



***Consumerism 2012.
Quinto rapporto annuale.***

IN COLLABORAZIONE CON



Consumerism 2012

QUINTO RAPPORTO ANNUALE

Il Rapporto è ormai giunto alla quinta edizione.

La constatazione, nella sua ovvietà, appare significativa. Indica, infatti, che esso si è posto in una giusta direttrice di marcia. Segna un cammino che non pretende di raggiungere una meta, che non può e non deve raggiungere, ma manifesta con certezza il dato che maggiormente lo caratterizza: **porsi come strumento di riflessione e di dialogo attento all'importanza che, in maniera crescente e costante, i poteri e le attività delle diverse Autorità assumono con particolare riferimento al soggetto consumatore.**

Si è prevenuta, in un certo senso, una modalità che è ufficialmente sancita dalle Autorità europee per quanto riguarda **il dialogo sulla base dell'ascolto dei suggerimenti portati dalle Associazioni dei consumatori.**

Pertanto, questa occasione di riflessione e di discussione congiunta impone, in primo luogo, un doveroso ringraziamento alle diverse Autorità che, partecipando istituzionalmente, mostrano sensibilità e consapevolezza dell'**importanza che la cultura dialogica è destinata ad assumere nella soluzione dei problemi che pone la società complessa.**

A tale riguardo, e procedendo rapidamente, già un rapido sguardo di insieme ci consente di cogliere, fin dall'Indice di questo **Rapporto**, una prima e tangibile espressione della **complessità.**

Il problema di un raccordo che rappresenti una condivisibile chiave di lettura della complessità continua a presentarsi con ripetitività preoccupante, come emerge dalla necessità di dar conto, ancora una volta, dell'annosa questione relativa al **frazionamento delle competenze.**

In definitiva la premessa tende solo a porre l'accento sull'aspetto che accomuna i vari contributi e che ne dà la ragion d'essere: **la trasversalità della politica a tutela del consumatore** – che emerge con chiarezza dalla circostanza che essa si pone comunque come punto di riferimento nei diversi settori in cui si articola il mercato – **comporta che in concreto, almeno nell'attuale sistema, essa è destinata a realizzarsi attraverso interventi sia di carattere verticale che di carattere orizzontale.**

La **cultura dialogica** che ha suggerito la nascita di questi incontri induce a rimeditare su una nuo-

va metodologia ad essa ispirata. Tenuto conto della trasversalità e della tutela e delle competenze delle Autorità e in considerazione del loro intersecarsi, sembra opportuno un riferimento teso a rimarcare la **valenza che vanno assumendo i protocolli di intesa** (va menzionato il protocollo tra AGCM e AEEG, firmato il 13 settembre 2012).

Sulla scia di quanto avviene in sede europea, dove – come accennato – le Autorità si coordinano tra loro mediante forme istituzionalizzate, quali i gruppi e i sotto-gruppi trasversali, questa linea di tendenza potrebbe assumere anche sul piano nazionale una rilevanza ben più incisiva qualora, come è stato già detto in un recente intervento, i protocolli bilaterali vengano sostituiti da **accordi multilaterali volti a chiarire, ex ante, i perimetri e le modalità di intervento delle Autorità su tematiche concrete.**

L'accordo rappresenta lo strumento di supporto del quale le Autorità, sulla base della sussidiarietà, possono e devono essere dotate. L'autoregolamento si presenta come lo strumento più efficace a governare la complessità. Il passaggio da un sistema bilaterale a uno multilaterale, come sta avvenendo in Europa, contribuirebbe molto alla semplificazione della complessità, renderebbe più omogeneo l'intervento del legislatore (anche e, forse, principalmente) per la tutela del consumatore e consentirebbe di risolvere sul piano regolamentare e, dunque, preventivo – più che giurisdizionale e, quindi, necessariamente successivo – casi di conflitto che, come dimostrano i recenti interventi del Consiglio di Stato, sono sempre più numerosi.

Il passaggio dalla divisione dei poteri alla condisione delle regole appare auspicabile al fine di raggiungere convergenze operative basate sull'adozione di azioni concordate.

*Estratto dall'Introduzione a cura
della Professoressa Liliana Rossi Carleo*

CONSUMERS' FORUM
e
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE
presentano

CONSUMERISM 2012
QUINTO RAPPORTO ANNUALE
VOLUME I

INDICE

Introduzione (<i>L. Rossi Carleo</i>)	pag. 1
--	---------------

Sezione I

LE AUTORITÀ EUROPEE DI VIGILANZA E LA TUTELA DEI CONSUMATORI

Sistema europeo di vigilanza finanziaria e tutela dei consumatori (<i>F. Bassan</i>)	pag. 9
1. Premessa. Considerazioni generali	
2. Le tre Autorità di Vigilanza e la competenza in materia di tutela dei consumatori	
2.1. EBA (Autorità Bancaria Europea)	
2.2. EIOPA (Autorità Europea per le Assicurazioni e le Pensioni Aziendali e Professionali)	
2.3. ESMA (Autorità Europea degli strumenti finanziari e dei mercati)	
3. Considerazioni finali	

Sezione II

AGENZIE E AUTORITÀ DI NUOVA ISTITUZIONE

La nuova disciplina dei trasporti nel quadro delle liberalizzazioni (<i>F. Macioce</i>)	pag. 21
--	----------------

L'agenzia per l'Italia Digitale (<i>C. Di Sario</i>)	pag. 29
1. Introduzione	
2. L'Agenzia per l'Italia Digitale	
3. L'Agenda Digitale Italiana	
4. Effetti sul mercato e sui cittadini	

L'Istituto per la vigilanza sulle assicurazione private e di interesse collettivo: la redistribuzione delle competenze (<i>A. Luberti</i>)	pag. 34
1. L'IVASS: un esordio con molte incognite	
2. Le assicurazioni collegate a contratti di finanziamento	
3. Le altre misure di liberalizzazione	
4. Gli (ultimi) interventi attuativi dell'Autorità	
5. Postilla di aggiornamento	

Organismi di settore: decentramento dei controlli (<i>M.L. Magno</i>)	pag. 48
1. Introduzione	
2. Le criticità della disciplina previgente sull'intermediazione finanziaria e le novità introdotte	
3. I collaboratori esterni: la disciplina degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi	
4. L'OAM	
5. Gli altri collaboratori esterni e l'APF	
6. Il d. lgs. 19 settembre 2012, n. 169	
7. Conclusioni	

Sezione III
AUTORITÀ INDIPENDENTI ORIZZONTALI E DI SETTORE:
NOVITÀ LEGISLATIVE E PROBLEMI APERTI

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato	pag. 58
La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie (<i>E. Battelli</i>)	
La legittimazione straordinaria ad impugnare gli atti amministrativi in contrasto con le regole della concorrenza (<i>L. Minervini</i>)	
Luci e ombre del <i>rating</i> di legalità delle imprese (<i>E. Bellisario</i>)	
La disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (<i>E. Battelli</i>)	
La (ri)attivazione dei nuovi contratti di filiera (<i>P. Occhiuzzi</i>)	
Il frazionamento delle competenze (<i>A. Lomoro</i>)	
 L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (<i>F. Bassan</i>)	 pag. 124
1. Premessa	
2. Le novità significative del 2012	
3. Le sfide per il prossimo anno	
4. Le nuove competenze: il settore postale	
 L'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il mercato dell'energia	 pag. 130
Il trasferimento delle funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (<i>Elio Leonetti</i>)	
Le forniture non richieste nel settore dell'energia: tra rimedi giudiziali "tradizionali" e nuova regolamentazione e intervento dell'AEEG (<i>F. Longobucco</i>)	
 L'Autorità di vigilanza sui pubblici contratti tra interesse pubblico e concorrenza. Il ruolo dei consumatori (<i>P. Lazzara</i>)	 pag. 153
1. Il quadro istituzionale: il "mercato" degli appalti pubblici nella prospettiva comunitaria sino all'«Atto per il mercato unico» del 2011	
2. Le linee evolutive nell'ordinamento interno e nel diritto UE	
3. Il mercato degli appalti pubblici: dal Rapporto Giannini alla legge n. 287 del 1990	
4. Vigilanza accentrata e tutela diffusa nel diritto degli appalti: le direttive "ricorsi" del 1989 e del 2007	
5. Appalti e concessioni di pubblico servizio. Il ruolo dell'Autorità e dei consumatori	
6. La c.d. apertura del mercato dei contratti e le implicazioni sul piano interpretativo: le recenti innovazioni nel decreto " <i>spending review</i> " (d.l. n. 95 del 2012)	
7. La delicata fase dell'esecuzione, il possibile ruolo dei consumatori	
8. Il regolamento sulla partecipazione ai procedimenti di regolazione	
9. Gli atti di regolazione "interpretativa" dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici: natura giuridica e funzione	
9.1. Alcuni esempi: determinazione sulle procedure di gara per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto, bando-quadro, segnalazione n. 1/2012 sulle "Misure per la riduzione dei costi amministrativi negli appalti pubblici"	
 La Banca d'Italia	 pag. 168
La disciplina della trasparenza bancaria e finanziaria nella nuova regolamentazione della Banca d'Italia (<i>F. Longobucco</i>)	
Il credito alle famiglie consumatrici (<i>E. Granata</i>)	
Il ruolo dell'Arbitro bancario e finanziario nella tutela del consumatore (<i>M. Rabitti</i>)	
Composizione delle crisi da sovraindebitamento e tutela del consumatore: un cantiere ancora aperto (<i>A. Ingenito</i>)	

Responsabilità della Consob e tutela degli investitori (A. Ingenito) pag. 209

1. Consob, investitori e mercato finanziario: introduzione
2. La responsabilità civile della Consob nella elaborazione giurisprudenziale
 - 2.a. Gli sviluppi del quadro normativo fino agli inizi degli anni '90
 - 2.b. La parabola interpretativa dell'art. 2043 c.c.: una norma problematica
3. I presupposti oggettivi dell'art. 2043 c.c.
 - 3.a. In particolare, (l'ingiustizia tra) condotta e danno
 - 3.b. *Segue*: in particolare, l'elemento soggettivo ed il nesso di causalità
4. La responsabilità civile della Consob nel recente quadro normativo

Il Garante per la protezione dei dati personali: problematiche relative

alla tutela del consumatore "interessato" (V. Cuffaro) pag. 234

1. L'attività svolta dal Garante Privacy nel corso del 2011. Orientamenti consolidati e ambiti di più recente incidenza
2. Strumenti giuridici di tutela e prevenzione nel settore delle comunicazioni indesiderate (*ex art. 130 d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196*). Il caso del Registro delle opposizioni e del *telemarketing* effettuato mediante telefonate anonime
3. Le nuove frontiere della *e-privacy* alla luce della più recente normativa comunitaria sulla sicurezza e integrità delle reti di comunicazione elettronica accessibili al pubblico degli utenti. Le nuove modifiche al codice privacy operate dal d. lgs. 28 maggio 2012, n. 69
4. Il ruolo del Garante Privacy ed i nuovi diritti dei consumatori "interessati" alla luce della recente proposta di riforma della normativa comunitaria in materia di protezione dei dati personali [proposte di regolamento 2012/0011 (COD) e direttiva 2012/0010 (COD) del 25 gennaio 2012]

Gli Autori pag. 247

CONSUMERISM 2012

QUINTO RAPPORTO ANNUALE

Introduzione *(Liliana Rossi Carleo)*

Il Rapporto è ormai giunto alla quinta edizione.

La constatazione, nella sua ovvietà, appare significativa. Indica, infatti, che esso si è posto in una giusta direttrice di marcia. Segna un cammino che non pretende di raggiungere una meta, che non può e non deve raggiungere, ma manifesta con certezza il dato che maggiormente lo caratterizza: **porsi come strumento di riflessione e di dialogo attento all'importanza che, in maniera crescente e costante, i poteri e le attività delle diverse Autorità assumono con particolare riferimento al soggetto consumatore.**

Si è prevenuta, in un certo senso, una modalità che è ufficialmente sancita dalle Autorità europee per quanto riguarda il dialogo sulla base dell'ascolto dei suggerimenti portati dalle Associazioni dei consumatori. Ricordiamo, a titolo di esempio l'evento annuale "Tavola rotonda sulla tutela dei consumatori" in cui il comitato (SCFI) dell'EBA illustra le proprie strategie e acquisisce informazioni e suggerimenti dalle associazioni dei consumatori.

Pertanto, questa occasione di riflessione e di discussione congiunta impone, in primo luogo, un doveroso ringraziamento alle diverse Autorità che, partecipando istituzionalmente, mostrano sensibilità e consapevolezza dell'**importanza che la cultura dialogica è destinata ad assumere nella soluzione dei problemi che pone la società complessa.**

A tale riguardo, e procedendo rapidamente, già un rapido sguardo di insieme ci consente di cogliere, fin dall'Indice di questo Rapporto, una prima e tangibile espressione della complessità.

Essa traspare dall'aggregarsi e disgregarsi del quadro di riferimento, determinato dalla **presenza di nuove Autorità, dalla nascita di Agenzie** e, nel contempo, dalla nuova architettura dei controlli che si va a realizzare attraverso gli organismi di settore. A questi rilevanti aspetti, che costituiscono la novità più evidente del Rapporto 2012, sono dedicate due Sezioni, nelle quali – dispiace dover notare – si trova tuttora inserita l'**Autorità dei Trasporti** che, come è detto nelle notazioni che la riguardano, appare al momento «tanto invocata, ma ad un tempo anche osteggiata».

Un'attenzione particolare va attribuita alla nascita delle Autorità europee, ma, ancor più, alle modalità operative che contraddistinguono l'attività che riguarda gli aspetti di maggiore rilevanza per i consumatori.

Sul piano sistematico, le nuove Autorità europee costituiscono il completamento di un processo che, iniziato nei primi anni Novanta con la costituzione delle Autorità indipendenti negli Stati membri, e proseguito negli anni zero con il collegamento delle autorità 'in rete', porta di fatto alla creazione di un'amministrazione parallela. Ora, infatti, **Autorità europee e nazionali indipendenti** ciascuna dal governo – dell'Unione e nazionale – si coordinano tra loro e sono soggette a un sindacato del giudice nazionale 'debolissimo'.

Su un piano applicativo, infine, le tre Autorità europee competenti nelle materie finanziarie segnano una novità per il meccanismo di coordinamento rappresentato dai 'comitati congiunti', trasversali, e che in alcune materie (tra cui, espressamente, la tutela dei consumatori) consentiranno una gestione omogenea di temi contigui.

Per quanto riguarda la situazione italiana, occorre considerare in premessa la singolarità di una opzione che ha portato alla **costituzione di un'Agenzia – e non un'Autorità indipendente – per la gestione dell'agenda digitale**: ciò, difatti, costituisce un dato in controtendenza che, se pur giustificato dalla necessità di un forte indirizzo governativo su una materia soggetta a scelte importanti di politica industriale, rischia di creare una forte discontinuità con l'evoluzione in corso.

L'Agenzia, si auspica, potrà avere notevoli ricadute sul piano applicativo posto che, come avremo modo di ribadire, l'innovazione tecnologica – seppure non certo come politica, ma come strumento – si pone, al pari della politica a tutela del consumatore, in maniera completamente orizzontale e trasversale. Si determina, pertanto, un'intima connessione fra politiche a tutela del consumatore e nuove tecnologie. Un semplice richiamo potrà costituire oggetto di future discussioni e meditazioni: appare in questa sede sufficiente rammentare che la recente politica europea dei consumatori in molti dei *considerando* che accompagnano i più recenti interventi, fin da quello che ha portato a introdurre un'apposita disciplina orizzontale con riguardo alle pratiche commerciali sleali/scorrette, fa riferimento alla necessità di incrementare l'e-commerce con l'obiettivo di dare impulso al mercato unico proprio avvalendosi delle nuove tecnologie.

A questo proposito giova segnalare che le associazioni dei consumatori hanno sollecitato il recepimento in anticipo rispetto alla scadenza della direttiva n. 2011/83/UE del Parlamento e del Consiglio e, con piacere, va dato atto che l'attenzione sul punto è stata richiamata dall'AGCM: difatti, in occasione della segnalazione al Parlamento per la legge annuale sulla concorrenza, l'Autorità ha puntualizzato che «una rapida trasposizione della citata direttiva, in anticipo rispetto alla scadenza del 13 dicembre 2013, oltre a rappresentare un esempio concreto e virtuoso di osservanza degli impegni connessi alla nostra appartenenza all'Unione europea, consentirebbe di accelerare il processo di adattamento interno alle nuove regole e di recuperare più velocemente il deficit di fiducia che contribuisce in maniera non secondaria all'attuale processo di contrazione e di differimento dei consumi».

Ne discende in maniera assai chiara che l'impulso determinato dal ricorso alle tecnologie nella complessiva organizzazione in cui l'esistenza di ciascuno si svolge e, nel contempo, in ogni frammento di vita del singolo, impone non solo interventi continui e coerenti, ma anche un attento monitoraggio: ai nostri fini l'interesse può incentrarsi sulla ricerca di nuove modalità operative delle regole, tali da consentire che venga assicurata e garantita la «**fiducia del consumatore**». Sufficiente appare un esempio concreto: dai lavori del CESL traspare evidente che l'opportunità di incentivare i contratti *on-line* nascerebbe, per così dire, dimezzata qualora non fossero incentivate, nel contempo, modalità di soluzione alternativa delle controversie, che dovrebbero privilegiare (ovviamente in primo luogo, anche se non solo) modalità *on-line*. Si auspica, quindi, che anche questi compiti entrino concretamente a far parte dell'agenda digitale.

Sovrintendere ad alcuni aspetti dell'applicazione dell'Agenda Digitale spetta non solo all'Agenzia di nuova costituzione ma anche all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCom), il cui ruolo diventa ora determinante sia nello sviluppo delle infrastrutture, fisse e mobili, sia nella regolazione (e protezione adeguata: si pensi al diritto d'autore) di un mercato dei contenuti digitali – su tutte le piattaforme – sia infine nella ridefinizione della funzione e del perimetro del servizio pubblico e del servizio universale, che grazie alle nuove tecnologie assumono

potenzialità nuove. All'AGCom sono peraltro ora attribuite anche le competenze in materia postale; sarà interessante vedere come l'AGCom gestirà questa 'complessità interna', considerato che poteri dell'Autorità e rapporti con l'esecutivo sono diversi nel settore postale e nelle comunicazioni elettroniche. Anche in questo caso, si dovranno evitare, nella fase fisiologica (regolazione) e in quella patologica (contenzioso) i rischi di geometrie variabili.

Ancora sul piano sistematico, in un'ottica di riagggregazione, può essere letto l'esordio, definito con molte incognite, dell'Ivass. Esso sembra collocarsi in una prospettiva di riaccorpamento, nel condivisibile intento di porre limiti alla eccessiva proliferazione di Autorità; questa intenzione, tuttavia, mentre in alcuni casi ha indotto a privilegiare l'inserimento di taluni settori in settori connessi (Poste, settore idrico), per quanto riguarda le assicurazioni ha operato chirurgicamente, creando una sorta di ente strumentale che ha una forte interrelazione con Banca d'Italia.

In una più specifica ottica di decentramento vanno, invece, inseriti i nuovi Organismi ai quali si fa un rapido, ma ripetuto, cenno nel Rapporto, tenuto conto che, come è stato evidenziato, «l'ampio disegno riformatore di cui al d. lgs. n. 141/2010 finalizzato in ultima analisi ad una modernizzazione del quadro disciplinare in materia di concessione, di accesso e di distribuzione del credito è tuttora in fase di completamento».

Fra i nuovi Organismi piace menzionare la presenza al nostro tavolo dell'**Organismo per la tenuta dell'Albo dei promotori finanziari** con il quale ha inizio un dialogo destinato a estendersi ad altri. Questa apertura trova una sua peculiare ragione nella competenza dell'organismo a verificare la "qualità" dei comportamenti dei promotori nei confronti dei risparmiatori. La "qualità" ha, invero, una ricaduta effettiva e concreta su uno dei profili che in maniera più problematica, e direi talvolta drammatica, hanno segnato negli ultimi tempi l'agire del soggetto in una delle più rilevanti espressioni del suo essere consumatore. La *ratio*, pertanto, è, ancora una volta, quella di tener conto di tutte le modalità idonee a superare ostacoli che possano minare in radice la fiducia del consumatore. Fiducia che, appare ovvio, non può affatto significare un cieco affidarsi, presupponendo, al contrario, il riferimento a un consumatore consapevole.

A questo riguardo una breve parentesi sia consentito aprirla. La parentesi obbliga a porci un interrogativo: posto che le **nuove Autorità europee attribuiscono al profilo della alfabetizzazione finanziaria un ruolo assai importante**, dobbiamo limitarci ad attendere che esse ci inducano a una effettiva e concreta operatività a tale riguardo? Possiamo auspicare che l'educazione del consumatore, che tuttora fatica a decollare, trovi uno spazio ad essa dedicato nella modernizzazione e riorganizzazione nell'aggregarsi e disgregarsi e nel continuo sovrapporsi di competenze?

Tenuto conto della crescente rilevanza che viene attribuita al fattore fiducia, **il Rapporto ha ritenuto utile soffermarsi a rileggere in chiave storica e prospettica la responsabilità della Consob nei confronti dei risparmiatori e degli investitori**, in un'ottica attenta al difficile bilanciamento tra principi applicabili alla molteplicità delle fattispecie concrete, posto che il recente scenario normativo sembra tuttora rimettere all'attività interpretativa «la questione relativa al giusto equilibrio tra tutela degli investitori e interesse generale dei mercati finanziari».

Le aperture, cui abbiamo fatto cenno, si pongono anche in linea con la **crescente generalizzazione degli obiettivi perseguiti dall'Unione europea**, che già nel programma relativo al periodo 2007/2013, adottato con la decisione n. 1926 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2006, poneva l'ambizioso **compito di realizzare un «mercato dei consumatori» tale da costituire un modello «da esportare nel resto del mondo»**.

In questa prospettiva va ricordato che l'evoluzione dei diritti del consumatore impone, come è noto, di registrare varie fasi e che il succedersi degli interventi comunitari si caratterizza per un progressivo e costante ampliamento degli obiettivi. Appare, difatti, palese che gli obiettivi sono mutati con il tempo, allargando sempre di più l'ambito di applicazione della tutela del consumatore: essa, da individuale e successiva, è divenuta generale e preventiva e, di conseguenza, le regole del mercato entrano a pieno titolo nella disciplina consumeristica.

Si trae da ciò una delle ragioni di fondo che hanno indotto a instaurare un **proficuo dialogo con l'AVPC**, a tacer d'altro perché, come è stato detto, «se il settore lamenta scarsa trasparenza, opacità e frequenza delle vicende collusive», ecco allora che le associazioni dei consumatori possono e devono rappresentare un privilegiato «*stakeholder* il quale non può che contribuire alla soluzione di questi problemi».

L'attenzione al mercato traspare anche qualora, in estrema sintesi, si focalizzi l'attenzione su di un aspetto significativo: il passaggio dal profilo statico dell'atto di consumo al profilo dinamico dell'attività e del mercato. Il contratto stesso, in questa nuova prospettiva, viene considerato come strumento di regolazione del mercato, il che implica un raccordo fra l'autonomia e il controllo inteso, appunto, come funzione posta a garanzia di un corretto esplicarsi dell'autonomia e dell'agire dei privati nel mercato.

