarsi alla sanzione.

E dunque l'istituto in esame, introdotto con la finalità di stimolare la creazione di un circolo virtuoso in cui le imprese si correggono da sé, finirebbe – con una singolare eterogenesi dei fini – per favorire l'effetto opposto, premiando i trasgressori più pericolosi e depotenziando la funzione di *deterrence*.

3. Giudizio di idoneità, discrezionalità e suoi limiti nell'interpretazione giurisprudenziale.

Chiarite le principali questioni in merito all'ammissibilità del ricorso all'istituto, si tratta ora di individuare quali sono i criteri che l'Autorità deve utilizzare per valutare l'idoneità di un impegno, in ipotesi astrattamente ammissibile.

L'analisi della questione impone di individuare qual è il margine di discrezionalità cui l'Autorità gode nel decidere se accogliere l'impegno o irrogare la sanzione.

La difficoltà di stabilire criteri certi per valutare l'idoneità degli impegni deriva, anzitutto, dalla circostanza che la decisione in ordine alla accettazione ovvero al rigetto degli impegni, va assunta in una fase in cui il quadro cognitivo e fattuale in ordine alla vicenda oggetto di indagine non necessariamente è perfezionato; il che, tra l'altro, comporta che il giudizio in ordine alla idoneità degli impegni assumerà i caratteri di un giudizio prognostico e non definitivo (cfr., da ultimo, Tar Lazio, 25 febbraio 2011, n. 1757, cit.).

Al fine di ridurre tali difficoltà, la giurisprudenza nazionale ha richiamato alcuni principi, anche comunitari, che paiono atti a delimitare la discrezionalità di cui gode l'Autorità nel valutare l'idoneità degli impegni.

Prima di procedere ad analizzare, nel dettaglio, i diversi criteri emersi nella prassi dell'Autorità e della giurisprudenza del Tar e del Consiglio di Stato per valutare gli impegni, vale chiarire un aspetto preliminare sul funzionamento dell'istituto, e cioè che all'amministrazione è preclusa la determinazione del contenuto degli impegni, o, per usare le parole del TAR, qualsiasi forma di "manipolazione additiva del contenuto dei medesimi".

Come risulta dalla lettura dell'articolo 14-ter, invero, l'Autorità può accettarli - arrestando il procedimento - ovvero respingerli - proseguendo il procedimento volto all'accertamento dell'infrazione; giammai, invece, le è consentito di modificarli o integrarli unilateralmente.

Pertanto, i criteri che seguiranno servono solo a chiarire quando l'Autorità sarà tenuta ad accogliere gli impegni e quando invece ad irrogare l'eventuale sanzione, e non integrano invece parametri cui conformare quelli già presentati.

Di estremo interesse, al riguardo, è la sentenza del 16 novembre del 2010, n. 33474, in precedenza citata, ove il TAR affronta due questioni di particolare rilievo.

In primo luogo, se il carattere temporaneo degli impegni valga a renderli *ex se* inidonei.

In secondo luogo, se sia compatibile con la natura dell'istituto la subordinazione degli impegni ad una condizione risolutiva.

Quanto al primo profilo, il Tar, disattendendo la posizione dell'Autorità che aveva rigettato gli impegni in ragione dal loro carattere temporaneo, evidenzia la necessità di valutare le peculiarità della fattispecie, ed esclude radicalmente che il carattere temporaneo di un impegno sia indizio decisivo della sua inidoneità a ripristinare l'equilibrio violato.

In merito, vale ricordare che la vicenda dinnanzi all'Autorità nazionale presentava problematiche giuridiche analoghe a quelle sottoposte al Tribunale di Primo grado della Comunità europea e che, in ambito comunitario, in relazione al profilo censurato, risultava già raggiunta un'intesa (*l'interim arrangement*) tra Commissione UE e Mastercard.

Osserva, in particolare, il TAR: “Se è vero (...) che le medesime criticità sul funzionamento del mercato rilevate da AGCM in sede di avvio dell'Istruttoria hanno portata sostanzialmente coincidente con quelle formulate dalla Commissione Europea e se non può non convenirsi in ordine alla rilevanza che i principi che verranno affermati dal Tribunale lussemburghese sono suscettibili di riverberare anche sull'odierna vicenda (in quanto la conclusiva decisione sul contenzioso aperto in sede comunitaria ben potrà essere idonea a conformare l'intera disciplina delle commissioni interbancarie in ambito UE), allora:

- non soltanto il carattere temporaneo degli impegni assunti dinanzi ad AGCM da M. avrebbe potuto opportunamente coordinarsi con l'esigenza di attendere il pronunciamento del TPG sulla questione al medesimo sottoposta;

- vieppiù uno *standstill* sulla conclusiva effusione provvedimento dell'Autorità nazionale potrebbe scongiurare, nel caso di disomogeneità determinative di quest'ultima rispetto alle indicazioni che vorrà fornire il Giudice comunitario, il verificarsi di (possibili) dissonanze tra disciplina nazionale ed europea”.

Secondo il Collegio, dunque, proprio la pendenza del contenzioso dinnanzi agli organi di giustizia europea e il perfezionamento dell'*interim arrangement* con il Commissario UE per la concorrenza, avrebbero dovuto imporre alla Autorità procedente una più attenta valutazione dei presupposti a fondamento della decisione in ordine agli impegni proposti.

In altri termini, secondo il Tar, l'identità dei principi di diritto applicabili alle commissioni interbancarie domestiche e transfrontaliere avrebbero dovuto orientare la valutazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato nel senso della ostensione di una

congrua giustificazione a sostegno della decisione (di non accettazione degli impegni) difforme da quella assunta in sede europea.

Quanto al secondo problema, invece, relativo alla valutazione della clausola con la quale *Mastercard* si riservava il diritto di recedere dai proposti impegni nelle ipotesi prestabilite unilateralmente dalla medesima, il Tar, allineandosi alla posizione dell'AGCM, conclude che l'esercitabilità del potere di recesso si ponga in netto ed insanabile contrasto con la natura giuridica dell'istituto degli impegni.

La procedura in esame, infatti, non è volta ad attivare un negoziato tra le parti, ma si limita a consentire all'antitrust l'*omologazione* o meno della proposta di impegni presentati dal soggetto trasgressore delle regole antitrust.

Come già evidenziato, invero, al momento della presentazione degli impegni, la posizione giuridica rappresentata all'attenzione della Autorità è suscettibile, esclusivamente, di accettazione o rigetto: con la conseguenza che, esclusa ogni negoziabilità in ordine al contenuto degli impegni stessi, "andrà parimenti escluso che rimanga nella giuridica disponibilità della parte proponente - una volta perfezionatasi la decisione di accettazione degli impegni - la potestà di determinare, unilateralmente, il "ritiro" della proposta, mediante l'esercizio di un diritto - a matrice meramente potestativa - invero estraneo al corretto atteggiarsi della fattispecie".

Altrimenti opinandosi – sostiene il Tar - verrebbe a costituirsi, in capo all'Autorità, una posizione giuridica di soggezione, la cui concreta traduzione verrebbe a consentire alla parte proponente la deducibilità, negli impegni (anzi, a presupposto della presentazione degli impegni), di elementi a carattere condizionante suscettibili di vanificare, con unilaterale manifestazione di volontà, la determinazione di accettazione.

Questa impostazione, del resto, risulta perfettamente coerente con l'affermata impossibilità, da parte dell'autorità Antitrust, di qualsiasi forma di *manipolazione additiva*, dell'impegno.

Dunque, se l'autorità non può modificare gli impegni presentati, altrettanto e per le stesse ragioni, non potrà ammettersi una manifestazione di volontà ad opera della parte proponente, che si sostanzia nell'esercizio di una potestà *ad libitum* di ritiro degli impegni stessi.

Un altro limite posto dalla giurisprudenza alla discrezionalità dell'Autorità nel valutare gli impegni presentati è dato dalla necessità di verificare se questi siano in grado, non solo di impedire il prodursi di futuri effetti distorsivi della concorrenza, ma anche di rimuovere quelli già prodotti.

La questione è stata affrontata di recente dal Tar (sentenza del 9 maggio 2011, n. 3964, A407, *Conto TV Sky*) che disattendendo la posizione dell'Autorità Garante della Con-

correnza e del mercato (provvedimento 7 luglio 2010, n. 21316), ha respinto gli impegni presentati proprio in considerazione dell'irreversibilità degli effetti prodotti dalle condotte contestate.

Al fine di meglio comprendere le ragioni che giustificano una decisione di rigetto in ipotesi siffatte, vale ripercorrere brevemente la vicenda che ha dato origine alla contestazione.

L'istruttoria prendeva avvio da una denuncia presentata dall'emittente televisiva Conto TV in relazione ad alcuni comportamenti tenuti da Sky in relazione ai corrispettivi richiesti ad operatori terzi per accedere alla propria piattaforma satellitare.

Si lamentava, in particolare, che le condizioni economiche praticata da quest'ultima per i servizi di accesso alla piattaforma e, in particolare, la contribuzione ai costi comuni della medesima, fossero discriminatorie rispetto alle condizioni che essa praticava alle proprie divisioni interne.

Dall'istruttoria era emerso che Sky, non imputando alle proprie divisioni interne costi di accesso analoghi a quelli richiesti agli operatori terzi accedenti, era in grado di offrire alle prime offerte economiche più vantaggiose di quelle praticate ai propri concorrenti.

Emergeva altresì, che Sky aveva reso possibile ad una delle emittenti televisive di accedere alla piattaforma satellitare - al fine di trasmettere eventi calcistici - a condizioni migliorative rispetto a quelle "regolamentate" richieste a Conto TV Italia, in tal modo discriminando quest'ultima.

A seguito delle rilevate criticità, Sky si è impegnata ai sensi dell'art. 14-ter comma 1 della legge 287/90, a: 1) fornire il dettaglio, nella contabilità regolatoria, delle condizioni di accesso alla piattaforma della divisione operativa di Sky; 2) introdurre e rispettare obblighi di informativa sul diritto di accesso nel corso delle negoziazioni con gli editori canali; 3) a definire di una procedura *standard* per la gestione delle condizioni di accesso alla piattaforma; 4) a predisporre un rapporto periodico sull'ottemperanza all'impegno sub 3).

A seguito delle osservazioni pervenute nel *market test* tali impegni venivano integrati, rafforzando l'obbligo di trasparenza e prolungandone il periodo di vigenza.

Come anticipato, tali impegni, accettati dall'Autorità, sono stati viceversa ritenuti idonei dal Tar a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria.

Il Collegio, in particolare, ha condiviso e considerato assorbente la censura della ricorrente secondo la quale gli impegni non potrebbero essere accolti rispetto a condotte che hanno consumato i loro effetti, a meno che, rispetto ad esse, non siano in grado di rimuovere questi ultimi con efficacia retroattiva.

Gli impegni presentati da Sky non risponderebbero a tali regole in quanto: non appaiono idonei a far venire meno gli effetti anticoncorrenziali prodottisi già dal 2007; non e-

splicano i propri effetti sui contratti sottoscritti da Sky fino al 7 luglio 2010 con i terzi in corso di esecuzione; e si risolvono, di fatto, nell'adempimento di obblighi che a Sky erano già stati imposti dalla Commissione.

L'Autorità, dunque, avrebbe omesso di accertare l'infrazione a fronte di misure inidonee ad assicurare il venir meno degli effetti pregiudizievoli della condotta abusiva.

Attraverso tale puntualizzazione, il Collegio introduce un ulteriore criterio atto ad orientare la discrezionalità dell'Autorità nel decidere se accettare l'impegno, rappresentato dalla necessità di verificare la sua idoneità a riparare con efficacia retroattiva le condotte poste in essere e già produttive di effetti potenzialmente lesivi della libera concorrenza.

Tale precisazione permette di focalizzare meglio la funzione dell'istituto: non già ridurre la sanzione applicabile, quale *premio* per l'*impegno* di tenere un comportamento rispettoso delle regole antitrust, bensì evitare la prosecuzione del procedimento e l'accertamento dell'infrazione qualora il contenuto degli impegni sia tale da evitare il prodursi di effetti distorsivi per la concorrenza, o, se già prodotti, di rimuoverne le conseguenze.

In altri termini, la ragione che giustifica la chiusura del procedimento con una decisione ex art. 14-ter va ravvisata nella circostanza che gli impegni presentati risultano idonei a ripristinare la situazione concorrenziale del mercato, per il passato e per il futuro. Se così non è, invece, non c'è ragione di non applicare la sanzione.

4. La portata contenutistica delle decisioni con impegni: se sia possibile "oltrepassare" l'effetto meramente ripristinatorio.

Un'ultima questione di particolare interesse, affrontata dalla giurisprudenza, è se l'Autorità possa rendere obbligatori impegni, la cui portata contenutistica (e le cui ricadute effettuali) eccedano i profili di (sospetta) anticoncorrenzialità, introducendo un *quid novi* rispetto all'assetto che il mercato avrebbe assunto in difetto della condotta che si assume potenzialmente lesiva delle regole della concorrenza.

Il *leading case* in materia è rappresentato dalla già citata sentenza Alrosa, nella quale si è negato l'accoglimento di impegni il cui contenuto eccedeva quanto necessario a rimuovere i profili anticoncorrenziali oggetto di censura.

In tale pronuncia, in particolare, si esprime il principio secondo cui il contenuto degli impegni dovrebbe essere meramente ripristinatorio, limitandosi a ricostituire la logica competitiva vulnerata (o suscettibile di essere compromessa) per effetto dei singoli comportamenti abusivi.

Tale posizione viene recepita dalla precitata sentenza del Tar Lazio, 8 maggio 2009, n. 5005, che vale la pena analizzare perché le argomentazioni addotte al fine di escludere l'accoglimento degli impegni offrono spunti interessanti anche in ordine al diverso problema relativo alla definizione della natura giuridica degli impegni.

La fattispecie da cui la vicenda aveva preso le mosse, in particolare, riguardava un presunto abuso di dipendenza economica, posto in essere da alcune concessionarie autostradali nei confronti degli operatori del settore, consistente nell'imposizione e/o nel successivo "aumento dei contributi per i servizi resi dalle sale radio operative nelle tratte autostradali di rispettiva competenza (...), nonché una presunta intesa tra le società di soccorso meccanico autostradale, volta ad alterare le dinamiche competitive in suddetto mercato attraverso l'allineamento delle tariffe praticate sui tetti massimi predeterminati" in sede Associazione Italiana Società Concessionarie.

A fronte della contestazione, le parti del procedimento presentavano impegni ai sensi dell'articolo 14-ter della legge n. 287/1990.

In particolare, le concessionarie autostradali si impegnavano ad abolire, sulle tratte autostradali di propria competenza e senza alcuna limitazione temporale, il contributo spese per l'attività della sala radio operativa richiesto alle organizzazioni di soccorso per lo svolgimento del soccorso meccanico autostradale, nonché "a promuovere l'affidamento in concessione delle attività di soccorso autostradale ad operatori di soccorso selezionati a seguito di procedure ad evidenza pubblica distinte per il soccorso ai veicoli pesanti ed ai veicoli leggeri ed aventi ad oggetto microtratte di dimensioni limitate".

Gli impegni assunti prevedevano, inoltre, l'introduzione della tecnologia satellitare e, per gli interventi di soccorso eseguiti in condizioni di assoluta sicurezza, la chiamata diretta dell'utente ad un operatore prescelto tra quelli già affidatari del servizio di servizio meccanico autostradale sulla microtratta in questione all'esito delle procedure ad evidenza pubblica sopra indicate.

Si stabiliva, altresì, che le predette gare dovessero essere congegnate in maniera tale da assicurare, per le diverse tipologie di soccorso offerto, una modulazione delle tariffe maggiormente orientata ai costi del servizio.

Gli impegni presentati venivano ritenuti dall'Autorità Antitrust idonei ad eliminare i profili anticoncorrenziali oggetto del procedimento istruttorio, in quanto, accanto all'eliminazione totale e *sine die* del contributo di sala radio operativa precedentemente richiesto alle organizzazioni di soccorso, "modificano, in senso proconcorrenziale, l'attuale modello di affidamento dei servizi di SSM in un'ottica generale di abbattimento delle barriere all'entrata e di riduzione delle tariffe finali applicate all'utenza", atteso che "le modifiche

accessorie proposte rispetto alle versioni degli impegni originariamente presentato appaiono sostanzialmente coerenti con le osservazioni formulate dai terzi interessati e soprattutto preordinate a garantire la più ampia partecipazione alle procedure di selezione, nel rispetto delle esigenze di sicurezza e di continuità del servizio”.

Rileva, a tale proposito, l’Autorità che “l’elemento cruciale degli impegni presentati dalle società concessionarie è rappresentato dalla completa eliminazione di quegli ostacoli (abbinamento soccorso leggero/pesante, rete capillare ed estesa a tutta la tratta autostradale in concessione, distanza massima dell’officina dai punti di accesso alla rete) che hanno sinora impedito ai potenziali concorrenti di prestare direttamente i servizi di soccorso autostradale e in maniera indipendente, se non intermediati dai due maggiori operatori del mercato”, osservando che l’instaurazione di un rapporto diretto tra società concessionarie e i soggetti che svolgeranno effettivamente i servizi costituisce circostanza idonea a determinare un incremento di efficienza del sistema, contribuendo ad una riduzione dei prezzi del soccorso, come conseguenza di un significativo aumento della pressione concorrenziale.

In tal senso, “il più evidente progresso in termini di liberalizzazione è rappresentato dalla previsione di spazi di concorrenza “nel mercato” tra operatori autorizzati nella misura in cui tale possibilità sia compatibile con le esigenze di sicurezza e di tutela del traffico”.

Quanto alle regole disciplinanti le gare da bandire per l’aggiudicazione dei servizi di soccorso sulla rete - prosegue l’Autorità - “la considerazione della remuneratività del servizio quale criterio di determinazione della lunghezza delle tratte, della durata delle concessioni e del numero di concessionari attivi (a seguito di aggiudicazione), è coerente con l’obiettivo di consentire la più ampia partecipazione di soggetti”.

Tale decisione veniva impugnata davanti al Tar, al quale, in particolare, si chiedeva se rientrasse tra i poteri dell’Autorità accettare i impegni il cui contenuto non si limitasse a rimuovere i profili anticoncorrenziali segnalati nel provvedimento di avvio, ma si spingesse sino a modificare le modalità di affidamento del servizio di soccorso autostradale, sostituendo un regime autorizzatorio con uno concessorio.

Al riguardo il Collegio, dopo aver evidenziato che l’attività di soccorso meccanico autostradale, stante il quadro normativo di riferimento, è assoggettata a regime autorizzatorio - richiedendosi per l’espansione della posizione soggettiva del richiedente solo all’accertamento del possesso dei requisiti indicati dalle disposizioni ministeriali - osserva come la delineazione, per effetto degli impegni presentati, di un sistema concessorio, riveli “un’attitudine profondamente modificativa dell’attuale assetto del mercato, delineando un passaggio dall’attuale sistema di concorrenza nel mercato (ovvero, di concorrenza fra operatori tutti egualmente in possesso del titolo autorizzatorio) ad un sistema di concorrenza

per il mercato (connotato da una “barriera” all’accesso integrata dall’aggiudicazione delle previste procedure di selezione; e, quindi, dall’esigenza per gli operatori che vogliono “entrare” di attuare un confronto competitivo in sede di presentazione delle offerte al fine di poter conseguire l’ingresso allo svolgimento dei servizi di SSM)”.

Secondo il Collegio per rimanere nell’“alveo di legittima esercitabilità” del potere di rendere obbligatorie le condotte proposte dagli operatori economici indagati, è necessario verificare l’“omogeneità fra le condizioni di mercato (che sarebbero state riscontrate in assenza di infrazione (*rectius* di condotta anticompetitiva) e quelle conseguenti all’applicazione delle misure stesse”.

A favore di tale ricostruzione si richiama, in primo luogo, il principio di proporzionalità, che impedirebbe alla decisione con impegni di eccedere quanto potrebbe imporre la Commissione stessa in una decisione ex art. 7 del regolamento 1/2003/Ce.

La Commissione, dunque, potrebbe accogliere solo misure necessarie a rimuovere le preoccupazioni concorrenziali oggetto della contestazione, e non regole ulteriori che eccedano quanto necessario ai suddetti fini.

In secondo luogo, si osserva come, diversamente opinandosi, verrebbe ad introdursi nell’ordinamento “la surrettizia esercitabilità, ad opera dell’Autorità, di quel potere regolativo del mercato che, prendendo spunto da elementi (o sospetti) di eventuale condotta anticompetitiva rilevati in un determinato settore, si risolve (anche se, non soprattutto, prescindendo dalla mera esigenza di pervenire alla eliminazione di essi) in una più ampia disciplina del mercato interessato, dettando prescrizioni orientative dell’*agere* degli operatori” (Tar Lazio, 8 maggio 2009, n. 5005, cit.).

In senso diametralmente opposto all’orientamento sin qui esposto, si espressa la Corte di Giustizia della Comunità Europee (C. Giustizia CE, Grande Sezione, 29 giugno 2010, C-441/07, punti 334 ss), chiamata a pronunciare sul caso Alrosa, cui si è fatto più volte riferimento.

La Corte, in particolare, ritiene che le peculiarità della procedura in esame possa giustificare l’accoglimento di impegni il cui contenuto ecceda quanto necessario ad eliminare le preoccupazioni concorrenziali, spingendosi sino all’introduzione di regole ulteriori o più rigorose rispetto a quelle già imposte dalla normativa di settore.

Detta procedura, invero, si caratterizza per una volontaria assunzione di obblighi da parte delle imprese, e pertanto non potrebbe essere considerata una forma di regolazione unilaterale del mercato.

A ciò si aggiunge la considerazione che gli operatori economici che decidono di avvalersi della procedura di cui all’articolo 9 del regolamento n. 1/2003 (o, a livello

nazionale, di cui all'art. 14-ter della legge 287/90) sono perfettamente consapevoli del fatto che gli impegni spontaneamente presentati potrebbero eccedere quanto disposto dall'autorità in un'ipotetica decisione unilaterale sanzionatoria.

5. Riflessioni conclusive sulla natura giuridica: accordo o provvedimento amministrativo?

Alla luce di quanto rilevato, dunque, il nodo centrale della questione poc'anzi affrontata, riguarda la definizione della natura del potere che l'autorità esercita quando decide di accogliere impegni che non si limitino a rimuovere gli effetti anticoncorrenziali, ma introducano un *quid pluris*: un potere regolatorio, in quanto tale inammissibile, o invece il consueto potere "giurisdicente".

Nella scorsa edizione del "*rapporto consumerism*" (p. 22), correttamente è stato messo in evidenza come la scelta di proporre impegni non sia propriamente libera, perché assunta sotto la minaccia di sanzione. Tale circostanza potrebbe indurre gli operatori economici a presentare impegni particolarmente rigorosi per non subire rischio di un giudizio di inidoneità con conseguente accertamento della sanzione.

Contro tale rilievo, tuttavia, potrebbe osservarsi come la scelta di presentare degli impegni che eccedano quanto necessario a rimuovere i profili anticoncorrenziali dell'infrazione potrebbe non essere indotta dalla preoccupazione di un eventuale rigetto, ma semplicemente dalla volontà dell'operatore economico indagato di "rimediare" – tramite l'adozione di una condotta particolarmente virtuosa - ad un eventuale discredito dell'impresa nei confronti dei consumatori, o da altri meritevoli propositi.

Non si potrebbe dunque vietare *tout court* la presentazione di impegni ultronei rispetto all'obiettivo prefissato solo per il timore di eventuali distorsioni applicative dell'istituto.

A ciò si aggiunga la considerazione che l'operatore economico resta sempre libero di determinare il contenuto degli impegni.

Dunque, in ipotesi di un eventuale rigetto, o gli impegni erano effettivamente inidonei a rimuovere gli effetti pregiudizievoli prodotti e allora *nulla quaestio*, oppure erano idonei e, quindi, le relative censure si potranno far valere nel giudizio di impugnazione.

Ciò che invece sembra decisivo al fine di risolvere la questione relativa all'ammissibilità di impegni che contengano un *quid pluris* rispetto a quanto necessario a rimuovere la condotta anticoncorrenziale è la definizione della natura giuridica della decisione in questione.

Se infatti gli impegni vengono considerati alla stregua di accordi negoziali con la pubblica amministrazione, convenzioni in tema di concorrenza che riposano sulla volontà delle parti, allora non dovrebbero sussistere ostacoli di ordine concettuale ad ammettere che essi possano avere un contenuto precettivo assai più rigoroso di una qualsiasi decisione che accerti l'infrazione.

Se, al contrario, le decisioni con impegni si considerano come meri provvedimenti amministrativi, di esclusiva competenza della pubblica amministrazione, allora difficilmente potrà negarsi che la decisione contenente un impegno che introduca obblighi ulteriori a quelli già imposti dalla legge, rappresenti illegittimo esercizio di attività regolatoria.