In questa direzione sembra debbano leggersi le **nuove competenze e funzioni attribuite all'Autorità garante della concorrenza e del mercato**: l'esempio più significativo, fra i molti considerati nel Rapporto, si rinviene nei poteri che discendono dal dettato del nuovo art. 37-*bis* cod. cons.; tuttavia, in una prospettiva attenta alla valorizzazione che il legislatore ha inteso attribuire a una pluralità di strumenti che, come è stato osservato «operano su diversi piani ma sono accomunati dal perseguimento dell'interesse generale della tutela della concorrenza e del mercato», si è ritenuto necessario tener conto anche e non solo del **rating di legalità delle imprese** – che, almeno in via teorica, appare uno strumento di forte potenzialità, sebbene al momento del tutto inesplorato – ma altresì della legittimazione straordinaria ad impugnare gli atti amministrativi in contrasto con le regole della concorrenza e, infine, dell'integrazione verticale nonché dei contratti attraverso i quali si realizza, e che non possono essere ignorati, non fosse altro in considerazione delle ricadute che sono destinati ad avere sull'anello finale della catena.

Il quadro di quest'anno consente tuttavia di cogliere più interrogativi che certezze: ciò in ragione di equilibri precari che sembrano contrassegnare le politiche a tutela del consumatore, anch'esse, peraltro, segnate dalla crisi (come si rileva non solo dall'analisi dei dati forniti da Banca D'Italia per quanto riguarda **il credito alle famiglie consumatrici**, ma altresì dalla sofferta introduzione di un procedimento dedicato alla composizione delle **crisi da sovraindebitamento**, in linea con gli ordinamenti degli altri Paesi dell'Unione europea).

Le incertezze che comunque intendiamo segnalare in premessa vanno colte ancora più a monte. Esse vanno collocate in una visione di sistema che deve tener conto dell'emergere di nuovi soggetti, e quindi di nuovi interlocutori, in ragione della progressiva emersione delle specificità, funzionalmente collegate alle peculiarità dei diversi settori. Questo *trend*, che appare inarrestabile, da una parte comporta una frammentarietà, dall'altra determina la necessità di operare una riduzione delle distanze ricercando un'armonia delle differenze in modo da realizzare obiettivi unitari.

Il problema di un raccordo che rappresenti una condivisibile chiave di lettura della complessità continua a presentarsi con ripetitività preoccupante, come emerge dalla necessità di dar conto, ancora una volta, dell'annosa questione relativa al frazionamento delle competenze. Nel Rapporto di quest'anno un ulteriore esempio tangibile delle gravi incertezze si coglie, fra i molti,

nella **difficoltà di individuare l'Autorità deputata in concreto ad irrorare sanzioni nell'ipotesi del contratto di assicurazione collegato al mutuo.**

Da una diversa angolazione, una conferma delle incertezze che ad ogni livello comporta la frammentazione, come caratteristica che contraddistingue l'attuale contesto sotto molteplici aspetti, può trarsi, fra le tante, da quanto emerge nel Rapporto dando atto della proposta di riforma della normativa comunitaria in materia di protezione dei dati personali: si osserva, difatti, che «sullo sfondo della proposta di riforma comunitaria (...) è possibile individuare una chiara aspirazione della Commissione europea, volta a favorire un clima di maggiore fiducia nel mercato digitale europeo attraverso il superamento della frammentazione giuridica tra i singoli ordinamenti nazionali».

A ben vedere dunque:

a) da una parte la complessità, coniugata all'avvento della tecno-economia che la esalta, determina il frantumarsi non solo delle normative ma, ancor prima e ancor più, delle logiche e delle tecniche tradizionali, rendendo tangibile il superamento di un'unità che possa essere intesa come totalità (e in questo quadro vanno a inserirsi le importanti Autorità di settore);

b) dall'altra, si affaccia l'esigenza di ricondurre a sistema le diverse parti che compongono un tutto che, seppure non più unitario – nel senso della riduzione ad unità del molteplice, come nella tradizione della prima metà del secolo scorso –, deve comunque portare alla ricomposizione di micro-sistemi che non possono essere considerati impermeabili, ma che devono comunicare.

Queste osservazioni scaturiscono dalla lettura dei molti interventi del Rapporto, che si muovono in questa logica di fondo. Essi muovono, difatti, dalla comune ambizione di promuovere un dibattito che, evidenziando novità e difficoltà, prenda atto dei cambiamenti e cerchi di ritrovare la intrinseca razionalità di un insieme frazionato e frastagliato.

Gli interventi, dunque, non possono che evidenziare i problemi della complessità che si riverberano – fra l'altro e con maggiore evidenza – nel (tentativo di) frazionamento delle competenze, tentativo che comunque non può prescindere dalle intersezioni che necessariamente si determinano tra discipline verticali di settore e discipline orizzontali comuni a tutti i settori. Del resto, è la stessa geografia delle competenze che fanno capo alle Autorità ad imporre di prendere atto che occorrono strumenti idonei a offrire risposte nelle molte ipotesi di intersecazione, ampliate dal loro diverso modo di essere, che vede concorrere Autorità di settore e Autorità orizzontali.

Invero, il problema non è nuovo ed è oggetto di attenzione anche da parte del legislatore europeo. A testimoniare la diffusa e comune esigenza, tesa a ricercare modalità di ricomposizione sistematica, appare sufficiente riportare il *considerando* n. 5 della direttiva n. 2009/140/CE, ove si attesta che la finalità di una ricomposizione può anche passare attraverso la strumentalità di discipline settoriali, tanto che scopo dichiarato della direttiva, che tiene conto delle nuove tecnologie, è «*ridurre progressivamente le regole settoriali ex ante specifiche (...) per arrivare a un settore delle comunicazioni elettroniche disciplinate esclusivamente dal mercato della concorrenza*».

Possiamo trarre da ciò un altro monito, per così dire “orizzontale”: la complessità trova un ulteriore elemento di difficoltà nell'impatto veloce e travolgente delle nuove tecnologie che attraversano i diversi settori senza che si abbia, talvolta, il tempo di innestarle correttamente nelle diverse specificità.

La complessità consente anche un approccio meno sensibile alla ripartizione e più propenso al concorso, come può accadere per i rimedi che, in un'ottica funzionale, possono aggiungersi agli strumenti tradizionali e porsi tra loro in concorrenza: un'emblematica conferma si coglie dall'esame

dei rimedi offerti per le forniture non richieste nel settore dell'energia, il cui impatto sul fronte consumatori si rivela sempre maggiore.

In definitiva la premessa tende solo a porre l'accento sull'aspetto che accomuna i vari contributi e che ne dà la ragion d'essere: **la trasversalità della politica a tutela del consumatore** – che emerge con chiarezza dalla circostanza che essa si pone comunque come punto di riferimento nei diversi settori in cui si articola il mercato – **comporta che in concreto, almeno nell'attuale sistema, essa è destinata a realizzarsi attraverso interventi sia di carattere verticale che di carattere orizzontale.**

Sebbene il moltiplicarsi degli interventi incida essenzialmente (se non esclusivamente) sull'offerta, prevedendo regole di correttezza, di trasparenza, di informazione, e lasci tuttora nell'ombra la domanda, posto che regole attente a incidere sulla consapevolezza attraverso l'educazione sono del tutto carenti, va tuttavia evidenziato che le competenze rispetto alle funzioni di regolazione e di controllo dell'offerta non si svolgono in un perimetro chiaramente delimitato, il che determina antinomie di difficile soluzione.

Non è certo questa la sede adatta a discutere sui nuovi criteri che devono presiedere alla soluzione di tali antinomie, posta la difficoltà di far ricorso, in un contesto profondamente mutato, ai criteri tradizionali della generalità e della specialità. Pur non avendo questa ambizione, ci sembra tuttavia opportuno “lanciare” quella che potremmo definire una suggestione attenta ai cambiamenti.

La cultura dialogica che ha suggerito la nascita di questi incontri induce a rimeditare su una nuova metodologia ad essa ispirata. Tenuto conto della trasversalità e della tutela e delle competenze delle Autorità e in considerazione del loro intersecarsi, sembra opportuno un riferimento teso a rimarcare la **valenza che vanno assumendo i protocolli di intesa** (va menzionato il protocollo tra AGCM e AEEG, firmato il 13 settembre 2012).

Sulla scia di quanto avviene in sede europea, dove – come accennato – le Autorità si coordinano tra loro mediante forme istituzionalizzate, quali i gruppi e i sotto-gruppi trasversali, questa linea di tendenza potrebbe assumere anche sul piano nazionale una rilevanza ben più incisiva qualora, come è stato già detto in un recente intervento, i protocolli bilaterali vengano sostituiti da **accordi multilaterali volti a chiarire, ex ante, i perimetri e le modalità di intervento delle Autorità su tematiche concrete.**

Un esempio concreto: forse già al momento tavoli congiunti con la presenza di gruppi e sotto-gruppi trasversali, qualora ne venga correttamente autoregolamentato un meccanismo di funzionamento, potrebbero dare una risposta soddisfacente alla **discussa questione del Registro dei morosi del servizio elettrico che coinvolge, al pari della CRIF, anche la privacy**; ciò al fine di evitare problemi sulla legittimità di un'iscrizione sia sul piano formale che su quello sostanziale. Il clamore che l'argomento ha suscitato ha indotto a non considerarlo nel Rapporto, proprio e principalmente nella consapevolezza che una decisione al riguardo meriterebbe un coordinamento di ben ampio respiro.

L'accordo rappresenta lo strumento di supporto del quale le Autorità, sulla base della sussidiarietà, possono e devono essere dotate. L'autoregolamento si presenta come lo strumento più efficace a governare la complessità. Il passaggio da un sistema bilaterale a uno multilaterale, come sta avvenendo in Europa, contribuirebbe molto alla semplificazione della complessità, renderebbe più omogeneo l'intervento del legislatore (anche e, forse, principalmente) per la tutela del consumatore e consentirebbe di risolvere sul piano regolamentare e, dunque, preventivo – più che giurisdizionale e, quindi, necessariamente successivo – casi di conflitto che, come dimostrano i recenti interventi del Consiglio di Stato, sono sempre più numerosi.

Il passaggio dalla divisione dei poteri alla condivisione delle regole appare auspicabile al fine di raggiungere convergenze operative basate sull'adozione di azioni concordate.

Sezione I
LE AUTORITÀ EUROPEE DI VIGILANZA
E LA TUTELA DEI CONSUMATORI

Sistema europeo di vigilanza finanziaria e tutela dei consumatori (Fabio Bassan)

Nel 2011 sono diventate operative tre Autorità europee che operano nei settori finanziari: EBA, EIOPA, ESMA. In questo breve intervento da un lato si contestualizza la creazione delle Autorità nell'evoluzione recente dell'ordinamento dell'Unione, e dall'altro si individuano nel dettaglio funzioni e poteri ad esse attribuiti in materia di tutela dei consumatori. In particolare, il coordinamento (anche per la tutela dei consumatori), che trova base giuridica nei regolamenti delle Autorità ed è quindi istituzionalizzato, muove ulteriormente la frontiera della tutela, garantita sempre più ormai nell'Unione e negli Stati membri da un'amministrazione parallela, soggetta a un sindacato non debole ma flebile, quando non inesistente.

SOMMARIO: 1. Premessa. Considerazioni generali. – 2. Le tre Autorità di Vigilanza e la competenza in materia di tutela dei consumatori. – 2.1. EBA (Autorità Bancaria Europea). – 2.2. EIOPA (Autorità Europea per le Assicurazioni e le Pensioni Aziendali e Professionali). – 2.3. ESMA (Autorità Europea degli strumenti finanziari e dei mercati). 3. Considerazioni finali.

1. Premessa. Considerazioni generali

Le tre Autorità europee di recente costituzione (EBA, EIOPA e ESMA, denominate anche congiuntamente 'ESAs'- *European Supervisory Authorities*) fanno parte del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF). Lo scopo principale del SEVIF è garantire che le norme applicabili al settore finanziario siano attuate in modo adeguato per preservare la stabilità finanziaria, creare fiducia nell'intero sistema finanziario e assicurare una sufficiente protezione ai consumatori di servizi finanziari.

Il SEVIF comprende: il Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS); l'Autorità Bancaria Europea (EBA), istituita con regolamento (UE) n. 1093/2010; l'Autorità Europea delle Assicurazioni e delle Pensioni Aziendali e Professionali (EIOPA), istituita con regolamento (UE) n. 1094/2010; l'Autorità Europea degli Strumenti Finanziari e dei Mercati (ESMA), istituita con regolamento (UE) n. 1095/2010; il comitato congiunto delle autorità europee di vigilanza per lo svolgimento dei compiti specificati agli articoli da 54 a 57 di tre regolamenti di cui sopra; le autorità di vigilanza degli Stati membri.

Con questo contributo s'intende fornire una prima rassegna dei compiti delle tre autorità di nuova istituzione in materia di tutela del consumatore e individuarne potenzialità, rischi, e prime applicazioni. In via preliminare però, qualche sintetica considerazione generale s'impone.

In primo luogo: siamo di fronte ad 'autorità', non 'agenzie' europee. Si chiude in questo modo il cerchio che porta alla disintermediazione negli stati membri ma anche nell'Unione del potere normativo (di secondo livello), esecutivo (controllo) e – negli stati membri - giudiziario. Come ci si è arrivati è noto. Sono state prima introdotte negli stati membri, con direttive dell'Unione, autorità indipendenti (metà anni '90); sono state poi coordinate le autorità indipendenti nazionali, tra loro e con la Commissione europea e sono state create agenzie europee (anni '00);

vengono infine ora create vere e proprie autorità europee di settore, con il compito di regolare i settori e vigilare sull'applicazione conforme negli stati membri ad opera delle autorità indipendenti nazionali. Questo implica una serie di conseguenze sul piano normativo (di secondo livello: regolamentare) dell'Unione e degli Stati, sul piano esecutivo (di coordinamento e controllo) e sul piano giudiziario (negli ordinamenti nazionali). Sul piano normativo: la disciplina di settore viene definita dalle autorità europee mediante norme di secondo livello in virtù di una delega conferita con i regolamenti istitutivi. Sul piano esecutivo: il controllo dell'esecuzione in ambito nazionale si trasforma in modo inesorabile (lo si vede già in altri settori) da un livello di massima armonizzazione a uno gerarchico, di fatto. Sul piano giudiziario: il controllo di legalità si sposta sul diritto dell'Unione, per l'azione delle autorità europee, e perché nell'esecuzione ad opera delle autorità nazionali il sindacato del giudice nazionale non è più debole, ma decisamente flebile, inesistente in alcuni casi (quando l'esecuzione è obbligata nella forma e nei modi). E' in questo contesto e questa evoluzione che va inserita la costituzione delle autorità europee di vigilanza finanziaria.

In secondo luogo: legalità sostanziale, più che legittimità formale, sono i parametri dell'ordinamento dell'Unione per due ragioni principali, sul piano sistematico. Perché l'Unione, come le comunità che l'hanno preceduta, ha una vocazione funzionale d'origine, e conseguenti norme di completamento nei Trattati (dai poteri impliciti, deroga al principio d'attribuzione, alla cooperazione rafforzata, alle norme 'passerella') per il raggiungimento di fini in assenza di una competenza attribuita. E perché la separazione dei poteri, che il principio di legalità è diretto a garantire, non costituisce un fondamento dell'ordinamento dell'Unione, in cui il legislativo e l'esecutivo non sono non solo separati, ma neanche divisi. Un esempio tra i tanti degli effetti che tale diversa impostazione d'origine produce, è il rapporto tra EBA e BCE, in cui la seconda svolge oggi funzioni inizialmente attribuite alla prima. Legalità sostanziale, appunto.

In terzo luogo: le norme istitutive delle tre autorità prevedono forme di coordinamento istituzionalizzato nella trattazione di temi comuni, tra cui la tutela dei consumatori. Le autorità indipendenti nazionali si coordinano da sempre, con protocolli specifici. In questo caso però siamo di fronte al primo caso in cui il coordinamento: (1) è realizzato da autorità europee; (2) trova una base giuridica in una norma (i regolamenti) e (3) è non bilaterale, ma multilaterale. Certo, in materie contigue; però l'evoluzione non può essere ignorata, stante anche quanto precisato nei punti precedenti.

Fatte queste sintetiche osservazioni di contesto, possiamo a esaminare le tre autorità di recente costituzione e le loro competenze in materia di tutela del consumatore, che in alcuni casi sono già state esercitate.

2. Le tre Autorità di Vigilanza e la competenza in materia di tutela dei consumatori

2.1. EBA (Autorità Bancaria Europea)

L'Autorità Bancaria Europea (*European Banking Authority* - EBA), costituita con il regolamento UE 1093/2010 è operativa dal 1° gennaio 2011. Le competenze dell'EBA sono ampie: da un lato sostituisce il comitato delle autorità europee di vigilanza bancaria (CEBS), dall'altro tutela gli investitori, garantisce la stabilità del sistema finanziario (da cui, ad esempio, gli obblighi relativi al *core tier* delle banche), la trasparenza dei mercati e dei prodotti finanziari, e contrasta l'arbitraggio regolamentare, anche rafforzando il coordinamento internazionale di vigilanza. Fornisce inoltre consulenza alle istituzioni UE in materia di banche, pagamenti e moneta elettronica, nonché su questioni relative alla corporate *governance*, e alla revisione contabile e finanziaria.

L'Autorità è composta da: 1) un consiglio delle autorità di vigilanza; 2) un consiglio di amministrazione; 3) un presidente; 4) un direttore esecutivo; 5) una commissione per i ricorsi. Al suo interno l'EBA si organizza in divisioni. Una di queste è dedicata alla tutela del consumatore.

L'EBA e la tutela del consumatore

Nel 2011 la divisione consumatori dell'EBA si è concentrata sui mutui e sui prestiti in aree quali: il ruolo degli intermediari del credito, la trasparenza e la chiarezza delle informazioni pre-contrattuali fornite ai consumatori, l'analisi del merito creditizio, e ha avviato i lavori per definire, in relazione alle abitazioni residenziali, standard tecnici per le assicurazioni dei rischi professionali degli intermediari del credito. L'EBA ha poi individuato prodotti innovativi potenzialmente pericolosi, che meritano un approfondimento anche ai fini della tutela del consumatore; tra questi, vi sono gli ETF (*Exchange traded funds*: fondi comuni di investimento caratterizzati da una gestione passiva e che replicano l'andamento di determinati indici scelti a priori), i CFDs (*contracts for difference*, strumenti finanziari il cui valore dipende dal valore medio di altri prodotti nel periodo che va dall'apertura alla chiusura dell'operazione) e altri prodotti strutturati analoghi il cui valore non può essere facilmente predeterminato.

Nel 2012 l'EBA ha avviato in concreto l'attività per la tutela dei consumatori, tramite una divisione specifica i cui obiettivi sono la promozione della trasparenza, semplificazione e correttezza nel mercato dei prodotti finanziari per i consumatori. L'attività della divisione consumatori sarà principalmente quella di raccogliere e analizzare le tendenze, coordinare il processo di promozione della tutela dei consumatori sia tra le autorità nazionali sia nel mondo del lavoro, monitorare le attività finanziarie esistenti e future fornendo linee-guida e raccomandazioni

per promuovere la sicurezza dei mercati e la convergenza delle pratiche regolatorie. L'EBA dovrà infine sviluppare metodologie comuni per valutare gli effetti dei prodotti finanziari e dei loro processi distributivi in relazione ai consumatori (art. 8(2)(i), regolamento EBA).

Il comitato congiunto delle tre autorità

L'articolo 9 dei regolamenti istitutivi delle tre autorità di vigilanza europee – *European Supervisory Authorities* ESA (regolamenti 1093, 1094 e 1095/2010) - prevede la creazione di un comitato congiunto (*Standing Committee on Financial Innovation* - SCFI), a sua volta suddiviso in due sotto-comitati, uno per l'innovazione finanziaria e uno per la tutela dei consumatori (*SubGroup Consumer Protection* - SGCP). Quest'ultimo (SGCP) si occupa dei servizi bancari e finanziari al dettaglio, con un'attenzione particolare ai prodotti innovativi. In proposito, il SGCP solleva questioni presso l'EBA, propone standard tecnici o linee-guida su temi specifici, studia i rischi potenziali dei nuovi prodotti che vengono immessi sul mercato.

La competenza di ciascun comitato SCFI, non bene definita nei regolamenti costitutivi, è da ricondurre a quella delle autorità nel cui ambito ciascun comitato opera; per il comitato dell'EBA dunque, il rischio collegato a istituzioni finanziarie, fondi d'investimento, strumenti di pagamento.

Per evitare sovrapposizioni, i SCFI delle tre ESA si coordinano tra loro, all'interno di un comitato congiunto (art. 57, regolamenti istitutivi di EBA, EIOPA e ESMA). Il mandato di questo comitato (definito nel marzo 2012) è rafforzare la tutela dei consumatori aiutando le tre autorità ad esercitare l'attività loro conferita dall'articolo 9 dei tre regolamenti istitutivi, relativo appunto alla tutela dei consumatori. Il comitato congiunto si è riunito per la prima volta nel maggio 2012.

IL SCFI dell'EBA è stato costituito nel maggio 2011 e nel febbraio 2012 ha pubblicato un primo rapporto annuale in materia di innovazione finanziaria e tutela dei consumatori. Nel rapporto annuale il Comitato ha adottato raccomandazioni indirizzate all'EBA, alle autorità nazionali e alla Commissione europea. Il primo rapporto è un documento programmatico, in cui il Comitato ha illustrato l'attività di raccolta delle informazioni, relative, ad esempio, ai codici di condotta comunemente utilizzati dalle imprese europee di settore e ha individuato settori chiave su cui concentrare l'analisi per una maggiore tutela dei consumatori. In particolare, sui mutui e altre forme di indebitamento il comitato ha individuato come rilevanti e critici i temi della trasparenza (anche nella consulenza), dell'intermediazione del credito, delle carte di credito, dell'alfabetizzazione finanziaria, nonché il sistema dei rimedi. L'analisi di questi temi dovrebbe condurre l'EBA a elaborare linee guida o raccomandazioni specifiche.

L'attività dell'SGCP dell'EBA in materia di tutela dei consumatori

Per il 2012, l'attività del SGCP (il sotto-gruppo sulla tutela dei consumatori) si è concentrata sui seguenti temi:

- **indebitamento e credito responsabile:** il livello di indebitamento insostenibile costituisce uno dei fattori scatenanti l'attuale crisi, e rappresenta uno dei punti di maggiore criticità. Su questo tema, i profili principali sono individuati: nel ruolo degli intermediari del credito; nella valutazione dell'efficacia della direttiva sul credito al consumo (n. 2008/48/CE) e in particolare dell'assenza nella direttiva di un livello di dettaglio adeguato in merito all'informazione che dovrebbe essere fornita al consumatore prima della stipulazione dei contratti. In particolare, le informazioni di base dovrebbero riguardare le caratteristiche fondamentali del credito e, nei casi in cui il credito sia garantito da un'ipoteca, un'avvertenza relativa alle conseguenze a carico del consumatore in caso di non osservanza degli impegni che assume con il contratto.

Altri campi di indagine sono l'educazione del consumatore verso una 'accensione responsabile dei mutui' e una migliore gestione della propria capacità finanziaria futura; i tassi di interesse, specie quando collegati agli interessi della banca centrale o di altri indici; i nuovi prodotti immessi sul mercato; l'informazione del consumatore in merito alla scelta tra tasso fisso e variabile; la difficoltà nelle analisi del merito creditizio in relazione a consumatori dal basso reddito o degli studenti, che hanno comunque un potenziale reddito futuro; la crescente complessità dei mutui e degli altri sistemi di finanziamento; i requisiti prudenziali e di vigilanza per i creditori e gli intermediari del credito. Sinora questi temi sono stati affrontati a livello nazionale in modo non coordinato: la regolamentazione in alcuni paesi ha fissato un tetto percentuale per la concessione del mutuo rispetto al valore dell'immobile; altri stati hanno realizzato codici di condotta per la fase precontrattuale, e con riferimento alla previsione delle diverse fasi patologiche; altri hanno previsto modalità per la ristrutturazione del debito, per prevenire ed evitare l'insolvenza del debitore; altri hanno previsto standard per la concessione del credito e per la promozione di comportamenti responsabili da parte del consumatore; altri infine hanno promosso linee guida e fatto riferimento alle migliori pratiche di gestione dei rischi per prevenire comportamenti non prudenti degli intermediari del credito.