Senza entrare nel merito della questione che richiederebbe una ben più approfondita analisi, basti ricordare come, secondo la dottrina prevalente, le decisioni con impegni non rappresentano un vero e proprio accordo, posto che le due dichiarazioni non sono poste sul medesimo piano. Ed invero, le imprese, solo sotto "minaccia" di sanzione, si assumono "obblighi" al fine di rimuovere gli effetti anticoncorrenziali delle proprie condotte illecite; l'Autorità, invece, si limita a valutare l'idoneità degli impegni, senza assumere, a sua volta, alcuna obbligazione. Questi atti, dunque, in nulla differirebbero da un provvedimento amministrativo, se non per la circostanza che il privato interviene a determinarne consensualmente il contenuto, ferma restando la discrezionalità della pubblica amministrazione di accoglierli o rigettarli.

Se così è, ad impedire l'accoglimento di impegni che contengano prescrizioni più rigorose di quelle che potrebbe impartire l'autorità a ripristino della legalità violata prima ancora che il principio di proporzionalità, è la loro stessa natura giuridica, che li rende atti a determinare il contenuto del provvedimento amministrativo, ma non a sostituirlo.

BIBLIOGRAFIA

A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Diritto amministrativo*, 2010, p. 503

F. CINTIOLI e G. OLIVIERI (a cura di), *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*, Giuffrè, Milano 2007

F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie al danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, p. 115

V. DENOZZA, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust europeo*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008

G. FONDERICO, *Il caso Alrosa e la proporzionalità nelle decisioni con impegni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 3, p. 250

B) Il “nuovo” potere dell’Autorità di ottenere impegni dal professionista in materia di pratiche commerciali scorrette e di pubblicità ingannevole e comparativa illecita: confini e orizzonti.

(Lucia Minervini)

Il lavoro delinea i tratti peculiari e le principali questioni problematiche sollevate dalla “nuova” procedura degli impegni, introdotta in materia di pratiche commerciali scorrette e di pubblicità ingannevole e comparativa illecita, attraverso la rassegna aggiornata dei provvedimenti dell’AGCM e della giurisprudenza amministrativa. Si riflette su ampiezza e limiti della valutazione dell’Autorità con riferimento alla possibilità di accettare gli impegni o procedere all’accertamento dell’infrazione; al riguardo riveste un significativo rilievo la previsione legislativa di inammissibilità della procedura per manifesta scorrettezza e gravità della pratica e/o pubblicità che preclude a monte il ricorso a tale modalità di enforcement. Segue poi l’analisi delle questioni problematiche legate al vaglio di idoneità della proposta di impegno del professionista; dal punto di vista procedimentale si sottolinea la mancanza di un’istruttoria pubblica nella fase di definizione degli impegni che pone a rischio la trasparenza necessaria per consentire ai terzi interessati di presentare osservazioni e la garanzia del contraddittorio. Il crescente ricorso alla decisione con impegni a tutela del consumatore registrato nel 2010 - 2011 pone senz’altro in risalto i tangibili benefici che ne discendono, tuttavia, profila il rischio di vedere compromessa la funzione deterrente ed educativa della sanzione aggravata dalla difficoltà di monitorare il rispetto degli impegni resi vincolanti per il professionista.

SOMMARIO: 1. L’istituto degli impegni disciplinato nel codice del consumo e nel d.lgs. 145/2007: struttura e finalità. – 2. La valutazione discrezionale dell’amministrazione e i limiti di ammissibilità della nuova procedura. – 3. I caratteri peculiari del giudizio sulla manifesta scorrettezza e gravità della pratica e/o pubblicità delineati dalla giurisprudenza amministrativa. – 4. I fattori di emersione della manifesta scorrettezza e gravità: cenni alla prassi applicativa. – 5. Discrezionalità e giudizio di idoneità: il legame tra l’infrazione contestata e l’impegno proposto. – 6. L’applicazione crescente degli impegni a tutela del consumatore e del mercato: tra rischi e benefici.

1. L’istituto degli impegni disciplinato nel codice del consumo e nel d.lgs. 145/2007: struttura e finalità .

Tra i poteri di *enforcement* di cui l’Autorità garante della concorrenza e del mercato si avvale in materia di pratiche commerciali scorrette, come di pubblicità ingannevole e

comparativa illecita, riveste un'importanza sempre crescente quello di chiudere il procedimento istruttorio con *impegni*.

Si tratta di un meccanismo di *definizione semplificata* del procedimento applicabile alle infrazioni di minore entità, articolato sulla presentazione di impegni da parte del professionista "indagato" che, secondo le circostanze e la valutazione ampiamente discrezionale dell'Autorità, risultino "idonei" a determinare la cessazione della pratica o della pubblicità, l'eliminazione dei suoi effetti e /o comunque dei suoi profili di illegittimità.

L'istituto completa il sistema di tutela amministrativo messo a punto dal legislatore, bilanciando i più incisivi poteri istruttori e sanzionatori conferiti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato con le modifiche al codice del consumo intervenute nel 2007; tuttavia, se per un verso esalta il contributo dei privati per modificarne in senso virtuoso i comportamenti – a beneficio dei consumatori e del buon funzionamento del mercato – per l'altro potrebbe porre a rischio la funzione deterrente ed educativa della sanzione.

Vale la pena sottolineare che tale modello di chiusura del procedimento, di matrice comunitaria, non è espressamente previsto nella direttiva 2005/29/Ce ma trova la sua base giuridica nel Regolamento comunitario n. 2006/2004/CE sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili della normativa che tutela il consumatore, che contempla espressamente tale strumento tra quelli di cui devono essere dotate le predette autorità nazionali (articolo 4, comma 6, lett. e) del reg.).

Più nel dettaglio, sia l'articolo 27, comma 7, del codice del consumo sia l'articolo 8, comma 7, del d.lgs. n. 145/2007 consentono all'Autorità "ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità" di ottenere dal professionista l'impegno di porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola, in modo da eliminare i profili di illegittimità. In tali ipotesi, l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione.

Secondo il disposto normativo l'Autorità può disporre la pubblicazione degli impegni assunti dal professionista a cura e spese del medesimo.

La disciplina legislativa degli impegni è stata integrata con le disposizioni contenute nel Provvedimento n. 17590, concernente il regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita, e nel Provvedimento n. 17589, recante il regolamento delle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette, adottati con deliberazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 15 novembre 2007 sulla base, rispettivamente, dell'articolo 8, comma 11, del D.lgs. n. 145/2007, e

dell'articolo 27, comma 11, del D.lgs. n. 146/2007, i quali prevedono la necessità di garantire il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione.

Come noto, i provvedimenti sono formalmente identici, ma si riferiscono, come le previsioni legislative richiamate, alle due aree distinte della pubblicità ingannevole e comparativa riferita ai rapporti *business to business* e delle pratiche commerciali scorrette riferita ai rapporti *business to consumer*.

Entrambi i regolamenti, all'articolo 8, comma 1 prevedono che la presentazione degli impegni avviene, in forma scritta, nei trenta giorni successivi alla ricezione dell'atto di avvio del procedimento, su iniziativa del professionista responsabile della pratica commerciale o committente della pubblicità, interessato a chiudere il procedimento istruttorio vincolandosi all'assunzione di comportamenti tali da far venire meno i profili di illegittimità della pratica commerciale o della pubblicità.

Il potere di accettazione degli impegni è limitato: gli impegni proposti non sono ammissibili – e, pertanto, devono essere rigettati dall'Autorità – nel caso si riferiscano a pratiche commerciali “*di manifesta scorrettezza e gravità*” (artt. 27, comma 7, del d.lgs. n. 206/05 e 8 lett. c) dei regolamenti).

Al di fuori di tali ipotesi l'Autorità valuta l'*idoneità* gli impegni e qualora li ritenga idonei dispone con provvedimento la loro accettazione, rendendoli obbligatori per il professionista, chiudendo il procedimento senza accertare l'infrazione; qualora li ritenga parzialmente idonei, fissa un termine al professionista per un'eventuale integrazione degli impegni stessi; in caso di inidoneità degli impegni, delibera, nel provvedimento finale, il rigetto degli stessi (articolo 8, comma 2 del Reg.).

A garanzia dell'effettività degli impegni accettati e di conseguenza a tutela del buon funzionamento del mercato, l'art. 8, comma 3, dei regolamenti consente all'Autorità di riaprire d'ufficio il procedimento nei casi di mancata attuazione degli impegni assunti, modifica della situazione di fatto rispetto ad uno o più elementi su cui la decisione è stata assunta, o carattere incompleto, inesatto o fuorviante delle informazioni trasmesse dalle parti.

L'istituto in esame ricalca nella sua struttura e nelle sue finalità l'omologa disciplina prevista nella legislazione antitrust comunitaria e nazionale (articolo 14 - ter nella legge 287 del 1990 - sentenza 14 settembre 2009, n. 8673, *Apparati in casa d'utente*). Le diversità tuttavia non mancano.

Dal punto di vista procedimentale - anzitutto - si può osservare che mentre in materia di concorrenza la disciplina prevede una vera e propria istruttoria pubblica il c.d. *market test* ovvero un termine entro il quale i terzi possano presentare osservazioni in relazione agli impegni proposti, né la disciplina normativa né quella regolamentare contemplano alcuna

forma di coinvolgimento dei terzi potenzialmente interessati né sanciscono la necessità che della presentazione degli impegni venga data comunicazione ai soggetti che hanno presentato richiesta di intervento all'autorità. La formulazione delle norme potrebbe compromettere la trasparenza necessaria per consentire ai terzi interessati (associazioni dei consumatori, per esempio) di presentare osservazioni in merito agli impegni proposti e partecipare al procedimento.

A tal riguardo, il Tar del Lazio nelle sentenze n. 2974/10 e n. 3077/10, *Consiglio Nazionale del Notariato*, su cui si tornerà nel prosieguo, ha osservato che il giudizio sugli impegni potenzialmente in grado di determinare l'archiviazione del procedimento principale di accertamento dell'infrazione, si inserisce in quest'ultimo quale fase incidentale. Pertanto, le parti del procedimento principale devono essere poste nella condizione di poter partecipare anche alla suddetta fase incidentale mediante un'apposita comunicazione degli impegni presentati, e non averne contezza esclusivamente con la comunicazione del provvedimento finale di accoglimento degli stessi che segna la chiusura del procedimento senza accertamento dell'infrazione.

2. La valutazione discrezionale dell'amministrazione e i limiti di ammissibilità della nuova procedura.

Anche in tema di pratiche commerciali scorrette, analogamente a quanto riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza che si è occupata di impegni in materia antitrust, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato è attribuita una valutazione ampiamente discrezionale sull'opportunità di definire il procedimento con l'accettazione della proposta di impegni, tenuto conto che quest'ultima non produce l'effetto di chiarimento della regola giuridica che deriva dalla procedura di accertamento dell'eventuale infrazione con conseguente sanzione (Tar Lazio sentenze n. 2974/10 e n. 3077/10, *Consiglio Nazionale del Notariato*, sentenza 8673 del 14 settembre 2009, *caso Fastweb*; sentenza n. 24991/10, *Volantino Red Bull*; sentenza n. 8394/09 – *Prezzi bloccati elettricità*, sentenza n. 306/10, *Agos acquisto televisore*).

Ciò in quanto, il tratto caratteristico e al contempo più problematico, della nuova procedura è quello di implicare la chiusura del procedimento istruttorio avviato senza l'accertamento dell'infrazione, salva la riapertura dello stesso nelle sole ipotesi tassativamente enumerate nel citato articolo 8, comma 3, del Regolamento.

Ripercorrendo la sequenza procedurale dell'istituto in esame, risulta palese che il test di ammissibilità precede e logicamente condiziona quello di idoneità degli impegni a ripristinare la correttezza nel mercato. La disposizione normativa e quella regolamentare pongono

espressamente quale regola d'eccezione all'applicazione della nuova procedura, la *manifesta scorrettezza e gravità della pratica*. Tale aspetto rappresenta una delle differenze più significative rispetto alla previsione di cui al menzionato articolo 14-ter della legge n. 287 del 1990 nel quale in punto di presupposti di ammissibilità degli impegni non è contemplato alcun limite.

La locuzione, che richiama cumulativamente il carattere di “gravità” e di “manifesta scorrettezza”, individua secondo il Tar “una sorta di endiadi, essendo arduo immaginare che una pratica grave non sia anche manifestamente, ossia *ictu oculi*, scorretta, e che a sua volta una pratica di palese evidente scorrettezza non presenti, proprio in funzione della sua qualificata scorrettezza profili di gravità” (Tar Lazio, sentenza 8673 del 14 settembre 2009, caso Fastweb; Tar Lazio, sent. n. 24991/10, Volantino Red Bull; 8394/09 – Prezzi bloccati elettricità).

Prendendo le mosse dal tenore testuale della norma e dalla funzione di filtro che svolge, impedendo a monte il ricorso alla procedura, i giudici amministrativi limitano il campo di applicazione degli impegni a “fattispecie di maggiore tenuità e minore impatto socioeconomico”.

Inoltre, affermano il principio guida per cui “la percezione della gravità dell'infrazione, ed il conseguente interesse a procedere al suo accertamento, costituisce un parametro che, se individuato, inibisce l'accettazione degli impegni vincolando la decisione dell'amministrazione (Tar Lazio, sent. n. 2828/10, Fotovoltaico – Multiutility.it; n. 12283/10, BNL cancellazione ipoteca; n. 12281/10 Intesa San Paolo cancellazione ipoteca).

3. I caratteri peculiari del giudizio sulla manifesta scorrettezza e gravità della pratica e/o pubblicità delineati dalla giurisprudenza amministrativa.

Le prime recenti sentenze del Tar pongono in rilievo i caratteri peculiari del giudizio di ammissibilità dell'impegno e della determinazione a riguardo assunta dall'Autorità: la fase procedimentale in cui interviene, l'onere motivazionale che l'accompagna, il rapporto con il provvedimento finale.

Come si desume dalla disciplina dell'istituto, la decisione sulla manifesta scorrettezza e gravità della pratica interviene nella fase iniziale del procedimento, e pertanto, “sconta” la necessaria incompletezza del quadro cognitivo e valutativo; di conseguenza, il relativo apprezzamento si risolve sotto il profilo dell'emersione di elementi palesi che *prima facie* ne escludano l'attenuata rilevanza a fronte delle violazioni contestate.

Ne discende che il giudizio di ammissibilità dell'impegno assume carattere *necessariamente prognostico*, in quanto la valutazione sottesa alla determinazione in ordine alla gravità della fattispecie deve essere effettuata sulla base del complesso degli elementi concretamente disponibili al momento in cui vengono presentati gli impegni.

Da quanto detto deriva l'importante corollario che un giudizio di gravità - tale da precludere l'accettazione degli impegni - può essere "ridimensionato" con l'adozione della decisione finale sulla fattispecie, senza che ciò necessariamente integri un'ipotesi di contraddittorietà tra determinazioni assunte nel medesimo procedimento. Anzi proprio il diverso momento in cui viene a cadere la decisione sugli impegni presentati dal professionista rispetto a quello di adozione del provvedimento finale riflette significative conseguenze in ordine ai rispettivi presupposti e all'onere motivazionale che accompagna le distinte determinazioni.

Quanto ai presupposti, mentre nel primo caso gli elementi di valutazione e di giudizio sono esaurienti, nel secondo caso, di conclusione dell'iter procedimentale sono completi in ragione dell'avvenuta acquisizione delle argomentazioni difensive e delle indicazioni promananti dagli stessi operatori indagati.

Quanto al profilo della motivazione spesso scarna nelle determinazioni dell'Autorità, il Tar rileva che mentre il provvedimento conclusivo del procedimento "deve necessariamente dare atto non soltanto degli elementi a fondamento della valutata sussistenza di una fattispecie passibile di sanzione ..., ma anche della ponderazione dell'elemento soggettivo (responsabilità) dell'agente e, con riferimento alla consistenza della pratica sanzionabile, delle connotazioni che consentono di apprezzarne il grado di eventuale gravità (anche ai fini della commisurazione della misura afflittiva)", diversamente la decisione di rigetto degli impegni "è attributaria di un'attenuata esplicitazione motivazionale, atteso che ad AGCM è richiesto di dare contezza esclusivamente del carattere "manifesto" assunto dalla ritenuta gravità e/o scorrettezza della pratica, in relazione al sotteso interesse pubblico all'accertamento e repressione dell'illecito."

Tale principio è stato affermato in maniera esemplare nella recente sentenza n. 306 del 18 gennaio 2010, *Agos Acquisto televisore*, emessa sul ricorso proposto da Agos avverso il provvedimento finale di irrogazione della sanzione unitamente alla determinazione con la quale l'Autorità ha rigettato gli impegni dalla medesima presentati ai sensi dell'articolo 27, comma 7, del codice del consumo, in ragione del rilevato carattere di manifesta scorrettezza e gravità della pratica.

Nell'atto di avvio del procedimento l'Autorità ipotizza che le condotte poste in essere dalla società nella promozione di alcuni prodotti finanziari integrino una pratica commerciale aggressiva in quanto volte a condizionare indebitamente il consumatore e ad alterarne il comportamento economico.

In estrema sintesi, nella conclusione di finanziamenti finalizzati all'acquisto di beni di consumo presso diversi punti vendita, il consumatore non veniva informato che l'accensione del finanziamento utilizzabile mediante carta di credito avrebbe comportato degli oneri aggiuntivi rispetto al finanziamento classico.

La società contesta la legittimità della determinazione di rigetto degli impegni per difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifesta in ordine al relativo apprezzamento di inammissibilità.

Il ricorrente, in particolare, assume che l'affermata manifesta scorrettezza e gravità delle condotte contestate non assolverebbe l'onere motivazionale che avrebbe dovuto assistere tale determinazione: "difettando in particolare indicazione alcuna in ordine alle ragioni e alle circostanze di fatto a fondamento di tale decisione".

Prosegue la parte asserendo che l'evidenziato carattere aggressivo e grave della pratica in esame, ostativo all'ammissione della procedura, non sarebbe emerso dall'istruttoria condotta fino all'adozione del provvedimento di rigetto, stante la sommarietà dell'analisi.

Il giudice amministrativo premesso il principio per cui l'Autorità è chiamata a valutare non solo l'idoneità delle misure correttive proposte, ma anche, come avvenuto nel caso di specie, la sussistenza di un rilevante "interesse pubblico all'accertamento dell'eventuale infrazione", esclude che la valutazione latamente discrezionale possa venire in considerazione laddove si versi, come previsto dalla norma, ed accaduto nel caso di specie, in ipotesi di "manifesta scorrettezza e gravità della pratica", che *vincolano* ex lege il potere dell'Autorità.

In tali casi la motivazione con la quale l'Autorità può orientare la propria scelta di non accogliere gli impegni del professionista "indagato" trova corrispondenza nei molteplici profili che accreditano con più accentuata rilevanza l'interesse alla conclusione del procedimento (cfr. sentenza 8 settembre 2009 n. 8394 – Prezzi bloccati elettricità). Quanto sopra esposto induce il giudice ad escludere che la decisione di rigetto degli impegni proposti da Agos riveli elementi inficianti.

Altrettanto significativa ai fini dell'indagine che si conduce è la sentenza Tar Lazio 27 gennaio 2010, n. 24991 – *Red Bull* – che ha respinto il ricorso presentato per l'annullamento del provvedimento dell'Autorità garante n. 19541 del 19 febbraio 2009, con il quale è stata sanzionata, per violazione degli artt. 20 e 21 comma 1 lettera b) e commi 3 e 4 del codice del consumo, la comunicazione contenuta in un volantino pubblicitario relativo ad una bevanda energetica, in quanto induce in errore i destinatari, individuati in un pubblico di giovani e giovanissimi, circa le caratteristiche e i risultati conseguibili a seguito della assunzione della bevanda reclamizzata, con divieto di ulteriore diffusione.

Il procedimento prendeva l'avvio a seguito di segnalazione del Centro di ricerca e tutela dei consumatori ed utenti, in ordine alla diffusione nella città di Trento, di un volantino pubblicitario che consigliava l'uso di una bevanda energetica per affrontare e vincere stati di sonnolenza alla guida con affermazioni del seguente tenore: 'Chiunque guidi, dal giovane

neopatentato al guidatore incallito, sa che i fattori più importanti per viaggiare in sicurezza sono un corpo sano e una mente sempre allerta. [...]. Se gli occhi si chiudono e la strada verso casa sembra interminabile, è ora di ascoltare un po' di buona musica ritmata e rinfrescare la mente con una lattina di Red Bull'. Il messaggio lascia credere, contrariamente al vero, che l'assunzione della bevanda permetta di superare stati di sonnolenza alla guida senza necessità di fermarsi e riposarsi.

La società ricorrente lamenta il rigetto degli impegni da essa proposti consistenti nella modificazione del testo del messaggio con l'aggiunta della frase "Ma quando le palpebre iniziano a diventare un po' troppo pesanti, il miglior consiglio che possiamo darti è fermarti e riposarti"; nonché con ulteriori esplicitazioni, per altre parti non contestate, intese a rendere più percepibile l'identificazione del target di consumatori.

L'Autorità ha respinto la proposta di impegni presentata dalla società ricorrente sul rilievo della manifesta scorrettezza e gravità della comunicazione pubblicitaria che per il contenuto e la grafica utilizzata è ritenuta "suscettibile di porre in pericolo la sicurezza dei consumatori e di raggiungere, per le sue modalità di diffusione, anche adolescenti", ai sensi dell'art. 21, comma 4 del codice del consumo.

A riguardo, il Tar richiamando quanto già precisato con riferimento agli impegni previsti dall'art. 14 ter della legge n. 287/1990, afferma che l'accettazione degli impegni rispecchia valutazioni di ampia discrezionalità e che può essere rifiutata quando l'Autorità ritenga di dover disporre l'irrogazione di una sanzione amministrativa in ragione della natura ed entità dell'infrazione.

Il giudice amministrativo si spinge fino a prospettare il dubbio che, "sotto il profilo dell'interesse a ricorrere, le determinazioni negative sugli impegni siano comunque impugnabili, anche unitamente al provvedimento che dichiara la scorrettezza della pratica commerciale e irroga la sanzione pecuniaria amministrativa" (richiamando la sentenza T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 4 maggio 2009, n. 4490, che esclude tra l'altro che l'illegittimità del diniego di accettazione degli impegni refluisca ex se sul provvedimento finale irrogativo della sanzione).

Il Tar, nel caso in esame, si pronuncia anche in merito al preteso contrasto tra mancata adozione di provvedimenti cautelari di sospensione della pratica commerciale e il rifiuto degli impegni, riconoscendone l'insussistenza risultando i primi preclusi in fatto dall'intervenuta cessazione della diffusione del volantino, così come giudica irrilevante la circostanza che il volantino non sia stato oggetto di valutazioni negative da parte di altre autorità nazionali (non essendo né allegato né comprovato che esso sia stato oggetto di esame favorevole da parte di esse), sia la piena legittimità della disciplina nazionale regolatrice degli

impegni, ai sensi del Regolamento n. 2004/2006/CE.

Altrettanto significative risultano le recenti sentenze del Tar Lazio n. 12283/10, *BNL cancellazione ipoteca* e n. 12281/10 *Intesa San Paolo cancellazione ipoteca* relative all'impugnazione dei provvedimenti con cui l'Autorità, rigettando gli impegni proposti dagli istituti di credito, ha concluso i relativi procedimenti (PS 1130 Intesa San Paolo- cancellazione ipoteca; PS 1481 Bnl *cancellazione ipoteca*), concernenti la mancata applicazione delle norme sulla procedura semplificata di cancellazione delle ipoteche di cui al decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7 convertito, con modificazioni, dalla legge 2 aprile 2007, n. 40.

In particolare le condotte contestate agli istituti di credito "indagati" consistono "nell'adozione di comportamenti dilatori comportanti ritardi notevoli/significativi rispetto ai trenta giorni stabiliti dalla legge: a) nell'evasione di richieste di rilascio della quietanza a fronte di mutui estinti prima dell'entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge n. 7/07(...); b) nell'avvio/conclusione del procedimento di rilascio al debitore della quietanza attestante la data di estinzione dell'obbligazione e di trasmissione al conservatore della relativa comunicazione, per i mutui estinti in regime ordinario (per i quali è invece previsto un sistema di automatismo della cancellazione stessa senza alcuna incombenza a carico del mutuatario ...)".

L'Autorità ha ritenuto censurabile la condotta del professionista "che ha comportato una notevole dilatazione dei tempi per il rilascio della quietanza al debitore e per la trasmissione al conservatore della relativa comunicazione, tanto da costituire un ostacolo non contrattuale imposto al consumatore in relazione all'esercizio di un diritto".

L'Autorità Garante, nel giugno 2009, ha deliberato di non accogliere gli impegni presentati dagli istituti di credito valutandoli inammissibili in quanto riferibili a fattispecie di pratiche 'manifestamente scorrette e gravi'.

Secondo il Tar, nel caso di specie, la valutazione compiuta dall'Autorità deve ritenersi pienamente conforme alla legge in quanto la percezione della gravità dell'infrazione, ed il conseguente interesse a procedere al suo accertamento, costituisce un parametro che osta all'accettazione degli impegni vincolando la decisione dell'amministrazione.

Inoltre, il Tar soggiunge che "il giudizio prognostico relativo alla gravità della pratica commerciale scorretta non può costituire vizio dell'atto di diniego in quanto, se il procedimento si conclude senza l'accertamento della violazione o comunque senza l'irrogazione di alcuna sanzione, nulla quaestio, invece, se un'infrazione viene accertata e sanzionata, allora le eventuali censure sulla sussistenza dell'illecito e sul giudizio di gravità possono essere utilmente proposte avverso tale provvedimento finale ma "non refluiscono in un vizio di legittimità dell'atto di rigetto degli impegni che, al momento della sua adozione, è

stato logicamente adottato e congruamente motivato”.

Come già anticipato l’Autorità, nello stesso tempo, ha deliberato di non accogliere gli impegni presentati da Intesa Sanpaolo S.p.a. ritenendoli inammissibili ai sensi dell’articolo 27, comma 7, del codice del consumo e sussistente l’interesse a procedere all’accertamento dell’eventuale infrazione.

In sede di impugnativa il ricorrente assume che “l’Autorità avrebbe considerato unitariamente la condotta contestata, ma tale impostazione risulterebbe contraddetta dal provvedimento sanzionatorio secondo cui, invece, si tratterebbe di due distinte pratiche commerciali scorrette, dotate di propria autonomia e, come tali, autonomamente sanzionate. La delibera di rigetto degli impegni sarebbe di conseguenza illegittima perché nessuna delle due distinte fattispecie presenterebbe, singolarmente considerata, i caratteri congiunti della manifesta scorrettezza e gravità; diversamente, sarebbe viziata la delibera contenente la comminatoria di due distinte sanzioni in quanto presuppone una duplicità di pratiche commerciali scorrette esclusa dalla prima determinazione”.

Il Collegio rileva che, a prescindere dalle espressioni in concreto utilizzate, vale a dire “elevato grado di offensività” e “manifesta scorrettezza” per la prima condotta e “particolare gravità” per la seconda condotta, risulta evidente dal contenuto della delibera che l’Autorità ha fatto riferimento a due distinte condotte manifestando per entrambe l’interesse a procedere all’accertamento dell’eventuale infrazione.

Pertanto, secondo il Tar la valutazione discrezionale rimessa all’Autorità, nel caso di specie, deve ritenersi esercitata in maniera pienamente conforme alla legge in quanto la percezione della gravità dell’infrazione, sia pure per la prima condotta espressa con la locuzione “elevato grado di offensività”, inibisce l’accettazione degli impegni vincolando la decisione dell’amministrazione.

Afferma ancora una volta il principio per cui è verso il provvedimento finale irrogativo della sanzione che devono muoversi le eventuali censure relative alla sussistenza dell’illecito ed al giudizio di gravità e non verso l’atto di rigetto degli impegni che sia stato logicamente adottato nella fase iniziale del procedimento e congruamente motivato.

4. I fattori di emersione della manifesta scorrettezza e gravità:cenni alla prassi applicativa.

Al fine di individuare più nitidamente quali pratiche commerciali scorrette ricadano nell’alveo di quelle “manifestamente gravi e scorrette”, e quali siano i parametri di cui l’autorità si avvale in concreto, occorre riferirsi alla prassi decisionale.

Gli indici “manifesti” di cui si avvale sono eterogenei e numerosi poiché si conformano al diverso atteggiarsi delle fattispecie di volta in volta oggetto di contestazione.

Già nella relazione annuale riferita all'attività svolta nel 2009, l'Autorità garante rappresenta che nel decidere sull'ammissibilità degli impegni tiene conto di *“almeno uno dei seguenti fattori: elevato numero – anche soltanto potenziale – di consumatori coinvolti; pregiudizio economico concreto ed eventuale per i medesimi; particolare gravità in sé dell'inganno o della pressione; condizione di debolezza del consumatore medio o di una delle categorie di consumatori medi interessati; suscettibilità della fattispecie contestata ad una tra le ipotesi incluse nelle liste nere di cui agli articoli 23 e 26 del codice del consumo”*.(cfr. Relazione annuale sull'attività svolta, 30 aprile 2009, pp. 259 e 260 ss.).

Ed invero nel corso del 2010, ha confermato il precedente orientamento considerando, per esempio, inammissibili gli impegni presentati in relazione a pratiche che presentavano esigenze di tutela rafforzata di categorie di consumatori particolarmente vulnerabili.

A tal riguardo, si consideri il provvedimento n. 21472 - PS 5592 *Pragma Ricerca Personale* del 5 agosto 2010, concernente il comportamento posto in essere da un'impresa attiva nell'organizzazione di corsi professionali, consistente nella diffusione, a mezzo lettera, di un messaggio pubblicitario che lascia intendere ai destinatari, contrariamente al vero, che compilando la scheda allegata si possa partecipare ad una selezione di tecnici per svolgere attività in vari settori (meccanica, architettura, edilizia, elettronica/elettrotecnica e design industriale). In realtà le prospettive sottese all'offerta pubblicitaria consistono nella sola partecipazione al corso di informatica a pagamento, senza che a ciò segua alcuna selezione di personale al fine di ottenere un lavoro.

L'Autorità, nel giugno 2010, ha ritenuto inammissibili gli impegni proposti *“in considerazione dell'elevato grado di offensività della stessa, rivolta a fasce di consumatori particolarmente vulnerabili, in cerca di un'occupazione lavorativa”*.

Anche la suscettibilità delle condotte contestate dall'Autorità nell'elenco di ipotesi incluse nelle liste nere di cui agli articoli 23 e 26 del codice del consumo, come già anticipato, costituisce un fattore di cui l'autorità tiene conto ai fini della decisione in ordine agli impegni proposti dal professionista. Escluso che queste possano qualificarsi *ex se* come *“di manifesta scorrettezza e gravità”*, la prassi decisionale evidenzia la necessità di una valutazione delle circostanze del caso concreto e del mercato di riferimento. Ed, invero, le ipotesi della black list si considerano di per sé scorrette ed illecite e non di per sé gravi. Pur se come rilevato dal Tar *“la prospettazione di una pratica commerciale aggressiva integra un profilo di irrefutabile gravità ... che preclude ex lege l'accettazione degli impegni proposti; è evidente infatti che in una scala di offensività delle condotte commerciali scorrette, le pratiche aggressive ... assurgono ad un grado particolarmente elevato di oggettiva anti giuridicità (sentenza n. 8673/09 *Apparati in casa d'utente*)*.

L'Autorità ha accolto gli impegni proposti dagli operatori professionali in vari procedimenti (Cfr. Provv. n. 21625 del 30 settembre 2010; PS 5220 *-Tele2- sollecitazioni telefoniche non richieste*, cfr. Provv. n. *Fastweb sollecitazioni telefoniche non richieste*), concernenti comportamenti consistenti in ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali effettuate attraverso mezzi di comunicazione a distanza suscettibili di integrare una violazione degli articoli 24, 25, lettera a), e 26 lettera c) del codice del consumo in quanto contrario alla diligenza professionale ed idoneo a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio inducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

L'Autorità ha ritenuto gli impegni suddetti ammissibili e idonei a sanare i possibili profili di illegittimità della pratica "laddove prevedono iniziative informative adeguate al fine di rendere il consumatore consapevole dei diritti di cui è titolare per impedire la ricezione di sollecitazioni commerciali non desiderate".

In particolare, valuta positivamente l'adozione di accorgimenti idonei a sanare il possibile profilo di scorrettezza nella misura in cui consentono al consumatore di disporre, già al momento del contatto telefonico, di informazioni rilevanti ai fini del diritto di revoca del consenso a ricevere le comunicazioni commerciali non desiderate sotteso all'articolo 7 del codice della privacy. Gli accorgimenti in questione sono: l'introduzione nei contratti che concluderà con gli outsourcer incaricati di svolgere per suo conto le attività di teleselling, di un codice di condotta; la modifica dei contratti già in essere con gli outsourcer rendendo giuridicamente vincolante l'osservanza del codice di condotta; adozione di un sistema di monitoraggio volto ad effettuare verifiche a campione sull'effettivo impiego da parte del call center degli outsourcer del testo dei nuovi script; pubblicazione sul proprio sito web di una informativa rivolta agli utenti con cui descriverà in modo semplice le modalità attraverso le quali l'utente che desidera non ricevere più sollecitazioni telefoniche potrà revocare il proprio consenso commerciale al riguardo.

5. Discrezionalità e giudizio di idoneità: il legame tra l'infrazione contestata e l'impegno proposto.

L'autorità ritenuti ammissibili gli impegni proposti dal professionista può vagliarne l'*idoneità* a "porre fine all'infrazione"; nel decidere se preferire la procedura negoziata a quella ordinaria, "l'Autorità è chiamata a valutare non solo l'idoneità delle misure correttive proposte ma anche la sussistenza di un rilevante interesse pubblico all'accertamento dell'eventuale infrazione, che in quanto tale possa giustificare la reiezione degli impegni".

Nell'individuare quale possa essere l'interesse pubblico che osti all'accettazione degli impegni il Tar ha più volte affermato che "la peculiarità e complessità del caso

concreto, ovvero la necessità di stabilire dei principi con riguardo ad una fattispecie inedita, o ad un mutato assetto di mercato, ovvero ancora, l'interesse dell'amministrazione ad irrogare un'ammenda, attesa la funzione deterrente e di monito per gli operatori rivestita da quest'ultima, ben può giustificare il rigetto degli impegni presentati, e la conseguente necessità di accertare, concludendo il procedimento ordinario, l'avvenuta infrazione." (cfr., in particolare le sentenze Tar Lazio, n. 8394 dell'8 settembre 2009 cit., Tar Lazio, n. 306/10, *Agos acquisto televisore*; Tar Lazio, sent. n. 2974/10 e n. 3077/10, *Consiglio Nazionale del Notariato*).

Soggiungendo che si tratta di una "valutazione latamente discrezionale in quanto impinge nell'autonomia di cui l'autorità dispone relativamente alla determinazione delle proprie priorità di intervento". Tale aspetto è particolarmente evidente nella sentenza n. 8394 del 24 giugno 2009, che trae origine dal procedimento concernente il comportamento posto in essere da diverse società operanti nel mercato della vendita del gas naturale e dell'energia elettrica, consistente nel porre in essere campagne pubblicitarie, mediante diversi mezzi di comunicazione, relativi alle offerte c.d. prezzo fisso/certo/bloccato e c.d. detta bioraria di energia elettrica e gas, idonee ad indurre in errore i consumatori in relazione al prezzo complessivo applicato per l'erogazione del servizio richiesto, attraverso indicazioni inesatte o incomplete in violazione degli articoli 20, 21, 22 del codice del consumo.

L'Autorità, nel caso di specie, a fronte della presentazione di impegni ha rappresentato la sussistenza dell'interesse pubblico a proseguire l'iter procedimentale considerata "la peculiarità della fattispecie e la necessità di verificare nell'ambito di un approfondimento istruttorio, l'esattezza e la completezza delle comunicazioni commerciali, suscettibili di interessare un ampio numero di utenti, anche alla luce della solo recente liberalizzazione della vendita di energia elettrica e gas ai consumatori".

Ed ha, altresì, ritenuto gli impegni manifestamente inadeguati a rimuovere i profili di decettività dei messaggi, con riguardo alla circostanza che "la complessità delle informazioni, ovvero il linguaggio eccessivamente tecnico, che la società intenderebbe adottare, renderebbe ancora più difficoltoso per il consumatore la comprensione del messaggio ed, in particolare, del prezzo finale effettivamente praticato."

Sia la prima che la seconda delle motivazioni che fondano il rigetto degli impegni sono condivise dal Tar.

Premesso che anche il giudizio sulla "idoneità" degli impegni di correttezza proposti dal professionista, così come quello sulla ammissibilità degli stessi, è un giudizio "prognostico" e non definitivo che interviene nella fase iniziale del procedimento, la

giurisprudenza amministrativa ha individuato le coordinate che guidano la valutazione discrezionale a tal riguardo rimessa all'Autorità.

Così come in materia antitrust, il giudice amministrativo ha affermato che le misure correttive proposte dal professionista debbono essere "pertinenti" rispetto all'oggetto del procedimento e quindi "funzionali" all'elisione di profili di ingannevolezza oggetto di accertamento. Ed inoltre, che è ragionevole ritenere che le imprese propongano misure omologhe a quelle che potrebbero essere imposte dall'autorità con diffida.

In proposito, precisa altresì che "gli impegni non costituiscono un *quid minus* rispetto ai possibili esiti dell'istruttoria, ma debbono essere proporzionali agli illeciti contestati".

Per esempio, la *distonia* tra gli impegni presentati e resi vincolanti dall'AGCM e l'illecito contestato, emerge in modo particolarmente significativo nelle sentenze Tar del Lazio 24 febbraio 2010, n. 2974 e 25 febbraio 2010, n. 3077.

Il giudice accoglie i ricorsi proposti, rispettivamente, dall'ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Bologna e dal Consiglio Nazionale dei Dottori commercialisti ed Esperti contabili avverso il provvedimento (n. 19601 del 5 marzo 2009, PB 279 in Boll. n. 9/2009) con il quale l'autorità ha accettato gli impegni proposti dal Consiglio Nazionale del Notariato. In particolare, rileva l'*inidoneità* delle misure proposte in rapporto ai profili di legittimità contestati nel provvedimento di avvio del procedimento, e annulla la decisione dell'Autorità.

In sintesi, il procedimento in questione ha riguardato una campagna pubblicitaria realizzata con un'inserzione dal titolo "Senza Notaio meno sicurezza", apparsa sui principali quotidiani nazionali, nella quale si ponevano a confronto i servizi resi dai notai e dai commercialisti per la realizzazione della cessione di quote di società a responsabilità limitata.

La campagna promozionale risultava valutabile sotto i profili dell'ingannevolezza circa le caratteristiche ed i costi del servizio di assistenza nella cessione di quote di s.r.l. e della presunta illecita comparazione tra i servizi offerti dai notai e dai commercialisti, infatti il *claim* finale recitava: "Con il notaio più sicurezza meno costi; senza il notaio più costi meno sicurezza" con discredito per i commercialisti.

Gli impegni proposti dal CNN consistevano nella pubblicazione sul proprio sito di un lettera (inviata all'AGCM) nella quale si dichiara l'inesistenza di perplessità in merito alla nuova procedura che per la prima volta attribuisce ai commercialisti il servizio di cessione di quote delle s.r.l..

In particolare, il giudice nel vaglio di idoneità esclude la sussistenza di un rapporto di pertinenza tra la dichiarazione del CNN oggetto della proposta di impegno e l'illecito contestato, reputando la prima soltanto "*una generica e ambigua resipiscienza e non già una*

puntuale rettifica del messaggio in precedenza diffuso”, e per di più la modalità di comunicazione proposta (pubblicazione sul sito internet dello stesso notariato) di assai minore diffusione, e penetrazione rispetto alla pubblicazione sui principali quotidiani nazionali scelta per la campagna pubblicitaria oggetto di contestazione.

Inoltre, il giudice pone in risalto che la lettera del CNN non contenesse l’impegno a non reiterare nel futuro lo stesso messaggio e che non prospettasse alcuna misura di elisione degli effetti già prodottisi presso il pubblico, unitamente al discredito ingenerato nei confronti dei dottori commercialisti. Pertanto, nelle sentenze in esame richiama il principio per cui nel caso di infrazioni ancora in corso risulta sufficiente che gli impegni operino per il futuro, nell’ipotesi di pratiche già cessate appare necessaria una riparazione con effetti retroattivi del *modus agendi* del professionista.

A seguito delle menzionate pronunce del Tar, l’Autorità ha deliberato la riapertura del procedimento, riesaminato il contenuto del messaggio pubblicitario e irrogato la sanzione (cfr. Provv. n. 22052 (PB279B) - *CNN - riesame delibera*).

Quale esempio di rigetto degli impegni per inidoneità degli stessi si consideri il procedimento PS5744 – PRE.SCO.GAS – Controlli sicurezza – (provvedimento n. 21473 del 5 agosto 2010) avviato sulla base di una segnalazione da parte del vice segretario comunale del Comune di Povegliano, nei confronti di una società per la diffusione presso le caselle di posta degli abitanti del comune di un volantino pubblicitario concernente la vendita di un rilevatore di fughe di gas, previa comunicazione dell’iniziativa all’amministrazione comunale.

L’Autorità nell’atto di avvio del procedimento ha ipotizzato la presunta violazione degli artt. 20 e 22 del codice del consumo, poiché il volantino presentandosi graficamente come una comunicazione proveniente da pubblica autorità, senza far menzione alla natura di s.r.l. del professionista e dell’oggetto della pubblicità consistente nell’offrire, con modalità di vendita porta a porta, un dispositivo per la sicurezza in caso di possibili fughe di gas, è ritenuto idoneo ad indurre in errore il consumatore medio, che è persuaso che si tratti di un’iniziativa di carattere autoritativo volta a verificare la sicurezza delle abitazioni dei cittadini.

L’Autorità ha ritenuto gli impegni inidonei a far venire meno i profili contestati in quanto nella nuova versione del volantino la società proponeva di sostituire l’affermazione generica “*per la sicurezza*” con un’altra altrettanto generica “*per l’eventuale fornitura del dispositivo di sicurezza*”, senza alcuna dicitura che facesse riferimento al fatto che si trattava di un’operazione commerciale di vendita porta a porta da parte di una società. Con riguardo alla gravità della violazione, si tiene conto nella fattispecie in esame che la diffusione di tali

volantini, benché localmente limitata, risulta pregiudizievole per i cittadini/consumatori, in quanto fa leva sulla loro debolezza e sensibilità per questioni che coinvolgono la sicurezza della propria abitazione.

Invece, l'Autorità ha accettato gli impegni proposti dalle principali società operanti nel settore delle telecomunicazioni, nell'ambito di tre procedimenti, (Ps 5243 *Servizi informazioni telefoniche 1240*, Provv. 21381 del 21 luglio 2010, *Servizi informazioni telefoniche 1288*, *servizi di informazione telefonica 12.54*) aventi ad oggetto il comportamento consistente nell'invitare gli utenti di alcuni servizi telefonici ad usufruire della prestazione di completamento della chiamata, privando il consumatore degli elementi idonei ad assumere una determinazione commerciale pienamente consapevole delle caratteristiche e dei costi del servizio aggiuntivo. E' stato ipotizzato che le condotte integrassero una violazione degli articoli 20, 21 comma 1, lett. d) e 22 del codice del consumo, in quanto ai consumatori sarebbero state fornite informazioni non rispondenti al vero, inesatte o incomplete, ovvero non sarebbero state fornite informazioni rilevanti.

Gli impegni aventi ad oggetto l'adozione di misure volte ad integrare le informazioni fornite ai consumatori al momento del primo contatto con le numerazioni telefoniche 12.40 e 89.24.24 con riferimento ai costi del servizio di completamento della chiamata, sono *ritenuti idonei* dall'Autorità a sanare i possibili profili di scorrettezza della pratica.

Si distingue per la particolare chiarezza della motivazione che accompagna la valutazione di ammissibilità e idoneità degli impegni proposti dal professionista il provvedimento n. 21101- PS 576 - *Primacasa del 13 maggio 2010*.

I messaggi oggetto del procedimento, diffusi a mezzo stampa, internet e tramite la brochure mensile di informazione immobiliare "Prima casa News", costituiscono una pratica commerciale volta ad accreditare i professionisti come appartenenti ad un importante gruppo operante nel settore immobiliare, dotato di una capillare rete commerciale e di una ventennale esperienza nel settore.

Gli impegni del professionista consistono "nel non utilizzare espressioni quali "oltre 200 punti vendita affiliati in Italia ovvero "oltre 250 punti vendita affiliati in Italia nell'ambito delle future campagne pubblicitarie, nelle brochures Primacasa, nel proprio sito e in ogni altra futura comunicazione commerciale".

Secondo quanto si legge nelle valutazioni degli impegni, la pratica posta in essere da Prima casa non concretizza un'ipotesi di "manifesta scorrettezza" e "particolare gravità" in quanto "il numero dei punti vendita affiliati indicato nei messaggi, pur non essendo quello effettivo, è comunque allineato al numero dei contratti di affiliazione sottostanti..". Inoltre "i messaggi sono volti ad accreditare la società quale operatore del settore particolarmente

qualificato... non promuovono condizioni vantaggiose per i servizi offerti dai professionisti, quali le provvigioni, che rappresentano una delle leve di marketing del settore dei servizi di intermediazione immobiliare...”

Sotto il profilo dell’idoneità l’Autorità valuta le misure proposte idonee a sanare gli addebiti contestati in considerazione dell’eliminazione delle espressioni che potevano indurre il consumatore a ritenere che la diffusione geografica e la quantificazione dei punti vendita fossero superiori a quelle effettive.

Allo stesso modo l’Autorità conclude il procedimento concernente un messaggio pubblicitario reclamizzante bevande alcoliche, che “avrebbe potuto risultare idoneo ad indurre i consumatori - inclusi soggetti in età adolescenziale - a trascurare le normali regole di prudenza e vigilanza, utilizzando motoveicoli in modo improprio”, in violazione degli articoli 20, 21, commi 3 e 4 del codice del consumo (provv. 21380 -PS 5039 – *Gancia spumante – sganciamoci* del 21 luglio 2010). La società si è impegnata a non diffondere più il messaggio in contestazione riservandosi di diffonderne in futuro una versione modificata nella quale un ragazzo è seduto su uno scooter rappresentato da bollicine e non in movimento...Gli impegni sono ritenuti idonei considerato tra l’altro che nel messaggio in questione, l’atteggiamento di due giovani in viaggio su uno scooter, presenta elementi di fantasia e non lascia intendere che il consumo dello spumante sia avvenuto prima del viaggio sullo scooter.

In alcuni provvedimenti l’accettazione degli impegni ha determinato anche il ristoro del pregiudizio economico subito dal consumatore. Per esempio il provvedimento *PS teledue – rimodulazione piano tariffario* ha avuto ad oggetto la rimodulazione unilaterale del piano tariffario “senza limiti”, in particolare, l’operazione era stata preceduta dall’invio di comunicazioni ai consumatori prive di un’ adeguata informazione in relazione al diritto di recesso per il caso di mancata accettazione della variazione tariffaria disposta.

L’autorità ha valutato gli impegni ammissibili, poiché la carenza informativa risultava ravvisabile solo in relazione ad uno dei piani tariffari oggetto di rimodulazione tariffaria e non interessava il contenuto dell’operazione di modifica contrattuale e idonei a fornire una chiara informativa sull’esistenza del diritto di recesso, la rimessione in termini ai fini del relativo esercizio mediante l’invio di una lettera *ad personam* a ciascun utente interessato, ed inoltre l’erogazione di un bonus in danaro per gli utenti che non si avvalgano di tale diritto.

Parimenti nel caso Telecom (*Telecom – mancata attivazione ADSL*) l’Autorità ha ritenuto gli impegni proposti adeguati a migliorare il livello di precisione e affidabilità delle informazioni fornite ai consumatori in merito alla possibilità di procedere all’attivazione di servizi ADSL, nonché alla relativa tempistica.

Nello stesso filone si inserisce anche il *provv. 21849 - ps 4965 ing direct* - nel quale il professionista si è impegnato alla modifica della descrizione delle operazioni di bonifico riportata nella documentazione informativa del conto corrente Arancio e *alla refusione delle spese addebitate ai consumatori*. In tale caso, secondo l'autorità, gli impegni rimuovono i profili di scorrettezza e pongono rimedio al pregiudizio economico sofferto dai consumatori.

6. L'applicazione crescente degli impegni a tutela del consumatore e del mercato: tra rischi e benefici

Dalla sua inaugurazione in materia consumeristica l'istituto degli impegni ha trovato un'applicazione via via crescente. Infatti il numero di procedimenti chiusi con la nuova procedura nel 2010 (ben 36, secondo i dati forniti nella relazione dell'antitrust riferita al 2010) è stato notevolmente più elevato rispetto a quello registrato in fase di prima applicazione delle nuove regole introdotte nel codice del consumo e contenute nel d.lgs. n. 146/2007.

Ciò in quanto inizialmente, l'interesse pubblico all'accertamento dell'infrazione è stato particolarmente valorizzato in vista dell'esigenza di definire i contorni della materia e di garantire l'efficacia deterrente della normativa di nuova introduzione a tutela dei consumatori e del corretto funzionamento del mercato.

Il più ampio utilizzo della procedura negoziata, considerato dalla stessa Autorità uno dei dati più innovativi nella attività svolta nel 2010, sembra far trasparire un cambiamento di policy nell'utilizzo di tale strumento, che non manca di destare alcune preoccupazioni oltre agli entusiasmi.