Sebbene la direttiva sul credito al consumo (n. 2008/48/CE) e la futura direttiva in merito ai contratti di credito relativi a immobili residenziali, che si propone di creare un mercato interno del credito ipotecario [COM (2011)142 def. presentata nel marzo 2011] affrontino già alcuni di questi temi (informazioni precontrattuali, attività degli intermediari del credito, ripartizione della responsabilità tra la banca e l'intermediario, obbligo di una preventiva valutazione del merito creditizio), un'analisi sistematica della materia ad opera di un'autorità indipendente europea produrrà certamente un miglioramento della regolamentazione, che non sarà affidata agli stati membri ma accentrata a livello europeo. Gli Stati, o meglio le autorità indipendenti negli stati

membri, potranno dare attuazione alla disciplina europea, legislativa e regolamentare. Ad esempio, la recente proposta di direttiva sui contratti di credito per gli immobili residenziali rinvia proprio all'EBA il compito di definire standard per limitare i rischi di un indebitamento eccessivo del debitore. L'SGCP dell'EBA si è impegnato a pubblicare gli standard entro i primi sei mesi dalla pubblicazione della direttiva.

- **educazione del consumatore in materia finanziaria**; negli Stati membri la competenza in materia spetta ad autorità differenti; occorre dunque uno sforzo di coordinamento. La Commissione europea ha adottato nel 2007 una Comunicazione (COM2007 0808) in cui, tra l'altro, ha individuato standard di riferimento in materia. Un lavoro importante è anche svolto in ambito OCSE dall'*International Network on Financial Education* (INFE) che ha elaborato principi, linee guida e migliori pratiche al riguardo. Il tema è trasversale alle tre autorità, per cui probabilmente sarà affrontato anche dal comitato congiunto (SCFI).

- **prodotti di risparmio complessi**; gli stati membri hanno adottato iniziative non coordinate anche su questo tema. Alcuni per semplificare il quadro per i consumatori hanno creato un sistema a 'semaforo', con prodotti finanziari classificati in base al colore (rosso, giallo verde) scelto in funzione della complessità del prodotto e del rischio; altri hanno creato standard per le informazioni ai consumatori su questi prodotti; altri hanno imposto autorizzazioni preventive, da parte delle autorità nazionali competenti, di pubblicità e altre forme di comunicazione delle informazioni relative ai prodotti bancari, di investimento o di risparmio; altri infine hanno imposto codici di condotta per gli enti creditizi in relazione alle pratiche di vendita. Un accentramento della regolamentazione a livello dell'Unione è certamente ragionevole sia nell'ottica di una maggiore armonizzazione, sia per prevenire rischi di una sovrapposizione con la revisione della direttiva ai mercati degli strumenti finanziari (MiFID II e MiFIR II) e con l'iniziativa sui prodotti d'investimento al dettaglio (PRIIPs, *Packaged Retail Investment Products*); anche qui sarà dunque necessario un coordinamento tra EBA e ESMA.

- **oneri e costi dei conti bancari**; prezzi eccessivi, oneri non dovuti, mancanza di trasparenza caratterizzano il rapporto tra banca e cliente in relazione ai conti bancari. Alcuni di questi temi rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva sui servizi di pagamento (n. 2007/64/CE), altri ne sono fuori. Nel 2011 la Commissione europea ha chiesto al settore bancario di elaborare standards in materia di trasparenza. In assenza di sforzi significativi in tal senso, la Commissione sta per proporre un pacchetto normativo sui conti bancari. L'SGCP dell'EBA collabora con la Commissione per la preparazione di queste misure.

- **prodotti non richiesti**; considerato l'impatto significativo che i prodotti di investimento e risparmio hanno nel lungo periodo, il tema dei prodotti non necessari o non richiesti appare particolarmente delicato. Le questioni prevalenti nella prassi sono relative: all'assenza di obblighi

informativi e di dati informativi adeguati, soprattutto in relazione a prodotti nuovi; al conflitto di interesse degli intermediari che prestano anche consulenza; alla vendita congiunta di prodotti assicurativi.

- **impatto della tecnologia**; le nuove tecnologie hanno inciso in modo determinante nel settore del credito, aumentando il rischio di frodi, l'incertezza in materia di sicurezza e di confidenzialità delle informazioni, relative ad esempio alle carte di credito e ad altri strumenti di pagamento, all'*on line* e al *mobile banking*. La revisione della direttiva sui servizi di pagamento, attualmente in corso, inciderà su alcuni di questi temi. Trasparenza, informazione ed educazione del consumatore sono gli aspetti più rilevanti su cui verificare l'impatto delle nuove tecnologie.

- **comparazioni nei siti on line**; uno strumento per garantire trasparenza e consentire una rapida comparazione dei prodotti è costituito dai siti web di tipo comparativo. Al contempo, è richiesta all'EBA una verifica delle informazioni pubblicate nei siti, per prevenire situazioni di: conflitti di interesse, 'orientamento' del consumatore, mancanza di trasparenza.

All'attività di cui sopra si aggiunge un evento annuale, la 'tavola rotonda sulla tutela dei consumatori' in cui il comitato (SCFI) illustra la propria strategia e acquisisce informazioni e suggerimenti dalle associazioni dei consumatori.

2.2. EIOPA (Autorità Europea per le Assicurazioni e le Pensioni Aziendali e Professionali)

L'Autorità Europea per le Assicurazioni e le pensioni aziendali e professionali (*European Insurance and Occupational Pensions Authority* - EIOPA), costituita nel 2011 dal regolamento UE 1094/2010, sostituisce il Comitato dei regolatori per le assicurazioni e le pensioni (CEIOPS).

Autorità europea, dotata di personalità giuridica, con sede a Francoforte (la stessa del CEIOPS, che sostituisce) l'EIOPA risponde al Parlamento europeo e al Consiglio. Opera nel settore degli istituti di credito, dei conglomerati finanziari, delle società e fondi di investimento, degli enti di pagamento e di *e-money*, occupandosi anche di questioni inerenti alla *corporate governance*, all'*audit* e al bilancio d'esercizio.

L'obiettivo dell'Autorità è proteggere l'interesse pubblico contribuendo alla stabilità e all'efficacia a breve, medio e lungo termine del sistema finanziario mediante azioni dirette a: migliorare il funzionamento del mercato interno, con particolare riguardo a un livello di regolamentazione e di vigilanza valido, efficace e uniforme; rafforzare il coordinamento internazionale in materia di vigilanza; impedire l'arbitraggio regolamentare e promuovere pari condizioni di concorrenza; assicurare che l'assunzione di rischi in relazione ad attività nel settore delle assicurazioni, riassicurazioni e pensioni aziendali e professionali sia adeguatamente regolamentata e oggetto di opportuna vigilanza; innalzare il livello di protezione dei consumatori.

L'Autorità è composta da: 1) un consiglio delle autorità di vigilanza, 2) un consiglio di amministrazione, 3) un presidente, 4) un direttore esecutivo, 5) una commissione per i ricorsi.

A norma del regolamento 1094/2010 (art. 8.1), l'Autorità svolge i seguenti compiti: contribuisce all'elaborazione di norme e prassi comuni di regolamentazione e vigilanza di elevata qualità, in particolare fornendo pareri alle istituzioni dell'Unione ed elaborando orientamenti, raccomandazioni e progetti di norme tecniche di regolamentazione e di attuazione; contribuisce all'applicazione uniforme degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, in particolare promuovendo una cultura comune della vigilanza, assicurandone l'applicazione uniforme, impedendo l'arbitraggio regolamentare, mediando e risolvendo controversie tra autorità competenti, assicurando una vigilanza efficace e coerente sugli istituti finanziari, garantendo il funzionamento uniforme dei collegi delle autorità di vigilanza e prendendo provvedimenti, anche in situazioni di emergenza; incoraggia e facilita la delega dei compiti e delle responsabilità tra autorità competenti; coopera con il CERS, in particolare fornendogli le informazioni necessarie per lo svolgimento dell'attività e assicurando un seguito adeguato alle sue segnalazioni e raccomandazioni; organizza ed effettua verifiche *inter pares* delle autorità competenti, anche formulando orientamenti e raccomandazioni e individuando le migliori prassi, al fine di rafforzare l'uniformità dei risultati di vigilanza; sorveglia e valuta gli sviluppi di mercato nei settori di sua competenza; svolge analisi economiche dei mercati per coadiuvare l'Autorità nell'espletamento dei propri compiti; promuove la tutela dei titolari di polizze assicurative, degli aderenti e dei beneficiari di schemi pensionistici; contribuisce al funzionamento uniforme e coerente dei collegi delle autorità di vigilanza, alla sorveglianza, valutazione e misurazione del rischio sistemico, allo sviluppo e al coordinamento dei piani di risanamento e di risoluzione delle crisi, fornendo un livello elevato di protezione ai titolari di polizze assicurative, ai beneficiari e in tutto il territorio dell'Unione; assume, se del caso, tutti i compiti esistenti e in corso del comitato delle autorità europee di vigilanza delle assicurazioni e delle pensioni aziendali o professionali (CEIOPS).

Ai sensi dell'art. 8, par. 2 del regolamento 1094/2010, per l'esecuzione dei compiti sopra indicati, l'Autorità dispone dei poteri espressamente attribuiti dal regolamento e in particolare: elabora progetti di norme tecniche di regolamentazione e di attuazione; emana orientamenti e formula raccomandazioni; prende decisioni individuali nei confronti delle autorità competenti; nei casi concernenti il diritto dell'Unione direttamente applicabile, adotta decisioni individuali nei confronti di istituti finanziari; emana pareri rivolti al Parlamento europeo, al Consiglio o alla Commissione; raccoglie le informazioni necessarie relative agli istituti finanziari; sviluppa metodologie comuni per valutare l'effetto delle caratteristiche del prodotto e dei relativi processi di distribuzione sulla situazione finanziaria di un istituto e sulla protezione dei consumatori; fornisce

una banca dati, accessibile a livello centrale, degli istituti finanziari registrati nella sua area di competenza ove specificato.

In relazione alla tutela dei consumatori, l'articolo 9 del regolamento conferisce all'Autorità un ruolo guida nella promozione della trasparenza, della semplicità e dell'equità nel mercato per i prodotti o servizi finanziari destinati ai consumatori nel mercato interno, anche tramite: la raccolta e l'analisi delle informazioni sulle tendenze dei consumatori; il riesame e il coordinamento dell'alfabetizzazione finanziaria e delle iniziative formative da parte delle autorità competenti; l'elaborazione di standard formativi per l'industria, e il contributo a favore dello sviluppo di norme comuni in materia di divulgazione; l'armonizzazione delle norme nazionali e la creazione di una supervisione coordinata a livello europeo; la creazione di un sistema di monitoraggio e allarme che si attivi nei casi in cui un'attività finanziaria ponga una seria minaccia a uno degli obiettivi principali dell'EIOPA.

Il Comitato sulla protezione dei consumatori e l'innovazione finanziaria (CCPFI) è stato costituito nel gennaio 2011. Nell'ottobre 2011 è stata lanciata la consultazione pubblica sulle buone pratiche relative alla vendita delle assicurazioni di rendita variabile (il cui rapporto finale è stato pubblicato nell'aprile 2012). Nel novembre 2011 la consultazione pubblica ha riguardato le linee-guida e migliori pratiche in materia di reclami delle compagnie di assicurazioni (il relativo rapporto è stato pubblicato nel giugno 2012). Il 6 dicembre 2011 si è tenuto il primo '*consumer strategy day*', giornata dedicata ai consumatori e alla loro tutela nei settori finanziari.

2.3. ESMA (Autorità Europea degli strumenti finanziari e dei mercati)

Costituita con regolamento UE 1095/2010 e operativa dal 1° gennaio 2011, l'ESMA si propone di proteggere l'interesse pubblico contribuendo alla stabilità e all'efficacia a breve, medio e lungo termine del sistema finanziario a beneficio dell'economia dell'Unione, dei suoi cittadini e delle sue imprese. L'Autorità contribuisce a: migliorare il funzionamento del mercato interno, con particolare riguardo a un livello di regolamentazione e di vigilanza valido, efficace e uniforme; garantire l'integrità, la trasparenza, l'efficienza e il regolare funzionamento dei mercati finanziari; rafforzare il coordinamento internazionale in materia di vigilanza; impedire l'arbitraggio regolamentare e promuovere pari condizioni di concorrenza; assicurare che il rischio di credito e altri rischi siano adeguatamente regolamentati e oggetto di opportuna vigilanza, e migliorare il livello di tutela dei consumatori.

L'Autorità (art. 6, regolamento 1095/2010) è composta da: 1) un consiglio delle autorità di vigilanza; 2) un consiglio di amministrazione; 3) un presidente; 4) un direttore esecutivo; 5) una commissione per i ricorsi. La sede dell'ESMA è Parigi.

L'Autorità svolge i seguenti compiti: contribuisce all'elaborazione di norme e prassi comuni di regolamentazione e vigilanza di elevata qualità, in particolare fornendo pareri alle istituzioni dell'Unione ed elaborando orientamenti, raccomandazioni e progetti di norme tecniche di regolamentazione e di attuazione; contribuisce all'applicazione uniforme degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, in particolare: creando una cultura comune della vigilanza, assicurandone l'applicazione uniforme, efficiente ed efficace; impedendo l'arbitraggio regolamentare; mediando e risolvendo controversie tra autorità competenti; assicurando una vigilanza efficace e coerente sui partecipanti ai mercati finanziari; garantendo il funzionamento uniforme dei collegi delle autorità di vigilanza e prendendo provvedimenti, anche in situazioni di emergenza; incoraggia e facilita la delega dei compiti e delle responsabilità tra autorità competenti; coopera con il CERS (comitato delle autorità europee di regolamentazione dei valori mobiliari), in particolare fornendogli le informazioni necessarie per l'assolvimento dei suoi compiti e assicurando un seguito adeguato alle sue segnalazioni e raccomandazioni; organizza ed effettua verifiche *inter pares* delle autorità competenti, anche formulando orientamenti e raccomandazioni e individuando le migliori prassi, al fine di rafforzare l'uniformità dei risultati di vigilanza; sorveglia e valuta gli sviluppi di mercato nel suo settore di competenza; svolge analisi economiche dei mercati per coadiuvare l'Autorità nell'espletamento dei propri compiti; promuove la tutela degli investitori; contribuisce al funzionamento uniforme e coerente dei collegi delle autorità di vigilanza, alla sorveglianza, valutazione e misurazione del rischio sistemico, allo sviluppo e al coordinamento dei piani di risanamento e di risoluzione delle crisi, fornendo un livello elevato di protezione agli investitori in tutto il territorio dell'Unione e sviluppando metodi per la risoluzione delle crisi dei partecipanti ai mercati finanziari in fallimento nonché la valutazione dell'esigenza di idonei strumenti finanziari; esegue ogni altro compito specifico stabilito dal regolamento istitutivo o da altri atti legislativi; assume, se del caso, tutti i compiti del comitato delle autorità europee di regolamentazione dei valori mobiliari (CESR);

Per l'esecuzione dei compiti sopra indicati, l'Autorità dispone dei seguenti poteri: elaborare progetti di norme tecniche di regolamentazione e di attuazione; emanare orientamenti e formulare raccomandazioni; adottare decisioni individuali nei confronti delle autorità competenti nei casi specifici; nei casi concernenti il diritto dell'Unione direttamente applicabile, prendere decisioni individuali nei confronti di partecipanti ai mercati finanziari nei casi specifici; emanare pareri rivolti al Parlamento europeo, al Consiglio o alla Commissione; raccogliere le informazioni necessarie sui partecipanti ai mercati finanziari; sviluppare metodologie comuni per valutare l'effetto delle caratteristiche del prodotto e dei relativi processi di distribuzione sulla situazione finanziaria dei partecipanti ai mercati finanziari e sulla protezione dei consumatori; fornire una banca dati,

accessibile a livello centrale, dei partecipanti ai mercati finanziari registrati nella sua area di competenza.

Quanto alla protezione dei consumatori, l'articolo 9 del regolamento, così come già per l'EBA e l'EIOPA, prevede che l'ESMA assuma un ruolo guida nella promozione della trasparenza, della semplicità e dell'equità nel mercato per i prodotti o servizi finanziari destinati ai consumatori in tutto il mercato interno, anche tramite: la raccolta, l'analisi e l'informativa sulle tendenze dei consumatori; il riesame e il coordinamento dell'alfabetizzazione finanziaria e delle iniziative formative da parte delle autorità competenti; l'elaborazione di standard formativi per l'industria, e il contributo a favore dello sviluppo di norme comuni in materia di divulgazione.

3. *Considerazioni finali*

La sintetica rassegna dei poteri e dell'attività delle tre autorità europee in materia di vigilanza finanziaria evidenzia la preminenza del ruolo della tutela del consumatore. Considerata l'identità di molte delle funzioni delle tre autorità e la contiguità dei mercati su cui queste operano, il coordinamento tra gruppi e – per la tutela dei consumatori, il sottogruppo SGCP – appare necessario. Del resto, la base giuridica del coordinamento (i regolamenti) crea una vera tutela 'orizzontale' omogenea per i consumatori. Inoltre, le modalità di partecipazione consentita ai gruppi di interesse e alle associazioni di consumatori, ascoltate sia in relazione a questioni specifiche sia su temi di prospettiva (sino ad arrivare al *consumers' day*) testimonia la volontà del legislatore dell'Unione di adottare, anche in questo ambito, un modello '*bottom-up*' idoneo a realizzare in concreto un controllo unico e una promozione unitaria degli strumenti di tutela dei consumatori (anche) nel settore finanziario.

Sezione II
AGENZIE E AUTORITÀ DI NUOVA ISTITUZIONE

La nuova disciplina dei trasporti nel quadro delle liberalizzazioni (Francesco Macioce)

Il contributo, dato conto della complessa gestazione normativa che ha condotto alla recente istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti, esamina, da un lato, il problema di come la nuova Autorità, alla luce dei poteri e delle prerogative che le vengono attribuiti, si collochi nel panorama di quelle già esistenti. Dall'altro lato, individua alcune ombre tuttora presenti nella disciplina dell'Ente, determinate da elementi di incertezza normativa che possono cogliersi sia all'interno della disciplina della Autorità sia all'esterno nei rapporti con il sistema e le istituzioni vigenti.

Una lunga “gestazione” normativa quella che ha finalmente dato alla luce la tanto invocata ma ad un tempo anche osteggiata Autorità di regolazione dei trasporti.

I primi progetti risalgono alla metà degli anni '90 quando, su impulso della Comunità europea, si avviarono in Italia iniziative dirette alla privatizzazione delle attività economiche e alla liberalizzazione delle *utilities*.

Vicenda propulsiva di questo processo è stato un settore strategico del trasporto, quello ferroviario, nell'ambito del quale si è realizzata per la prima volta una modalità liberalizzatrice che si sarebbe poi consolidata nella cultura condivisa del trasporto europeo come condizione necessaria, anche se forse insufficiente, per la liberalizzazione del settore e cioè la *separazione verticale tra gestione della infrastruttura con vocazione monopolistica e gestione dei servizi aperta alla concorrenza attraverso la regolamentazione di un diritto all'accesso*.

La l. 30 luglio 1994, n. 474 recante norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli Enti pubblici in società per azioni, c.d. legge sulle privatizzazioni, prevedeva come obbligatoria la preventiva istituzione di Autorità indipendenti nel campo dei pubblici servizi in caso di cessione del controllo pubblico e di mantenimento in capo allo Stato di “poteri speciali”.

In questo quadro la l. 14 novembre 1995, n. 481 contenente norme per la regolazione dei servizi di pubblica utilità, nel cui ambito l'art. 37 l. n. 27 del 2012 espressamente colloca l'istituzione della nuova Autorità, ha espressamente indicato tra le finalità della legge la privatizzazione dei servizi di pubblica utilità attribuendo al Governo il compito di definire i criteri e le modalità di dismissione delle relative partecipazioni pubbliche.

Accanto alla indicata finalità preliminare e strumentale della *privatizzazione*, la predetta legge n. 481 del 1995 indica un'altra finalità, primaria e sostanziale, consistente nella garanzia della *promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità e della qualità dei servizi*, obiettivi da realizzare attraverso la definizione di un sistema tariffario certo, la salvaguardia degli interessi degli utenti e dei consumatori, e la ricerca di una compatibilità fra vincoli finanziari, tutela ambientale e uso efficiente delle risorse.

La predetta legge n. 481 del 1995 istituiva l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas e quella per le telecomunicazioni; dal progetto di legge era infatti scomparsa quella sui trasporti che pure vi era contemplata.

L'iniziativa di istituire una Autorità dei trasporti fu ripresa in un disegno di legge elaborato nel 1966 travolto dall'anticipato scioglimento delle Camere; medesima sorte toccava ad un altro disegno di legge presentato nel 2007 che prevedeva l'istituzione di una Autorità per i servizi e l'uso delle infrastrutture.

Il governo attualmente in carica con il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. decreto "Salva Italia") aveva previsto che le funzioni dirette alla regolazione del servizio aereo, ferroviario e portuale fossero assegnate a quella, tra le Autorità esistenti, che svolgesse compiti assimilabili. Il successivo d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. decreto "Cresci Italia") riscrivendo la precedente disposizione assegnava direttamente le competenze, estese al settore autostradale, all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas impegnando il Governo a presentare un disegno di legge per l'istituzione di una specifica Autorità (art. 36).

La legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27 ha finalmente istituito l'Autorità di regolazione dei trasporti, nell'ambito – come già segnalato – delle attività di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla sopra citata legge n. 481 del 1995.

Una gestazione dunque durata più di 17 anni: una scelta di sicuro rilievo istituzionale che porta a compimento il progetto di istituzione delle Autorità nel settore delle *utilities* annunciato dalla suddetta legge n. 481 del 1995.

Per un primo inquadramento della nuova Istituzione è opportuno porci alcune domande che a noi sembrano rilevanti. Come si colloca questa nuova Autorità, ultima nata, nel panorama di quelle già esistenti? Prevalgono le affinità o le differenze? Esiste un quadro normativo cui tutte le Autorità dipendenti possono ricondursi e come si pone eventualmente quella sui trasporti rispetto alle altre? Ed ancora: attraverso quali norme la legge ha inteso promuovere il processo di liberalizzazione che costituisce indubbiamente uno degli obiettivi primari che l'Autorità è chiamata a realizzare anche se certamente non il solo? Naturalmente non è possibile in questa sede prospettare soluzioni: ci limitiamo pertanto a dare qualche indicazione nell'ambito di una risposta integrata e complessiva agli interrogativi posti.

Uno sguardo alle funzioni e ai poteri attribuiti alle Autorità indipendenti, alle modalità di composizione dei Collegi, ai requisiti di nomina e alla durata dei mandati non sembra consentire di individuare facilmente, a parte le inevitabili analogie strutturali e funzionali fra le stesse, un modello unitario di riferimento. Al di là della nota e generica distinzione fra *Autorità di garanzia* e *Autorità di regolamentazione* non sembrano potersi accreditare ulteriori e più specifiche classificazioni: naturalmente la nuova nata non può che essere annoverata fra le Autorità di

regolazione il cui mandato istituzionale può descriversi nel favorire il procedimento di liberalizzazione del settore e nell'assicurare la soddisfazione del pubblico servizio (come accade nel settore della Energia elettrica e del gas, ed in quello della poste). Mentre – come è noto – le Autorità con funzioni di garanzia (come l'Antitrust) hanno lo scopo di controllare il corretto funzionamento del mercato assicurando la concorrenza fra imprese, sul presupposto che tale corretto funzionamento del mercato concorrenziale sia di per sé in grado di realizzare l'interesse pubblico. È evidente che per assolvere il mandato regolatorio è necessario estendere le funzioni normative; mentre per l'espletamento del mandato di garanzia è sufficiente incrementare ed ampliare la funzione quasi giurisdizionale della Autorità.