Come evidenziato dalla rassegna dei provvedimenti, con la nuova procedura sono assicurati ai consumatori "tangibili benefici" sia in termini di maggiore chiarezza e completezza delle informazioni fornite dagli operatori che di modifica degli assetti organizzativi e dei processi aziendali volti ad assicurare un miglior servizio ai clienti e finanche, in alcuni casi, di ristoro del pregiudizio economico eventualmente subito (cfr. relazione annuale sull'attività svolta nel 2010).

In questa prospettiva si può evidenziare che l'accettazione degli impegni proposti dall'impresa consente di ottenere non solo la cessazione della pratica in contestazione ma anche un miglioramento pro-futuro del *modus operandi* dell'operatore professionale; grazie alla flessibilità che ne connota il contenuto, consente di valorizzare l'expertise degli operatori di settore per confezionare "accorgimenti" funzionali a garantire la libertà di scelta del consumatore. Pertanto, per il consumatore, in taluni casi, una volta assicurata la trasparenza e la partecipazione al procedimento, la decisione "negoziata" può risultare preferibile al provvedimento autoritativo dell'Antitrust di accertamento dell'infrazione.

Parimenti, non possono sottrarsi i vantaggi per il professionista di giovare di costi minori per la difesa e di una minore esposizione al giudizio del consumatore e delle associazioni di consumatori.

Per l'amministrazione pubblica il ricorso alla procedura si giustifica in termini di efficienza e snellimento dell'azione amministrativa stante la rapida conclusione del procedimento a fronte dell'assunzione di una decisione "partecipata" ma sempre ferma restando la rimozione e la cessazione dell'illecito.

Ed invero il rischio da scongiurare è l'opportunistico ricorso ai "buoni propositi" al solo fine di evitare il discredito della sanzione e il danno di immagine che potrebbero derivarne per l'impresa con indebolimento dell'efficacia deterrente della sanzione.

Per impedire che gli impegni si prestino a divenire una strada maestra per aggirare la rigorosa disciplina di matrice comunitaria ma uno strumento efficace di costruzione di un buon sistema di regole per il mercato riveste una significativa importanza l'attività di monitoraggio sul rispetto degli impegni resi vincolanti sul piano pubblicistico dall'autorità garante della concorrenza e del mercato.

L'archiviazione del procedimento istruttorio con impegni dovrebbe essere seguito da una capillare attività di monitoraggio sul rispetto degli impegni assunti dal professionista, la cui violazione comporta per espressa previsione normativa una sanzione. Un compito delicato affidato all'autorità garante della concorrenza e del mercato (cui si affiancano sul terreno dell'esperienza quotidiana le associazioni dei consumatori) per non impoverire l'attività di contrasto alle pratiche commerciali scorrette e non svuotare di contenuto la direttiva 2005/29/CE che impone di adottare sanzioni "persuasive, proporzionali ed efficaci".

Come rilevato dalla dottrina, il modello di chiusura del procedimento con assunzione di impegni è ispirato ai metodi di definizione consensuale delle controversie caratterizzati da una notevole semplificazione ed economicità del procedimento. Ed infatti il provvedimento di accoglimento racchiude in sé gli impegni che la parte ha spontaneamente inteso assumere eventualmente integrati a seguito di rilievi dell'amministrazione in caso di parziale inidoneità.

Da altra prospettiva, già lo scorso anno veniva posto in evidenza come tale strumento spinga la funzione dell'autorità amministrativa ad azioni e risultati di tipo regolatorio più che di tipo repressivo e sanzionatorio.

Ed, invero, con l'adozione di impegni in sostituzione delle sanzioni e "sotto la minaccia della sanzione" la potestà sanzionatoria sembra collocarsi in una posizione secondaria rispetto all'esigenza ripristinatoria e pro concorrenziale del mercato con la conseguenza che "appare percorribile qualsiasi rimedio in grado di raggiungere il suddetto scopo modulando discrezionalmente (sino ad eliderlo del tutto) il potere sanzionatorio".

BIBLIOGRAFIA

A. GENOVESE, *I divieti di pratiche commerciali scorrette. Enforcement e tutele*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Cedam, Padova, 2008

A. CIATTI, *La tutela amministrativa e giurisdizionale*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 287

G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA, *Sub art. 27*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Cedam, 2010

G. GITTI, *Gli accordi con le autorità indipendenti*, in *rivista di diritto civile*, 2/2011, p. 173 ss.

P. LAZZARA, *Autorità amministrative indipendenti e tutela dei consumatori: innovazioni e problematiche attuali*, in *Rapporto sul consumerism 2010*, pubblicato su www.consumersforum.it

S. PERUGINI, *Sub art. 27, commi 7-12*, in E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le modifiche al codice del consumo*, Giapichelli, Torino 2009

S. PERUGINI, *Sub art. 8 del. AGCM 15112007 n.17589 impegni*, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di A. Catricalà e P. Troiano, Utet, 2010

S. STELLA, *Sub art. 27*, in *Codice del consumo e norme collegate*, a cura di V. Cuffaro, II ed., Giuffrè, Milano, 2008

SEZIONE III
PROFILI DEL CONTENZIOSO E DELL'ATTIVITÀ PARAGIURISDIZIONALE

12. Le Autorità indipendenti: garanti della risoluzione alternativa delle controversie di consumo?

(Pierfrancesco Bartolomucci)

Il legislatore italiano, anche sotto la spinta della normativa comunitaria, ha inteso affidare alle autorità di regolazione dei mercati relativi ai servizi di pubblica utilità, importanti competenze in ordine alla risoluzione alternativa delle controversie di consumo.

Dopo l'entrata in vigore della legge n. 481/1995, che per prima assegnava alle Autorità questo importante compito, le varie leggi istitutive delle singole Autorità che si sono succedute nel tempo hanno meglio delineato l'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo di dette competenze, nonché le norme destinate a regolarle.

Da un primo esame della normativa emerge chiaramente la mancanza di un disegno ordinatore, che pure si poteva intravedere nella ratio sottesa alla norma del 1995; così sia dal punto di vista legislativo, sia dal punto di vista operativo, ciascuna Autorità ha gestito dette competenze in maniera differenziata.

Da un lato vi sono Autorità che da subito hanno colto questa opportunità, costituendo oggi un esempio di grande rilevanza nel panorama delle ADR di consumo in Italia (basti pensare alle procedure di conciliazione gestite, nel settore delle telecomunicazioni, dai Co.re.com o da altri organismi); dall'altro vi sono Autorità che, seppure si sono viste attribuite dette competenze da una legislazione di carattere emergenziale, hanno sviluppato competenze estremamente significative nella disciplina di procedure alternative (basti pensare all'arbitro bancario e finanziario ovvero alla Camera di conciliazione ed arbitrato presso la Consob); da ultimo, vi sono Autorità che sono state oggetto di profonde modificazioni, anche imposte dal legislatore comunitario, al cui interno vi sono competenze specifiche in tema di ADR che però devono ancora essere sviluppate (basti pensare all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas).

Tali diversi ambiti devono oggi tener in considerazione un ulteriore elemento, che è dato dall'entrata in vigore della disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali di cui al d. lgs. n. 28/2010, tra cui rientrano anche quelle tra consumatori/utenti e gestori dei servizi di pubblica utilità: tale coincidenza, infatti, impone una verifica in ordine alle connessioni e/o alle esclusioni operanti tra la disciplina generale e quelle speciali.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La conciliazione delle controversie in materia di telecomunicazioni ed il ruolo dell'AGCom. – 3. Le A.D.R. nel settore della tutela del risparmio. – 4. L'Arbitro bancario finanziario (ABF). – 5. La Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob. – 6. Le procedure di risoluzione alternativa delle controversie e la disciplina della mediazione civile e commerciale di cui al d. lgs. n. 28/2010. – 7. La risoluzione alternativa delle controversie in materia assicurativa ed il ruolo dell'ISVAP: la rete FIN-Net. – 8. Le “nuove” competenze in tema di A.D.R. dell'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas.

1. Premessa

Il rapporto tra le competenze delle Autorità indipendenti e la gestione delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie tra operatori dei mercati vigilati e consumatori è piuttosto complesso, anche a causa di un quadro normativo frastagliato, del quale è difficile per l'interprete individuarne le linee direttrici.

Tale rapporto si sviluppa, sotto il profilo normativo, lungo un percorso che conosce alcune tappe fondamentali: la prima tappa è la norma dell'art. 2, comma 24, lett. b) della legge n. 481/1995 che, nell'introdurre le competenze delle *Authority* nei settori dei servizi di pubblica utilità, aveva loro assegnato uno specifico ruolo nella risoluzione delle controversie tra utenti e gestori dei servizi, seppure attraverso una norma che non brillava per chiarezza e che è rimasta sostanzialmente inattuata, posto che non è mai stato emanato il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri che avrebbe dovuto indicare tempi e modalità per l'esperimento di dette procedure.

All'opposto, la tappa finale dell'*iter* normativo è la recente disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali, che – come è ormai noto – costituisce la disciplina generale della mediazione in Italia, anche con riguardo alle controversie di consumo.

Nel mezzo si pone, per un verso, la norma dell'art. 141 cod. cons. che, nella sua portata essenzialmente programmatica e di carattere generale, legittima il ricorso a tutte le forme di risoluzione alternativa delle controversie di consumo (e, quindi, non solo alla conciliazione e/o alla mediazione), purché nel rispetto dei principi sanciti dalle Raccomandazioni della Commissione europea nn. 1998/257/Ce e 2001/310/Ce.

Per altro verso, ed in senso opposto, si sono avvicinate una serie di regole di settore, prevalentemente di origine comunitaria, che hanno anche disposto alcune indicazioni in merito alla risoluzione delle controversie con i consumatori.

Il quadro normativo italiano, dunque, non appare animato da un disegno ordinatore, sotto il profilo sistematico, né mosso da una precisa scelta di politica del diritto relativamente all'opportunità di disciplinare in maniera coerente la gestione delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie di consumo.

Ne discende che bisogna confrontarsi ora con norme che, come si diceva dinanzi, non hanno avuto alcuna attuazione; ora con norme che intervengono in settori specifici; ora con norme che hanno una portata generale; ora, infine, con norme dettate per rispondere alle esigenze poste dai mercati regolamentati.

Così convivono nel sistema disposizioni di varia natura, destinate ad operare come monadi, salvo che l'interprete non si sforzi di evidenziarne i nessi e le possibili aree di contatto.

Volendo esemplificare, ci si trova dinanzi alla norma della legge del 1995 che – come si diceva innanzi – è rimasta sostanzialmente inattuata; tuttavia, sulla sua scorta, la legge istitutiva dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha attribuito ad essa una specifica competenza sul punto, che è stata puntualmente attuata mediante l'adozione di un regolamento *ad hoc*, che si pone come un precedente molto importante per lo sviluppo delle A.D.R. in Italia. Tuttavia, i rapporti tra tali procedure e i principi della legge del 1995 non sono stati precisati, al punto da aprire una unga *querelle* giurisprudenziale (ad esempio sulla natura dell'esperimento del tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, nonché sulla efficacia di titolo esecutivo acquisita dal verbale di conciliazione “automaticamente”). La stessa legge, peraltro, fissa ulteriori connessioni con un'altra norma, quella dell'art. 141 cod. cons., che pure non fa espresso riferimento alla conciliazione, ma alle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in generale, purché conformi ai principi comunitari in materia.

Accanto a tali disposizioni vi sono poi quelle di natura “emergenziale”, quali quelle inserite nella legge di delega sulla tutela del risparmio del 2005, che poi hanno dato vita alle due procedure presso al Consob e la Banca d'Italia.

Disposizioni, queste, chiamate tutte ad interagire con la normativa sulla mediazione civile e commerciale di cui al d. lgs. n. 28/2010 che espressamente ne richiama alcune (basti pensare al tentativo obbligatorio presso la camera di conciliazione Consob ovvero presso l'Arbitro bancario Finanziario quali condizioni di procedibilità della domanda giudiziale in materia di contratti bancari e finanziari), ma che implicitamente non esclude le altre, fatti salvi i casi espressamente indicati come estranei all'ambito di applicazione della normativa stessa (quali le procedure obbligatorie espressamente previste da altre disposizioni di legge).

Infine vi sono le disposizioni più recenti che, seppure non hanno ancora avviato un percorso preciso, pongono interessanti questioni di ordine interpretativo ed applicativo (si pensi alle norme di recente introdotte in tema di energia elettrica e gas).

Sotto il profilo empirico, l'evoluzione normativa ed il ruolo via via assunto dalle varie Autorità di regolazione ha sviluppato competenze differenziate in ragione di diversi fattori che hanno profondamente inciso in tal senso: da una parte la natura stessa dei mercati vigilati, dall'altra le norme di settore che si sono avvicinate nel tempo, il particolare sviluppo della litigiosità in relazione a determinati tipi di prodotti o di contratti offerti ai

consumatori/utenti, anche in ragione di eventi storici che hanno fatto esplodere il contenzioso (si pensi, ad esempio, ai *crack* finanziari degli ultimi anni).

Ecco, dunque, che se da un lato vi sono Autorità che non hanno assunto ruoli precipui in questa materia (quali ad esempio l'Antitrust, che – nonostante la sua impronta fortemente caratterizzata da politiche di tutela dei consumatori negli ultimi anni – non ha ruoli di regolazione dei mercati specifici dei servizi), ve ne sono altre che, sin dagli anni immediatamente successivi alla legge del 1995 hanno assunto con vigore competenze in tema di A.D.R., alle quali si sono aggiunte autorità che solo recentemente hanno viste attribuite competenze specifiche.

Da ultimo, la dottrina è protagonista di un dibattito che vede protagonisti, da un lato, coloro che ritengono ontologicamente connessa al ruolo proprio delle Autorità anche la funzione di gestione delle procedure di risoluzione dei conflitti, e, dall'altro, invece coloro che ritengono una minaccia all'indipendenza della loro attività il ruolo delle *Authority* in questo settore.

2. La conciliazione delle controversie in materia di telecomunicazioni ed il ruolo dell'AGCom.

A due anni di distanza dalla legge n. 481/1995, che aveva introdotto la norma sulla competenza delle Autorità di vigilanza nei servizi di pubblica utilità in materia di conciliazione delle controversie, il legislatore torna a legiferare sul tema, nel settore delle telecomunicazioni, con riferimento al quale viene istituita — con la legge n. 249/1997 — la relativa Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCom).

Anche la legge istitutiva, riprendendo l'impianto ed i contenuti generali della legge del '95, contiene un'interessante norma, all'art. 1, comma 11, sulla conciliazione, la quale prevede che «Per le [predette] controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione».

Dalla lettura della citata disposizione, emergono ancora una volta chiaramente i caratteri distintivi del tentativo obbligatorio, anche in questa materia.

In particolare il legislatore ha previsto, seppure implicitamente, che detto tentativo costituisca una condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la quale — appunto — non può essere utilmente esperita se prima non viene svolta la procedura conciliativa.

Il termine per la proposizione del giudizio ordinario resta sospeso (dalla data di presentazione della domanda di conciliazione) sino alla conclusione della procedura, che — a sua volta — deve essere terminata entro trenta giorni.

La norma non aggiunge altro, con specifico riguardo ai poteri del giudice di sospendere il giudizio nel caso in cui venga adita la sua autorità senza il previo esperimento del tentativo di conciliazione; proprio il silenzio della norma sul punto ha creato alcuni contrasti, specialmente in giurisprudenza, con riferimento alla efficacia vincolante del tentativo obbligatorio nelle controversie tra utenti ed organismi di telecomunicazioni.

In attuazione della norma di cui all'art. 1, comma 11, legge n. 249/1997, l'Autorità ha adottato, in data 19 giugno 2002, il Regolamento di procedura relativo alle controversie fra organismi di telecomunicazione ed utenti.

Con tale regolamento l'Autorità ha stabilito le regole di svolgimento della procedura, le modalità e le condizioni del suo svolgimento, ed infine le conseguenze giuridiche ad esso connesse.

Il regolamento è stato, in un primo momento, integrato e modificato con due ulteriori delibere: la delibera n. 307/03/CONS del 5 agosto 2003 e con la delibera n. 137/06/CONS del 15 marzo 2006; in un secondo momento, invece, dalla delibera n. 173/07/CONS, che costituisce il nuovo testo regolamentare, il quale pure è stato modificato con le delibere nn. 95/08/CONS, 502/08/CONS e 479/09/CONS.

Il tentativo di conciliazione disciplinato è, come indicato nella rubrica dell'art. 3, un tentativo obbligatorio, che ha valore di condizione di procedibilità della domanda giudiziaria, con la conseguenza che essa non può essere proposta sino allo scadere del termine di trenta giorni necessari per il completamento della procedura. E' curioso, tuttavia, notare che — a norma dell'art. 3, comma 3 — dopo la scadenza del termine fissato, è ammessa la possibilità di adire il giudice ordinario anche laddove la procedura non sia terminata.

Per converso, il deposito della domanda di conciliazione sospende il decorso dei termini di prescrizione, per un periodo corrispondente ai trenta giorni entro i quali la procedura deve essere conclusa.

Le controversie che possono essere sottoposte al tentativo di conciliazione obbligatorio sono quelle indicate all'art. 2, riguardanti comunicazioni elettroniche tra utenti finali ed operatori, inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale ed ai diritti degli utenti finali stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi. Al contrario sono escluse quelle relative al recupero di crediti relativi alle prestazioni effettuate, qualora

l'inadempimento non sia dipeso da contestazioni relative alle prestazioni medesime, né quelle oggetto delle azioni di cui agli artt. 37, 139 e 140 cod. cons.

Al fine di superare le questioni che si erano più volte sollevate in giurisprudenza in merito all'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, il comma 2, II cpv, esclude espressamente tale adempimento per formulare eccezioni, proporre domande riconvenzionali ovvero opposizione a norma degli articoli 641 c.p.c. e ss.

In ogni caso deve trattarsi di controversie che vedano coinvolto un "utente finale", *id est* "ogni utente che non fornisce reti pubbliche di comunicazione o servizi di comunicazione elettronica accessibile al pubblico" (art. 1, lett. j del regolamento).

Il tentativo di conciliazione obbligatoria deve essere svolto dinanzi ai Comitati Regionali per le Comunicazioni (cc.dd. Co.re.com.), competenti per territorio (in base ai parametri fissati dall'art. 4, e cioè al luogo in cui è ubicata la postazione fissa ad uso dell'utente finale ovvero, negli altri casi, al domicilio indicato dall'utente al momento della conclusione del contratto o, in mancanza, alla sua residenza o sede legale). Laddove il Co.re.com. competente non abbia la delega alla gestione delle procedure conciliative, la domanda può essere depositata presso un altro organismo di composizione stragiudiziale delle controversie, di cui all'art. 141 cod. cons.

Il Co.re.com. può essere adito solo una volta in relazione alla medesima controversie; una domanda di conciliazione relativa alla stessa fattispecie, infatti, è considerata improcedibile (art. 3 comma 3-*bis*).

La procedura può essere avviata mediante l'invio (per raccomandata con ricevuta di ritorno, per posta certificata, ovvero via fax o *e-mail*) della domanda in cui siano indicati gli elementi espressamente previsti all'art. 7, comma 2 (i fatti; ulteriori tentativi di composizione bonaria; le richieste dell'istante e l'indicazione dei documenti).

Il Co.re.com., entro dieci giorni dalla presentazione della domanda, deve verificare la procedibilità della stessa: se essa è inammissibile viene emesso un parere motivato che viene inviato all'istante; in caso contrario, entro sette giorni dal ricevimento della domanda, comunica alle parti l'invito a comparire all'incontro che deve tenersi non prima di sette giorni dal ricevimento di detta comunicazione alle parti medesime. Nello stesso invito il Co.re.com. indica una serie di elementi relativi alla procedura, quali il numero di protocollo, data e luogo dell'incontro, l'oggetto della procedura, il responsabile del procedimento, la data di conclusione, l'ufficio in cui è possibile prendere visione degli atti.

Inoltre il Co.re.com. deve indicare le modalità con cui è necessario comunicare l'adesione nonché le eventuali conseguenze, in caso di mancata partecipazione, descritte al comma 3: la parte convenuta, infatti, entro dieci giorni deve comunicare la propria adesione

ovvero i motivi che ostano alla propria partecipazione (in tale ipotesi è possibile rinviare il primo incontro). In caso contrario, il responsabile dell'organismo darà atto della mancata partecipazione di una o di entrambe le parti al tentativo di conciliazione, che deve intendersi fallito.

Se, invece, è la parte istante a non voler più prendere parte alla procedura, deve comunicarlo al più presto e comunque non oltre cinque giorni precedenti alla data fissata per il primo incontro.

L'art. 9 stabilisce che all'incontro la parte partecipa personalmente, ovvero mediante un proprio rappresentante munito di apposita procura conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata o no, purché idonea a transigere; resta ferma la possibilità di farsi assistere da propri consulenti.

L'udienza si svolge dinanzi al responsabile del procedimento, che per il compimento di uno o più atti può avvalersi di persona da lui delegata. Il responsabile del procedimento invita le parti ad esporre le rispettive ragioni, al fine di chiarire i punti di contrasto e di individuare una soluzione reciprocamente accettabile; tuttavia il responsabile può suggerire in ogni momento una proposta di soluzione.

L'art. 9, comma 5, dispone che – su richiesta motivata anche di una delle parti – il responsabile possa fissare un'altra udienza.

La procedura, ai sensi dell'art. 11, è riservata per cui ogni informazione e dichiarazioni emerse durante la procedura di conciliazione non sono utilizzabili in giudizi futuri.

L'art. 12 stabilisce, richiamando la disposizione della legge del 1995, che se la conciliazione ha esito positivo ed il verbale è sottoscritto dalle parti e dal responsabile del procedimento (che è chiamato a certificare la autenticità delle sottoscrizioni), questo costituisce titolo esecutivo: la formulazione della norma lascia pensare, dunque, che nel verbale siano riportati anche gli estremi dell'accordo di conciliazione tra le parti stesse.

In caso di mancato accordo, invece, il verbale si limiterà a dare atto dell'esito negativo dell'incontro ed eventualmente delle rispettive proposte di soluzione.

Sempre nel verbale il responsabile può dare atto del fallimento della conciliazione a causa della mancata partecipazione di una delle parti, sempre che questa non sia stata cagionata da giustificati motivi tempestivamente comunicati, nel qual caso viene fissata una nuova udienza. Il verbale negativo potrà essere successivamente depositato in giudizio, come prova dell'espletamento del tentativo preventivo di conciliazione, che è condizione di procedibilità del giudizio ordinario.

Ai sensi dell'art. 5 del Regolamento, al momento dell'avvio ovvero durante lo svolgimento della procedura è possibile richiedere provvedimenti temporanei, l'utente può richiedere al Co.re.com. la concessione di provvedimenti temporanei diretti a garantire la continuità dell'erogazione del servizio o a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte dell'operatore sino al termine della procedura conciliativa, come previsto peraltro dalla legge del 1995. La richiesta, che deve contenere le stesse indicazioni della domanda di conciliazione, deve essere inviata all'operatore al fine di presentare memorie o documenti (la sospensione del servizio, infatti, è un'attività che l'operatore può legittimamente disporre, nei termini e alle condizioni previste dai commi 1 e 2 dell'art. 5 del Regolamento).

Il Co.re.com. competente istruisce la procedura, durante la quale possono essere acquisiti atti e documenti, ascoltati i soggetti interessati; se la sospensione o l'abuso siano commessi da un terzo operatore, su impulso dell'utente, questi può essere convocato.

Al termine dell'attività istruttoria, il Co.re.com., entro dieci giorni dal ricevimento della richiesta, con atto motivato, adotta un provvedimento temporaneo, ovvero rigetta la richiesta, inviando copia della decisione alle parti. In caso di inottemperanza di quanto disposto, nei termini ivi previsti, il Co.re.com. ne informa la Direzione Tutela dei consumatori presso l'Autorità, che provvedere a comminare una sanzione ai sensi dell'art. 1, comma 31 della legge istitutiva dell'AGCom.

Laddove il Co.re.com. territorialmente competente non fosse munito delle necessarie deleghe allo svolgimento dell'attività, la domanda può essere rivolta direttamente alla stessa Direzione.

Quando il tentativo di conciliazione fallisce, le parti (o anche il solo utente) possono chiedere all'Autorità di definire la controversia (art. 14 Regolamento), salvo che non siano trascorsi sei mesi dalla procedura di conciliazione ovvero che non sia stata nel frattempo adita l'autorità giudiziaria.

Una prima questione si pone in ordine alle condizioni per poter proporre istanza di definizione; la norma, infatti, dispone che essa possa essere proposta in caso di esito negativo del verbale di conciliazione, ai sensi dell'art. 8, comma 3, ovvero 12, commi 3 e 4; da ciò si deduce che non sarebbe possibile deferire la controversia all'Autorità in caso di conciliazione esperita da soggetti diversi da Co.re.com., come pure è ammesso dall'art. 13 del Regolamento.

L'istanza per l'avvio di detta procedura deve contenere i medesimi requisiti della domanda di mediazione oltre agli estremi del verbale di fallita o parziale conciliazione.

Una volta superato il vaglio di ammissibilità della domanda, il Direttore (o persona da questi designata) comunica alle parti per *e-mail* o per fax l'avvio del procedimento entro dieci giorni dal deposito dell'istanza.

Nella comunicazione, che deve essere inviata entro dieci giorni precedenti all'udienza fissata, sono inoltre specificati la data di deposito della domanda; quella dell'udienza fissata; l'oggetto della controversia; gli uffici presso i quali è possibile prendere visione degli atti, nonché il termine per il deposito di ulteriori documenti.

La parte convenuta viene inoltre inviata la domanda e la documentazione ad essa allegata, che non sia già nella disponibilità della stessa.

Se la controparte è operante in uno Stato dell'Unione europea, l'Autorità provvede a contattare la corrispondente autorità competente.

La procedura deve svolgersi entro centocinquanta giorni dal deposito della domanda; termine che, come la norma dell'art. 15 indica espressamente, deve considerarsi ordinatorio.

Durante il suo svolgimento viene condotta una vera e propria attività istruttoria, durante la quale le parti possono comparire personalmente, o per il tramite di persone all'uopo delegate, ed essere ascoltate; inoltre possono essere depositati atti e convocati altri soggetti interessati o consulenti tecnici (le cui spese verranno corrisposte da coloro che ne hanno fatto richiesta). E' interessante notare che l'art. 17 dispone che "Il fatto che una delle parti non si presenti o si astenga dal far valere in udienza le proprie ragioni non può essere interpretato come accettazione delle ragioni della controparte, né come rinuncia all'istanza. In tal caso la controversia è comunque definita alla luce di quanto risulta dalla documentazione acquisita agli atti e tenuto conto delle difese scritte svolte dalle parti".

Al termine dell'istruttoria, la procedura termina con una decisione che viene emessa dal Direttore, per le controversie il cui valore non ecceda il limite di cinquecento euro, mentre dall'Organo collegiale in tutti gli altri casi.

L'autorità, con il proprio provvedimento decisorio, può anche disporre il pagamento di rimborsi ed indennizzi, anche sulla base del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione, potendo riconoscere anche il rimborso delle spese necessarie e giustificate per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità.

E' interessante notare, dunque, che la decisione dell'Autorità, oltre che fondarsi sulle questioni di diritto relative alla controversia, può ulteriormente prevedere la condanna al pagamento di una somma di denaro in considerazione del comportamento tenuto dalle parti durante la procedura; parimenti può essere condannato al rimborso delle spese l'operatore che non partecipi alla procedura senza addurre alcun giustificato motivo.

Deve ricordarsi che, a norma dell'art. 22, quest'ultima procedura può essere svolta anche dinanzi al Co.re.com competente per territorio che abbia eventualmente ottenuto la relativa delega da parte dell'Autorità⁹.

Una prima analisi del regolamento impone una riflessione circa la natura di detta procedura, che si distingue in due fasi. La prima fase, quella dinanzi al Co.re.com., obbligatoria per legge, seppure appare ad una prima impressione conciliativa, nasconde in verità la sua natura ibrida: seppure il regolamento prevede che il responsabile “invita le parti ad esporre le rispettive ragioni, al fine di chiarire i punti di contrasto e di individuare una soluzione reciprocamente accettabile”, esso tuttavia non chiarisce a quale scopo ciò debba avvenire e cioè se detta attività è finalizzata (e quindi condotta dal responsabile) al fine di consentire alle parti di trovare una soluzione. Inoltre lo stesso art. 9, dispone che il responsabile possa in qualunque momento formulare una proposta (anche senza che vi sia stata una richiesta in tal senso, neppure da una sola delle parti), seppure questa può essere liberamente accettata o rifiutata.

Ciò nonostante, non può dubitarsi del fatto che si tratti comunque di una procedura non vincolante per le parti, che possono decidere di trovare una soluzione ovvero di accettare la proposta del responsabile, ma anche di abbandonare la procedura senza alcuna conseguenza.

La seconda fase, invece, ha una natura certamente facoltativa, poiché non costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale, rispetto alla quale è alternativa, ma di contro è vincolante, posto che anche le espressioni utilizzate nel regolamento evidenziano la natura vincolante della decisione: provvedimento che, ai sensi dell'art. 19 comma 3, ha il valore di un ordine dell'Autorità (quindi di una sanzione amministrativa) ai sensi dell'art. 98, comma 11, del codice delle comunicazioni elettroniche (d. lgs. n. 259/2003).

Anche grazie a questo riferimento diretto, dunque, è agevole sottolineare la natura valutativa e vincolante (seppure per i soli operatori eventualmente condannati).

Discorso a parte merita l'art. 13 del regolamento, il quale stabilisce che il tentativo obbligatorio di conciliazione possa essere esperito, oltre che dinanzi ai Co.re.com. competenti per territorio, anche dinanzi ad uno degli organismi di cui all'art. 141, commi 1 e 2 cod. cons. ovvero ad organismi istituiti con accordi tra gli operatori ed associazioni di consumatori rappresentative a livello nazionale, purché detti organismi operino a titolo gratuito e rispettino i principi di trasparenza, equità ed efficacia di cui alla Raccomandazione 2001/310/CE.

⁹ Attualmente i Co.re.com che hanno ottenuto la delega alla definizione delle controversie sono quelli delle Regioni Calabria, Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia, Lazio, Lombardia, Puglia, Toscana, Umbria nonché quello della provincia autonoma di Trento.

Questa norma appare di grande interesse, anche perché storicamente ha consentito all'AGCom di poter efficacemente gestire le procedure conciliative in un momento in cui i Co.re.com. non avevano ottenuto le relative deleghe.

Si potrebbe, dunque, concludere che il regolamento preveda che il tentativo di conciliazione sia e resti obbligatorio, ma lascia alle parti la facoltà di determinare la sede presso la quale svolgere la procedura, che può essere individuata anche in capo a diversi organismi, che sono almeno di due tipi: da un lato quelli menzionati dall'art. 141, commi 1 e 2 cod. cons. e dall'altro quelli formati per la c.d. conciliazione paritetica.

Per la verità, rispetto ai primi si deve sottolineare che l'art. 141 cod. cons. distingue – a sua volta – due gruppi di organismi: quelli che si conformano alla raccomandazione della Commissione europea n. 1998/257/Ce e quelli che si conformano alla raccomandazione n. 2001/310/Ce. Pertanto è solo a questi secondi, e cioè quelli che gestiscono procedure cc.dd. facilitative, che il regolamento riconosce la competenza a gestire tentativi di conciliazione obbligatoria in detta materia.

Accanto ad essi, per previsione espressa, si pongono poi le procedure paritetiche, espressamente individuate ed accreditate in un elenco costituito direttamente dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

La normativa *de qua* costituisce, nel panorama italiano delle A.D.R. (e in specie delle A.D.R. di consumo), un esempio straordinariamente significativo, sia per la sua diffusa applicazione negli anni, sia per il dibattito che ha suscitato in dottrina e in giurisprudenza, sia per l'attenzione che ha acquisito tra gli operatori del diritto.

Non a caso i dati che sono stati rilevati negli ultimi anni hanno sempre mostrato un *trend* di crescita significativo: in primo luogo relativamente al numero di procedure gestite sia presso i Co.re.com. (anche in seguito alla ampia concessione delle deleghe riconosciute ormai a quasi tutti i Comitati presenti sul territorio nazionale), sia al tempo stesso presso le Camere di Commercio e le commissioni costituite per procedure paritetiche; in secondo luogo relativamente alle percentuali di successo che esse hanno raggiunto e raggiungono tuttora.

Tuttavia l'entrata in vigore della disciplina della mediazione civile e commerciale chiede di rileggere dette norme con un nuovo sforzo sistematico.

La questione non è relativa tanto alla coincidenza degli ambiti di applicazione, posto che la norma dell'art. 23, comma 2, II cpv. espressamente dispone che “Restano ferme le disposizioni che prevedono i procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque, denominati... I procedimenti di cui al periodo precedente sono esperiti in luogo di quelli previsti dal presente decreto”.

Non v'è dubbio che tra questi procedimenti rientrino a pieno titolo quelli relativi alle controversie in materia di telecomunicazione, che dunque continuano ad essere disciplinati secondo le norme di legge e del regolamento AGCom.

La questione, semmai, è legata proprio alla “legittimazione” di detti enti che, a norma dell'art. 13 del regolamento, possono gestire le procedure di conciliazione: tale disposizione, infatti, individua – accanto agli organismi che gestiscono le cc.dd. negoziazioni paritetiche – anche quelli indicati dall'art. 141 cod. cons.

Orbene detta norma, nel richiamare la legittimità di tutte le procedure di risoluzione alternativa delle controversie, detta quale condizione la conformità dei rispettivi regolamenti di procedura alle disposizioni comunitarie sul tema (segnatamente le raccomandazioni del 1998 e del 2001). Tale conformità dovrebbe essere certificata dalla iscrizione in un registro che avrebbe dovuto essere istituito in concerto tra il Ministero dello Sviluppo Economico e quello della Giustizia.

Ad oggi, tuttavia, questo elenco non è ancora stato istituito; nel frattempo, però, è stata introdotta la disciplina della mediazione civile e commerciale di cui al d. lgs. n. 28/2010, che all'art. 16 dispone che in via transitoria le norme dei regolamenti ministeriali in materia di conciliazione societaria dovevano applicarsi al registro degli organismi di mediazione, sino all'entrata in vigore delle nuove norme regolamentari e che a dette disposizioni “si conformano, sino alla medesima data, gli organismi di composizione extragiudiziale previsti dall'articolo 141 del codice del consumo”.

Le norme regolamentari sulla istituzione ed il funzionamento del registro degli enti di mediazione sono state introdotte con il DM n. 180/2010 (recentemente modificato dal DM. n. 145/2011) che, non facendo alcuna riserva al riguardo (fatta salva la menzione di una sezione speciale del registro per i mediatori esperti in materia di consumo) sottopone alla medesima disciplina tutti gli organismi pubblici e privati che intendano accreditarsi per gestire procedure di mediazioni ai sensi del d. lgs. n. 28//2010; in ragione del rinvio operato dall'art. 16 dello stesso decreto, tuttavia, anche gli organismi di A.D.R. di consumo *ex art.* 141 cod. cons. dovrebbero rientrare in tale previsione.

Ebbene ciò comporta due ordini di problemi: da un lato, l'art. 141 menziona organismi che gestiscono procedure anche diverse dalla mediazione, sia di natura facilitativi (conformi alla raccomandazione del 2001), sia di natura valutativa (conformi alla raccomandazione del 1998). Se così è, il registro degli organismi di mediazione istituito presso il Ministero della Giustizia non può che riguardare solo quelli che si occupano di mediazione di consumo e non anche tutti questi altri (né quelli che gestiscono altre procedure

facilitative, né quelli che gestiscono procedure valutative), a meno che non si voglia considerare sostanzialmente abrogata la disposizione del comma 2 dell'art. 141 cod. cons.

Venendo al tema delle conciliazioni in materia di telecomunicazioni, la questione si pone non tanto in ordine agli organismi che si conformano alla raccomandazione del 1998, poiché il regolamento di conciliazione dell'AGCom menziona espressamente solo gli altri.

Ma tra questi, alla luce della disciplina della mediazione, ci si domanda quali devono essere considerati: se quelli che gestiscono procedure A.D.R. facilitative ai sensi dell'art. 141 cod. cons. (indipendentemente dall'iscrizione al registro degli organismi di mediazione ex art. 16 d. lgs. n. 28/2010) ovvero solo quelli iscritti nel registro ministeriale. La prima soluzione appare preferibile, anche in ragione del fatto che è la stessa Autorità che comunque provvede alla formazione di un proprio elenco, anche se non di natura abilitante; di contro si dovrebbe concludere che la disposizione dell'art. 141, comma 2, cod. cons. sia ormai abrogata dalla disciplina della mediazione, il che non appare corretto sotto il profilo teorico.

3. Le A.D.R. nel settore della tutela del risparmio.

Successivamente alla riforma del diritto societario, ed in conseguenza delle note vicende dei crack delle grandi imprese che hanno cagionato danni ai risparmiatori, il legislatore – per la verità in maniera frettolosa – è intervenuto nella materia con la legge 28 dicembre 2005, n. 262 recante “Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari”.

All'interno di questa normativa, il legislatore ha ben pensato di inserire norme relative alle procedure di risoluzione alternativa delle controversie.

L'art. 27 della legge sul risparmio è rubricato “Procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori” e dispone “1. Il Governo è delegato ad adottare, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo per l'istituzione, in materia di servizi di investimento, di procedure di conciliazione e di arbitrato e di un sistema di indennizzo in favore degli investitori e dei risparmiatori, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, secondo i seguenti principi e criteri direttivi: a) previsione di procedure di conciliazione e di arbitrato da svolgere in contraddittorio, tenuto conto di quanto disposto dal d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, secondo criteri di efficienza, rapidità ed economicità, dinanzi alla Consob per la decisione di controversie insorte fra i risparmiatori o gli investitori, esclusi gli investitori professionali, e le banche o gli altri intermediari finanziari circa l'adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela; b) previsione dell'indennizzo in favore dei risparmiatori e degli investitori,

esclusi gli investitori professionali, da parte delle banche o degli intermediari finanziari responsabili, nei casi in cui, mediante le procedure di cui alla lettera *a*), la Consob abbia accertato l'inadempimento degli obblighi ivi indicati, ferma restando l'applicazione delle sanzioni previste per la violazione dei medesimi obblighi; *c*) salvaguardia dell'esercizio del diritto di azione dinanzi agli organi della giurisdizione ordinaria, anche per il risarcimento del danno in misura maggiore rispetto all'indennizzo riconosciuto ai sensi della lett. *b*); *d*) salvaguardia in ogni caso del diritto ad agire dinanzi agli organi della giurisdizione ordinaria per le azioni di cui all'art. 3 l. 30 luglio 1998, n. 281, e successive modificazioni; *e*) attribuzione alla Consob, sentita la Banca d'Italia, del potere di emanare disposizioni regolamentari per l'attuazione delle disposizioni di cui al presente comma".

Si tratta di una norma di delega molto articolata che deve essere esaminata con attenzione. Anzitutto sull'ambito di applicazione della norma: contrariamente a quanto affermato nell'*incipit* della disposizione, laddove si delega il Governo ad adottare un decreto che disciplini l'istituzione delle procedure alternative "in materia di servizi di investimento", il primo dei principi di delega afferma che l'istituzione delle procedure conciliative ed arbitrali deve avere riguardo alle controversie insorte tra risparmiatori o investitori non professionali e banche o altri intermediari finanziari "circa l'adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela". In altre parole, l'ambito di applicazione della norma relativa all'istituzione delle speciali procedure di conciliazione, deve avere riguardo non a tutti gli aspetti (contrattuali ed extracontrattuali) relativi ai servizi di investimento, bensì ai (soli) rapporti contrattuali e peraltro con esclusivo riferimento alla violazione degli obblighi di correttezza che incombono sugli operatori professionali, di derivazione comunitaria e recepiti nel t.u.f. e nei noti regolamenti Consob.

Oltre che ai servizi finanziari, la legge sul risparmio ha tenuto ad inserire norme sulla soluzione alternativa delle controversie anche nel settore dei servizi bancari.

L'art. 29, infatti, contiene norme relative alla "Risoluzione delle controversie in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari", disponendo che "1. Dopo l'art. 128 del testo unico di cui al decreto legislativo 1o settembre 1993, n. 385, è aggiunto il seguente: "Art. 128 *bis*. – (Risoluzione delle controversie). — 1. I soggetti di cui all'articolo 115 aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con i consumatori. 2. Con deliberazione del Cicer, su proposta della Banca d'Italia, sono determinati i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità

della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela. 3. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non pregiudicano per il cliente il ricorso, in qualunque momento, a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento”.

Anche in questo caso la norma dispone un rinvio ad una delibera del CICR per l'emanazione delle disposizioni applicabili alle procedure alternative. Dai principi espressi può evincersi innanzitutto un riferimento non esclusivo alla conciliazione e all'arbitrato, ma alle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in generale.

4. L'Arbitro bancario finanziario (ABF).

In attuazione dell'art. 128-*bis* della legge sulla tutela del risparmio il CICR ha emanato la delibera n. 257 del 29 luglio 2008, recante “Disciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela ai sensi dell'articolo 128-*bis* del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni”, la quale ha dettato la disciplina dei nuovi sistemi stragiudiziali, delineandone il campo di applicazione, la struttura, le regole fondamentali di svolgimento della procedura; alla Banca d'Italia sono affidati compiti di nomina dei membri dell'organo decidente, di svolgimento di attività di supporto tecnico ed organizzativo, nonché di emanazione delle disposizioni applicative.

La delibera ha affidato alla Banca d'Italia i compiti di nomina dei membri dell'organo decidente, di svolgimento di attività di supporto tecnico ed organizzativo, nonché di emanazione delle disposizioni applicative.

La Banca d'Italia, a sua volta, ha emanato il relativo regolamento costitutivo dell'organismo definito “Arbitro bancario finanziario (ABF)” che regola le modalità di svolgimento della procedura presso detto ente.

È interessante notare che il regolamento stabilisce, in ossequio a quanto previsto dalla delibera del CICR, una procedura stragiudiziale che non può essere qualificata conciliativa, stante la sua natura essenzialmente decidente.

La delibera del CICR, infatti, stabilisce che per sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie si intende l'insieme formato dall'organo decidente, composto in funzione degli interessi degli intermediari e dei clienti coinvolti nella controversia, dal procedimento e dalle relative strutture organizzative regolati dalla presente disciplina. A sua volta, il regolamento della Banca d'Italia annovera, tra le fonti normative cui deve rifarsi l'organismo di nuova costituzione, la raccomandazione 98/257/CE che, come si ricorderà, detta principi

relativi alle procedure stragiudiziali valutative e aggiudicative, poiché terminano con una decisione (che può essere vincolante o meno per le parti).

Le controversie che possono essere devolute all'arbitro bancario, in linea con quanto stabilito dalle norme della legge di delega, sono quelle relative a operazioni e servizi bancari e finanziari, ivi comprese quelle in materia di bonifici transfrontalieri (fermo restando quanto previsto dal D.M. 13 dicembre 2001, n. 456, emanato in attuazione del d.lgs. 28 luglio 2000, n. 253); in particolare il regolamento stabilisce che "All'ABF possono essere sottoposte tutte le controversie aventi ad oggetto l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferiscono. Se la richiesta del ricorrente ha ad oggetto la corresponsione di una somma di denaro a qualunque titolo, la controversia rientra nella cognizione dell'ABF a condizione che l'importo richiesto non sia superiore a 100.000 euro. Sono escluse dalla cognizione dell'organo decidente le richieste di risarcimento dei danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario; sono parimenti escluse 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*)".

Sono, inoltre, espressamente escluse le controversie attinenti ai servizi e alle attività di investimento e alle altre fattispecie non assoggettate al titolo VI del Testo Unico ai sensi dell'articolo 23, comma 4, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; quelle insorte anteriormente al 1° gennaio 2007 ed infine quelle già sottoposte alla cognizione del giudice ordinario, ovvero quelle già sottoposte ad un tentativo di conciliazione previsto dalla legge, fin tanto che non sia fallito.

Sotto il profilo soggettivo, giova rilevare che – mentre è indiscussa l'applicabilità delle norme rispetto a tutti gli intermediari finanziari – il regolamento non fa riferimento alla nozione di "consumatore", intesa in senso tecnico-giuridico, bensì a quella di "cliente", definito come "il soggetto che ha o ha avuto con un intermediario un rapporto contrattuale avente ad oggetto la prestazione di servizi bancari e finanziari. Per le operazioni di *factoring*, si considera cliente il cedente, nonché il debitore ceduto con cui il cessionario abbia convenuto la concessione di una dilazione di pagamento. Non rientrano nella definizione di cliente i soggetti che svolgono in via professionale attività nei settori bancario, finanziario, assicurativo, previdenziale e dei servizi di pagamento".

Anche alla luce della esclusione rispetto a coloro che svolgono attività professionale nel settore bancario e finanziario, resta comunque da sottolineare che la definizione non fa espresso riferimento alla persona fisica, limitandosi a parlare di “soggetto”, che ben può riferirsi anche ad una persona giuridica.

L'arbitro bancario finanziario è un organismo complesso, costituito da tre collegi dislocati sul territorio nazionale, ai quali viene riconosciuta una vera e propria competenza territoriale: al collegio di Milano potranno essere deferiti i reclami presentati dai clienti residenti in Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Trentino-Alto Adige, Valle d'Aosta, Veneto. A quello di Roma, i reclami presentati dai clienti residenti in Abruzzo, Lazio, Marche, Sardegna, Toscana, Umbria. Il collegio è inoltre competente per i ricorsi presentati da clienti aventi il proprio domicilio in uno Stato estero. Infine, al collegio di Napoli, i reclami presentati dai clienti residenti in Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sicilia.

In conformità ai principi (anche comunitari) in materia, il regolamento prevede che la composizione del collegio deve garantire la rappresentanza paritaria dei clienti e degli intermediari, al fine dichiarato di garantire l'imparzialità e l'indipendenza dell'organo; è chiaro il riferimento alla raccomandazione del 1998.

In particolare, i rappresentanti degli intermediari vengono indicati dalle associazioni che abbiano un'adeguata diffusione e rappresentanza sul territorio di riferimento, previo riconoscimento effettuato direttamente dalla Banca d'Italia.

Il regolamento si premura di precisare che, per la nomina di membri che debbano rappresentare i consumatori, ci si riferisce alle associazioni dei consumatori di cui all'art. 136 cod. cons., mentre per le altre categorie di clienti, ci si riferisce ad associazioni di categoria che 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.

Oltre ai rappresentanti delle parti, il collegio è composto anche da un presidente e due membri nominati direttamente dalla Banca d'Italia; a tali componenti effettivi, il regolamento affianca anche la nomina di membri supplenti, al fine di garantire la continuità dell'attività del collegio.

Tutti i membri, scelti tra docenti universitari in discipline giuridiche o economiche, professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie con anzianità di iscrizione di almeno dodici anni, magistrati in quiescenza, ovvero altri soggetti in possesso di una significativa e comprovata competenza in materia bancaria, finanziaria o di tutela dei consumatori, devono essere in possesso di requisiti di esperienza, professionalità, integrità e

indipendenza, che – in ossequio ai principi generali (basti pensare alle norme del T.u.b.) – ricorrono ove non si siano riportate condanne relativamente a reati nel settore bancario e finanziario, ovvero pene detentive per altri reati, interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici, non siano stati sottoposti a misure prevenzione o sicurezza.

Il regolamento non fa alcun riferimento alla formazione in tema di A.D.R.; ciò non deve stupire, se si pone mente al fatto che il ruolo del collegio è un ruolo decidente, che viene svolto in attuazione delle norme applicabili alle materie ad esso devolute. In altri termini la procedura non si fonda su tecniche di natura negoziale o conciliativa in senso stretto. Al riguardo, dunque, appare opportuno il richiamo all'esperienza nella materia, posto che – si ripete – l'organo è chiamato ad emettere una vera e propria decisione.

Il collegio emette tale decisione a maggioranza dei cinque componenti, i quali devono essere tutti presenti; il regolamento dispone espressamente che, in caso di conflitto di interessi di uno dei membri rispetto alla controversia sottoposta al collegio, questi ne dia immediatamente notizia, al fine di provvedere alla sua sostituzione. I membri del collegio sono, inoltre, tenuti al rispetto delle norme contenute in un codice deontologico emanato dalla Banca d'Italia.

L'attività del collegio è affiancata da quella di una segreteria tecnica, la quale ha competenze di carattere amministrativo; essa, infatti, riceve i ricorsi e la relativa documentazione; attesta l'irricevibilità dei reclami in caso di loro irregolarità o intempestività (pare che si tratti di un controllo meramente formale e non di merito); cura la formazione del fascicolo; fissa il calendario degli incontri; partecipa alle sedute e ne redige il relativo verbale; provvede alle comunicazioni alle parti; cura l'archivio elettronico; provvede alle pubblicazioni, in caso di inottemperanza, da parte degli intermediari, degli obblighi ad essi imposti.

Le segreterie tecniche dei tre collegi sono coordinate da una struttura centrale, presso l'Amministrazione della Banca d'Italia, la quale peraltro pubblica annualmente i risultati dell'attività svolta dai singoli organi decidenti.