Si tratta peraltro, come accennato, di una distinzione assai generica e permeabile a vicendevoli e significativi contatti che rendono assai labili i confini fra le due tipologie di Autorità; come vedremo, ad esempio, una serie di importanti attività di controllo e di intervento (la stessa pratica degli impegni che si risolve in una peculiare modalità alternativa di risoluzione delle controversie) attribuiti alla Autorità dei trasporti, che come detto è autorità di regolazione, sono mutuati dalla disciplina della AGCM che è invece, come appena osservato, autorità di garanzia; d'altro canto difficilmente può negarsi alla AGCM una funzione di regolazione del mercato espletata attraverso molteplici disposizioni (si pensi, solo per fare un esempio, ai poteri conoscitivi e consultivi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato previsti negli artt. 21 ss. l. n. 287 del 1990).

La molteplicità delle funzioni istituzionali assegnate alle diverse Autorità amministrative indipendenti, in relazione ai differenti settori dell'economia amministrati, dovrebbe anzi sconsigliare l'adozione di una normativa comune e se mai suggerire di valorizzarne le *specificità*.

L'intimo collegamento fra Autorità con funzioni di regolazione e liberalizzazione dei mercati è denunciato dalla stessa l. n. 27 del 2012 che, nel richiamare espressamente la l. n. 481 del 1995, altrettanto espressamente riferisce alla Autorità dei trasporti la realizzazione dello scopo primario ed essenziale di liberalizzare i mercati, formalmente consacrato tra le “finalità” indicate nell'art. 1 della suddetta legge.

La realizzazione di tale finalità è realizzata attraverso la previsione di funzioni, poteri, prerogative e ambiti operativi assai articolati e frastagliati che possono sommariamente distinguersi in tre gruppi a seconda delle modalità di intervento: *a) poteri e funzioni di normazione regolamentare; b) poteri e funzioni di controllo, di verifica e paragiurisdizionali; c) poteri e funzioni di indirizzo politico.*

1. Al primo gruppo appartengono una serie di prerogative, determinanti per la funzione di regolazione, già esercitati da organi ora venuti meno (come l'Ufficio per la regolazione dei servizi

ferroviari) o da altri Enti le cui competenze in materia di trasporti sono state fatte invece salve dalla l. 24 marzo 2012, n. 27.

Tali prerogative di regolazione normativa del settore riguardano essenzialmente il *diritto di accesso alle infrastrutture, le tariffe, le procedure di affidamento dei servizi e i diritti degli utenti*.

L'Autorità garantisce condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture ferroviarie, portuali e aereoportuali; definisce i criteri per la formazione delle tariffe, dei canoni e dei pedaggi; definisce gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei relativi capitolati, indicando i criteri per la nomina delle commissioni giudicatrici. Nel settore ferroviario in particolare definisce l'ambito del servizio pubblico sulle tratte e le modalità di finanziamento; regola l'accesso alla infrastruttura ferroviaria definendo i criteri per la determinazione dei pedaggi e l'assegnazione delle tracce.

Nel settore autostradale stabilisce i sistemi tariffari dei pedaggi e gli schemi dei bandi di gara e quelli delle relative concessioni indicando gli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali.

Approva i sistemi di tariffe dei diritti aereoportuali, monitorizza i livelli di offerta del servizio taxi, delle tariffe e delle qualità delle prestazioni, ed esprime un parere a Comuni e Regioni per l'adeguamento del servizio taxi alle previsioni di legge.

Circa la qualità del servizio e i diritti degli utenti l'Autorità stabilisce le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto nazionale e locale connotati da oneri di servizio pubblico e definisce il contenuto minimo dei diritti anche risarcitori nei confronti del gestore o del titolare della rete.

2. I *poteri di controllo, verifica e decisori* costituiscono un momento di grande impatto sistematico: si tratta di poteri e di funzioni che vanno dall'espletamento di semplici *funzioni consultive* a veri *compiti di quasi-giurisdizione*.

A tali funzioni possono ascriversi importanti compiti istruttori e di impulso: il potere dell'Autorità di proporre all'amministrazione competente la decadenza e la revoca degli atti di concessione, delle convenzioni e dei contratti di servizio pubblico e di programma; il potere di richiedere l'esibizione di documenti e di raccogliere informazioni necessarie per l'espletamento delle sue funzioni istituzionali; quello di svolgere ispezioni presso i soggetti regolati, con facoltà di accedere alle scritture contabili e di apporre i sigilli; quello di favorire l'istituzione di procedure per la conciliazione e la risoluzione delle controversie fra esercenti e utenti. A questo genere di funzioni si ricollega anche il potere dell'Autorità di *valutare i reclami, le istanze e le segnalazioni* presentati da utenti e consumatori in ordine al rispetto delle tariffe, reclami ed istanze sui quali l'Autorità non

sembra avere potere decisorio ma solo quello di favorire l'istituzione di procedure conciliative e risolutive delle controversie insorte.

All'Autorità sono inoltre attribuiti penetranti poteri di controllo prescrittivi e sanzionatori: ad esempio l'Autorità può determinare i criteri per la redazione della contabilità da parte delle imprese regolate ed imporre la separazione contabile e societaria delle imprese integrate; irrogare sanzioni amministrative pecuniarie in misura fissa o in una percentuale dell'1% del fatturato dell'impresa qualora i destinatari delle richieste si rifiutino di fornire informazioni o documenti ovvero forniscano dati inesatti o incompleti.

Nei casi più gravi in cui l'impresa soggetta a regolazione non osservi le tariffe, i canoni o i pedaggi, i diritti o i prezzi sottoposti a controllo amministrativo, o non rispetti le disposizioni circa la separazione contabile e la disaggregazione dei costi e dei ricavi, ovvero violi la disciplina legislativa o le condizioni imposte dall'Autorità in materia di accesso alle reti e alle infrastrutture o in genere non ottemperi agli ordini e alle misure disposti dall'Autorità, quest'ultima può irrogare sanzioni amministrative pecuniarie fino al 10% del fatturato. Si tratta di una misura sicuramente forte, che colpisce sensibilmente e gravemente l'impresa che non abbia osservato i suddetti precetti: misura alla quale, in ragione della entità rilevante della somma stabilita a titolo di sanzione e della stringente tecnica di quantificazione che prende a base il fatturato (valore di gran lunga maggiore del profitto di cui l'impresa abbia beneficiato per effetto della sua condotta "illecita"), ricorda regimi sanzionatori analoghi alle c.dd. pene private introdotte con riferimento all'illecito civile allo scopo di rafforzare la tutela del danneggiato ed alle quali si riconosce – oltre ad una *funzione riparatoria* – anche una *funzione preventiva* diretta a dissuadere l'impresa dalla inosservanza delle regole e a rendere sconveniente il vantaggio che all'impresa stessa potrebbe derivare dalla violazione della regola.

All'Autorità sono infine attribuiti poteri che si ricollegano ad una *funzione paragiurisdizionale* in qualche caso particolarmente accentuata.

Il legislatore ha infatti esteso all'Autorità dei trasporti la *pratica degli impegni*, mutuata dalla disciplina dell'AGCM. L'Autorità può perciò rendere obbligatorie le misure proposte dalla impresa al fine di rimuovere la contestazione a questa mossa dall'Organo di controllo e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione. Come abbiamo già osservato nel corso della precedente Relazione l'Autorità risolve la procedura di infrazione nell'*enforcement* attraverso una modalità che in qualche modo si pone come alternativa alla giurisdizione ordinaria; ove l'impresa non ottemperi all'impegno assunto, l'Autorità può irrogare una sanzione che, anche in questo caso, è pari a ben il 10% del fatturato.

Funzioni in senso lato giurisdizionali sono quelle che si espletano attraverso l'esercizio da parte dell'Autorità del *potere inibitorio e di reintegrazione specifica*, come la possibilità di ordinare

la *cessazione delle condotte in contrasto con gli atti di regolazione adottati e con gli impegni assunti*, e di disporre *misure dirette al ripristino* della situazione alterata dalla condotta illecita; o l'altra di emanare *provvedimenti cautelari* ove occorra urgentemente salvaguardare la concorrenza e tutelare gli interessi degli utenti.

Funzioni ancor più accentuatamente paragiurisdizionali sono esercitate dall'Autorità nell'ambito delle funzioni proprie di organismo di regolazione per l'accesso alla infrastruttura ferroviaria consistenti nella definizione dei criteri per la determinazione dei pedaggi e dell'assegnazione delle tracce e nella vigilanza sulla loro corretta applicazione, funzioni già esercitate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a mezzo dell'Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari, ora soppresso dalla l. n. 24 del 2012. Invero la disciplina dell'utilizzo e della gestione della infrastruttura ferroviaria e del diritto di accesso è contenuta nel d. lgs. 8 luglio 2003, n. 188 che all'art. 37 stabilisce che l'organismo di regolazione vigila sulla concorrenza nei mercati dei servizi ferroviari e agisce in piena indipendenza sul piano organizzativo, giuridico e decisionale. In particolare, le *controversie insorte fra gestore della infrastruttura e impresa ferroviaria* in ordine alla assegnazione della corrispondente capacità sono portate all'esame dell'Autorità che si pronuncia con *decisione vincolante per tutte le parti ed adotta le misure volte a porvi rimedio*.

3. Al terzo gruppo di *poteri e funzioni di indirizzo politico* possiamo ricondurre l'obbligo di trasmettere al Governo e al Parlamento una Relazione circa l'efficienza dei diversi gradi di separazione tra gestore della rete e impresa ferroviaria con particolare riguardo alla tutela della utenza pendolare; e l'altro di riferire annualmente alle Camere sullo stato della disciplina della liberalizzazione adottata nell'ambito del servizio taxi. Più in generale l'Autorità è chiamata a sollecitare e coordinare le pubbliche amministrazioni competenti ad individuare gli ambiti di servizio pubblico e i metodi di finanziamento; ovvero a fornire segnalazioni e pareri sulle delibere della p.a. circa la congruenza di tali delibere con la regolazione economica.

La normativa esaminata appare destinata ad avere un considerevole impatto sul sistema dei trasporti favorendo una accentuata liberalizzazione del settore ed un controllo sulla concreta adozione delle misure che tale obiettivo ricercano e garantiscono.

Non mancano peraltro ombre nella disciplina dell'Ente, determinate da elementi di incertezza normativa che possono cogliersi *sia all'interno della disciplina della Autorità sia all'esterno nei rapporti con il sistema e le istituzioni vigenti*. Dal primo punto di vista si segnalano incertezze che potrebbero sottrarre all'Autorità il controllo di importanti aree del trasporto: invero dopo la proclamazione di competenza generale della Autorità nel settore di competenza e dell'accesso alle infrastrutture, la legge indica i diversi settori (strade, porti, aeroporti, ferrovie) ma non menziona il controverso *settore dei trasporti pubblici locali*, ancorché l'Autorità sia tenuta a

garantire la concorrenza, l'efficienza produttiva e il contenimento dei costi in relazione alla mobilità dei passeggeri *sia in ambito nazionale che locale ed urbano*.

Considerata l'equivocità dell'espressione legislativa il dubbio è legittimo, anche se sembra senz'altro preferibile ritenere compresa fra le competenze della Autorità di regolazione anche il TPL, settore che potrebbe essere in tal modo "liberato" dai condizionamenti di forti interessi locali.

Altro aspetto non chiaro è quello che riguarda il potere dell'Autorità di definire i criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti, delle tariffe: aspetto fondamentale per assicurare il funzionamento di un mercato concorrenziale ed una efficace politica di tutela dei consumatori. L'esercizio di tale potere è invero condizionato dalla valutazione della Autorità circa la necessità degli interventi in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati: valutazione che forse potrebbe essere più compiutamente espressa dall'Antitrust e che non dovrebbe in ogni caso ostacolare la elaborazione di criteri di formazione delle tariffe idonei a scongiurare il pericolo di abusi.

Quanto ai rapporti esterni si manifesta il problema del coordinamento delle competenze attribuite all'Autorità dei trasporti con quelle proprie di altri Enti e di altre Autorità indipendenti già esistenti.

Organismi importanti, divenuti incompatibili con le funzioni dell'Autorità sono stati aboliti (come l'URSF); ed è la stessa legge istitutiva che fa salve le competenze del Ministero delle infrastrutture e di quello dell'Economia nonché del CIPE in materia di approvazione di contratti di programma e, più in generale, le altre competenze (diverse da quelle disciplinate dalla norma) delle amministrazioni pubbliche, statali e regionali, nei settori indicati, in particolare in materia di sicurezza, standard tecnici e definizione degli ambiti di servizio pubblico. Il che può comportare conflitti e disallineamenti (ad es. in materia di contratti di programma per la cui approvazione è competente il CIPE e il Ministero) e nella stessa individuazione dell'ambito del servizio pubblico materia sulla quale – come si è visto – è competente ad esprimersi oltre ai suddetti organismi anche l'Autorità sui trasporti.

Il rischio del conflitto di competenze non risparmia il rapporto con le altre Autorità. La legge non manca di mantenere ferme, autorizzandone il contestuale esercizio, le competenze che possono spiegare effetti sul settore dei trasporti già esercitate dal'AGCM, dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e dall'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali di recentissima istituzione (d.l. 6 luglio 2011, n. 98). Cosicché la possibilità di vere e proprie sovrapposizioni appare evidente: si pensi, solo per fare qualche esempio, alla possibile divergenza delle analisi di mercato che costituiscono il presupposto per la emanazione di taluni atti di regolamentazione e che entrambe le autorità, sia l'Autorità dei trasporti sia l'AGCM, sono chiamate ad effettuare; e ancora

alle decisioni dell'Autorità dei trasporti in merito alle tariffe e a quelle dell'AGCM che valuta anche sotto questo profilo la correttezza o meno della pratica commerciale.

Si tratta certo di compiti, quelli affidati alla Autorità, i cui confini non sono facilmente definibili: l'Autorità nasce dopo molti anni di gestazione, in un clima di forti resistenze, in un contesto in cui permangono competenze di altri Enti e delle stesse Autorità.

Soltanto il concreto funzionamento della nuova Istituzione, che per il momento riesce a muovere i primi passi con molta difficoltà, potrà consolidarne il ruolo e il fondamento. Peraltro, l'esistenza della Autorità non sembra trovare sostegno diretto nel diritto europeo né riscontro in tutti i paesi dell'Unione tra i quali è ancora ampiamente utilizzato il modello di regolamentazione governativa piuttosto che l'altro, senz'altro preferibile, che affida ad una autonoma Autorità la regolazione del settore.

L'Agenzia per l'Italia Digitale (Carlo Di Sario)

L'Agenzia per l'Italia Digitale, di recente costituzione e di fatto ancora non operativa, rappresenta un'eccezione nel panorama di quest'anno, in cui sotto la pressione della Commissione europea i poteri e le funzioni attribuite alle le agenzie (poste, settore idrico) sono state trasferite ad autorità indipendenti preesistenti (rispettivamente, AGCom e AEEG). Se da un lato questa scelta si giustifica con la necessità di un indirizzo politico, escluso per definizione dall'attività dell'autorità indipendente, dall'altro comporta i rischi classici riconducibili alla soggezione al potere politico. Inoltre, poteri e funzioni attribuiti all'Agenzia sono significativi, ma l'azione dell'Agenzia necessita di norme di attuazione e applicative. Di qui l'importanza delle associazioni dei consumatori, che devono svolgere il ruolo di stimolo nei confronti sia dell'Agenzia sia dell'amministrazione, chiamata ad adottare le norme necessarie per il funzionamento dell'Agenda Digitale Italiana.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'Agenzia per l'Italia Digitale. – 3. L'Agenda Digitale Italiana. – 4. Effetti sul mercato e sui cittadini.

1. Introduzione

La Commissione Europea ha avviato nel maggio 2010 un progetto ambizioso qualificato Agenda Digitale Europea – ADE (Comunicazione COM2010/245def.).

L'Agenda Digitale Europea si propone di superare gli ostacoli che impediscono la realizzazione di un mercato unico digitale in Europa, individuati principalmente nella frammentazione dei mercati digitali, nella scarsa interoperabilità delle reti, nell'aumento della criminalità informatica e nel conseguente calo della fiducia dei consumatori, nella mancanza di investimenti infrastrutturali, nell'impegno insufficiente nella ricerca e nell'innovazione e nella scarsa alfabetizzazione digitale.

Per superare questi ostacoli, la Commissione europea, che mantiene un ruolo decisivo di controllo e coordinamento delle iniziative nazionali¹, propone di intraprendere precise azioni quali: aumentare l'interoperabilità di dispositivi, applicazioni, banche dati, servizi e reti e attuare la politica di standardizzazione prevista nel Libro bianco della Commissione del 2009 (COM2009/324def.); consolidare la fiducia e la sicurezza *on-line*; promuovere un accesso a *internet* veloce e superveloce per tutti; investire nella ricerca e nell'innovazione; migliorare l'alfabetizzazione, le competenze e l'inclusione nel mondo digitale.

Alla realizzazione dei buoni propositi dell'esecutivo europeo dovrebbe provvedere ciascuno stato membro. In Italia, il decreto legge 22 giugno 2012, n. 83 (cd. decreto sviluppo, convertito in legge 7 agosto 2012 n. 134) ha costituito l'Agenzia per l'Italia Digitale, che dovrà rendere operativa e poi gestire l'Agenda Digitale Italiana (ADI), a sua volta dettagliata con legge attualmente in corso di

¹ La Commissione europea armonizza le iniziative nazionali e attua una collaborazione tra i Paesi membri, il Parlamento europeo e i portatori di interessi rilevanti; pubblica, inoltre, a maggio un bilancio annuale dei progressi conseguiti nell'attuazione dell'Agenda e organizza a giugno l'assemblea annuale del digitale; trasmette, infine, al Consiglio europeo una relazione annuale sui progressi nell'attuazione della strategia EU2020.

pubblicazione. Le norme sono recenti, e l'Agenzia non è ancora operativa: come spesso accade, l'ostacolo è rappresentato dall'accordo sul vertice da nominare (in questo caso il direttore generale).

2. *L'Agenzia per l'Italia Digitale*

Sottoposta alla vigilanza del Presidente del Consiglio dei Ministri, del Ministro dell'economia e delle finanze, del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, del Ministro dello sviluppo economico e del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, l'Agenzia per l'Italia Digitale opera sulla base dei principi di autonomia organizzativa, tecnico-operativa, gestionale, di trasparenza e di economicità e persegue gli obiettivi di efficacia, efficienza, imparzialità, semplificazione e partecipazione dei cittadini e delle imprese. La vigilanza e l'indirizzo ad opera di una 'Cabina di regia'² riconducono il nuovo ente alla categoria giuridica delle agenzie governative e, al tempo stesso, la distinguono dalle autorità indipendenti la cui attività è per definizione svincolata dal potere esecutivo.

Preposta alla realizzazione degli obiettivi dell'Agenda Digitale Italiana, l'Agenzia è regolata, per quanto non previsto nel decreto istitutivo, dagli artt. 8 e 9 del d. lgs. 30 luglio 1999, n. 300.

Fatte salve le funzioni dell'INDIRE per quanto attiene il supporto allo sviluppo del piano di innovazione nelle istituzioni scolastiche, l'Agenzia subentra nelle funzioni di coordinamento, indirizzo e regolazione prima attribuite a DigitPA, nonché nelle funzioni affidate all'Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'innovazione e in quelle svolte dal Dipartimento per la digitalizzazione della pubblica amministrazione e l'innovazione tecnologica della Presidenza del Consiglio dei Ministri. L'Agenzia svolge, altresì, le funzioni dell'Istituto superiore delle comunicazioni e delle tecnologie dell'informazione in materia di sicurezza delle reti. L'Agenzia assicura anche il coordinamento informatico dell'amministrazione statale, regionale e locale, in attuazione dell'articolo 117, comma 2, lett. r), della Costituzione.

In buona sostanza, nell'Agenzia Digitale vengono concentrate funzioni attribuite prima a vari organi, che in parte vengono soppressi. Quindi un primo pregio di questo intervento del legislatore è nella semplificazione e – si spera – nell'efficientamento dell'azione.

Il comma 3 dell'art. 20 del c.d. "decreto sviluppo" (oggetto di numerose modifiche in sede di conversione) circoscrive l'attività dell'Agenzia. Quattro lettere, delle undici che lo compongono, evocano funzioni di promozione³. Vi sono poi poteri regolatori⁴, di coordinamento – lettere c) e h) -

² Art. 47, d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito nella l. 4 aprile 2012, n. 35.

³ Si vedano in particolare: la lett. a): «contribuisce alla diffusione dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, allo scopo di favorire l'innovazione e la crescita economica, anche mediante lo sviluppo e l'accelerazione della diffusione delle reti di nuova generazione»; lett. f): «promuove e diffonde le iniziative di alfabetizzazione informatica rivolte ai cittadini, nonché di formazione e addestramento professionale

, e funzioni consultive, di vigilanza - lett. e) -, di monitoraggio dell'attuazione dei piani di sviluppo, e di rappresentanza dell'Italia in ambito europeo e internazionale. Molte di queste funzioni erano prima attribuite alla DigitPa e all'Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'innovazione, cui l'Agenzia è ora subentrata.

Poteri tanto significativi, che vanno dalla regolazione del settore (per la quale sarà opportuno un protocollo di coordinamento con l'AGCom) alla vigilanza e al monitoraggio dello sviluppo, è probabile costituiranno oggetto di esame da parte degli operatori e degli studiosi. La creazione di un'Agenzia e non di un'autorità indipendente è in controtendenza: nei settori idrico e postale infatti (si vedano gli altri contributi di questo rapporto), la scelta finale è stata opposta. Indubbiamente, nel caso di specie la componente di indirizzo e vigilanza del governo è rilevante; è però anche ingombrante, come già evidenziano le vicende relative alla nomina del direttore generale.

La struttura dell'Agenzia è snella: un Direttore Generale, un Collegio di (tre) revisori dei conti, e un Comitato di indirizzo composto da rappresentanti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero dello sviluppo economico, del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, del Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione, del Ministero dell'economia e finanze e della Conferenza Unificata Stato-Regioni.

3. *L'Agenda Digitale Italiana*

Il 26 luglio scorso la Commissione Trasporti, Poste e Telecomunicazioni della Camera aveva approvato un testo unificato di disegno di legge per un' Agenda Digitale Italiana. Tale testo, con una serie di modifiche e integrazioni, è confluito nel c.d. decreto "sviluppo-bis" approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 ottobre scorso. Intitolato "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese" quest'ultimo si articola in dieci sezioni, di cui le prime sette sono dedicate all'Agenda Digitale Italiana. In queste sezioni, alcune misure possono essere di interesse per la tutela del consumatore.

destinate ai pubblici dipendenti, anche mediante intese con la Scuola Superiore della pubblica amministrazione e il Foromez, e il ricorso a tecnologie didattiche innovative, nell'ambito delle dotazioni finanziarie disponibili, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica»; lett. d): «supporta e diffonde le iniziative in materia di digitalizzazione dei flussi documentali delle amministrazioni, ivi compresa la fase della conservazione sostitutiva, accelerando i processi di informatizzazione dei documenti amministrativi e promuovendo la rimozione degli ostacoli tecnici, operativi ed organizzativi che si frappongono alla realizzazione dell'amministrazione digitale e alla piena ed effettiva attuazione del diritto all'uso delle tecnologie previsto dall'art. 3 del Codice dell'amministrazione digitale, di cui al d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e successive modificazioni»; lett. m): «promuove, anche a richiesta di una delle amministrazioni interessate, protocolli di intesa e accordi istituzionali finalizzati alla creazione di strutture tecniche condivise per aree omogenee o per aree geografiche, alla risoluzione di contrasti operativi e al più rapido ed effettivo raggiungimento della piena integrazione e cooperazione applicativa tra i sistemi informativi pubblici, vigilando sull'attuazione delle intese e degli accordi medesimi».