La procedura stragiudiziale presso l'Arbitro bancario non può essere utilmente esperita, senza che precedentemente il cliente non abbia proposto reclamo direttamente all'intermediario; tale reclamo, quindi, costituisce condizione di ammissibilità del ricorso all'arbitro.

Laddove il cliente non sia rimasto soddisfatto della soluzione proposta in esito al reclamo inoltrato all'intermediario, ovvero laddove questi non abbia fornito alcuna risposta entro trenta giorni, il cliente può presentare il reclamo all'arbitro bancario finanziario, redatto sulla base della modulistica predisposta dalla Banca d'Italia.

Il ricorso, che può essere presentato per conto del cliente anche da una delle associazioni a ciò abilitate (di cui si è già detto in precedenza) e munite di apposita procura, deve essere depositato presso una delle segreterie tecniche competenti, ovvero presso una delle filiali della Banca d'Italia aperte al pubblico, che si impegna a trasmetterlo immediatamente alla segreteria competente.

Il ricorso non può essere presentato una volta che siano trascorsi dodici mesi dalla presentazione del reclamo all'intermediario.

Curiosamente il regolamento prevede che non sia la segreteria tecnica, bensì il cliente, una volta depositato il ricorso, a inviarne copia all'intermediario (tramite raccomandata con avviso di ricevimento ovvero posta elettronica certificata), il quale – a sua volta – entro trenta giorni dalla ricezione deve provvedere a trasmettere alla segreteria tecnica le proprie osservazioni e tutta la documentazione che si ritenga utile allegare.

Tali atti e documenti sono trasmessi al cliente che ne abbia fatto richiesta.

Il regolamento espressamente prevede che “Il ruolo svolto dalle associazioni di categoria dei clienti o degli intermediari nell'ambito della procedura di ricorso può consistere in un controllo di completezza e regolarità formale della documentazione da presentare e in una funzione di raccordo con la segreteria tecnica; le associazioni dei clienti possono, inoltre, fornire assistenza agli aderenti nella redazione del ricorso; sono in ogni caso escluse valutazioni inerenti il merito della controversia o volte a prospettare i possibili contenuti della decisione del collegio”.

La procedura dinanzi all'arbitro deve essere conclusa entro sessanta giorni dal deposito del ricorso; termine che può essere sospeso (in caso di necessità e per non più di sessanta giorni) ovvero interrotto, laddove sia stato nel frattempo introdotto un tentativo di conciliazione previsto dalla legge (basti considerare al riguardo che il tentativo di mediazione ai sensi dell'art. 5, d. lgs. n. 28/2010 e il ricorso all'ABF sono considerati entrambi condizione di procedibilità della domanda giudiziale e, quindi, del tutto alternativi tra loro). Se il tentativo fallisce, il cliente può riproporre ricorso, senza necessità di un nuovo reclamo all'intermediario e potendosi richiamare alla documentazione già depositata.

Diversamente, laddove le parti abbiano deferito al controversia all'autorità giudiziaria ovvero in arbitrato, il cliente deve comunicare alla segreteria tecnica (entro trenta giorni dalla richiesta) una comunicazione nella quale dichiara l'interesse a proseguire comunque con la procedura avviata; in tal caso, essa prosegue, altrimenti viene dichiarata la sua estinzione.

Il collegio decide sulla base della documentazione prodotta e in applicazione delle norme di legge vigenti nella materia controversia, nonché delle norme deontologiche alle quali l'intermediario aderisca.

Qualche dubbio sorge rispetto alla vincolatività di tale decisione; il regolamento, infatti, prevede soltanto che – laddove l'intermediario non esegua spontaneamente agli obblighi prescritti dalla decisione, nel termine in essa stabilito ovvero entro trenta giorni – la segreteria tecnica rende pubblica l'inadempienza secondo le modalità stabilite dal presente paragrafo, mediante pubblicazione sul sito Internet dell'arbitro bancario e su quello della Banca d'Italia, oltre che su due quotidiani a diffusione nazionale, a spese dell'intermediario.

Le parti, inoltre, sono sempre libere di fare ricorso all'autorità giudiziaria, oltre che di esperire ulteriori procedure previste dall'ordinamento.

È necessario ricordare che l'arbitro bancario, per espressa indicazione del regolamento, aderisce alla rete FIN-Net; in quanto tale ad essa dovrebbero applicarsi anche le norme di cui all'art. 67 - *vicies* cod. cons. in tema di risoluzione alternativa delle controversie relative alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

Da ultimo giova rilevare che, a norma dell'art. 5, comma 1, del d. lgs. n. 28/2010 l'esperimento della procedura dinanzi all'ABF è considerata assimilata alla mediazione, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativa alle materie rientranti nell'ambito di applicazione individuato dalla legge istitutiva.

Dunque, anche se non si tratta di mediazione in senso stretto (come definita all'art. 1, lett. *a*) del d. lgs. n. 28/2010) tale procedura ne è parificata quanto agli effetti in relazione alla procedibilità della domanda giudiziale (cfr. *infra*, par. 6).

Anche alla luce di tali considerazioni si può concludere che la procedura non solo non possa essere considerata una mediazione né in senso tecnico, né nella variante valutativa pur contemplata nella disciplina vigente (artt. 11 – 13 d. lgs. n. 28/2010), ma neppure possa essere considerata, a dispetto del suo nome, come una procedura arbitrale vera e propria (neanche sotto forma dell'arbitrato irrituale), ma debba essere definita una procedura stragiudiziale di natura valutativa ed aggiudicativa, che termina con una decisione comunque non vincolante per le parti, assimilabile semmai – come riconosciuto anche in dottrina – ad un parere *pro veritate* con conseguenze di natura reputazionale per l'istituto che non dovesse conformarsi ad esso.

La questione relativa alla natura della procedura dell'ABF è recentemente tornata in grande rilievo a seguito dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 218 del 4 luglio 2011.

La Consulta era stata chiamata ad intervenire su una questione di legittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge della Regione Sicilia n. 6/2009 che riconosceva, al debitore di un credito scaduto in materia agraria, il diritto di poter vedersi riconosciuta una proroga da parte degli istituti di credito.

La questione è stata sollevata con una ordinanza di rimessione dal collegio di Napoli dell'ABF, che riteneva tale disposizione lesiva delle norme dell'art. 117 Cost., che individua come limite alla potestà legislativa regionale l' "ordinamento civile", nel quale la concessione di detta proroga dovrebbe rientrare.

Orbene, al di là del merito, la Corte ha inteso rigettare la questione di legittimità costituzionale poiché sollevata da un organo al quale non è riconosciuta la legittimazione a tale rinvio.

Dal canto suo, l'ABF – consapevole della rilevanza del tema – già nell'ordinanza di rimessione aveva ritenuto sussistente la legittimazione considerando che, pur non esercitando poteri giurisdizionali, avesse comunque "un ruolo autenticamente decisorio di controversie", che si sostanzia nella "rigorosa applicazione delle norme di diritto" così come avviene nel caso degli arbitri per arbitrato rituale, ai quali non a caso il legislatore riconosce esplicitamente la legittimazione a presentare istanza di rimessione (art. 819 bis c.p.c.; nelle argomentazioni dell'ABF, peraltro, viene fatto un riferimento alla legittimazione riconosciuta anche agli arbitri per arbitrato irrituale, che termina con una decisione di natura contrattuale, ai quali pure di recente è stato riconosciuto il medesimo potere).

Oltre a tale argomentazione l'ABF di Napoli riteneva altresì che le nozioni di «giudizio» e «autorità giurisdizionale» di cui all'art. 23 della legge n. 87/1953, come interpretate dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, consentirebbe di riconoscere tale legittimazione a «organi, che, pure estranei all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura, siano investiti anche in via eccezionale di funzioni giudicanti, per l'obiettiva applicazione della legge, e all'uopo posti in posizione *super partes*».

Da ultimo, a favore della propria legittimazione, l'ABF ha preso in considerazione il potere riconosciuto anche a soggetti che gestiscono procedure che non terminano affatto con provvedimenti di natura decisoria o giurisdizionale, quali (oltre all'arbitro per arbitrato irrituale) il parere emesso dal Consiglio di Stato nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, al quale pure è stato riconosciuto lo stesso potere.

Il giudice delle leggi, invece, con la decisione sopra richiamata, ha rigettato la questione di legittimità per mancanza di potere dell'organo rimettente, sulla base di una serie di motivazioni relative proprio alla natura della procedura, nonché alla sua configurazione sotto il profilo strutturale e funzionale. In primo luogo si è ritenuto che, nonostante il fatto che l'ABF sia stato costituito con una norma di legge (art. 128-*bis* t.u.b.), la sua struttura e la sua disciplina sono regolate da norme di carattere amministrativo (segnatamente la delibera

del CICR del n. 275/2008), escludendo così la riconducibilità dell'ABF agli organi giurisdizionali.

Parimenti rilevante, a parere della Corte, è il rilievo in ordine alla nomina e ai compiti attribuiti ai componenti dei collegi, che non prevedono le medesime garanzie preposte con riferimento agli organi giurisdizionali. In particolare, con riferimento ai compiti dell'ABF, è stato rilevato che, da un lato, il ruolo giudicante è precluso nell'ipotesi in cui la controversia sia stata già sottoposta alla autorità giudiziaria o rimessa a decisione arbitrale (art. 2, comma 6, della citata delibera CICR) e, dall'altro, risulta ugualmente vanificato qualora nel corso del procedimento la controversia stessa sia devoluta ai giudici o agli arbitri (art. 6, comma 4, della medesima delibera).

Con specifico riguardo alla natura della decisione assunta dall'ABF, la Corte precisa, inoltre, che ad essa non può essere riconosciuta alcuna efficacia vincolante per le parti, avendo semmai mera valenza reputazionale, pur se adottata "secondo diritto", poiché tale funzione è collegata ad ogni funzione giudiziale, anche qualora sia svolta da organi amministrativi.

Una prova di tutto ciò è desumibile dal comunicato della stessa Banca d'Italia del 26 ottobre 2010, ove, fra l'altro, incisivamente si puntualizza che "per gli intermediari, così come per i clienti, quale che sia l'esito della procedura, resta ferma la facoltà di ricorrere all'autorità giudiziaria ovvero ad ogni altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti e interessi», sul rilievo che «le decisioni dell'ABF, infatti, non incidono sulle situazioni giuridiche delle parti».

Sulla base di tali argomentazioni, dunque, la Corte Costituzionale ha ritenuto non rimettibile la questione da parte dell'ABF, il quale gestisce una procedura che non partecipa della natura giurisdizionale riconosciuta ad altri organi.

5. La Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob

In ossequio a quanto previsto dalla legge di delega del 2005– oltre alle disposizioni relative all'arbitro bancario finanziario –, il Governo ha adottato il d. lgs. 8 ottobre 2007, n. 179.

Con il decreto in parola, in verità, si fa un ulteriore rinvio ad un regolamento che avrebbe dovuto essere emanato dalla Consob e che avrebbe dovuto stabilire le regole procedurali per l'esperimento delle procedure conciliative ed arbitrali.

In attuazione di quanto previsto dalla normativa del 2007, la Consob ha emanato, con delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008, il regolamento disciplinante la Camera di conciliazione e arbitrato. Al di là degli aspetti organizzativi e di funzionamento di tale

organismo, meritano particolare attenzione le norme destinate alla disciplina di dette procedure.

Tra le funzioni principali della Camera, inoltre, (descritte all'art. 4 e tra le quali rientrano, oltre alla gestione delle procedure – anche nella fase non contenziosa di cui all'art. 140-*bis* cod. cons. – , anche l'attività di formazione e promozione) vi sono anche compiti ulteriori come la tenuta dell'elenco dei conciliatori, che risponde alla *ratio* che aveva ispirato la disciplina della conciliazione in materia di controversie societarie (d. lgs. N. 5/2003 e relativi regolamenti di attuazione), che costituiscono espressamente i principi di delega cui il legislatore delegato da un lato e l'autorità di vigilanza dall'altro sono stati chiamati a conformarsi.

Sotto il profilo più strettamente procedimentale, deve chiarirsi che la funzione della Camera di conciliazione e di arbitrato non è quella di gestione della procedura (in altre parole non è la Camera a fungere da conciliatore o da arbitro), bensì di gestione amministrativa del servizio, secondo il modello delle procedure cc.dd. amministrate (cfr. art. 4 Regolamento).

Ciò premesso, il regolamento disciplina separatamente la procedura conciliativa da quella arbitrale; quanto alla prima, ai sensi dell'art. 8, l'investitore (che è l'unico cui viene riconosciuto il diritto di chiedere l'esperienza del tentativo, *ex* art. 7, comma 1) presenta alla Camera la domanda di conciliazione, corredata di tutti gli elementi elencati alle lettere *a)* – *c)*.

L'istanza deve essere comunicata all'intermediario con mezzo idoneo a dimostrarne l'avvenuta ricezione e depositata nei successivi trenta giorni presso la Camera.

Una volta ricevuta la domanda, la Camera – ai sensi del comma 3 – procede entro cinque giorni ad una valutazione di ammissibilità della stessa, invitando l'istante a correggere o integrare la stessa, ove possibile. L'inammissibilità della domanda, oltre ai casi di carenza degli elementi stabiliti all'art. 7 (mancato avvio di una procedura di reclamo ovvero presentazione di una diversa procedura di conciliazione) pare possa essere legata anche all'oggetto della richiesta, laddove questa non rientri nella "competenza" della Consob, come specificato nell'art. 27 della legge n. 262/2005 e ribadito dall'art. 4, comma 1 del Regolamento (il quale si riferisce esclusivamente alle 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 gli investitori).

Superato il vaglio di ammissibilità, la Camera trasmette la domanda all'intermediario, il quale deve aderire mediante un atto di risposta, con l'allegazione della documentazione necessaria; laddove questi non provveda entro cinque giorni, la Camera dà atto della mancata tempestiva adesione.

Laddove entrambe le parti abbiano aderito, la Camera nomina il conciliatore, che viene scelto tra quelli iscritti nel proprio registro sulla base di criteri quali la vicinanza geografica al domicilio o alla residenza dell'investitore; il carico di lavoro; l'esperienza nella materia controversa; un'equa distribuzione degli incarichi e un trattamento paritario di uomini e donne. Il criterio geografico è quello più pregnante, posto che il comma 4 dell'art. 9 stabilisce che – laddove non vi siano conciliatori disponibili nel luogo di residenza o domicilio del risparmiatore – la Camera può devolvere la conciliazione ad uno degli organismi iscritti nell'elenco ministeriale relativo agli enti di conciliazione societaria (oggi quello degli organismi di mediazione ai sensi del d. lgs. n. 28/2010 e DM n. 180/2010 come modificato dal DM n. 145/2011). Della nomina del mediatore vengono tempestivamente informate le parti.

L'art 10 stabilisce gli obblighi che incombono sul conciliatore, il quale – per garantire la propria terzietà ed imparzialità – non deve versare in conflitto di interessi con nessuna delle parti, ovvero con la controversia.

L'obbligo di riservatezza imposto dall'art. 11 grava, invece, su tutti coloro che partecipano alla procedura; per la verità la norma si esprime in maniera piuttosto critica, poiché – al primo comma – si limita a riferire che le procedure sono ispirate all'immediatezza, alla concentrazione e all'oralità, e che tutte le loro fasi sono coperte da riservatezza. Non v'è chi non veda la assoluta genericità di tale previsione, la quale non ha alcuna valenza sotto il profilo prescrittivo. Il secondo comma prosegue prevedendo, invece, la riservatezza di tutti gli atti e i documenti della procedura.

Lo svolgimento della conciliazione è descritto all'art. 12, il quale precisa la assoluta informalità e flessibilità della stessa; curiosamente i commi 2 e 3 dello stesso articolo si riferiscono alla possibilità – per il conciliatore – di sentire le parti separatamente ovvero in contraddittorio, seppure al fine di evidenziare le ipotesi di possibile accordo.

La procedura, che a norma dell'art. 13, deve concludersi al massimo entro sessanta giorni dalla sua introduzione – salvo casi specifici che impongano delle proroghe – può terminare, a norma dell'art. 14, con la sottoscrizione di un accordo che – contrariamente all'uso invalso – non solo si limiti a dare atto del raggiungimento dell'accordo, ma ne riporta i termini essenziali.

Tale previsione è strettamente connessa con quella del comma 2, il quale prevede che detto verbale possa ottenere efficacia di titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione in forma specifica e l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale, previo *exequatur* del Tribunale nel cui circondario si è svolta la conciliazione. Tale importante previsione è frutto dell'espresso rinvio compiuto dall'art. 4, comma 5 d. lgs. n. 179/2007, tra i criteri cui la

conciliazione Consob avrebbe dovuto richiamarsi, alle norme di cui agli artt. 40, commi 2, 3, 4, 5, 6 e 8 del d. lgs. n. 5/2003.

L'art. 14 prosegue, al comma 2, riproducendo pedissequamente la norma dell'art. 40, comma 2, del d. lgs. n. 5/2003, disponendo che – laddove le parti ne facciano congiuntamente richiesta – il conciliatore può formulare una proposta nel caso in cui la conciliazione sia fallita. Tale esito valutativo non appare eccessivamente preoccupante, seppure snatura l'essenza facilitativa della conciliazione, poiché sottopone comunque la proposta del conciliatore alla concorde volontà delle parti; quello che preoccupa, sia per la conciliazione societaria che per questa, sono le conseguenze cui tale proposta espone le parti: il comma 2, infatti, dispone che rispetto alla proposta del conciliatore “ciascuna delle parti, se la conciliazione non ha luogo, indica la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare”. Tuttavia, dovendosi fare applicazione della norma dell'art. 40, comma 5, del d. lgs. n. 5/2003, “...le posizioni assunte dinanzi al conciliatore sono valutate dal giudice nell'eventuale successivo giudizio ai fini della decisione sulle spese processuali, anche ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile. Il giudice, valutando comparativamente le posizioni assunte dalle parti e il contenuto della sentenza che definisce il processo dinanzi a lui, può escludere, in tutto o in parte, la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato la conciliazione, e può anche condannarlo, in tutto o in parte, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente”.

Anche questa procedura, così come quella presso l'ABF, è stata considerata quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale al pari dei procedimenti di mediazione obbligatori previsti dall'art. 5 del d. lgs. n. 28/2010. Con la differenza che, in questo caso, si tratta di una vera e propria procedura conciliativa, del tutto assimilabile alla mediazione di cui al d. lgs. n. 28/2010, non a caso ispirata ai principi della conciliazione societaria di cui al d. lgs. n. 5/2003 che è stato uno dei principi di delega del legislatore.

Al fianco della procedura conciliativa, il Regolamento disciplina pure quella arbitrale, che può essere esperita anche indipendentemente dalla prima.

Secondo i principi generali, l'arbitrato può essere introdotto solo in presenza di un patto compromissorio (clausola o contratto) che espressamente faccia riferimento all'arbitrato Consob. In mancanza di tale convenzione, si applica l'art. 810, comma 1, c.p.c.

Per espressa previsione dell'art. 18, si tratta di un arbitrato rituale, in cui le decisioni vengono adottate secondo diritto; esso ha sede presso la Consob, salvo diverso accordo tra le parti (art. 19) e viene deciso da un arbitro unico, salvo la espressa scelta per un collegio arbitrale, scelti tra i componenti della lista tenuta dalla Camera. La nomina può avvenire ad opera delle parti (sia nel caso di arbitro unico sia di collegio, nel rispetto dei termini e delle

modalità di cui all'art. 810 c.p.c.), ovvero – in caso di mancata designazione tempestiva, anche nel caso di più parti – ad opera della Camera, la quale procede nel rispetto dei criteri di cui all'art. 20, comma 4, lett. *a) – e)* (procedimenti pendenti; competenza nella materia oggetto della controversia; tendenziale parità di trattamento tra uomini e donne; equa distribuzione degli incarichi).

La procedura prende avvio con il deposito presso la Camera degli atti con la relativa nomina degli arbitri effettuata e notificata ad opera delle parti, nonché della convezione arbitrale e della documentazione attestante il pagamento delle spese di avvio.

La Camera verifica la regolarità formale degli atti, nonché la accettazione da parte degli arbitri e le relative attestazioni di imparzialità di cui all'art. 22, concedendo alle parti congruo termine in caso di necessità di integrazione e/o modifica.

In caso di manifesta inammissibilità, la Camera rifiuta di amministrare lo svolgimento della procedura, informandone senza indugio le parti e gli arbitri, se nominati; in caso contrario, procede alla nomina degli stessi.

In caso di nomina già avvenuta, gli arbitri, nella prima udienza, provvedono alla verifica della questione sollevata dalla Camera, decidendo ai sensi dell'art. 817 c.p.c. e trasmettendo gli atti alla Camera per gli opportuni provvedimenti.

Superate le questioni preliminari, alla stessa udienza gli arbitri provvedono alla determinazione di un anticipo sulle loro spettanze e alla determinazione delle rispettive entità e distribuzione tra le parti; la Camera provvede ad assumere la relativa decisione. In caso di mancato pagamento delle somme, nel termine di quindici giorni dalla richiesta, è condizione di improcedibilità dell'arbitrato.

Naturalmente gli arbitri possono essere ruscitati, alle condizioni previste dall'art. 815 c.p.c.; l'istanza di ruscitazione sospende la procedura. Laddove la richiesta sia palesemente infondata, gli arbitri possono tenerne conto nella decisione, ai fini della ripartizione delle spese. In caso di mancanza di uno o tutti i componenti del collegio, la Camera provvede alla loro immediata sostituzione.

Conformemente alle norme del codice di rito, l'art. 24 stabilisce che gli arbitri rispondono del loro operato secondo le previsioni di cui all'articolo 813-*ter* del codice di procedura civile.

Gli arbitri emettono il lodo nel termine di centoventi giorni dall'accettazione della nomina, salvo proroga del termine che può essere richiesta da tutte le parti, o disposta dalla Camera su richiesta di motivata di una delle parti o di uno degli arbitri. In ogni caso la proroga per un ulteriore termine di centoventi giorni è accordata se devono essere assunti mezzi di prova; se è disposta consulenza tecnica d'ufficio; se è pronunciato lodo non

definitivo o lodo parziale; se è modificata la composizione del collegio arbitrale o è sostituito l'arbitro unico.

Accanto a tale procedura arbitrale, il Titolo II del regolamento disciplina anche una procedura per arbitrato semplificato, che può essere esperita ogni qualvolta la domanda deferita all'arbitrato abbia ad oggetto il pagamento di una somma di denaro a titolo di indennizzo finalizzato al ristoro del solo danno patrimoniale sofferto dall'investitore in conseguenza dell'inadempimento da parte dell'intermediario degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori.

Tale procedura, alla quale si applicano le norme dell'arbitrato ordinario in quanto compatibili, può essere introdotta soltanto dall'investitore e sempre che ciò sia chiaramente espresso nella convezione di arbitrato. Ulteriore condizione di ammissibilità, indicata dall'art. 29, è l'inutile ricorso al reclamo, dal quale non sia giunta risposta da parte dell'intermediario nel termine di novanta giorni, o nel minor termine stabilito dallo stesso per la trattazione dei reclami.

La domanda deve contenere, oltre ai requisiti previsti per la domanda di arbitrato ordinario, il riferimento all'infruttuoso esperimento del reclamo; l'adesione dell'intermediario deve contenere, invece, riferimenti al rapporto contrattuale controverso. Entrambi gli atti devono essere corredati della corrispondente documentazione.

La procedura è affidata ad un arbitro unico, nominato secondo i medesimi criteri previsti per l'arbitrato ordinario; nel corso della udienza l'arbitro verifica la regolarità del contraddittorio, interroga liberamente le parti, richiede ad esse, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione. Al termine della trattazione, salvo che ricorrano particolari condizioni che consiglino la fissazione di una nuova udienza da celebrarsi entro i venti giorni successivi, l'arbitro invita le parti a precisare le conclusioni.

Nei venti giorni successivi alla data di precisazione delle conclusioni, l'arbitro pronuncia il lodo sulla base dei documenti prodotti e tenendo conto degli elementi emersi nel corso dell'udienza. Il lodo è depositato dall'arbitro presso la Camera che lo sottopone alla Consob per il visto di regolarità formale ai sensi dell'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo, che può essere impugnato in corte d'appello solo per motivi relativi alla nullità dello stesso, senza ulteriori indagini di merito.

6. Le procedure di risoluzione alternativa delle controversie e la disciplina della mediazione civile e commerciale di cui al d. lgs. n. 28/2010.

L'introduzione della disciplina della mediazione civile e commerciale in Italia è destinata ad incidere su alcuni aspetti relativi alla conciliazione delle controversie bancarie e finanziarie che, come si è appena visto, il legislatore aveva già affidato alle relative Autorità di vigilanza.

L'art. 5, comma 1, del d. lgs. n. 28/2010 dispone che per una serie di controversie, tra cui quelle relative a contratti bancari e finanziari, siano devolute all'esperimento di un tentativo obbligatorio di mediazione – come disciplinato dal decreto medesimo – presso uno degli organismi accreditati ovvero presso l'ABF o la Camera di conciliazione Consob “per le materie ivi [e cioè dalle relative leggi istitutive] regolate”.