⁴ Ai sensi della lett. b) l'Agenzia «detta indirizzi, regole tecniche e linee guida in materia di sicurezza informatica e di omogeneità dei linguaggi, delle procedure e degli standard, anche di tipo aperto, in modo di assicurare anche la piena interoperabilità e cooperazione applicativa tra i sistemi informatici della pubblica amministrazione e tra questi e i sistemi dell'Unione Europea».

Nella sezione I (Agenda e identità digitale), viene fatto obbligo al Governo di presentare alle Commissioni parlamentari competenti, eventualmente avvalendosi dell'Agenzia per l'Italia Digitale, una relazione annuale sullo stato di attuazione dell'Agenda Digitale Italiana. Viene poi prevista l'unificazione su un unico supporto digitale della carta d'identità e della tessera sanitaria ed è riconosciuta al cittadino la facoltà di comunicare esclusivamente in via telematica con l'amministrazione tramite la comunicazione alla stessa del proprio indirizzo di posta elettronica certificata (artt. 1, 2 e 4).

Nella sezione II (Amministrazione digitale e dati di tipo aperto), troviamo disposizioni volte a favorire la bigliettazione digitale nel trasporto pubblico locale e la mobilità sostenibile nonché l'accesso e il riutilizzo dei dati di tipo aperto delle pubbliche amministrazioni (artt. 8 e 9).

La sezione III (Agenda digitale per l'istruzione) prevede l'introduzione del fascicolo elettronico dello studente per una gestione informatizzata dell'intera carriera universitaria (art. 10), per la sostituzione a partire dall'anno scolastico 2013-2014 dei tradizionali libri di testo cartacei con libri di testo in formato digitale o, comunque, misto digitale e cartaceo e per l'istituzione di centri scolastici digitali onde favorire l'offerta formativa in situazioni di particolare svantaggio (art. 11).

La sezione IV (Sanità digitale) prevede l'istituzione del fascicolo sanitario elettronico per i dati sanitari e sociosanitari generati da eventi clinici presenti e trascorsi del cittadino e la graduale sostituzione delle prescrizioni mediche di farmaceutica e specialistica in formato cartaceo con equivalenti in formato elettronico (artt. 12 e 13).

Duplice è l'obiettivo perseguito dalla sezione V (Azzeramento del divario digitale e moneta elettronica). Da una parte, il superamento del cd. '*digital divide*', garantendo una velocità di connessione ad almeno 2 mbps nelle zone ancora non coperte e nelle aree a fallimento di mercato (art. 14). Dall'altra, la diffusione della moneta elettronica, la cui accettazione viene imposta alle amministrazioni e, nei rapporti con l'utenza, agli operatori che gestiscono servizi pubblici (art. 15).

Nella sezione VI (Giustizia digitale), biglietto di cancelleria, notificazioni e comunicazioni passano dalla forma cartacea a quella telematica (art. 16), mentre nella sezione VII (Ricerca, innovazione e comunità intelligenti) viene disegnata la struttura tecnica, di governo e di processo per la gestione delle comunità intelligenti e per la gestione dei servizi e dati da queste prodotti (art. 20).

4. *Effetti sul mercato e sui cittadini*

Numerose previsioni dell'Agenda Digitale Italiana sono finalizzate a promuovere il mercato digitale nazionale. Ad esempio, l'art. 14 prevede una serie di misure dirette a completare il Piano Nazionale per la Banda Larga e l'art. 15 si propone di diffondere l'uso della moneta digitale. Il

miglioramento della vita quotidiana dei cittadini è invece l'obiettivo delle disposizioni contenute nell'art. 10 relative all'istituzione del fascicolo elettronico dello studente e nell'art. 11 con cui si istituiscono i centri scolastici digitali.

Si evidenzia, peraltro, come molte delle norme dell'Agenda Digitale Italiana necessitino di una disciplina di dettaglio adottata mediante regolamenti ministeriali. In altri casi l'apparato pubblico è chiamato ad adottare provvedimenti amministrativi o a tenere comportamenti meramente materiali. Talvolta sono previste scadenze – i termini però, evidentemente, non sono perentori – al cui rispetto potrà senz'altro dare un importante contributo la società civile, incluse – per la parte che più rileva ai loro fini – le associazioni di consumatori.

Un tema che prevedibilmente si porrà è il possibile uso dell'istituto introdotto con il d. lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, la *class action* pubblicistica, che può contribuire a superare eventuali inerzie o inadempimenti della pubblica amministrazione nell'attuazione dell'agenda digitale. Due recenti pronunce della giurisprudenza amministrativa sono significative in tal senso: le sentenze 20 gennaio 2011, n. 552 del TAR Lazio e 23 settembre 2011, n. 478 del TAR Basilicata. La prima (confermata dal Consiglio di Stato con la sentenza 9 giugno 2012, n. 3512) interviene nella vicenda delle c.d. "classi pollaio". Il TAR Lazio ravvisa nella fattispecie concreta sottoposta alla sua attenzione un inadempimento dell'amministrazione e la condanna ad adottare entro centoventi giorni il piano di riqualificazione dell'edilizia scolastica in tale norma previsto. Interessante ai nostri fini è anche la sentenza (23 settembre 2011, n. 478) con cui il TAR Basilicata si pronuncia su inadempimenti del codice dell'amministrazione digitale (il d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82). Oggetto delle censure del ricorrente è qui la mancata istituzione (e pubblicazione in rete) di un indirizzo di PEC da parte della Regione Basilicata. Anche in questo caso, in applicazione degli artt. 3, 6 e 54 del codice dell'amministrazione digitale, l'amministrazione viene condannata (questa volta, senza fissazione di termini) a provvedere.

E' ragionevole pertanto ipotizzare un ruolo attivo delle associazioni dei consumatori per il raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda Digitale, mediante un'azione incisiva e costante di stimolo nei confronti dell'Agenzia di nuova costituzione. Quest'attività può svolgersi sia sul piano nazionale, sia sul piano europeo, essendo l'agenda digitale italiana un 'capitolo' dell'agenda digitale europea promossa dalla Commissione, alla quale l'attuale governo ha inteso conformarsi.

L'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo: la redistribuzione delle competenze (Andrea Luberti)

Nell'ambito del settore assicurativo l'anno trascorso, oltre che dalle ormai consuete innovazioni legislative dirette all'incentivazione della concorrenza, è stato contrassegnato dalla riforma della vigilanza sul settore, che è stata incentrata su un'istituzione - l'IVASS - in parziale soluzione di continuità con la precedente autorità di controllo. Il lungo periodo transitorio e le continue modificazioni legislative, pur nell'ottica di un complessivo miglioramento del sistema, rischiano di pregiudicare la stabilità del regime normativo.

SOMMARIO: 1. L'IVASS: un esordio con molte incognite. – 2. Le assicurazioni collegate a contratti di finanziamento. – 3. Le altre misure di liberalizzazione. – 4. Gli (ultimi) interventi attuativi dell'Autorità. – 5. Postilla di aggiornamento.

1. L'IVASS: un esordio con molte incognite

Nel corso dell'ultimo anno l'attenzione degli operatori giuridici ed economici è stata a lungo incentrata sul dibattito relativo alla definizione a monte dei poteri di vigilanza sul mercato assicurativo.

Infatti la protrazione e l'inasprimento della recessione globale hanno evidenziato la necessità di individuare non solo correttivi, ma anche strumenti idonei a impedire il ripetersi delle cause che hanno portato alla attuale, difficile, congiuntura.

E' evidente, in particolare, che nell'anno in corso il *climax* della crisi finanziaria ha toccato un ulteriore livello: nata come effetto della drastica contrazione della redditività degli investimenti immobiliari, e rapidamente involutasi (dapprima nell'annichilimento del valore dei titoli connessi, indi nella stretta creditizia determinata dalle forti perdite degli intermediari finanziari) da ultimo essa si è rivolta sulle attività produttive, evidentemente danneggiate dalla tendenziale incapacità di erogare prestiti da parte degli operatori finanziari.

Quando, almeno dal punto di vista statistico, proprio il sistema delle imprese sembrava, timidamente, riassorbire il recente *choc*, si è addivenuti alla nuova, e più pericolosa, tappa, rappresentata dalla progressiva erosione del grado di fiducia nei c.d. debiti sovrani, evidentemente messi a repentaglio dalle cospicue iniezioni di liquidità effettuate al fine di ristorare la capacità creditizia (in realtà, si presume, sovente utilizzati al fine di acquisire titoli dei paesi erogatori, in un crescente e increscioso connubio tra finanza pubblica e privata).

Sicché sembrano essersi inverte le previsioni di una recessione *double dip*, tra l'altro, nel nostro paese, particolarmente distruttiva anche per la scarsa, o per meglio dire inesistente, crescita economica riscontrata nell'ultimo decennio, nonché per il cronicamente elevato livello di

indebitamento del settore pubblico, per tale motivo particolarmente a rischio in carenza di un'istituzione centrale europea in grado di garantirne la solvibilità.

L'ultimo quinquennio ha quindi perfettamente confermato le lacune legislative di sistema, già autorevolmente stigmatizzate: concentrazione nelle medesime istituzioni finanziarie di attività a diverso profilo di rischio; eccessiva diffusione di prodotti ad alto grado di volatilità; carenza di regolamentazione di taluni importanti aree.

Nonostante le premesse esposte, tuttavia, non può dirsi che si sia inverte una riflessione proficua alla complessiva ridefinizione della regolamentazione del mercato finanziario né dei poteri delle autorità di vigilanza

La prima è stata incentrata sulla rigida e frammentata ripartizione tra vigilanza (*per attività*) sul credito, sulle assicurazioni, sulla previdenza complementare e sugli (altri) intermediari finanziari, in luogo della ormai prevalente – a livello continentale – suddivisione dei compiti di controllo in ragione della *finalità* cui esso è preordinato, distinguendosi in particolare tra vigilanza *di concorrenza*; *vigilanza di stabilità* (volta a garantire l'*an* delle prestazioni assunte dalle imprese finanziarie *sub specie* di obblighi di restituzione) e *vigilanza di trasparenza e correttezza* (diretta a sorvegliare sul *quomodo* e, quindi, sui comportamenti tenuti dagli operatori del comparto finanziario).

Le seconde sono state a lungo rappresentate dalla Banca d'Italia, dalla *Commissione nazionale per le società e la borsa* - CONSOB, dall'*Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo* - ISVAP, dalla *Commissione di vigilanza sui fondi pensione* - COVIP e, per specifiche competenze, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato).

Tale assetto, oltre a tralasciare la più recente evoluzione dei mercati finanziari in senso sempre più onnicomprensivo, denota una visione eccessivamente settoriale, facendo paventare potenziali vuoti di tutela per i prodotti misti e complessi; comporta una continua e defatigante attività di coordinamento tra le autorità con conseguente diseconomia dei mezzi giuridici; incardina in capo alla medesima autorità di settore obiettivi (la stabilità e la trasparenza) potenzialmente configgenti; nonché, quale ultimo ma non meno importante corollario in periodi di ridimensionamento dell'apparato pubblico, determina una superfetazione delle strutture competenti. Sintomatico della predetta insoddisfazione è stato il ricorrente anelito del legislatore a una complessiva rivisitazione della materia, spesso negli auspici congiunta a una definizione sistematica delle caratteristiche e dell'oggetto della forma di *governance* attuata dal plesso delle autorità indipendenti, di cui il giurista avverte effettiva necessità, come evidenziano anche i confusi interventi normativi esposti in altre parti del presente rapporto.

Tali aspirazioni si erano in prima battuta concretizzate, per l'anno in corso, nella (ennesima) *Indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti*, curata dalla Camera dei deputati - Commissione affari costituzionali.

In particolare, pur riconoscendosi l'ormai acclarata legittimazione delle autorità, anche a livello europeo, la commissione non ha potuto fare a meno di ravvisare “*incertezze nella disciplina*”; la “*giustapposizione di discipline spesso non legate da una visione unitaria*” nonché la loro “*indiscriminata proliferazione*”.

Tuttavia il *cahier des doléances* parlamentare non si è tradotto in iniziative di portata generale, ma in un intervento di ambito più limitato.

Si rammenta, al riguardo, che una diversa distribuzione della vigilanza sul settore assicurativo, mercé la soppressione dell'ISVAP, era stata ventilata già nell'originario progetto che avrebbe poi portato all'emanazione della l. 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio (laddove i compiti di controllo sulla trasparenza e sulla correttezza sarebbero stati concentrati, con riguardo all'intero comparto finanziario, in capo all'erigenda Autorità per i mercati finanziari) nonché in un disegno di legge recante “*Disposizioni in materia di credito al consumo e di vigilanza sulle assicurazioni private*”, approvato nel Consiglio dei Ministri del 6 luglio 2007.

Il più coerente e sistematico modello di disciplina delle autorità indipendenti risulta comunque a tutt'oggi il disegno di legge recante “*Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di ordinamenti delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi*” (c.d. disegno di legge Letta - Napolitano) approvato nella seduta del Consiglio dei Ministri del 2 febbraio 2007 ma, anch'esso, mai sfociato in un atto normativo, che prevedeva la concentrazione delle funzioni, rispettivamente, di stabilità, trasparenza e concorrenza in capo a tre soli soggetti (Banca d'Italia, CONSOB – che avrebbe conservato il proprio nome – e Autorità *antitrust*).

La distribuzione delle competenze in base al criterio della *vigilanza per finalità* avrebbe, tra l'altro, consentito una proficua applicazione degli spunti interpretativi di recente formulati da ben cinque coeve pronunzie dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che si avrà modo di analizzare in seguito e cui si accenna in quanto costituenti un ulteriore tassello dell'evoluzione del diritto vivente concernente i rapporti tra *authorities*.

La riforma si è invece concretizzata nel d.l. 6 luglio 2012, n. 95, recante “*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*” (c.d. *spending review*) convertito, con modificazioni, nella l. 7 agosto 2012, n. 135 che, in un'ottica di complessivo ridimensionamento del plesso pubblicistico, all'art. 13 ha disposto la soppressione dell'ISVAP, al contempo istituendo l'*Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni* (IVASS), cui sono trasferiti funzioni, competenze, poteri e rapporti attivi e passivi, risorse finanziarie e strumentali dell'ente soppresso; con l'esclusione, tuttavia, della tenuta del ruolo dei periti assicurativi, trasferita alla

Concessionaria dei servizi assicurativi pubblici s.p.a. (CONSAP), e delle funzioni e competenze in materia di tenuta del Registro unico degli intermediari assicurativi e riassicurativi nonché di vigilanza sui soggetti iscritti, che saranno attribuite a un apposito organismo, avente personalità giuridica di diritto privato e ordinato in forma di associazione, sottoposto alla vigilanza dell'IVASS.

Il completo trasferimento del *munus* avverrà peraltro al termine di una fase transitoria, durante la quale il presidente dell'ISVAP assume le funzioni di commissario straordinario.

In realtà l'innovazione riportata è il risultato del compromesso prodotto dal dibattito tenutosi, successivamente alla presentazione del decreto legge, avanti alla Commissione Bilancio del Senato, poi recepito in un c.d. maxiemendamento governativo, secondo una procedura legislativa ormai purtroppo divenuta abituale.

Il d.l. 95/2012, infatti, nella sua originaria versione prevedeva la soppressione sia dell'ISVAP che della COVIP, istituendo un *Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni e sul risparmio previdenziale* (IVARP).

Il nuovo ente (che, a ben vedere, presenta la peculiarità di essere esistito per un periodo di soli sessanta giorni, e poi di essere stato soppresso *ex tunc* per la mancata conversione del decreto in parte *qua*) avrebbe dovuto quindi cumulare le funzioni in precedenza attribuite alle due autorità sopra descritte.

In sede di dibattito parlamentare, il diverso esito riferito è stato probabilmente il prodotto di due tendenze convergenti, che hanno riscosso consensi sia nello schieramento di maggioranza che nelle opposizioni. Da un lato, la soppressione della COVIP è stata ritenuta non opportuna in quanto, con ogni probabilità, le forze politiche hanno ritenuto di evitare – tramite l'unificazione delle autorità di vigilanza – una sostanziale assimilazione dei prodotti previdenziali (reputati di particolare delicatezza per la loro specifica destinazione ai lavoratori) a quelli assicurativi, con conseguente piena concorrenzialità e fungibilità, rispetto ai fondi pensione, dei contratti assicurativi con finalità previdenziale.

Per contro, una volta salvaguardata la sopravvivenza della COVIP, non si sono sopiti i propositi di progressivo superamento dell'assetto di vigilanza quantomeno sul settore assicurativo, e di attribuzione (*in nuce*, come si vedrà) delle relative funzioni a soggetto ritenuto più idoneo. Tale intendimento deve essere fatto sostanzialmente risalire allo scarso apprezzamento per l'attuale stato del mercato assicurativo, non immune negli ultimi tempi da fenomeni di turbolenza finanziaria né da una diuturna crescita dei costi per l'utenza.

L'esegeta non può che prendere atto del passaggio di consegne, almeno nominale, verificatosi dopo un trentennio, anche se permane l'interrogativo sulla consequenzialità tra la valutazione su specifiche opzioni gestionali e il giudizio sugli intrinseci connotati dell'amministrazione interessata.

L'IVASS nasce peraltro come una autorità a sovranità limitata, presentando una strettissima integrazione con la Banca d'Italia. E infatti: *i)* presidente dell'Istituto è il direttore generale della Banca d'Italia (comma 11); *ii)* l'attività di indirizzo e di direzione strategica dell'IVASS spettano al direttorio della Banca d'Italia, integrato in tali occasioni da due consiglieri (comma 18); *iii)* in sede di prima applicazione, lo statuto dell'IVASS sarà deliberato dal direttorio della Banca d'Italia (comma 24); *iv)* a fini dell'esercizio delle sue funzioni l'IVASS può avvalersi delle infrastrutture tecnologiche della Banca d'Italia (comma 27).

In effetti, espunte le competenze in materia di intermediari e periti; e, al contempo, subita la sostanziale traslazione dei poteri decisionali in capo ai vertici della Banca d'Italia, l'IVASS sembra più connotato dai caratteri di un ufficio di analisi e studio che da quelli di un'autorità con poteri decisionali propri.

Il modello, di sostanziale eterodirezione, prefigurato dal d.l. 95/2012 per i rapporti tra IVASS e Banca d'Italia sembra riprodurre, in modo più o meno consapevole, quello sussistente tra la banca centrale e l'*Ufficio Italiano Cambi* (UIC), che, sino alla sua abolizione, operata dall'art. 62 del d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231, rivestiva, secondo quanto generalmente ritenuto, la qualifica di ente "strumentale", in quanto privo di autonomia di indirizzo.

L'intervento attuato con il decreto sulla *spending review* rappresenta quindi, a ben vedere, l'opzione intermedia tra quelle ventilate (le altre consistevano, come detto, nella piena attuazione del disegno di legge sulla tutela del risparmio e di quello Letta - Napolitano; ovvero nell'effettiva soppressione dell'ISVAP, con contestuale accorpamento alla Banca d'Italia).

Si è omissso, da un lato, di procedere a una rigorosa e specifica delimitazione delle funzioni di stabilità rispetto a quelle di trasparenza e correttezza; dall'altro, sotto l'aspetto organizzativo, la mera soppressione dell'ISVAP non si è tradotta in un immediato assorbimento nella Banca d'Italia, che avrebbe evidentemente determinato problematiche relative all'attribuzione alla stessa di funzioni evidentemente esorbitanti, nonché conseguenti problemi di *governance*. L'intervento, sotto il profilo dell'impatto regolativo, si connota quindi per: *i)* una scarsa incisività sotto il profilo della riduzione dei costi degli apparati burocratici (il numero delle entità è rimasto invariato); *ii)* una media complessità sotto il profilo del graduale e transitorio trasferimento delle funzioni (detto trasferimento non riguarderà infatti le competenze di vigilanza di stabilità); *iii)* un buon livello di organicità della regolazione, una volta entrata a regime, in quanto, pur permanendo il riparto di competenze *ratione materiae*, si realizzeranno *de facto* quantomeno le esigenze, sopra descritte, relative all'attribuzione a una sola entità (la Banca d'Italia) della vigilanza di stabilità sugli operatori finanziari, tra l'altro contestuale al progressivo accentramento in capo alla Banca centrale europea delle funzioni di vigilanza macrosistemica, secondo quanto auspicato nel consiglio europeo del 28-29 giugno 2012.

Incoerenti rispetto al descritto disegno rimangono, comunque, le disposizioni concernenti la vigilanza sugli intermediari e sui periti. Quanto ai primi, l'attribuzione dei compiti di gestione del relativo albo a un organismo (che, a dispetto degli auspici del legislatore, non può che qualificarsi che di diritto pubblico, sussistendo, tra l'altro, il finanziamento a carico della collettività, il controllo pubblicistico e l'esercizio di poteri autoritativi) riproduce *mutatis mutandis* quanto di recente comminato per altre categorie di operatori (i promotori finanziari e gli intermediari creditizi). Tuttavia suscita perplessità, sempre nell'ordito sopra delineato, la circostanza che la vigilanza di tale organismo non sia stata attribuita alla CONSOB (considerando che, per l'appunto, si è in presenza di una forma di controllo estraneo alla stabilità del sistema finanziario). Probabilmente, è prevalsa la volontà di differenziare le tipologie di operatori (gli intermediari del credito e gli intermediari di assicurazione) coinvolti nella distribuzione di prodotti finanziari a basso tasso di rischio, per cui la vigilanza sistemica finisce per rivestire carattere assorbente, considerando che in nessuno dei due casi si presenta il rischio della perdita del capitale investito. In tal modo, in considerazione della confermata attribuzione alla CONSOB della vigilanza sui prodotti misti finanziario-assicurativi, il sistema pare non difettare di una certa minima coerenza interna.

Si noti, tra l'altro, che in sede di prima attuazione è espressamente comminata la possibile revisione degli intermediari sottoposti a obbligo di iscrizione: pare sin troppo agevole ritenere che il riferimento obbligato sarà relativo ai collaboratori di cui all'art. 109, comma 2, lett. e), del d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209, per cui le necessità sottese all'iscrizione in un registro sono agevolmente surrogabili dalla piena responsabilità dell'intermediario principale.

Per quanto riguarda i periti, invece, non minori perplessità suscita l'attribuzione dei poteri di vigilanza alla CONSAP: se anche quest'ultima può sostanzialmente classificarsi come organismo di diritto pubblico, pare tuttavia che le attribuzioni incardinate poco abbiano a che vedere con la *mission* istituzionale dell'ente che si concretizza sostanzialmente nella gestione dei fondi assicurativi di interesse pubblico.

Non è, pertanto, peregrino ipotizzare che le esigenze di concentrazione delle attribuzioni e di contenimento dei costi abbiano per il momento assunto ruolo preponderante nel guidare la penna del legislatore; e che questi non abbia scartato la possibilità di intervenire, a breve giro di posta, per correggere le sopra delineate imperfezioni.

2. *Le assicurazioni collegate a contratti di finanziamento*

L'art. 36 *bis* del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito nella l. 22 dicembre 2011, n. 214, ha affrontato l'annosa questione delle polizze assicurative accessorie a contratti di finanziamento.

La norma ha introdotto all'art. 21 del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo), che disciplina, nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette, quelle considerate ingannevoli, un comma (il 3 *bis*) secondo cui deve essere considerata scorretta la pratica commerciale del soggetto che, ai fini della stipulazione di un contratto di mutuo, obblighi il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima impresa.