La previsione relativa alla condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle materie in cui il legislatore era già intervenuto in passato, pone all'interprete alcune questioni rilevanti, con evidenti ricadute in ordine alla loro effettiva operatività.

In primo luogo appare rilevante la diversa indicazione degli ambiti di applicazione che le leggi istitutive hanno riconosciuto alle due procedure “speciali” e quella invece generalmente (o genericamente) individuata dal d. lgs. n. 28/2010: mentre questa fa riferimento ai contratti bancari e finanziari, quelle – rispettivamente – si riferiscono a tutte le controversie relative a operazioni e servizi bancari e finanziari, ivi comprese quelle sottoposte anche le controversie in materia di bonifici transfrontalieri, aventi ad oggetto l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferiscono (fatte salve le richieste di pagamento di somme di denaro), ovvero alle 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 gli investitori.

In prima analisi, già gli ambiti di applicazione delle procedure “speciali” lascia intravedere una possibile sovrapposizione relativamente alle rispettive competenze; tant'è vero che lo stesso Regolamento della Camera di conciliazione presso la Consob, all'art. 4, comma 2, dispone che “La Camera, al fine di risolvere questioni relative all'ambito delle reciproche competenze, stipula un protocollo d'intesa con il sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie di cui all'articolo 128-*bis* del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385”.

In secondo luogo, il confronto delle norme relative ai diversi ambiti di applicazione comporta conseguenze in ordine alla condizione di procedibilità della domanda giudiziale, che potrà essere assolta indifferentemente con la mediazione ovvero con una procedura “speciale” laddove questi coincidano, mentre dovrà essere inevitabilmente risolta con la sola mediazione laddove la controversia, pur relativa a contratti bancari e finanziari non rientri anche nelle competenze “speciali”.

L'equiparazione sotto il profilo degli effetti, in ordine al presupposto processuale, potrebbe porre anche la questione relativa alla possibile equiparazione in ordine agli altri effetti quali quelli sostanziali (si pensi alla efficacia interruttiva della prescrizione), procedurali (alla condizione di procedibilità per l'arbitrato oltre che per il processo civile) e processuali (quali le possibili conseguenze sulle spese) previsti dalla normativa della mediazione.

7. La risoluzione alternativa delle controversie in materia assicurativa ed il ruolo dell'ISVAP: la rete FIN-Net.

Nell'ambito delle politiche comunitarie per lo sviluppo delle A.D.R. nelle controversie di consumo, la Commissione europea ha costituito due reti di collegamento per la migliore gestione delle procedure A.D.R. relative a liti transfrontaliere: accanto alla rete tra autorità competenti alla gestione delle A.D.R. di consumo in generale (la Rete EEJ-Net oggi sostituita e confluita nella rete ECC-Net), ne è stata costituita una specificamente rivolta alla soluzione delle controversie intercorse tra un operatore economico e un consumatore-risparmiatore nell'ambito dei mercati finanziari: la rete FIN-Net.

Gli scopi di tale rete sono essenzialmente tre: *a)* fornire al consumatore un accesso più possibile facile e chiaro alle procedure A.D.R. per la soluzione di controversie transfrontaliere; *b)* garantire un efficace ed efficiente scambio di informazioni tra organismi europei; *c)* assicurare l'applicazione di regole minime comuni.

L'istituzione della rete è avvenuta il 1° febbraio 2001 con un *Memorandum* di intesa, che costituisce una dichiarazione di intenti sulla cooperazione transfrontaliera tra le parti.

La rete FIN-Net riunisce oltre 35 organismi nazionali operanti nel settore: per l'Italia hanno aderito l'*Ombudsman* bancario, la Sezione Reclami dell'Istituto per la Vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (ISVAP) e l'Associazione Nazionale delle Imprese di Assicurazione (ANIA), ai quali – come si vedrà in seguito – si è aggiunto un organismo di nuova istituzione come l'Arbitro bancario finanziario presso la Banca d'Italia.

Tutti questi organismi hanno aderito alla rete FIN-Net attraverso la sottoscrizione di un *Memorandum*, che – pur lasciando ciascun ente libero di dettare proprie regole di procedura – impegna tutti i firmatari al rispetto di alcuni principi generali.

Il punto 2 del *Memorandum* detta alcune importanti definizioni: innanzitutto quella relativa al termine “risoluzione extragiudiziale” che è riferibile a tutti i tipi di controversia che (a prescindere dalla denominazione e dalle specifiche modalità di svolgimento) portino le parti ad una soluzione amichevole mediante l'intervento di un terzo che impone o propone una soluzione. Come si vede, dunque, rispetto al vasto panorama delle A.D.R. e alla loro

classificazione (relativamente alle modalità di raggiungimento dell'accordo) tra procedure facilitative e procedure valutative, il *Memorandum* compie una scelta molto chiara nei confronti di queste ultime.

Scelta che viene espressamente indicata al punto 4, il quale stabilisce che, nello scegliere appunto le procedure valutative, le parti firmatarie si impegnano al rispetto dei principi sanciti dalla raccomandazione 98/257/CE.

Non è chiara quale sia la *ratio* sottesa a tale scelta, posto che si sarebbe potuto lasciare agli organismi (e di conseguenza alle parti) se adottare una procedura facilitativa oppure no.

Probabilmente la preoccupazione è stata quella di impedire che, nell'ambito di una procedura negoziale, potessero riproporsi i medesimi rapporti di forza (e quindi uno squilibrio a danno del consumatore) che hanno dato origine alla controversia, specie in un settore – quello dei servizi finanziari – ove la asimmetria informativa e contrattuale appare ancora più evidente.

Tuttavia tale preoccupazione può apparire eccessiva se si considera che la Commissione europea ha tenuto conto di tutti questi aspetti proprio in sede di elaborazione dei principi applicabili alle A.D.R. di consumo, tanto nelle procedure facilitative che in quelle valutative. Pertanto, anche con riferimento alle prime, non può disconoscersi che l'applicazione dei principi comunitari (fissati nella raccomandazione 01/310/CE) costituiscano una ampia garanzia dei diritti dei consumatori.

Accanto a tale definizione il punto 2 propone, di seguito, la nozione di “lite transfrontaliera” la quale è quella tra un consumatore che risiede in uno Stato membro e un fornitore di servizi finanziari che è stabilito in uno Stato membro diverso.

Tali definizioni vanno necessariamente collegate con quella del punto 5 che fissa l'ambito di applicazione della cooperazione, relativamente alle domande inoltrate dai consumatori per la soluzione di controversie sui servizi finanziari; in questo ambito, ciascun organismo coopera per i settori in cui di norma esercita il suo mandato e/o le sue competenze giuridiche.

Il punto 2 chiude con due altre definizioni: una relativa al “sistema competente”, che corrisponde all'organismo di risoluzione alternativa delle controversie nel settore finanziario; l'altra relativa al “sistema più vicino”, che corrisponde invece all'organismo che ha la propria sede nel Paese membro in cui risiede il consumatore.

Sulla base di tali definizioni il *Memorandum* fissa, al punto 6, le modalità di funzionamento della rete FIN-Net: il sistema più vicino svolge una funzione di informazione e coordinamento tra i vari sistemi competenti. Esso fornisce al consumatore tutte le

indicazioni necessarie sul funzionamento della rete e sui requisiti dei vari sistemi competenti; laddove sia necessario esso ricorda al consumatore l'opportunità di inviare prima un reclamo direttamente all'istituto finanziario, se ciò costituisce una condizione preliminare all'esperimento del tentativo presso un organismo competente; a tale riguardo il sistema competente informa il consumatore circa l'eventuale esistenza di termini per l'esperimento di detto tentativo ovvero per la proposizione dell'azione giudiziaria, in caso di suo fallimento.

Accanto a tali funzioni essenzialmente informative, il sistema più vicino si occupa anche di istruire i procedimenti, trasmettendo la domanda che gli è pervenuta al sistema competente per una determinata controversia, ovvero indirizzandovi direttamente il consumatore; in alternativa esso può risolvere direttamente la lite, laddove ciò sia previsto obbligatoriamente per legge, ovvero nel caso in cui il fornitore di servizi finanziari ne abbia riconosciuto preventivamente la giurisdizione (*cf.* punto 6.3).

Se, invece, la controversia viene gestita da un sistema competente, questi è obbligato al rispetto dei principi sanciti dalla raccomandazione 98/257/CE (*cf.* punto 6.4), come peraltro previsto al punto 4, che contiene un impegno, da parte dei firmatari, al rispetto di tali principi, oltre a quello di far provvedere i rispettivi Stati membri alla notificazione presso la banca dati della Commissione europea di tutti gli organismi non ancora notificati.

Il punto 6.5 precisa che i suddetti principi devono essere considerati soltanto alla stregua di orientamenti sulla procedura applicabile (come peraltro si legge nella rubrica del punto 6), che la parti firmatarie sono libere di derogare in favore di norme procedurali più efficaci, ma pur sempre rispettose dei principi della raccomandazione del 1998.

La lingua applicabile alla procedura è a scelta del consumatore che può optare, ove non ritenga applicabile quella usuale con cui il sistema competente lavora, tra quella del contratto concluso con il fornitore di servizi finanziari e quella con cui ha trattato usualmente con esso.

La rete non sarebbe tale se le parti, tra di loro, non scambiassero una serie di importanti informazioni, elencate al punto 8.1.

Accanto a tale scambio di informazioni, il punto 8 prevede altresì che le parti firmatarie del *Memorandum* scambino informazioni utili per la soluzione dei singoli casi; in particolare è previsto che i vari sistemi competenti inviino informazioni relative alla norme a tutela del consumatore, applicabili nello Stato membro in cui questi ha la residenza.

Lo scambio di informazioni è favorito anche dalla Commissione, la quale si è impegnata a rendere accessibili dette notizie mediante la consultazione di un sito web (<http://ec.europa.eu/fin-net>).

Naturalmente la trasmissione e la circolazione delle informazioni deve avvenire nel rispetto dei principi relativi al trattamento dei dati personali; a tal proposito il punto 9 precisa che il sistema più vicino “notifica” al consumatore che i suoi dati vengono trasferiti al sistema competente in ossequio a quanto previsto all’art. 10 della direttiva 95/46/CE.

Gli ultimi due punti riguardano gli impegni delle parti e della Commissione alla comunicazione dei dati sulle proprie attività e sulla pubblicazione di una relazione annuale sullo stato di attuazione del *Memorandum*. Anche la pubblicazione di tali relazioni è considerata alla stregua di quei comportamenti improntati alla trasparenza nei confronti dei consumatori: principio che si trova espressamente sancito, peraltro, nelle raccomandazioni della Commissione 98/257/CE e 01/310/CE.

8. Le “nuove” competenze in tema di A.D.R. dell’Autorità per l’Energia Elettrica ed il Gas.

Recentemente è entrato in vigore nell’ordinamento italiano il d. lgs. 1 giugno 2011, n. 93 “Attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica, del gas naturale e ad una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica, nonché’ abrogazione delle direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE” (pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 148 del 28 giugno 2011 - Suppl. Ordinario n.157)

Nel delineare la nuova disciplina del mercato interno dell’energia elettrica e del gas naturale, tale intervento normativo ha introdotto una serie di nuove competenze in capo all’Autorità dell’energia elettrica ed il gas in relazione alla risoluzione alternativa delle controversie.

A ben guardare, le disposizioni introdotte al riguardo non attengono solo alla risoluzione “alternativa” delle controversie, bensì di risoluzione *tout court*.

La prima disposizione che viene in considerazione, inserita nel Titolo II relativo alla disciplina del mercato del gas naturale, è la norma dell’art. 7, che sostituendo l’art. 22 d. lgs n. 164/2000 (Obblighi relativi al servizio pubblico de tutela dei consumatori), dispone al comma 6 “L’Autorità per l’energia elettrica e il gas, anche avvalendosi dell’Acquirente unico Spa, ai sensi dell’articolo 27, comma 2, della legge 23 luglio 2009, n. 99, provvede affinché siano istituiti sportelli unici al fine di mettere a disposizione dei clienti tutte le informazioni necessarie concernenti i loro diritti, la normativa in vigore e le modalità di risoluzione delle controversie di cui dispongono”.

Si tratta di una norma che evidentemente rimette ad una successiva determinazione dell'Autorità l'istituzione di sportelli informativi per i consumatori: al di là dell'opportunità della scelta di affidare tale competenza ad una agenzia esterna all'autorità, tale ruolo (che spesso non è soltanto informativo, ma anche formativo rispetto al corretto e consapevole esercizio dei diritti dei consumatori alla luce delle disposizioni vigenti), è interessante sottolineare come la norma in esame faccia riferimento proprio alle modalità di risoluzione delle controversie di cui questi dispongono; non essendovi alcun ulteriore riferimento, non si può dubitare che si tratti sia di quelle giudiziali che di quelle stragiudiziali (con particolare riferimento a quelle espressamente disciplinate dalla stessa legge del 2011).

Corrispondentemente, nel Titolo III dedicato alla disciplina del mercato dell'energia elettrica, si trova una disposizione, la cui formulazione è meno chiara di quella precedente e che lascia qualche dubbio sotto il profilo applicativo, contenuta all'art 35, comma 4 il quale dispone che “ L'Autorità per l'energia elettrica e il gas, anche avvalendosi dell'Acquirente Unico Spa e del Gestore dei servizi energetici Spa, ai sensi dell'articolo 27, comma 2, della legge 23 luglio 2009, n. 99, adotta le misure necessarie:... b) per assicurare che i clienti abbiano idonee informazioni, riferite anche alla diffusione della lista di controllo di cui alla lettera a), concernenti i loro diritti, la legislazione in vigore e le modalità di risoluzione delle controversie di cui dispongono”.

A fronte di queste due disposizioni, la norma centrale per il discorso che occupa in questa sede è quella inserita nel Titolo IV sulla attività di regolazione svolta dall'Autorità che – tra i compiti ad essa affidati in virtù di tale ruolo ed in conformità con la legislazione nazionale e comunitaria – vede assegnata anche la competenza in relazione alla risoluzione delle controversie, disciplinata all'art. 44.

Curiosamente detto articolo è rubricato “Reclami”, posto che – a dire il vero – la competenza dell'Autorità è ben più ampia rispetto a quella di mera gestione dei reclami.

In particolare, ai sensi dell'art. 44 “1. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas decide sui reclami presentati contro un gestore di un sistema di trasmissione, di trasporto, di stoccaggio, di un sistema GNL o di distribuzione per quanto concerne gli obblighi a tali gestori imposti in attuazione delle direttive comunitarie sui mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale. 2. La decisione sui reclami di cui al comma 1 deve essere adottata entro due mesi dalla ricezione del reclamo. Tale termine può essere prorogato di non oltre due mesi qualora l'Autorità per l'energia elettrica e il gas richieda ulteriori informazioni alle parti interessate. Con il consenso del soggetto che ha presentato il reclamo, il termine medesimo può essere ulteriormente prorogato, in ogni caso, per un periodo non più lungo di ulteriori due mesi. 3. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas emana specifiche direttive per

la disciplina, ai sensi dell'articolo 2, comma 24, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481, delle procedure di risoluzione delle controversie di cui al comma precedente. 4. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas assicura il trattamento efficace dei reclami e delle procedure di conciliazione dei clienti finali nei confronti dei venditori e dei distributori di gas naturale ed energia elettrica avvalendosi dell'Acquirente unico Spa e vigila affinché siano applicati i principi in materia di tutela dei consumatori di cui all'Allegato I delle direttive 2009/73/CE e 2009/72/CE".

Orbene detta disposizione individua, al comma 1, l'ambito di applicazione delle competenze dell'Autorità in merito alle procedure di risoluzione (alternativa) delle controversie. Essa, infatti, gestisce in prima istanza una vera e propria procedura di reclamo che il consumatore inoltra direttamente all'Autorità.

Diversamente invece, il comma 4 affida ad un futuro provvedimento della stessa la disciplina delle procedura di conciliazione relativa alle medesime controversie di cui al comma 1, in conformità a quanto previsto dall'art. 2, comma 24, della legge n. 481/1995, prevedendo tuttavia che tale funzione sia affidata all'Acquirente unico.

In attesa delle disposizioni attuative, che l'Autorità dovrà emanare, qualche considerazione può farsi sin d'ora: la norma disciplina piuttosto semplicemente le modalità di svolgimento del reclamo, che deve essere diretto ad essa e deciso entro due mesi, salva la proroga per l'acquisizione di elementi necessari alla decisione. La disciplina è tuttavia piuttosto scarna poiché non indica alcuni aspetti determinanti, né rinvia ad ulteriori provvedimenti la loro regolamentazione.

Si pensi, ad esempio, alla legittimazione a presentare il reclamo, che potrebbe essere riconosciuta al singolo consumatore/utente, ma anche alle associazioni dei consumatori; si pensi, inoltre, alle modalità di presentazione del reclamo, ovvero alla possibilità che l'operatore possa prender parte alla procedura, mediante osservazioni, documenti e così via.

Del resto, la stessa disciplina è piuttosto insolita, se solo si pone mente al fatto che la procedura di reclamo è solitamente gestita direttamente dall'operatore, che avvia un accertamento sui fatti lamentati dal consumatore/utente e, sulla base delle risultanze emerse, decide se accordare ragione alla richiesta. Nel caso che ci occupa, invece, curiosamente si delega questa competenza direttamente alla Autorità.

Ulteriore segnale di incongruenza è relativo alla mancata indicazione di un qualsiasi collegamento tra procedura di reclamo e procedura di conciliazione: nel rinviare alla successiva regolamentazione da parte dell'AEEG, infatti, il legislatore non indica alcun criterio di corrispondenza tra le due procedure, per cui non è dato sapere se la procedura di reclamo debba essere considerata quale condizione di ammissibilità della conciliazione,

ovvero – posto che entrambe vengono gestite dalla medesima Autorità – se possano stabilirsi diverse forme di contatto tra le due, specie se si consideri che la sola conciliazione è prevista obbligatoriamente dalla legge.

In merito alla conciliazione, infatti, si deve rilevare il richiamo espresso alla legge n. 481/1995, che appunto ne conferma la natura di condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Opportunamente, dunque, non vi è alcun riferimento alla disciplina della mediazione civile e commerciale che, come si è ricordato dinanzi, all'art. 23 del d. lgs. n. 28/2010 fa salve le norme che contemplano tentativi obbligatori di mediazione e/o conciliazione.

La norma dell'art. 44, inoltre, identifica l'ambito di applicazione della conciliazione, che corrisponde alle controversie tra utenti e gestori dei servizi, senza alcuna ulteriore distinzione al riguardo (sempre che l'Autorità con l'emanando regolamento non intendesse procedere ad ulteriori indicazioni).

Nonostante il richiamo alla disciplina del 1995 abbia con certezza identificato la natura obbligatoria del tentativo di conciliazione, al tempo stesso esso ripropone una serie di questioni di carattere applicativo, posto che la stessa legge n. 481/1995 non aveva alcuna portata precettiva, poiché rinviava a sua volta ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri al quale era demandata la disciplina del tentativo obbligatorio di conciliazione, i cui criteri ispiratori erano comunque identificati.

Già la norma del 1995 aveva sollevato numerose questioni interpretative, evidenziate in dottrina, le quali però non sono mai state risolte dal previsto intervento normativo: da un lato, infatti, non era chiaro il rapporto che essa stabiliva tra conciliazione presso le Autorità e conciliazione in prima istanza presso le Camere di Commercio. Dall'altro non era neppure chiarito il rapporto tra le procedure conciliative e quelle arbitrali, sempre ammesse dalla norma del 1995.

Oggi, tali questioni devono ulteriormente fare i conti con la disposizione in esame che, con una formulazione non particolarmente felice, indica al comma 4 che l'Autorità assicura un trattamento efficace dei reclami e delle conciliazioni, anche per il tramite dell'Acquirente unico: non si comprende, infatti, se quest'ultimo abbia compiti di sorveglianza o di determinazione delle norme regolamentari e deontologiche finalizzate ad una corretta e sollecita gestione delle procedure, ovvero abbia un ruolo diretto in detta gestione.

La cosa, che potrebbe non stupire se si guarda all'esempio più immediato – quello dei Co.re.com – lascia qualche perplessità se solo si tiene conto del fatto che l'Acquirente unico non sembra avere le stesse natura e funzioni istituzionali dei Comitati Regionali.

Ne deriva, dunque, che così come è stato per la disciplina della mediazione in tema di telecomunicazioni, anche l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas sarà chiamata a dettare una regolamentazione che renda attuabile lo strumento.

BIBLIOGRAFIA

F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Società*, 2011, p. 85 ss.

A. BANDINI, *Le autorità indipendenti, l'arbitrato e la conciliazione: l'esperienza dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 615 ss.

L. BERGAMINI, *I nuovi strumenti stragiudiziali di soluzione*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. Gabrielli e R. Lener, Torino, 2011

E. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in www.judicium.it

F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ADR*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, p. 261 ss.

A. COLOMBO, *La Consob e la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi di investimento*, in *Società*, 2007, p. 8 ss.

G. COSTANTINO, *La istituzione dell'«Arbitrato Bancario Finanziario»*, in F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA e N. RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 301 ss.

B. DE CAROLIS, *L'arbitro bancari finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, n. 70, Banca d'Italia, www.bancaditalia.it

A.V. GUCCIONE e C.A. RUSSO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, p. 476 ss.

G. GUIZZI, *Chi ha paura dell'Abf? (una breve risposta a "La giustizia nei rapporti bancari finanziari. La prospettiva dell'ADR")*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, p. 665 ss.

M. MAIONE, *Profili ricostruttivi di una (eventuale) legittimazione a quo dei Collegi dell'Arbitro bancario Finanziario*, in www.judicium.it

E. QUADRI, *L'«arbitro bancario finanziario» nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 305 ss.

S. RUPERTO, *L'«Arbitro Bancario Finanziario»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 325 ss.

N. SOLDATI, *La camera arbitrale presso la Consob per le controversie tra investitori ed intermediari*, in *Contratti*, 2009, p. 423 ss.

SEZIONE IV
INDAGINE ESPLORATIVA

13. Le Autorità: il punto di vista delle Associazioni dei consumatori quali stakeholder privilegiati del sistema.

(Maria Francesca Renzi, Giovanni Mattia, Roberta Guglielmetti)

SOMMARIO: 1. Obiettivo. – 2. Il focus group. – 3. Metodologia di indagine. – 4. Risultati dell'analisi. – 4.1 Percezione del ruolo delle Autorità. – 4.2 Rapporto tra Autorità e Associazioni di consumatori/consumatori e utenti. – 4.3 Efficacia presente e futura nella collaborazione tra Autorità e Associazioni dei consumatori. – 5. Conclusioni.

Questo capitolo presenta i risultati di un'indagine che ha coinvolto un gruppo di esperti del Dipartimento di Scienze Aziendali ed Economico Giuridiche dell'Università degli Studi Roma Tre e alcune delle Associazioni dei Consumatori associate a Consumers' Forum.

Si tratta di una ricerca esplorativa che ha l'obiettivo di indagare quali siano le percezioni delle Associazioni dei Consumatori in merito ai punti di forza e di debolezza del sistema di Authority italiano e di mettere in luce eventuali opportunità di miglioramento.

Nel report di indagine sono analizzati e descritti i seguenti aspetti:

1. Obiettivi;
2. Il focus group;
3. Metodologia di indagine;
4. Risultati dell'analisi.

1. Obiettivo.

La ricerca si propone di effettuare un'analisi fenomenologica del contesto di riferimento, attraverso la raccolta di informazioni di dettaglio in chiave multi-prospettica per mettere in luce l'efficacia, i punti di forza e di debolezza del sistema di Authority italiano secondo il punto di vista delle Associazioni dei Consumatori. L'utilizzo dello strumento di ascolto del focus group è stato ritenuto dal gruppo di lavoro la metodologia di indagine più opportuna per far emergere informazioni rilevanti ai fini della ricerca. L'analisi dei contenuti ha permesso di identificare spunti di riflessione interessanti rispetto allo stato dell'arte attuale e a opportunità future.