Il lettore più attento rammenterà, in particolare, che tale problematica (consistente, per sommi capi, nella diffusione di contratti assicurativi alla cui stipulazione, nella prassi bancaria, era subordinata la concessione di finanziamenti, soprattutto di mutui immobiliari, e nella complessiva onerosità dell'operazione) era stata affrontata in modo alquanto drastico dall'art. 52 del regolamento ISVAP del 26 maggio 2010, n. 35. Quest'ultimo, novellando il regolamento ISVAP del 16 ottobre 2006, n. 5 in materia di intermediazione assicurativa, aveva introdotto il divieto per gli intermediari di rivestire la qualifica di beneficiari del contratto mediato (ovviamente, la proibizione mirava a sottoporre al proprio ambito applicativo essenzialmente l'impresa creditizia, di norma al contempo iscritta nella sezione D del registro degli intermediari di assicurazione, che ponesse in essere la prassi suddetta).

In relazione a tale divieto, erano tuttavia insorti gli operatori del settore che, nell'impugnazione rivolta avanti al TAR del Lazio, oltre a varie doglianze di carattere sostanziale, avevano lamentato una serie di omissioni procedurali nell'*iter* che aveva portato alla decisione descritta. Il giudice capitolino, con quattro pronunzie tutte in data 27 ottobre 2010 (33031, 33032, 33033 e 33044) ritenendo assorbenti i gravami formali (in modo probabilmente non del tutto conforme al mutato ruolo sostanziale oggi attribuito al giudice amministrativo) aveva quindi caducato le norme in commento che però, stante la carenza di preclusione nel merito derivante dal giudicato, erano state sostanzialmente riprodotte dal provvedimento ISVAP del 6 dicembre 2011, n. 2946.

La novella legislativa (a parte l'imprecisione concernente la polizza assicurativa "*erogata*") ha però suscitato serie perplessità con riferimento al rapporto tra tale ultima determinazione e il menzionato provvedimento dell'ISVAP.

Indubbiamente tra le due norme intercorreva un rapporto di specialità: la disposizione regolamentare, infatti, poneva una proibizione di carattere ampio e assoluto agli intermediari di assumere la veste di beneficiari dei contratti, laddove la novella del codice del consumo sanzionava, con riguardo ad alcuni di essi, la sola imposizione della stipulazione di contratti assicurativi. Da ciò sarebbe derivato un diverso ambito applicativo.

Privilegiando il profilo temporale, poteva invece ipotizzarsi che detta disposizione assumesse efficacia implicitamente caducante di quanto in precedenza disposto dall'Autorità di vigilanza.

In altre parole, ben si sarebbe potuto ritenere che la *voluntas legis* fosse orientata nel senso della traslazione della tematica da una norma proibitiva, interna alla disciplina settoriale del mercato assicurativo, a una norma di carattere prettamente sanzionatorio.

Da ultimo, l'evidente *ratio* della disposizione, consistente nella volontà di non obliterare la disciplina settoriale ma di fornire, comunque, una base minima di tutela, avrebbe potuto far privilegiare la tesi della compresenza delle due disposizioni, essendo quindi applicabile quella legislativa agli intermediari finanziari abilitati alla distribuzione di prodotti assicurativi; quella settoriale al complesso degli intermediari di assicurazione in senso stretto.

Infine, deve essere menzionato l'art. 28 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella l. 24 marzo 2012, n. 27, che letteralmente dispone «(...) *le banche, gli istituti di credito e gli intermediari finanziari se condizionano l'erogazione del mutuo alla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita sono tenuti a sottoporre al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi*».

La prima parte della norma aveva, peraltro, fatto salvo «*quanto previsto dall'articolo 183 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, e dalle relative disposizioni e delibere dell'ISVAP di attuazione in materia di interesse degli intermediari assicurativi*», con l'evidente volontà di confermare l'attuale vigenza delle disposizioni regolamentari.

Come può agevolmente desumersi dalla mancanza di disposizioni abrogative, detta ulteriore e drastica previsione, lungi dal risolvere i dubbi prospettati, li rende di ancora più difficoltosa risoluzione.

Oltre alla prospettiva, quantomeno insolita, di una norma legislativa che interviene per ratificare una disposizione secondaria, si noterà che nessun accenno è contenuto alla possibilità che la novella al codice del consumo possa reputarsi abrogata o, al contrario, vigente.

L'art. 28 sembra, infatti, porsi in esplicita contraddizione con quanto disposto dal legislatore stesso a brevissima distanza temporale. In effetti, la *premessa maior* di quanto comminato («*se condizionano*») parrebbe non presentare alcun senso, se si considera che il combinato disposto sopra descritto considera quale pratica commerciale scorretta proprio il condizionamento della concessione del finanziamento alla stipulazione di contratti di assicurazione e ne precludono l'intestazione, in veste di beneficiario, all'intermediario che abbia favorito la conclusione del contratto.

Nel complesso, ritenendo vigente tutte le norme descritte, dovrebbe ipotizzarsi il seguente sistema:

i) gli intermediari *lato sensu* finanziari non possono condizionare l'erogazione di finanziamenti alla stipulazione di contratti assicurativi;

ii) laddove si limitino alla proposizione del contratto, gli stessi devono consentire il confronto tra contratti proposti da due distinti gruppi;

iii) infine, pur se la stipulazione del contratto sia liberamente prescelta, gli stessi intermediari non possono rivestirne la qualifica di beneficiari (o vincolatari).

E' proprio tale ultimo punto che, peraltro, rende intuitivamente del tutto superflue le ulteriori proibizioni. Infatti, il condizionamento dell'erogazione del mutuo alla stipulazione di un contratto di assicurazione è generalmente diretto proprio all'indicazione, quale beneficiaria, dell'impresa finanziatrice.

Tuttavia la disamina sul quadro normativo applicabile non appare esclusivamente teorica, ma assume rilievo anche al fine di valutare quale tra le autorità competenti sia deputata, in concreto, ad irrogare le corrispondenti sanzioni.

Infatti deve essere premesso che in data 11 maggio 2012 sono state depositate cinque pronunzie dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (da 11 a 16) con cui è stato chiarito il riparto di competenze tra autorità amministrative indipendenti in relazione alla potestà sanzionatoria sulle pratiche commerciali scorrette, laddove (come nei casi che hanno dato origine alla rimessione all'adunanza plenaria) sussista una disciplina settoriale in rapporto di specialità rispetto a quella contenuta nel codice del consumo (artt. 20 ss.).

Sul punto, sia nell'ordinanza di rimessione che nelle memorie difensive erano state prospettate varie tesi risolutive del conflitto: *i)* la tesi della prevalenza, in ogni caso, della disciplina di carattere generale; *ii)* quella della complementarietà, secondo cui la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette avrebbe carattere trasversale e risponderebbe all'esigenza di non lasciare sguarniti di tutela specifici rapporti contrattuali (ne deriverebbe la possibilità di applicare la disciplina protettiva trasversale anche in presenza di disposizioni dell'ordinamento settoriale che proteggano il consumatore); *iii)* la tesi della specialità in concreto, secondo cui dovrebbe opinarsi la competenza dell'una o dell'altra autorità a seconda che il comportamento dell'impresa si appalesi violativo della normativa di settore o del singolo rapporto di consumo; *iv)* la tesi contigua secondo spetterebbe all'autorità di settore la competenza sulla valutazione *ex ante* dell'illiceità dei comportamenti, mentre rimarrebbe ferma la spettanza all'autorità generalmente deputata alla repressione di tali fenomeni laddove essa reputi *ex post* integrati i termini della scorrettezza della pratica; *v)* la tesi accolta dal Consiglio di Stato, e fondata sull'art. 19, comma 3, del codice del consumo, secondo cui dovrebbe essere valutata la specialità in astratto tra le discipline sostanziali, ritenendosi la competenza devoluta all'autorità munita della competenza maggiormente specifica, sempre che sussista una normativa speciale a protezione del consumatore (detto requisito, mentre è stato ritenuto sussistente con riferimento ai poteri dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni,

non è stato invece ravvisato, quantomeno in epoca precedente al d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141, in relazione alla Banca d'Italia).

Tale soluzione, oltre che per ragioni di stretta ermeneutica giuridica, è stata accolta (anche) in quanto reputata maggiormente rispondente a criteri di proporzionalità. Per contro è agevole intuire come, nel riferito settore delle polizze connesse a mutui, la tesi, propugnata dall'Autorità di vigilanza *pro tempore*, della contemporanea sussistenza di una disciplina settoriale e di una generale determini l'assoggettamento delle imprese di settore a una ingiustificata *double jeopardy*, risultando come detto ardua l'individuazione di una disciplina più o meno speciale.

3. *Le altre misure di liberalizzazione*

Gli ulteriori interventi normativi si pongono, pur nella diversità di contenuti, in linea con i principi che hanno mosso le riforme dell'ultimo quinquennio, non ultima la continua e talora frenetica rivoluzione normativa, sovente non del tutto armonizzata con il quadro offerto dalla disciplina del mercato di riferimento.

In particolare, nel più ampio quadro di misure, adottate nell'anno in corso tramite lo strumento della decretazione d'urgenza, deve essere menzionato l'art. 36 del d.l. 201/2011 che affrontato la tematica dei c.d. *interlocking directorates*, vale a dire della contemporanea presenza gestionale in più soggetti (almeno teoricamente) in competizione tra loro, con ovvie conseguenze negative sull'effettiva concorrenza delle imprese interessate.

In particolare, la disposizione prevede un drastico divieto "*ai titolari di cariche negli organi gestionali, di sorveglianza e di controllo e ai funzionari di vertice di imprese o gruppi di imprese operanti nei mercati del credito, assicurativi e finanziari di assumere o esercitare analoghe cariche in imprese o gruppi di imprese concorrenti*".

Più corposo, e più coerente con la *sedes materiae*, in quanto direttamente finalizzato a incentivare la concorrenza nell'ottica di un più sostenuto sviluppo economico del paese, è il complesso di misure adottato nell'ambito del d.l. 1/2012, già citato.

Il decreto ha infatti introdotto ulteriori misure di liberalizzazione, innovando soprattutto nella materia dell'intermediazione assicurativa.

Il riferimento è all'introduzione, da parte dell'art. 34, con specifico riguardo al settore dell'assicurazione r.c. auto, dell'obbligo, per gli intermediari, di presentare all'assicurato almeno tre preventivi, riferibili a imprese non collegate.

La disposizione si inserisce nel filone legislativo che, a partire dai pacchetti di liberalizzazioni del 2006 e del 2007, ha incentrato la promozione della concorrenza nel settore

(soprattutto) nella disciplina dell'intermediazione, ritenendo di privilegiare l'instaurazione di legami contrattuali con le imprese non contraddistinti dal vincolo dell'esclusiva.

Tuttavia, il citato art. 34 si spinge ormai oltre, imponendo anche ai titolari di rapporti agenziali di promuovere contestualmente più prodotti assicurativi in concorrenza. Se la disposizione può essere ritenuta ragionevole – anche se di fatto inutile – per quegli intermediari che siano titolari di più mandati, essa si rivela quantomeno contraddittoria nei confronti degli altri. Infatti, se si ritiene che il ruolo attribuito all'agente sia sostanzialmente limitato alla segnalazione di ulteriori offerte, i cui preventivi sono già obbligatoriamente resi noti per via telematica, l'attestazione dell'adempimento al relativo obbligo si rivelerà poco più che una clausola di stile. Per contro, ove vi sia una vera e propria attività di promozione del prodotto in competizione, è evidente che la nuova disciplina finisce per imporre agli intermediari un comportamento palesemente antieconomico, in quanto gli stessi sono obbligati a indirizzare i potenziali fruitori verso la stipulazione di contratti che lo stesso intermediario non ha il potere di concludere.

L'art. 32, comma 1, e l'art. 34 *bis* intervengono poi sulla determinazione delle tariffe assicurative, prevedendo obblighi di riduzione del premio per categorie di contraenti virtuosi: la prima norma, per il caso in cui in forza del meccanismo *bonus malus* l'assicurato abbia avuto accesso ad una classe di merito più favorevole, che comporterà l'obbligo di una riduzione "effettiva" (vale dire non compensata da eventuali variazioni del premio); la seconda, laddove lo stesso acconsenta all'installazione sul proprio veicoli di dispositivi elettronici idonei a scongiurare la possibilità di frodi assicurative.

L'art. 34 *ter* ha limitato il potere delle imprese di differire il risarcimento del danno derivante da furto o incendio dell'autoveicolo, prima della certificazione della chiusura delle indagini penali.

Particolarmente rilevante è poi la disciplina del danno non patrimoniale proprio nelle tipologie di responsabilità civile ascritte all'assicurazione obbligatoria r.c. auto.

Il comma 3 *ter* del già menzionato art. 32 dispone infatti, novellando l'art. 139 del codice delle assicurazioni, che «*In ogni caso, le lesioni di lieve entità, che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo, non potranno dar luogo a risarcimento per danno biologico permanente*»; il comma 3 *quater* prevede invece che «*il danno alla persona per lesioni di lieve entità*» non sia risarcibile se non «*a seguito di riscontro medico legale da cui risulti visivamente o strumentalmente accertata l'esistenza della lesione*».

Il coordinamento tra le due proposizioni precettive, nonché tra queste e il sistema civilistico del risarcimento del danno, appare quantomeno difficoltoso, laddove ne è invece chiara la *ratio*: quella di porre fine alla prassi forense, di dubbia legalità, di incentivare richieste di risarcimento del danno fondate esclusivamente su asserzioni del presunto danneggiato.

A fronte della tesi (sostenuta, ovviamente, dalle associazioni di categoria maggiormente interessate al settore delle liquidazioni dei danni) secondo cui il combinato disposto avrebbe una mera funzione ricognitiva del generale principio di accertabilità della lesione (*sub specie* di danno biologico) lamentata dal danneggiato, l'ISVAP (con comunicazione del 19 aprile 2012) ha invece ritenuto di differenziare le due proposizioni precettive, ritenendo ormai attribuito un diverso regime probatorio al danno permanente di lieve entità, che deve essere accertato tramite “*un accertamento clinico strumentale obiettivo*”, mentre il danno temporaneo di lieve entità potrebbe essere accertato sempre mediante accertamento obiettivo, ma anche esclusivamente “*visivo*”.

Ne deriva che, in sostanza, le semplici dichiarazioni del danneggiato, in deroga al principio dispositivo dell'onere della prova, non consentiranno più la liquidazione del danno. Anche con disposizioni tutt'altro che impeccabili dal punto di vista della tecnica legislativa, è quindi confermata la progressiva fuoriuscita del risarcimento del danno conseguente a sinistri stradali rispetto al sistema generale, in forza dell'indubbia sussistenza di un interesse pubblico alla corretta definizione delle controversie in questione esorbitante rispetto a quello relativo alla mera tutela risarcitoria di posizioni soggettive.

4. *Gli (ultimi) interventi attuativi dell'Autorità*

Per concludere, si riportano di seguito i principali interventi regolamentari dell'ISVAP, afferenti a tematiche trattate nel resto della trattazione, che assumono un rilievo (anche) per il dato che si è trattato degli ultimi atti emanati prima della soppressione.

In particolare, meritano di essere menzionati due atti regolamentari.

Il regolamento del 3 maggio 2012, n. 40, ha attuato il precetto dell'art. 28, comma 2, del d.l. 1/2012, secondo cui l'Autorità del settore avrebbe dovuto specificare il contenuto minimo dei contratti assicurativi collegabili a finanziamento (mutuo immobiliare o credito al consumo). Si tratta di una misura che, nell'impostazione della delega legislativa, dovrebbe agevolare la competizione tra i prodotti assicurativi, come detto disposta, quantomeno da un punto di vista potenziale, dalle ultime misure introdotte dal legislatore.

E' invece, ancora pendente la procedura di pubblica consultazione del regolamento che dovrebbe individuare in concreto gli obblighi di confronto come detto di recente introdotti dal legislatore. Al riguardo, l'Autorità sembrerebbe orientata nel senso di prevedere in capo agli intermediari un obbligo di formulare un preventivo, che tenga conto delle specifiche esigenze assicurative. In tal modo, si conferma l'impostazione più radicale degli obblighi di assistenza relativa a imprese diverse da quelle preponenti, che però (come detto) risulta di dubbia

compatibilità con il sistema generale, ancora incentrato sulla differenziazione tra agenti e mediatori indipendenti.

5. Postilla di aggiornamento

Il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, recante “*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*”, ha dettato ulteriori importanti innovazioni in materia assicurativa.

L’art. 21 attribuisce alla novella autorità di vigilanza il potere di adottare una serie di misure per l’individuazione e il contrasto delle frodi assicurative, con particolare riferimento alla prevenzione delle frodi nel settore dell’assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore.

L’art. 22, comma 1, introduce il divieto di rinnovo tacito del contratto di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti.

Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche agli altri contratti assicurativi eventualmente stipulati in abbinamento a quello di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli.

Le clausole in contrasto con le cennate previsioni sono nulle, e la relativa nullità opera soltanto a vantaggio dell’assicurato.

Per le clausole di tacito rinnovo, eventualmente previste nei contratti stipulati precedentemente alla data di entrata in vigore del decreto, le previsioni si applicano a far data dal 1 gennaio 2013.

Il comma 4 prevede che con decreto del Ministro dello Sviluppo Economico sia definito un contratto-base di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, contenente le clausole minime necessarie ai fini dell’adempimento dell’obbligo di legge, e articolato secondo classi di merito e tipologie di assicurato, definendo i casi di riduzione del premio e di ampliamento della copertura applicabili allo stesso contratto base. Ciascuna impresa di assicurazione può peraltro determinare liberamente il prezzo del contratto-base e delle ulteriori garanzie e clausole.

Il comma 10 prevede che «*Al fine di favorire il superamento dell’attuale segmentazione del mercato assicurativo ed accrescere il grado di libertà dei diversi operatori, gli intermediari assicurativi (...) possono adottare forme di collaborazione reciproca nello svolgimento della propria attività anche mediante l’utilizzo dei rispettivi mandati. Detta collaborazione é consentita sia tra intermediari iscritti nella medesima sezione del registro o nell’elenco a questo annesso, sia tra di loro reciprocamente, a condizione che al cliente sia fornita, con le modalità e forme previste*

nel Codice delle assicurazioni private e sui regolamenti attuativi, una corretta e completa informativa in relazione al fatto che l'attività di intermediazione viene svolta in collaborazione tra più intermediari, nonché l'indicazione dell'esatta identità, della sezione di appartenenza e del ruolo svolto dai medesimi nell'ambito della forma di collaborazione adottata. L'IVASS vigila sulla corretta applicazione del presente articolo e può adottare disposizioni attuative anche al fine di garantire adeguata informativa ai consumatori».

Secondo il comma 11 «Gli intermediari assicurativi che svolgono attività di intermediazione in collaborazione tra di loro ai sensi del comma 10 rispondono in solido per gli eventuali danni sofferti dal cliente a cagione dello svolgimento di tale attività, salve le reciproche rivalse nei loro rapporti interni».

Il comma 12 sancisce che «A decorrere dal 1 gennaio 2013, le clausole fra mandatario e impresa assicuratrice incompatibili con le previsioni del comma 10 sono nulle per violazione di norma imperativa di legge e si considerano non apposte. L'IVASS vigila ed adotta eventuali direttive per l'applicazione della norma e per garantire adeguata informativa ai consumatori».

Organismi di settore: decentramento dei controlli

(Maria Letizia Magno)

Il d. lgs. n. 141 del 2010 – integrato e modificato con il successivo d. lgs. n. 218 del 2010 – emanato in attuazione della direttiva comunitaria n. 2008/48/CE in materia di credito al consumo, ha apportato rilevanti modifiche alla disciplina degli intermediari finanziari e, in particolare, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi. Il 2 ottobre 2012, a completamento del processo di riforma, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il d. lgs. n. 169 del 2012 con il quale sono stati approvati alcuni correttivi al precedente decreto n. 141 del 2010.

In particolare, l'art. 7 del decreto da ultimo richiamato modifica il Titolo V del TUB relativo ai soggetti operanti nel settore finanziario; vengono introdotti i Titoli V bis, relativo alla moneta elettronica e agli istituti di moneta elettronica, e V ter relativo agli istituti di pagamento; l'art. 4 modifica il Titolo VI del TUB in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti; infine, l'art. 11 del decreto introduce il Titolo VI bis relativo agli agenti in attività finanziaria e ai mediatori creditizi.

Particolari funzioni di vigilanza e controllo nei confronti dei collaboratori esterni degli intermediari finanziari sono state attribuite ad organismi costituiti ad hoc e, in particolare, all'OAM per ciò che riguarda gli agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi, all'APF – già costituito a far data dal 2009 – per ciò che concerne i promotori finanziari e all'IVASS per ciò che riguarda gli agenti e mediatori assicurativi.

Tali modifiche si inseriscono in un quadro disciplinare tuttora in fase di completamento per la piena realizzazione del quale si ritiene altresì necessario prevedere adeguati strumenti di informazione e di educazione dei consumatori stessi.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le criticità della disciplina previgente sull'intermediazione finanziaria e le novità introdotte. – 3. I collaboratori esterni: la disciplina degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi. – 4. L'OAM. – 5. Gli altri collaboratori esterni e l'APF. – 6. Il d. lgs. 19 settembre 2012, n. 169. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Il d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141 – integrato e modificato con il successivo d. lgs. 14 dicembre 2010, n. 218 – emanato in attuazione della direttiva comunitaria n. 2008/48/CE in materia di credito al consumo, ha apportato rilevanti modifiche alla disciplina degli intermediari finanziari e, in particolare, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi.

Il recepimento della direttiva sopra richiamata ha rappresentato, infatti, l'occasione per la realizzazione di una più ampia riforma volta ad assicurare una maggiore trasparenza ed una maggiore correttezza dei comportamenti degli intermediari finanziari nei confronti della clientela.

La legge comunitaria del 2008 ha attribuito al Governo la delega per l'attuazione dei decreti legislativi volti a: recepire nell'ordinamento italiano la direttiva comunitaria n. 2008/48/CE in materia di credito al consumo; coordinare il Titolo VI del TUB in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali con le altre disposizioni in materia di trasparenza; ridefinire la disciplina relativa ai soggetti operanti nel settore finanziario di cui al Titolo V del TUB; rivedere la disciplina degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi. Stando ai criteri di delega, la riforma

avrebbe dovuto rideterminare i requisiti per l'iscrizione all'albo dei soggetti abilitati; prevedere strumenti di controllo più efficaci, modulati anche sulla base delle attività svolte dall'intermediario; garantire la semplificazione, la trasparenza, la celerità, l'economicità e l'efficacia dell'azione amministrativa e dei procedimenti sanzionatori, attribuendo i poteri sanzionatori e di intervento alla Banca d'Italia; prevedere sanzioni amministrative pecuniarie e accessorie e forme di intervento effettive, dissuasive e proporzionate.

In particolare, l'art. 7 del decreto modifica il Titolo V del TUB relativo ai soggetti operanti nel settore finanziario; vengono introdotti i Titoli *V bis* relativo alla moneta elettronica e agli istituti di moneta elettronica e *V ter* relativo agli istituti di pagamento; l'art. 4 modifica il Titolo VI del TUB in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti; infine, l'art. 11 del decreto introduce il Titolo *VI bis* relativo agli agenti in attività finanziaria e ai mediatori creditizi.

2. *Le criticità della disciplina previgente sull'intermediazione finanziaria e le novità introdotte*

Come si legge nella Circolare Assonime n. 11 del 26 aprile 2011, «la previgente disciplina in materia di soggetti operanti nel settore finanziario presentava dei profili critici significativi sia per il numero e la varietà dei soggetti da essa interessati, sia per un'architettura dei controlli che non era efficace e proporzionata rispetto ai rischi connessi con le attività prese in considerazione».