2. Il focus group.

Il focus group è una tecnica di rilevazione per la ricerca sociale basata sulla discussione tra un piccolo gruppo di persone, alla presenza di uno o più moderatori,

focalizzata su un argomento, che si vuole indagare in profondità¹⁰. Il focus costituisce uno strumento di ascolto che si sviluppa come un'intervista di gruppo, ma che è basata sull'alimentazione delle dinamiche di un gruppo; ha l'obiettivo di comprendere un fenomeno attraverso la definizione dei concetti e delle idee che lo caratterizzano, esplorando un determinato argomento a carattere generale o specifico. Viene intervistato contemporaneamente un gruppo di persone che ha solitamente caratteristiche omogenee rispetto all'oggetto della discussione, che vengono scelte sulla base della finalità della ricerca. Esso permette di far emergere nuovi bisogni ed esigenze e di preparare successive fasi quantitative di indagine. Perché un focus sia efficace è necessario che venga stimolato il confronto delle percezioni dei singoli cercando comunque di far emergere posizioni differenti e anche in opposizione. A differenza dell'intervista in profondità, il focus group ricerca l'interazione tra i partecipanti, in quanto permette di ottenere un livello di approfondimento notevole dovuto al dibattito. Inoltre, il gruppo come unità di analisi è molto più complesso e difficile rispetto al singolo individuo. Se da una parte, infatti, l'interazione è utile per l'approfondimento e l'arricchimento delle idee, dall'altra parte può innescare particolari meccanismi e dinamiche di leadership e di difesa tra i partecipanti. Il focus è tipicamente composto da 6-10 persone, ma nella prassi può variare da un minimo di 4 a un massimo di 12. Il numero è condizionato da due fattori: deve essere sufficientemente piccolo perché ciascuno abbia l'opportunità di avere spazio di intervento e sufficientemente ampio da permettere di diversificare le opinioni. E' molto importante per la buona riuscita del focus che la traccia di intervista sia costruita in modo flessibile attraverso una sequenza logica di domande aperte molto generali che fungono da stimolo all'interazione. Molto importante è comprendere i contenuti e le modalità di scambio che si vengono a creare, allo scopo di individuare le diverse tipologie di personalità presenti e identificare i contenuti chiave emersi durante l'incontro, che devono essere letti ed interpretati nell'ottica del raggiungimento dell'obiettivo di indagine.

3. Metodologia di indagine.

Il 5 ottobre 2011 presso la sede di Consumers' Forum è stato realizzato un focus group, della durata di 2 ore, condotto da un gruppo di esperti dell'Università Roma Tre – la Prof.ssa Maria Francesca Renzi, il Prof. Giovanni Mattia e la Dott.ssa Roberta Guglielmetti – nel quale sono stati coinvolti gli esponenti delle seguenti cinque Associazioni di Consumatori: Assoutenti, ADOC, Cittadinanza Attiva, Federconsumatori, Movimento Consumatori.

¹⁰ S. CORRAO, (2000), *Il focus group*, Franco Angeli, Milano.

Come ampiamente descritto nell'introduzione, l'iniziativa rappresenta una prima esperienza di indagine qualitativa svolta in questo settore. Per tale ragione i risultati, seppure rilevanti, vanno considerati come indicativi e non completamente generalizzabili in quanto condizionate dal livello di partecipazione e dal carattere innovativo dell'iniziativa.

La traccia del focus group, condivisa con i responsabili di Consumers' Forum, è articolata in tre macro-aree e prevede gli argomenti di indagine riportati nella figura seguente.

TRACCIA DEL FOCUS GROUP

1. Percezione del ruolo delle Autorità

- Quale è il ruolo delle autorità e come è cambiato nel tempo?
- Quali sono i pregi e i difetti delle Autorità (Vigilanza, Regolazione e Garanzia)
- Come funzionano in generale le Autorità?
- Ci sono Autorità che funzionano meglio e altre peggio?
- Quali sono le autorità più "indipendenti"?
- Quali sono le Autorità con una governance maggiormente indirizzata alla tutela dei consumatori?
- Quali sono le Autorità organizzate meglio e perché?
- Le Autorità con più risorse sono anche quelle che lavorano meglio?

2. Rapporto tra Autorità e Associazioni di consumatori/consumatori e utenti

- Quali sono le Autorità che creano e alimentano canali di ascolto più efficaci con il consumatore? E con le Associazioni?
- Quali sono i principali strumenti utilizzati per facilitare il rapporto con il consumatore? E con le Associazioni? Quali sono gli strumenti più efficaci?
- Come potrebbe essere migliorato il rapporto tra Autorità/Consumatore/Associazione di consumatori?

3. Efficacia presente e futura nella collaborazione tra Autorità e Associazioni dei consumatori

- Quale è l'impatto che le Associazioni hanno sull'azione delle Autorità? Quali sono le modalità più efficaci?
- Qual è il grado di recepimento delle Autorità rispetto alle iniziative delle Associazioni?
- Come si potrebbe migliorare la notorietà delle Autorità presso i consumatori e le Associazioni?
- Le Autorità del futuro: le vostre aspettative e le vostre iniziative

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">• Proposte e suggerimenti |
|---|

Per quanto concerne la dinamica di gruppo che si è avuto modo di rilevare in sede di svolgimento del focus group, sono stati riscontrati un livello di interazione e coinvolgimento soddisfacenti, tipici di un gruppo con personalità spiccate e la presenza di alcuni leader nella discussione, contenuti dai moderatori in alcune specifiche circostanze. Si tratta di un gruppo sostanzialmente disciplinato, tranne fasi di concitazione o sovrapposizione rapidamente rientrati, in cui è stata verificata un'apertura generalizzata all'espressione delle proprie idee, in alcuni casi perfino ridondante rispetto ai binari di discussione previsti. Non sono stati rilevati atteggiamenti posturali perduranti di chiusura, né di assenza o allontanamento sistematici dalla conversazione.

4. Risultati dell'analisi

L'analisi delle informazioni è stata effettuata attraverso una logica di tipo induttivo e la descrizione dei contesti studiati tramite analisi narrativa linguistica e paralinguistica (*content analysis* qualitativa). Un'analisi ermeneutica degli aspetti ritenuti maggiormente significativi, la codifica dello strato semantico acquisito, la ricomposizione e la successiva armonizzazione (*code and retrieve*) ha consentito di sistematizzare i contenuti rendendoli fruibili sul piano interpretativo.

Per facilitare e vivificare la lettura, il testo con la tessitura logica dei contenuti viene inframmezzato dal virgolettato, nel quale si riportano testualmente le opinioni dei partecipanti.

Viene di seguito proposta un'analisi delle *key issues* emerse durante il focus group rispetto alle tre macro-aree di indagine proposte nella traccia di intervista precedentemente esposta:

1. Percezione del ruolo delle Autorità;
2. Rapporto tra Autorità Associazioni di consumatori/consumatori e utenti;
3. Efficacia presente e futura nella collaborazione tra Autorità e Associazioni dei consumatori.

4.1 Percezione del ruolo delle Autorità .

È condiviso il fatto che un sistema di Authority compiuto ed efficace costituisca una esigenza fondamentale senza la quale non è possibile avviare e sostenere il processo di liberalizzazione.

“Le Associazioni credono nei benefici di concorrenza e liberalizzazione, ma tutto ciò non si può fare senza un sistema di regolazione dotato di adeguati poteri, deleghe e risorse.

La situazione attuale in Italia vede la presenza di diverse Autorità con differenti poteri e modalità di azione. Alcune risultano essere più proattive verso i consumatori e le Associazioni dei consumatori, amplificando l'interlocuzione su temi specifici e attivando canali di ascolto diretti, altre utilizzano invece semplicemente le consultazioni come modalità di confronto. Tra gli esempi positivi vanno registrati l'operato dell' Antitrust, dell'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas e della Banca d'Italia, che propongono nuovi strumenti di comunicazione con i consumatori e le Associazioni stesse. In particolare, emerge in modo crescente la volontà delle Autorità di avvicinarsi alle Associazioni, superando i tecnicismi che tradizionalmente hanno rappresentato una barriera verso i consumatori e i loro rappresentanti. Ampi margini di miglioramento in questo ambito sono certamente riscontrabili nel caso di AGCOM, Consob e Isvap, alle quali è richiesta maggior efficienza, efficacia, tempestività e una maggiore attenzione ai rapporti con i consumatori e le Associazioni. Queste Autorità infatti, pur disponendo di tutti i poteri di regolazione e di ispezione, li utilizzano in modo parsimonioso, scontando anche il complesso contesto di mercato al quale fanno riferimento.

“Consob e ISVAP sembrano attente agli interessi delle aziende che non ai rapporti con consumatori e Associazioni.”

“Sull'ISVAP ho un giudizio molto negativo. Le Autorità rischiano di essere deboli rispetto alle aziende che hanno di fronte. L'ISVAP ha tutti i poteri,infatti è quella che concentra regolazione e ispezione, ma abbiamo le tariffe più alte d'Europa.”

Per quanto concerne l'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas, che opera in un settore cruciale, ancora permangono alcune criticità, ma ne viene sottolineata la vitalità nel porsi come interlocutore significativo rispetto alle Associazioni e la disponibilità a collaborare.

“L’Autorità per l’Energia elettrica e il Gas ha la capacità di porsi come interlocutore significativo rispetto alle Associazioni con volontà di collaborazione, ma sconta una situazione di mercato critica che riproduce, in qualche misura, alcune dinamiche già avvenute durante il processo di liberalizzazione del settore delle telecomunicazioni.”

Ogni Autorità si caratterizza in modo specifico in termini di governance, modello organizzativo ed efficacia del proprio ruolo. Tuttavia, è possibile individuare alcuni fattori critici trasversali, riscontrabili con diversi gradi di intensità in tutto il sistema di regolazione dei mercati.

In particolare, si rileva che le principali criticità possono essere ricondotte alla **lentezza**, in alcuni casi alla **indipendenza** e quindi alla **ridotta incisività** delle Authority stesse.

Il primo aspetto è una diretta conseguenza della complessità procedurale, della eccessiva burocratizzazione e dalla carenza di personale.

“Le principali difficoltà e la lentezza a intervenire sono dovute alla burocrazia, alla scarsità di risorse e, in alcuni casi, alla carenza di personale ...”

“Le Autorità sono un interlocutore positivo, ma la sensazione è di lentezza a rispondere ai problemi.”

Il problema dell’indipendenza è molto sentito dalle Associazioni dei consumatori.

“... le Autorità sono una sponda nella tutela dei consumatori, alcune volte alleate, altre volte vorremmo che fossero più indipendenti dalla politica e dalle imprese.”

Questo è un problema avvertito anche nel caso delle Autorità più virtuose nei rapporti con le Associazioni di consumatori.

In particolare, nel tempo, l’**indipendenza** delle Authority – riconosciuta inizialmente come elemento centrale e inderogabile – è stata progressivamente ridotta, al punto che oggi gli enti regolatori per settori come le poste e i trasporti sono Agenzie tecniche governative e non Autorità indipendenti. La responsabilità di questa situazione è da attribuirsi in gran parte al potere politico, che ha svolto un ruolo poco efficace nell’incentivare l’autonomia, e l’incisività delle Authority, riproducendo i propri equilibri nell’assetto organizzativo delle

stesse. Ciò ha avuto un impatto negativo sulle politiche e sulle azioni per la tutela del consumatore.

“L’esigenza di garantire indipendenza delle Autorità si è sgretolata al punto che quest’anno per individuare enti regolatori per settori come poste e trasporti sono state costituite delle Agenzie tecniche”.

Il problema dell’indipendenza può attribuirsi principalmente alle modalità di nomina delle cariche e alle fonti di finanziamento.

In particolare, per superare il primo ostacolo si dovrebbe prevedere una riforma delle procedure di nomina che, per loro natura, non dovrebbero essere di esclusiva pertinenza del Governo.

Relativamente alle fonti di finanziamento il problema che può emergere dipende dal fatto che i soggetti erogatori spesso sono le stesse aziende controllate. Ciò potrebbe determinare una situazione paradossale di conflitto di interessi.

“Se ci sono risorse e poteri non è detto che vada meglio..”

Quindi le risorse finanziarie, seppure necessarie, non possono essere considerate come unico elemento chiave per il buon funzionamento del sistema di regolazione e vigilanza.

Il terzo elemento critico è la scarsa incisività delle azioni delle Authority, che è legata principalmente al sistema sanzionatorio.

Le scelte del legislatore sono determinanti nel disincentivare e frenare comportamenti scorretti verso il consumatore. Infatti, la normativa prevede che le Autorità dispongano **sanzioni** agli operatori per eventuali comportamenti scorretti.

Allo stato attuale però le sanzioni risultano essere spesso di entità inadeguata e come tali, oggetto di una valutazione rischio-beneficio dalle aziende, che le preventivano al pari di una qualsiasi posta di bilancio.

“Se si guarda al marketing telefonico, ci sono sanzioni irrisorie e all’azienda conviene spesso pagare la sanzione; se non c’è un adeguamento delle sanzioni commisurate al fatturato dell’azienda è inutile prevederle in quanto l’azienda le mette in preventivo.”

Inoltre, per quanto attiene all'incisività dell'operato delle Autorità, le Associazioni sono concordi nel ritenere che il regime degli impegni dovrebbe essere usato con molta cautela, in quanto prevede la sospensione della sanzione anche in caso di comportamento scorretto da parte delle imprese.

“Questo indirizzo rischia di attenuare l'effetto deterrente della sanzione. Già le sanzioni hanno una scarsa efficacia nel modificare la condotta delle imprese, il rischio di adottare il sistema degli impegni è che si riduca fortemente il potere deterrente delle Authority.”

“Pensiamo al regime degli impegni: è possibile che la sanzione venga sospesa per la presentazione degli impegni dell'azienda; quando le aziende presentano impegni alle Autorità generalmente si tratta di misure scarse.”

In particolare, durante la discussione sono emerse alcune posizioni divergenti in merito alle azioni che le Associazioni dei consumatori possono mettere in campo per affrontare i problemi legati al sistema degli impegni.

Infatti per alcune, non è opportuno partecipare al procedimento amministrativo presentando pareri rispetto alle delibere assunte dalle Authority; per altre, dal momento che il sistema degli impegni è previsto per legge, è preferibile assumere un atteggiamento attivo in qualità di parte interessata, formulando pareri sulle delibere stesse.

In ogni caso le Associazioni di consumatori concordano nel ritenere che sia necessario monitorare con attenzione il sistema dell'assunzione di impegni, in quanto può produrre conseguenze molto negative sulla tutela dei consumatori, tenuto conto che si tratta di un approccio che va ad ammorbidire ulteriormente un concetto di sanzione già di per sé configurabile come un blando deterrente nei confronti di comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori.

4.2 Il Rapporto tra Autorità e Associazioni di consumatori /consumatori e utenti.

Ma quali sono le Autorità che creano e alimentano canali di ascolto più efficaci con il consumatore e con le Associazioni di consumatori?

È opportuno specificare che tutte le Autorità hanno attivato canali di ascolto indiretti e diretti, coerenti con la propria struttura organizzativa. In particolare, nel primo caso si fa riferimento alla consultazione pubblica, all'audizione con le imprese e all'interlocuzione.

Relativamente ai canali di ascolto diretti l'Antitrust, l'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas e l'AGCOM hanno sviluppato di recente soluzioni innovative quali *contact center* (anche on-line) e sportelli per l'acquisizione dei reclami a cui il consumatore può accedere in prima persona.

“Per quanto concerne i canali di ascolto, ci sono alcune Autorità che hanno sviluppato canali strutturati e permanenti, come ad esempio l'Antitrust, l'AGCOM e l'Autorità Energia Elettrica e Gas; sono inoltre, previsti incontri mensili e la convocazione in audizione; l'Antitrust ha un canale aperto per la pubblicità ingannevole, mentre l'Autorità Garante per la privacy e altre Autorità si limitano a quanto richiesto dalle norme.”

Generalmente, i canali di ascolto posti in essere dalle Autorità vengono ritenuti complessivamente efficaci. Ciononostante, è opportuno evidenziare che in alcuni casi le consultazioni assumono un carattere meramente formale e le proposte, le osservazioni e le denunce delle Associazioni dei Consumatori vengono difficilmente recepite dall'Autorità stessa.

Altri esempi positivi che è opportuno ricordare sono quelli costituiti dalla Banca d'Italia e dalla Consob, che hanno istituito strumenti di conciliazione e arbitrato molto efficaci e a costi accessibili per i cittadini.

Viceversa, criticità sono state riscontrate relativamente ai canali di ascolto messi in campo dal Garante della Privacy, che risultano essere piuttosto farraginosi e limitati agli adempimenti legislativi.

4.3 Efficacia presente e futura nella collaborazione tra Autorità e Associazioni dei consumatori.

Dalla discussione è emerso che le Autorità stanno progressivamente spostando la loro attenzione verso i consumatori e le Associazioni dei consumatori, avviando iniziative volte a facilitarne l'interazione. A volte, meno efficaci risultano essere le azioni destinate a regolare i mercati. Viene fatto in particolare riferimento alla scarsa incisività delle azioni poste in essere nei confronti delle imprese, diretta conseguenza delle criticità sopra esposte (indipendenza, lentezza e incisività).

Le Autorità più attive, tuttavia, sollecitano le Associazioni dei consumatori ad essere maggiormente proattive nel sostenere e facilitare l'operato delle Autorità stesse; le Associazioni a loro volta richiedono da parte delle Autorità maggior attenzione, incisività ed efficacia.

“Percepisco nel rapporto tra Associazioni e Autorità diverse aspettative, da parte di queste ultime: per esempio, in alcune audizioni ci sono state sollecitazioni da parte dell’Autorità dell’Energia elettrica e il Gas verso le Associazioni al fine di far sentire il loro punto di vista.”

Relativamente all’efficacia delle Associazioni e la loro capacità di incidere rispetto alle Authority, si rileva come esse svolgano un ruolo istituzionale importante e sostanziale per sostenere il miglioramento del sistema stesso. Ma, si può considerare adeguato l’impatto che le Associazioni hanno sull’azione delle Autorità?

Per valutare ciò è necessario approfondire due aspetti essenziali:

1. la competenza specialistica delle Associazioni dei consumatori su tematiche specifiche;
2. l’incisività delle Associazioni.

La prima richiede un impegno da parte delle Autorità nel disporre di strumenti di formazione/ informazione rivolti alle Associazioni dei consumatori e ai consumatori stessi.

È opinione condivisa, infatti, che molti aspetti regolati dalle Autorità siano caratterizzati da contenuti altamente specialistici, i quali spesso rappresentano un vero vincolo alla messa in atto di azioni concrete per la tutela dei consumatori.

“È necessario stabilire un rapporto di informazione/formazione con le Associazioni ... sono presenti sul mercato settori così sofisticati che rappresentano una trappola per chiunque.”

Allo stato attuale si rileva che molte iniziative realizzate in questo senso non hanno prodotto gli effetti sperati, in quanto la formazione proposta spesso non è progettata in modo condiviso e non tiene conto degli effettivi fabbisogni formativi.

“In realtà sulla formazione vorrei dire che tanti tentativi sono stati fatti per i diversi settori anche con corsi e-learning ... È indispensabile maggior competenza delle Associazioni ...”

Il secondo aspetto, l’incisività, è legato alla frammentazione delle Associazioni che, se da un lato rispecchia l’eterogeneità e la complessità della società italiana, consentendo una

copertura capillare sul territorio, dall'altra, rischia di ridurre l'incisività dell'azione delle Associazioni stesse a causa della difficoltà di coordinamento delle iniziative poste in essere.

“Il numero delle associazioni non sono uno scandalo se poi ognuna si specializza in un settore. Si deve essere compatti per portare avanti proposte e rivendicazioni. Oggi è difficile trovare una posizione unitaria per portare avanti istanze che la gente si aspetta. Abbiamo una potenzialità che dovremmo metter in campo.”

“La società italiana è complessa e noi rispondiamo con la nostra articolazione. Non sono preoccupato che siamo tanti”

In questo contesto, si inserisce la necessità di potenziare il coordinamento, la sinergia e la compattezza delle diverse Associazioni, al fine di assicurare una maggior tutela.

Per migliorare il coordinamento sarebbe infine opportuno rivedere il sistema dei finanziamenti che attualmente non facilita l'aggregazione.

“Mi aspetto maggiore sinergia tra Autorità e Associazioni per la tutela del singolo consumatore.”

Un ulteriore elemento che può contribuire a ridurre l'incisività delle Associazioni è legato alle risorse economiche disponibile.

“Le Associazioni.... è già un miracolo che esistano per le risorse economiche che ci sono ...”

Infatti, molte iniziative come azioni legali, class action, campagne informative, sportelli sul territorio e altro, risultano essere difficilmente realizzabili a queste condizioni.

5. Conclusioni.

L'esperienza del focus group ha permesso di far emergere alcuni aspetti chiave che caratterizzano il sistema di regolazione dei mercati.

In particolare, dall'indagine è scaturita la rilevanza dell'azione svolta dalle Associazioni dei consumatori, ma anche l'esigenza di individuare nuove modalità per rendere più coordinata e incisiva l'azione messa in campo.

Le Authority, anche se con gradi diversi, si muovono in contesti complessi tanto con riferimento ai player dei settori che sono chiamati a regolare, quanto ai rispettivi meccanismi

di funzionamento e *governance*, finendo per vedere ridotta l'efficacia delle rispettive azioni. In particolare, durante il focus è stata posta l'attenzione su tre temi chiave: l'indipendenza, la lentezza delle azioni messe in campo e l'incisività.

“Serve una riforma delle Authority ... serve che venga ripreso il processo di liberalizzazione ... serve un'azione politica del governo.”

Si rileva che una revisione della normativa potrebbe migliorare il grado di indipendenza del sistema di regolazione rispetto al potere politico e alle imprese.

La revisione dovrebbe anche riguardare il sistema sanzionatorio e quello degli impegni, in modo che gli operatori che mettono in atto comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori siano soggetti a sanzioni superiori agli illeciti profitti conseguiti. Ciò consentirebbe di non vanificare il potere dissuasivo delle sanzioni stesse e di tutelare in modo più efficace i consumatori.

Un sistema sanzionatorio appropriato potrebbe anche favorire una maggiore efficienza, grazie all'afflusso di risorse che dovrebbero però essere messe a disposizione delle Autorità.

Per quanto riguarda l'efficacia del sistema di tutela dei consumatori, i canali di comunicazione realizzati dalle Authority risultano essere adeguati e si stanno accreditando sempre di più, anche se ci si aspetterebbe una maggiore sinergia tra Autorità e Associazioni per la tutela dei consumatori, che devono sempre più assurgere al ruolo di stakeholder privilegiati.

Tuttavia, ciò che potrebbe essere migliorato è la diffusione della conoscenza sul territorio di tali strumenti.

In questo senso, le associazioni dei consumatori potrebbero assumere un ruolo sempre più rilevante per coadiuvare la diffusione degli strumenti stessi.

È necessario che vi sia disponibilità e interesse a sviluppare un rapporto con tutte le Autorità, anche quelle che attualmente appaiono essere meno virtuose e collaborative, attraverso una volontà di intenti coesa e reciproca.

Per concludere, si vuole sottolineare che questa ricerca esplorativa, avviata in via sperimentale, può essere la premessa per predisporre un processo di monitoraggio strutturato, capace di far emergere l'evoluzione del punto di vista delle Associazioni dei consumatori rispetto al sistema di regolazione. Questa esperienza può essere considerata come una interessante piattaforma conoscitiva, per realizzare in futuro indagini estensive sulla

percezione dei consumatori relativamente agli strumenti e alle misure poste in essere per la loro tutela.

Gli Autori

SALVATORE ARENA, Dottorando di ricerca in “Consumatori e mercato” nell’Università “Roma Tre”

PIERFRANCESCO BARTOLOMUCCI, Ricercatore di Diritto privato - Università di Napoli Parthenope

FABIO BASSAN, Professore associato di Diritto internazionale - Università “Roma Tre”

ENRICO GRANATA, Professore a contratto in Diritto bancario – Università “Roma Tre”. Segretario Generale della Federazione delle Banche, delle Assicurazioni e della Finanza.

ROBERTA GUGLIEMMETTI, Dottore di ricerca in Scienze Merceologiche e Assegnista di ricerca nell’Università “Roma Tre”

ALFONSO INGENITO, Dottorando di ricerca in “Consumatori e mercato” nell’Università “Roma Tre”

PAOLO LAZZARA, Professore associato di Diritto amministrativo - Università “Roma Tre”

ELIO LEONETTI, Avvocato in Roma

FRANCESCO LONGOBUCCO, Ricercatore di Diritto privato - Università “Roma Tre”

ANDREA LUBERTI, Consigliere di ruolo della Corte costituzionale e Dottore di ricerca nell’Università “Roma Tre”

FRANCESCO MACIOCE, Professore ordinario di Diritto privato - Università “Roma Tre”

GIOVANNI MATTIA, Professore a contratto in Marketing – Università “Roma Tre”

LUCIA MINERVINI, Dottore di ricerca in “Consumatori e mercato” nell’Università “Roma Tre”

MARY MORAMARCO, Dottore di ricerca in Diritto delle società nell’Università del Salento

MARIA FRANCESCA RENZI, Professore ordinario di Management della Qualità, Teoria e tecnica della qualità, Mercati e certificazione di qualità, Gestione etica d’impresa – Università “Roma Tre”

LILIANA ROSSI CARLEO, Professore ordinario di Diritto privato - Università “Roma Tre”

MARIANNA SCALI, Dottore di ricerca in “Consumatori e mercato” nell’Università “Roma Tre”