Essa, infatti, prendeva in considerazione le seguenti attività finanziarie: l'assunzione di partecipazione; la concessione di finanziamenti; la prestazione di servizi di pagamento e l'intermediazione in cambi, e prevedeva per ciascuna di esse tre livelli di disciplina progressivamente più incisivi in considerazione delle caratteristiche proprie dell'attività.

Il primo livello riguardava i soggetti che esercitavano in via prevalente una o più delle predette attività ma non nei confronti del pubblico. Detti soggetti erano tenuti ad iscriversi in un'apposita sezione dell'elenco generale degli intermediari finanziari tenuto dalla Banca d'Italia. L'iscrizione era subordinata al rispetto dei soli requisiti di onorabilità e di indipendenza.

Il secondo livello si applicava, invece, a quei soggetti che esercitavano le attività di cui sopra nei confronti del pubblico. Essi erano tenuti ad iscriversi in un apposito elenco tenuto dalla Banca d'Italia la cui iscrizione era subordinata alla verifica di particolari condizioni relative alla forma sociale, all'oggetto sociale, al capitale minimo, e all'esistenza dei requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza.

Infine, il terzo livello riguardava gli intermediari finanziari che presentavano rischi sistemici in considerazione dei volumi operativi dell'attività oppure per la natura dell'attività stessa. Detti

soggetti erano tenuti ad iscriversi in un apposito elenco speciale ed erano soggetti ad un regime di vigilanza simile a quello bancario.

Detto assetto normativo si presentava insoddisfacente sotto molteplici profili. In particolare comportava una difficoltà oggettiva per le autorità di controllo nel presidiare in maniera efficiente una realtà operativa tanto complessa.

Secondo i dati forniti dalla Banca d'Italia, alla data del 31 dicembre 2009, gli operatori iscritti nell'elenco generale di cui all'art. 106 TUB erano 1.411, quelli iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 TUB erano 172 e gli iscritti nella sezione speciale di cui all'art. 113 TUB erano oltre 19.000 (cfr., Rinaldi R., *La nuova disciplina degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi*, atti del Convegno FIMEC, Pisa 05.11.2010). Le attività di controllo e di vigilanza risultavano dunque concretamente impossibili.

La nuova disciplina introdotta con il d. lgs. 141 del 2010, invece, elimina la distinzione tra elenco generale, elenco speciale e sezione speciale dell'elenco generale istituendo un albo unico tenuto dalla Banca d'Italia, la cui iscrizione è subordinata alla verifica del possesso di requisiti ben più incisivi di quelli precedentemente previsti. Detta disciplina, inoltre, si applica esclusivamente alla sola attività di concessione di finanziamenti esercitata nei confronti del pubblico. Scopo del nuovo assetto normativo è quindi quello di restringere l'ambito di applicazione della disciplina a quei soli soggetti la cui attività, in quanto rivolta esclusivamente ai soggetti deboli del mercato, necessita di essere efficacemente monitorata e controllata.

3. *I collaboratori esterni: la disciplina degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi*

Per ciò che concerne, in generale, i soggetti operanti nel settore finanziario di cui al Titolo V TUB le nuove disposizioni modificano gli assetti statutari ed organizzativi ed innalzano i requisiti degli intermediari.

In particolare, gli intermediari diventano esclusivamente soggetti specializzati nella concessione del credito; viene eliminata la distinzione tra intermediari pienamente vigilati e soggetti sottoposti a controlli meramente formali e viene istituito un albo unico per gli operatori attivi nel settore del credito. Il nuovo art. 107 elenca le condizioni necessarie affinché gli intermediari possano essere autorizzati dalla Banca d'Italia all'esercizio dell'attività; l'art. 108 disciplina i poteri di vigilanza della Banca d'Italia; l'art. 109 introduce la vigilanza consolidata; infine vengono disciplinati il microcredito e i confidi.

Particolari sistemi di controllo vengono poi previsti per i collaboratori esterni e in particolare per gli agenti in attività finanziaria e per i mediatori creditizi la cui disciplina è contenuta nel Titolo VI-*bis*.

Per ciò che concerne questi ultimi, gli obiettivi principalmente perseguiti dalla riforma possono individuarsi: nell'introduzione di un più elevato livello di responsabilizzazione degli operatori; nella netta separazione delle due figure professionali e nell'adozione di una serie di requisiti maggiormente selettivi per l'esercizio dell'attività.

La netta separazione tra le due figure professionali è espressamente sancita dagli artt. 128-*quater*, comma 1, e 128-*sexies*, comma 3, TUB, i quali, rispettivamente, prescrivono che gli agenti in attività finanziaria possono svolgere esclusivamente l'attività diretta alla promozione e alla conclusione dei contratti relativi alla concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma o alla prestazione di servizi di pagamento, su mandato diretto di intermediari finanziari previsti dal Titolo V, e che i mediatori creditizi possono svolgere esclusivamente l'attività diretta a mettere in relazione, anche sotto forma di consulenza, banche o intermediari finanziari previsti dal Titolo V con la potenziale clientela, per la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma. L'incompatibilità tra le due figure professionali è ribadita dal disposto dell'art. 128-*octies*, comma 1, laddove vieta la contestuale iscrizione nell'elenco degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi. L'incompatibilità tra le due diverse figure professionali sussiste anche per i dipendenti e i collaboratori i quali non possono svolgere contemporaneamente la loro attività a favore di soggetti iscritti in elenchi differenti.

Per ciò che concerne i requisiti per l'esercizio di dette attività la riforma prevede per gli agenti in attività finanziaria, in primo luogo, l'obbligo del monomandato. La possibilità di assumere più mandati contemporaneamente è riservata all'ipotesi in cui l'intermediario offra solo alcuni specifici prodotti o servizi. Gli ulteriori requisiti per l'iscrizione nell'elenco sono indicati dall'art. 128-*quinquies*. E' prevista inoltre la responsabilità solidale dell'intermediario per i danni causati dall'agente nonché la responsabilità solidale dell'agente per i danni causati dai propri dipendenti e collaboratori.

Per quanto riguarda, invece, i mediatori creditizi, i requisiti per l'iscrizione nell'elenco sono disciplinati dall'art. 128-*septies*.

4. L'OAM

L'innovazione di maggior rilievo di cui alla riforma in commento è rappresentata dall'istituzione di un Organismo (OAM, Organismo degli Agenti e dei Mediatori), *ex art.* 128-*undecies* TUB, competente in via esclusiva ed autonoma alla gestione degli elenchi degli agenti in

attività finanziaria e dei mediatori creditizi, dotato dei poteri sanzionatori necessari per lo svolgimento dei propri compiti e sottoposto alla vigilanza della Banca d'Italia.

L'Organismo, avente personalità giuridica di diritto privato ed ordinato in forma di associazione, ha autonomia organizzativa, statutaria e finanziaria. I componenti dell'Organismo sono nominati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, su proposta della Banca d'Italia.

L'Organismo provvede all'iscrizione negli elenchi di cui all'art. 128-*quater*, comma 2, e all'art. 128-*sexies*, comma 2, previa verifica dei requisiti previsti, e svolge ogni altra attività necessaria per la loro gestione; determina e riscuote i contributi e le altre somme dovute per l'iscrizione negli elenchi; svolge gli altri compiti previsti dalla legge.

L'Organismo verifica il rispetto da parte degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi della disciplina cui essi sono sottoposti; per lo svolgimento dei propri compiti, l'Organismo può effettuare ispezioni e può chiedere la comunicazione di dati e notizie e la trasmissione di atti e documenti, fissando i relativi termini.

La vigilanza sull'operato dell'Organismo è riservata, ai sensi dell'art. 128-*terdecies*, alla Banca d'Italia la quale opera secondo modalità, dalla stessa stabilite, improntate a criteri di proporzionalità ed economicità dell'azione di controllo e con la finalità di verificare l'adeguatezza delle procedure interne adottate dall'Organismo per lo svolgimento dei compiti a questo affidati. Nell'esercizio del proprio potere di vigilanza, la Banca d'Italia può accedere al sistema informativo che gestisce gli elenchi in forma elettronica, richiedere all'Organismo la comunicazione periodica di dati e notizie e la trasmissione di atti e documenti, effettuare ispezioni nonché richiedere l'esibizione dei documenti e il compimento degli atti ritenuti necessari presso l'Organismo nonché convocare i componenti dell'Organismo. La Banca d'Italia informa il Ministro dell'economia e delle finanze delle eventuali carenze riscontrate nell'attività dell'Organismo e, in caso di grave inerzia o malfunzionamento dell'Organismo, può proporre lo scioglimento al Ministro dell'economia e delle finanze.

Dal canto suo l'Organismo è tenuto ad informare tempestivamente la Banca d'Italia degli atti e degli eventi di maggior rilievo relativi all'esercizio delle proprie funzioni e deve trasmettere, entro il 31 gennaio di ogni anno, una relazione dettagliata sull'attività svolta nell'anno precedente e sul piano delle attività predisposto per l'anno in corso.

5. *Gli altri collaboratori esterni e l'APF*

Per ciò che concerne gli altri collaboratori esterni degli intermediari finanziari vengono in rilievo le figure professionali del promotore finanziario e degli agenti e mediatori assicurativi. Invero dette figure professionali non sono state incise dalla riforma di cui al d. lgs. n. 141 del 2010.

Per i promotori finanziari, la cui disciplina è contenuta nel TUF, giova dar conto che dal 1 gennaio 2009 l'albo dei promotori finanziari non è più tenuto dalla Consob, bensì dall'Organismo per la tenuta dell'albo unico dei promotori finanziari (APF) che è stato costituito in forma di associazione tra l'Associazione Nazionale delle società di collocamento di Prodotti Finanziari e di Servizi di Investimento (ASSORETI), l'Associazione Nazionale Promotori Finanziari (ANASF) e l'Associazione Bancaria Italiana (ABI). L'Organismo è competente: a deliberare le iscrizioni, le cancellazioni dall'albo dei promotori finanziari e le variazioni dei dati in esso contenute e a rilasciare i relativi attestati; ad indire e ad organizzare lo svolgimento delle prove valutative per l'accesso all'albo dei promotori finanziari; ad aggiornare tempestivamente l'albo sulla base dei provvedimenti adottati nei confronti dei promotori dall'Autorità giudiziaria, dalla Consob e dallo stesso Organismo, e a verificare la permanenza dei requisiti prescritti per l'iscrizione all'albo.

Oltre a ciò l'Organismo si preoccupa di valorizzare il ruolo e l'attività dei promotori finanziari attraverso numerose iniziative di formazione che hanno lo scopo di favorire l'accesso dei giovani alla professione e di supportare la crescita professionale dei promotori consolidati. Esso inoltre ha realizzato un innovativo sistema di informazione sulla propria attività istituendo un portale che fornisce servizi utili ai promotori iscritti e agli aspiranti promotori nonché a tutti gli utenti che a vario titolo possano essere interessati all'attività svolta dall'Organismo stesso.

Sul piano organizzativo, l'Organismo è dotato di un ufficio centrale a sua volta suddiviso in ufficio bilancio e contabilità, ufficio gestione albo e sistemi informativi, e ufficio legale, e di due uffici periferici nelle sedi di Roma e Milano.

L'organismo opera nel rispetto dei principi e dei criteri stabiliti con il regolamento 16190 del 29 ottobre 2007 dalla Consob e sotto la vigilanza della medesima. La Consob è competente: a verificare che i comportamenti dei promotori finanziari nei confronti dei risparmiatori siano diligenti, corretti e trasparenti; ad adottare sospensioni cautelari dall'esercizio dell'attività per un periodo massimo di 60 giorni o, in casi determinati, anche di un anno; a disporre radiazioni o sospensioni sanzionatorie da uno a quattro mesi dall'albo; ad irrogare altre sanzioni quali il richiamo scritto e la sanzione amministrativa pecuniaria.

Infine, per ciò che concerne il settore assicurativo, al fine di assicurare la piena integrazione dell'attività di vigilanza nei settori finanziario e assicurativo, anche attraverso un più stretto collegamento con la vigilanza bancaria, la legge n. 135 del 2012 ha previsto l'istituzione

dell'IVASS (l'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni) che succederà in tutte le funzioni, le competenze e i poteri dell'ISVAP secondo i termini e i tempi stabiliti dalla medesima legge e opererà sulla base dei principi di autonomia organizzativa, funzionale e contabile (cfr., sul punto, Luberti A., *L'Istituto per la vigilanza sulle assicurazione private e di interesse collettivo: la redistribuzione delle competenze*, in questo Rapporto).

6. Il d. lgs. 19 settembre 2012, n. 169

Il 2 ottobre 2012 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il d. lgs. 19 settembre 2012, n. 169, con il quale sono stati approvati alcuni correttivi al precedente decreto n. 141 del 2010.

Tra le novità introdotte ve ne sono alcune che riguardano direttamente la disciplina degli intermediari finanziari nonché quella degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi.

Per ciò che concerne l'attività di intermediazione finanziaria si chiarisce che, ai fini dell'iscrizione nell'albo degli intermediari finanziari e nell'elenco degli operatori del microcredito, le forme giuridiche richieste agli enti sono quelle di società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e cooperativa per azioni a responsabilità limitata. Di conseguenza, ai fini del rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di intermediazione finanziaria, anche gli esponenti aziendali del richiedente devono possedere specifici requisiti di professionalità, indipendenza e onorabilità.

Inoltre, vengono modificati gli artt. 108 e 109 TUB specificando che tra i poteri di vigilanza regolamentare della Banca d'Italia rientra anche l'emanazione di disposizioni concernenti il governo societario, i sistemi di remunerazione e di incentivazione degli intermediari abilitati e, tra i provvedimenti specifici che può adottare l'autorità è annoverato anche, con riferimento a strumenti finanziari computabili nel patrimonio a fini di vigilanza, il divieto di pagare interessi.

Per ciò che concerne il microcredito viene eliminato il riferimento all'apposito Organismo individuato per la tenuta dell'elenco dei soggetti esercenti il microcredito, in quanto tale compito viene assegnato alla Banca d'Italia.

Analogamente a quanto previsto per gli intermediari abilitati, si specifica che la forma giuridica richiesta per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio del microcredito è quella di società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e cooperativa.

Viene altresì modificata la disciplina degli altri soggetti che erogano finanziamenti (tra cui i confidi) di cui all'art. 112 del TUB

Per gli agenti in attività finanziaria e i mediatori creditizi le novità principali possono essere così sintetizzate: a) ai fini dell'iscrizione nell'elenco degli agenti, non si è più tenuti a presentare polizza assicurativa prima di avere certezza dell'iscrizione; essa sarà stipulata solo in un momento

successivo, come condizione di efficacia dell'iscrizione stessa (art. 128-*quinquies* TUB); b) i collaboratori di mediatori creditizi e di agenti in attività finanziaria non possono essere persone giuridiche, ma soltanto persone fisiche (art. 128-*octies* TUB); c) viene eliminata la norma secondo cui l'Organismo deputato a tenere gli elenchi di mediatori ed agenti è ordinato in forma associativa (art. 128-*undecies* TUB).

In relazione al sistema sanzionatorio, per escludere che all'inattività consegua sempre la cancellazione dagli elenchi dei mediatori e degli agenti, a prescindere dalla meritevolezza dei motivi che l'hanno determinata, si introduce la possibilità di attestare le ragioni della sospensione dell'attività per non incorrere in sanzioni (art. 128-*duodecies* TUB). Inoltre, viene disposto che tutti i requisiti di onorabilità ivi riferiti alle persone fisiche siano applicati a chi detiene il controllo in una società di agenzia o di mediazione creditizia, precisando che i requisiti di onorabilità si applicano agli esponenti aziendali nel caso in cui il controllante sia una persona giuridica.

Con decorrenza dalla pubblicazione del decreto in commento vengono previste procedure agevolate per l'iscrizione nei nuovi elenchi a favore degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi già iscritti negli albi tenuti da Banca d'Italia prima del 30 giugno 2011: essi, dal momento che hanno già esercitato l'attività, potranno chiedere l'iscrizione nei nuovi elenchi entro il 30 settembre 2012.

Se tali soggetti hanno svolto effettivamente l'attività per un periodo complessivo pari a tre anni nel quinquennio precedente l'iscrizione nel nuovo elenco, l'esame previsto dalla legge sarà sostituito da una valutazione sull'adeguatezza dell'esperienza professionale maturata, condotta con criteri uniformi e predeterminati ad opera dell'Organismo, ed i medesimi potranno continuare ad operare anche prima del superamento della valutazione. Sono esonerati dall'esame coloro che svolgono funzioni di amministrazione e direzione in banche e intermediari finanziari che, alla data di entrata in vigore del decreto, risultano iscritti nell'elenco generale degli intermediari di cui all'art. 106 TUB.

7. Conclusioni

Dal quadro come sopra delineato possono ricavarsi le seguenti osservazioni e conclusioni. Il mercato di cui in commento, per la complessità e la varietà dei suoi prodotti, è intrinsecamente caratterizzato da una forte asimmetria informativa a danno della clientela privata. Gli interventi legislativi sopra richiamati perseguono lo scopo di realizzare una più efficiente e trasparente organizzazione dei soggetti professionali che vi operano, anche attraverso un rafforzamento dei sistemi di vigilanza. Tali interventi si inseriscono, peraltro, in un quadro disciplinare tuttora in fase di completamento (cfr., sul punto, Granata F., *Il credito alle famiglie consumatrici*, in questo

Rapporto) per la piena realizzazione del quale si ritiene altresì necessario prevedere adeguati strumenti di informazione e di educazione dei consumatori stessi. Non vi è dubbio che le norme di recente introdotte abbiano lo scopo di assicurare ai consumatori di poter dialogare con soggetti professionali adeguatamente formati e competenti ad indirizzare le scelte del consumatore stesso in maniera conforme ai propri interessi e bisogni, e tuttavia, a fronte della sopra richiamata asimmetria informativa, resta da parte del consumatore la necessità di affidarsi alla professionalità di detti soggetti senza poter autonomamente procedere alla piena comprensione di quanto viene loro offerto. Si ritiene, in conclusione, dunque, che se l'elemento critico del mercato è rappresentato, appunto, da una diversa forza contrattuale delle parti per risolvere detta criticità sia necessario oltre che incidere sull'efficienza e sulla trasparenza dei soggetti professionali anche aumentare e garantire la consapevolezza dei soggetti notoriamente deboli.

Sezione III
AUTORITÀ INDIPENDENTI ORIZZONTALI E DI SETTORE:
NOVITÀ LEGISLATIVE E PROBLEMI APERTI

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato

La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie (Ettore Battelli)

L'art. 37-bis cod. cons., introdotto dal d.l. n. 1 del 2012, convertito dalla l. n. 27 del 2012, prevede un nuovo strumento di tutela dei consumatori nei confronti delle clausole vessatorie inserite nei contratti predisposti unilateralmente dai professionisti, ampliando le competenze dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in ambito consumeristico.

La novità legislativa offre così molteplici spunti di riflessione sul ruolo e le funzioni dell'Autorità e sulle possibili linee di sviluppo della tutela dei consumatori.

SOMMARIO: 1. Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie. – 2. *Ratio* e finalità dell'art. 37-bis. – 3. Ambito di applicazione. – 4. La valutazione di vessatorietà. – 5. La procedura di controllo di vessatorietà delle clausole. – 6. Il procedimento di interpello. – 7. Le sanzioni pecuniarie e la tutela giurisdizionale. – 8. Conclusioni.

1. Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie

Con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (recante «*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*») convertito dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, sono state introdotte nel nostro Paese *misure urgenti* per favorire la concorrenza in importanti ambiti dell'economia. Tra gli strumenti di *enforcement* introdotti a tutela dei consumatori un'importante novità è rappresentata dal controllo amministrativo delle clausole vessatorie affidato all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), che si aggiunge all'analogo potere affidato alle Camere di Commercio sin dalla l. n. 580 del 1993 e che affianca il sindacato giudiziale (tutela inibitoria contro le clausole vessatorie) già disciplinato dall'art. 37 del d. lgs. n. 206 del 2005 (c.d. "codice del consumo").

L'art. 5 del Capo II della l. n. 27 del 2012, difatti, interviene inserendo nel codice del consumo, l'art. 37-bis rubricato, appunto, "*Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*". La finalità della norma richiamata è, pertanto, quella di affiancare ad uno strumento di protezione privatistico a carattere preventivo (qual è l'azione inibitoria di cui all'art. 37 cod. cons.), una tutela amministrativa costituita dalla possibilità riconosciuta all'AGCM di accertare la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti stipulati con i consumatori e di renderla nota al pubblico attraverso appositi meccanismi informativi.

Riassumendo brevemente la disciplina contenuta nell'art. 37-bis, occorre innanzitutto precisare che in tale norma si prevede che l'AGCM, d'ufficio o su denuncia/segnalazione (da parte di singoli consumatori, delle loro associazioni, delle camere di commercio o, finanche, di altri professionisti, magari concorrenti), possa verificare, ai sensi degli artt. 33 ss. cod. cons., la vessatorietà di clausole inserite nelle condizioni generali di contratto adottate dai professionisti, ed adottare eventualmente i provvedimenti conseguenti. L'Autorità, a seguito di istruttoria esperita ai sensi dell'art. 14 della l. n. 287 del 1990, previa consultazione delle associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale e delle Camere di commercio interessate, potrà così valutare il

carattere vessatorio di clausole contenute nei contratti per adesione utilizzati da professionisti per regolare i propri rapporti con i consumatori. Sul sito internet istituzionale dell'Autorità Antitrust e sul sito dello stesso professionista che abbia utilizzato la clausola vessatoria, oltre che mediante ogni altro mezzo ritenuto opportuno per informare i consumatori sarà data adeguata pubblicità al provvedimento di accertamento della vessatorietà della clausola. In caso di inottemperanza, è prevista l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 5.000,00 a Euro 50.000,00.

Al comma 3 dell'art. 37-*bis* si stabilisce, inoltre, che le "imprese" interessate possono interpellare in via preventiva l'Antitrust per conoscere se una determinata clausola che intendano utilizzare nei propri rapporti commerciali con i consumatori abbia carattere vessatorio o meno.

La dichiarazione di accertamento della vessatorietà pronunciata dall'Autorità (entro 120 giorni, salvo il caso in cui le informazioni fornite dall'interpellante si rivelino "gravemente inesatte, incomplete o non veritiere") è vincolante per la stessa Antitrust anche nel caso in cui la clausola oggetto di denuncia sia stata ritenuta non vessatoria in sede di precedente interpelllo, ferma restando, invece, l'eventuale responsabilità del professionista nei confronti del consumatore.

2. Ratio e finalità dell'art. 37-bis

La collocazione sistematica nel Titolo I della Parte III del codice del consumo rivela subito la *ratio* di questo intervento: garantire in via prioritaria un controllo contenutistico sulle clausole contrattuali. Questo controllo tende così a offrire una tutela non solo formale, ma soprattutto sostanziale al singolo consumatore ma, ancor prima, mira ad espungere le clausole vessatorie dai modelli contrattuali che circolano più diffusamente.

L'intento perseguito dalla nuova norma, pertanto, è quello di rafforzare la tutela dei consumatori nei confronti delle clausole vessatorie impiegate dai professionisti, come del resto consentito dalla direttiva comunitaria.

La direttiva n. 93/13/CEE, infatti, oltre a lasciare ai giudici nazionali la scelta degli strumenti di tutela dei consumatori nei confronti delle clausole vessatorie, prevede che i singoli possano adottare o mantenere disposizioni più severe in materia, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore (art. 8).

In questo senso, l'art. 37-*bis* si colloca nella scia della tendenza, già in atto da tempo nel campo della *consumer protection*, a combinare i tradizionali rimedi privatistici di carattere giudiziale con una regolazione amministrativa di tipo preventivo, a tutela della generalità dei consumatori e dunque a garanzia del corretto funzionamento dei mercati; si tratta, in definitiva, di un rafforzamento della c.d. complementarietà tra "*public*" e "*private enforcement*".

Tale innovazione legislativa viene, di fatto, a colmare alcune lacune emerse in ordine all'applicazione e concreta attuazione dell'azione inhibitoria collettiva prevista dagli artt. 37 e 140 cod. cons. Come è noto, la tutela inhibitoria collettiva nei confronti delle condizioni generali di contratto, che rappresenta il rimedio generale nei confronti delle clausole abusive che ivi siano inserite, almeno fino all'introduzione dell'azione risarcitoria collettiva, di cui all'art. 140-*bis* cod. cons., si delinea secondo uno schema binario, o bipolare, in cui all'azione del singolo, che resta titolare dei diritti fondamentali enunciati dalla legge, si affianca il controllo collettivo dell'ente esponenziale rappresentativo degli interessi dei consumatori e/o delle imprese.

Nello specifico l'art. 37 cod. cons. contiene proprio la disciplina dell'azione inhibitoria contro l'inserimento e/o l'utilizzo di clausole vessatorie in condizioni generali di contratto, mentre gli artt. 139 e 140 cod. cons. disciplinano l'azione inhibitoria c.d. generale, avente ad oggetto gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi collettivi dei consumatori nelle materie disciplinate dal codice del consumo.

In conseguenza del rinvio operato dall'art. 37 all'art. 140, le associazioni di consumatori sono legittimate ad agire sia per la tutela inhibitoria in materia contrattuale nei confronti delle condizioni generali di contratto abusive (art. 37) che per l'azione inhibitoria generale (art. 140), ma solo qualora abbiano ottenuto l'iscrizione nell'apposito registro tenuto presso il Ministero dello Sviluppo Economico, ai sensi dell'art. 137 cod. cons.

Tale scelta, da cui il legislatore si è parzialmente discostato a proposito dell'azione risarcitoria collettiva *ex art. 140-bis* cod. cons., se da un lato appare funzionale ad un'esigenza di ordine e di razionalizzazione, attese le problematiche insorte circa la rappresentatività delle associazioni di consumatori, ponendo al riparo altresì da eventuali rischi di azioni promosse al solo scopo di accrescere la stessa visibilità dell'associazione medesima in vista proprio del raggiungimento dell'adeguata rappresentatività, dall'altro produce purtroppo l'effetto nefasto di escludere la possibilità di tutela delle comunità locali. A ciò ora potrà, auspicabilmente, rimediare appunto l'AGCM, che potrà intervenire ad esempio nei confronti di quei professionisti la cui attività sia territorialmente limitata.

Pertanto, sotto questo aspetto, si noti che la nuova competenza attribuita all'AGCM viene ad affiancarsi al controllo già esercitato dalle Camere di Commercio, ai sensi del d. lgs. n. 580 del 1993, circa la presenza di clausole inique inserite nei contratti standard; controllo che, in caso di accertamento dell'abusività di una determinata clausola (si noti bene) dà luogo non ad una sanzione amministrativa (come oggi è invece in potere dell'Antitrust), ma soltanto ad un parere, il cui effetto è quello di sollecitare il professionista predisponente il contratto alla revisione della clausola stessa, sotto la minaccia dell'esercizio dell'azione inhibitoria *ex art. 37* cod. cons.

Si tratta, quindi, nel caso delle Camere di Commercio, di una funzione di controllo amministrativo svolta dal 1993 (legge n. 580) e che, ritenendo l'azione inibitoria *ex art. 37* una *extrema ratio*, in una prassi ormai abbastanza consolidata si basa sulla *moral suasion* esercitata nei confronti delle imprese che si rivolgono ad esse in via preventiva o davanti ad esse sono convenute su segnalazione di soggetti concorrenti, consumatori o rispettive associazioni (di categoria e consumeristiche).

L'art. 37-*bis*, pertanto, deve essere letto considerando la costante evoluzione che ha accompagnato la materia e che ha posto la necessità di introdurre questa tutela ulteriore. Si assiste allo spostamento della tutela del consumatore da successiva e di carattere individuale, a preventiva e di carattere generale e astratto. Occorre, dunque, guardare al legame inscindibile che si pone tra il contrasto alle clausole vessatorie e quello alle pratiche commerciali scorrette, con la conseguenza concreta che l'attività di vigilanza può esplicarsi tenendo conto della consequenzialità che si determina tra l'uno e l'altro intervento.

Dalla lettura dell'art. 37-*bis* emerge il graduale e costante ampliamento dell'orizzonte interpretativo, non più circoscritto al profilo soggettivo/individuale, caratterizzato dalla ricerca di rimedi posti a riequilibrare, *ex post*, le posizioni di debolezza, ma aperto al profilo oggettivo/collettivo, caratterizzato dall'esigenza di vigilare sulla correttezza del mercato, anche con l'obiettivo di reprimere comportamenti e offerte che possano incidere sulla libertà e/o sulla consapevolezza del consumatore. Da questa angolazione, diventa sempre più forte il legame tra tutela della concorrenza e tutela del consumatore: il "concorrere" di offerte di beni e servizi è funzionalmente connesso alla tutela del consumatore, volta a preservare, o meglio, ad accrescere la sua libertà e la sua consapevolezza. A tale risultato si perviene non solo frenando le intese o colpendo l'abuso di posizione dominante, ma anche reprimendo le pratiche commerciali scorrette che incidono sulla libertà di scelta e incentivando un'offerta corretta attraverso un contratto che, seppure non concordato, risulti almeno privo di clausole vessatorie.

Si vuole determinare, quindi, una circolarità virtuosa che, attraverso modalità e strumenti diversi, persegue un medesimo obiettivo: preservare e accrescere la correttezza del mercato, come luogo nel quale possa esplicarsi al meglio il libero incontro di domanda ed offerta.

3. *Ambito di applicazione*

Dal punto di vista soggettivo, interessato agli accertamenti dell'Antitrust di cui all'art. 37-*bis* è il "professionista" (art. 3, comma 1, cod. cons.) e cioè la «*persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario*». Come noto rientrano in tale nozione: l'imprenditore individuale o

collettivo, privato o pubblico *ex art.* 2082 c.c., il “professionista intellettuale” *ex artt.* 2229 ss. c.c. e i loro intermediari, ovvero i rappresentanti in senso stretto e i mandatarî senza rappresentanza, quali l’agente, il mediatore, il vettore, lo spedizioniere. Sono esclusi dall’ambito di applicazione soggettiva, invece, le associazioni di categoria e dei professionisti, pur essendo quest’ultime legittimate passive all’azione inibitoria collettiva contro le clausole vessatorie di cui all’art. 37 cod. cons.

Sotto il profilo oggettivo, i poteri previsti in capo all’Antitrust, si concentrano, in particolare, sul compito di accertare la vessatorietà delle clausole che assumono carattere di “serialità”, in quanto contenute in contratti, aventi ad oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, conclusi tra professionisti e consumatori con l’impiego di condizioni generali di contratto, o mediante l’ausilio di moduli o formulari stipulati tra professionisti e consumatori. Oggetto del controllo di cui all’art. 37-*bis* è dunque il fenomeno delle condizioni generali di contratto e cioè, come ampiamente noto, dei moduli contrattuali standard predisposti unilateralmente da imprese e professionisti al fine di regolare uniformemente una serie indeterminata di rapporti. E poiché tali contratti sono offerti al consumatore in modalità tale che egli può spesso scegliere quasi esclusivamente se sottoscriverli o meno, pena la rinuncia all’acquisto del bene o servizio prescelto o comunque di suo interesse, accade che in tali moduli contrattuali spesso sono inserite clausole che sbilanciano in favore del professionista-predisponente la disciplina negoziale, così configurandosi come vessatorie nei confronti del contraente debole-consumatore, al quale sono pertanto preclusi reali margini di trattativa.

Dall’ambito di applicazione della norma in esame esulano, pertanto, tutte quelle clausole contrattuali inserite dal professionista in una singola operazione negoziale che non potranno essere oggetto dell’accertamento dell’Autorità; ciò in coerenza, del resto, con la finalità di tutela già sottese alla disciplina di cui all’art. 37.

Pertanto, non rientrano nel campo di applicazione dell’art. 37-*bis* quelle condizioni generali di contratto di cui sia soltanto raccomandato l’utilizzo, mentre si ritiene possano essere sottoposte le clausole abusive contenute in contratti di adesione non ancora utilizzati (ma pronti per l’uso), conformemente alla *ratio* della direttiva comunitaria.

4. La valutazione di vessatorietà

L’intervento dell’Autorità, ricorrendo al complesso tessuto normativo, concorre a contrastare l’abuso della libertà contrattuale. Prima di procedere oltre, perciò, occorre soffermarsi sulla delicata attività di valutazione di vessatorietà delle clausole.

A tal riguardo, si ritiene che la valutazione di vessatorietà, pur essendo preventiva e astratta, deve condursi sulla base delle disposizioni contenute nel Titolo I del codice del consumo, in quanto compatibili; si ripropongono quindi le perplessità già avanzate in dottrina con riferimento alla valutazione di «abusività» delle clausole di cui all'art. 37.

La verifica di vessatorietà di una clausola si caratterizza per una rilevante complessità e va, quindi, condotta tenendo conto che il criterio cardine, intorno al quale si innestano gli altri criteri strumentali alla valutazione, ruota intorno al senso che assume il significativo squilibrio normativo. E a questo riguardo, come è noto, gioca un ruolo importante la lista grigia di clausole, che non solo semplifica l'accertamento in una pluralità di ipotesi attraverso la presunzione di vessatorietà, ma aiuta anche ad individuare caratteri che possono riempire di contenuto concreto la valutazione eventualmente condotta sulla base del comma 1 dell'art. 33 cod. cons.

Nell'accertare la vessatorietà delle clausole, l'Autorità dovrà, dunque, partire dall'interpretazione del significato della clausola incriminata (interpretazione la quale a sua volta può condurre all'inquadramento della clausola stessa all'interno delle presunzioni di vessatorietà individuate dal codice del consumo), dovrà verificare se, alla stregua dei criteri legislativamente identificati, si possa nella specie identificare a carico del consumatore quel «*significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*» che costituisce il parametro fondamentale per la valutazione di vessatorietà.

Pertanto, anche in questa sede l'Autorità procederà a valutare la vessatorietà delle clausole entro gli stessi limiti che l'autorità giudiziaria incontra in sede di inibitoria collettiva, ex artt. 37 e 140 cod. cons. L'AGCM non potrà, difatti, utilizzare, ai fini del proprio accertamento, i criteri indicati nel comma 1 dell'art. 34 cod. cons., che postulano una valutazione della vessatorietà "in concreto" della clausola, incompatibile con un giudizio necessariamente astratto quale è quello avente ad oggetto condizioni generali di contratto.

Non sarà neanche applicabile la norma di cui all'art. 34, ult. comma, cod. cons., la quale consente al professionista di salvare la clausola sospetta di vessatorietà dimostrando che la stessa è stata oggetto di trattativa individuale. Parimenti, sarà inutilizzabile il parametro attinente alle «*circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto*», di cui all'art. 34, comma 1, cod. cons., anch'esso incompatibile con l'astrattezza che caratterizza i moduli contrattuali standard.

Saranno, viceversa, applicabili ai fini dell'accertamento della vessatorietà delle clausole gli altri parametri di cui agli artt. 33 e 34 cod. cons.

L'AGCM dovrà, quindi, prendere in considerazione in primo luogo la clausola generale contenuta nell'art. 33, comma 1, cod. cons., secondo cui «*si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*». Alla luce di questo generale parametro, ricadranno

sotto la lente dell'Autorità in particolare le clausole rientranti nella c.d. "lista grigia" di cui all'art. 33, comma 2, cod. cons., la cui vessatorietà dovrà essere appunto accertata operando una valutazione complessiva che tenga conto dell'intero contesto negoziale nel quale la clausola è inserita, onde verificare se la stessa, pur essendo in sé squilibrata, sia in qualche modo bilanciata dall'esistenza di altre clausole presenti, ad esempio, anche in un contratto collegato o attinenti eventualmente anche al corrispettivo e che siano da ritenere favorevoli al consumatore.

Sotto questo profilo, sia in sede di procedimento accertativo che di interpello preventivo spetterà, sostanzialmente, al professionista dimostrare che la clausola ritenuta potenzialmente vessatoria sia compensata da altre disposizioni contrattuali che la contemperino in un quadro di generale equilibrio tra le parti. Per quanto riguarda le clausole facenti parte della c.d. "lista nera" di cui all'art. 36, comma 2, cod. cons., invece, scatterà la presunzione *iuris et de iure* di vessatorietà della clausola contrattuale il cui contenuto dispositivo si ritiene rientri tra quelle di cui al comma 2 dell'art. 36.

Nella valutazione di vessatorietà, l'Autorità dovrà, inoltre, verificare l'applicazione del criterio di cui all'art. 34, comma 2, cod. cons., in base al quale la valutazione del carattere vessatorio della clausola non deve riguardare né la determinatezza dell'oggetto del contratto né l'adeguatezza del corrispettivo, valutando innanzitutto se una determinata clausola attenga, o meno, all'oggetto del contratto o al corrispettivo e, poi, se sia stata formulata in modo sufficientemente chiaro e comprensibile, stabilendo altresì, il parametro del consumatore "meno avveduto" (e non quello "medio") alla cui stregua effettuare tale valutazione.

Oltretutto, ai sensi dell'art. 34, comma 2, cod. cons., si dovrà escludere la vessatorietà delle clausole riprodotte di disposizioni di legge, con riferimento, quindi, a norme contenute in fonti di rango non solo primario, ma anche secondario, come i regolamenti e gli usi normativi.

5. La procedura di controllo di vessatorietà delle clausole

Il procedimento davanti all'AGCOM (disciplinato con il regolamento n. 17589 dalla stessa adottato il 15 novembre 2007 e recentemente modificato e pubblicato in *Gazz. Uff.* il 28 agosto 2012), consta di tre fasi.

La prima fase consiste in una attività pre-istruttoria e serve a valutare la sussistenza della vessatorietà della clausola adottata dal professionista tale da giustificare l'avvio di un procedimento davanti all'*Authority*. Ricevuta una segnalazione (o "denuncia") da parte di terzi, o attivatasi d'ufficio, l'AGCM dovrà valutare, in modo sommario, se sussistono i presupposti per procedere all'istruttoria vera e propria. Tale fase si caratterizza, in generale, per l'assenza di un contraddittorio vero e proprio con i soggetti interessati (e in questa fase non sono applicabili neppure le norme di

cui alla l. n. 241 del 1990, che prevedono il principio della c.d. partecipazione procedimentale) nonché per la mancanza di alcuna forma di pubblicità. In questa fase, il responsabile del procedimento potrà ricorrere alla c.d. *moral suasion*, ovvero invitare per iscritto il professionista a rimuovere la clausola inserita nel proprio contratto.

Esaurita la fase pre-istruttoria, qualora l'Autorità ritenga di non procedere all'archiviazione dovrà procedersi alla fase successiva.

La seconda fase, quella istruttoria, consente al responsabile del procedimento di acquisire gli elementi di giudizio necessari per valutare la vessatorietà della clausola oggetto di accertamento. Si tratta di un'attività complessa (la durata ordinaria, infatti, è di 120 giorni), che può essere avviata su impulso di parte o d'ufficio, e durante la quale l'Autorità garante provvede ad acquisire tutte le informazioni ed i documenti utili alle indagini.

In tale fase l'Autorità ha il potere di chiedere ai professionisti di fornire informazioni ed esibire documenti, nonché di disporre ispezioni per controllare documenti aziendali e prenderne copia, nonché disporre perizie, analisi economiche e statistiche e consultare esperti.

Ai sensi dell'art. 14, commi 3 e 4, della l. n. 287 del 1990, tutti i dati inerenti l'istruttoria sono tutelati dal segreto d'ufficio, anche nei riguardi di altre pubbliche amministrazioni. Le informazioni ed i dati messi a disposizione dell'Antitrust, pertanto, non potranno essere messe a disposizione di ad altri soggetti (comprese altre P.A.).

In tale fase, è previsto che l'AGCM si confronti con le associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale e con le camere di commercio interessate (verosimilmente, quelle aventi sede nel territorio nel quale opera o è iscritto il professionista interessato) ma anche eventualmente le loro Unioni regionali o l'Unioncamere nazionale nell'ambito delle loro funzioni di coordinamento.

Tale attività è necessaria anche al fine di reperire, presso le Istituzioni preposte o direttamente dalle associazioni di imprese, ogni elemento di diritto e di fatto utile, compresi i contratti-tipo diffusi presso il sistema camerale e la modulistica contrattuale già utilizzata dalle associazioni di categoria, nonché le prassi negoziali nazionali e internazionali da un lato e gli usi locali dall'altro.

I soggetti istituzionali e non, sopra richiamati, peraltro, hanno soltanto un ruolo consultivo e rispetto ad essi l'Autorità rimane libera di assumere le proprie determinazioni anche in modo difforme. L'Autorità potrà (ma non dovrà) altresì sentire, ai sensi del comma 5 dell'art. 37-*bis*, anche le altre Autorità di regolazione o vigilanza settoriale di volta in volta competenti (si pensi, ad esempio, alla Consob nel settore dei servizi finanziari, o all'AGCOM nel settore delle telecomunicazioni) o comunque interessate a vigilare nei settori in cui operano i professionisti i cui contratti contenenti le "presunte" clausole vessatorie sono oggetto della procedura di accertamento.

In tal modo, si potrebbero anche evitare quelle possibili duplicazioni di attività e i potenziali conflitti sulla verifica o meglio sull'accertamento della vessatorietà di clausole contenute in offerte che si riferiscono anche a settori quali l'energia, i trasporti, il settore bancario e finanziario, nonché quello delle telecomunicazioni.

La terza fase e i suoi esiti sono, però, da tenere distinti a seconda che l'attività istruttoria sia attivata d'ufficio o mediante interpello da parte del professionista interessato.

Attraverso la procedura di interpello, per evitare gli effetti di una pubblicità negativa, le imprese potranno rivolgersi preventivamente all'*Authority* «in merito alla vessatorietà delle clausole che intendono utilizzare nei rapporti commerciali con i consumatori» (art. 37-bis, comma 3, cod. cons.).

Nel caso, invece, della fase istruttoria avviata d'ufficio, se la clausola risulta non manifestamente vessatoria, l'Autorità può chiudere la procedura, senza accertare l'infrazione, accettando gli impegni volontariamente assunti dal professionista (cfr. art. 27, comma 7, cod. cons.).

Qualora, invece, la clausola utilizzata dall'impresa integri gli estremi della pratica commerciale scorretta il responsabile del procedimento chiude l'istruttoria e apre la fase decisoria davanti al collegio dell'Autorità garante. Quest'ultimo adotterà un provvedimento con cui sanzionerà l'utilizzo della clausola non ancora utilizzata o la continuazione dell'inserimento all'interno dei contratti in uso (cfr. art. 27, comma 8).

Con lo stesso provvedimento il collegio irrogherà al professionista una sanzione pecuniaria e potrà imporre al professionista di pubblicare il relativo provvedimento od un suo estratto sul proprio sito, e ne darà altresì diffusione mediante ogni mezzo ritenuto opportuno “in relazione all'esigenza di informare compiutamente i consumatori”. In entrambi i casi a cura e spese del professionista il provvedimento viene, altresì, pubblicato nel Bollettino dell'Autorità entro venti giorni dalla sua adozione e ciò allo scopo di effettuare una pubblicità negativa nei confronti delle imprese che intendessero giovare di clausole vessatorie nei loro rapporti negoziali.

È probabilmente questo, ancora più della sanzione pecuniaria, il vero deterrente che mancava e che potrebbe sortire l'effetto a lungo auspicato nel dibattito della dottrina e da parte di tutti i soggetti interessati. Infatti, la massima diffusione data alle decisioni dell'*Authority* potrebbe essere realmente in grado di dissuadere i professionisti dall'utilizzare clausole potenzialmente squilibrate o quantomeno di dare un contributo significativo al corretto esercizio dell'attività d'impresa, scoraggiando i professionisti dall'avvalersi, a loro indebito vantaggio, di modelli contrattuali squilibrati.

Si segnala, però, l'opinione di chi ritiene che ciò non costituirà un valido deterrente per la maggioranza delle imprese che, in assenza di sanzioni diverse dal semplice discredito “sociale”,

derivante dalla pubblicazione del provvedimento dell'Autorità che accerti la vessatorietà delle clausole, non sono incentivate ad utilizzare clausole equilibrate e trasparenti.

Tuttavia, la dichiarazione di vessatorietà, al di là del profilo sanzionatorio, risponde ad una precisa e sentita esigenza, che è quella di informare compiutamente i consumatori a cura e spese dell'operatore. La tutela amministrativa, pertanto, a differenza di quella giurisdizionale, quantunque non inibisca l'uso della clausola e non incida sulla sua validità, svolge un effetto “divulgativo” mirante a realizzare la più ampia informazione possibile del pubblico dei potenziali consumatori nonché un importantissimo effetto “dissuasivo” nei confronti di chi l'ha predisposta, in virtù del potenziale discredito commerciale che potrebbe derivarne e quindi sulle ricadute negative che la conoscenza del provvedimento dell'Autorità può determinare in danno del professionista sul piano dell'immagine e, in ultima analisi, sotto il profilo economico.

6. *Il procedimento di interpello*

Inoltre, al professionista interessato ad utilizzare una determinata clausola o che abbia predisposto un modello contrattuale ma non l'abbia ancora adoperato è data la già richiamata possibilità di anticipare un possibile accertamento dell'AGCM, o comunque di eliminare dubbi circa l'eventuale vessatorietà delle clausole dal medesimo impiegate per regolare i rapporti con i consumatori, sottoponendo un interpello preventivo alla stessa Autorità Antitrust.

In merito all'interpello, l'Autorità dovrà pronunciarsi entro il termine di 120 giorni dalla richiesta, anche se la stessa non sarà, tuttavia, tenuta al rispetto di tale termine ove il professionista dovesse fornire informazioni “gravemente inesatte, incomplete o non veritiere”, presumendosi, in tal caso, che l'Autorità dovrà compiere ulteriori accertamenti e dunque ulteriore attività.

Tale previsione consente ai professionisti di contare su un termine certo su cui fare affidamento per eliminare ogni incertezza circa la presunta vessatorietà delle clausole inserite nelle proprie condizioni generali di contratto e rappresenta un incentivo a collaborare in modo corretto con l'Autorità stessa, anche al fine di ricevere un riscontro in tempi brevi.

Si noti, sul punto, come espressamente si prevede che la pronuncia dell'AGCM a seguito di interpello sia vincolante per la stessa Autorità qualora la clausola oggetto di interpello sia stata ritenuta non vessatoria. Al termine di questa procedura, infatti, nel caso di valutazione negativa della vessatorietà delle clausole operata dall'Authority Antitrust, l'accertamento è preclusivo di una successiva verifica delle stesse da parte del medesimo organo amministrativo. In tal caso, pertanto, l'Autorità, come espressamente previsto dal comma 3 dell'art. 37-*bis*, non potrà adottare successivamente i sopra richiamati provvedimenti pubblicitario-sanzionatori.

Resta ferma, invece, l'eventuale responsabilità del professionista che adotti la clausola ritenuta non vessatoria dall'AGCM nei confronti dei consumatori, dato il diverso ambito del procedimento civile che dovesse essere intrapreso davanti al giudice ordinario.

Qualora, a seguito della procedura di interpello, l'Autorità valuti vessatoria la clausola proposta dal professionista, quest'ultimo potrà tempestivamente intervenire per modificare o eventualmente rimuovere la clausola stessa, entro un determinato termine, senza subire alcun effetto negativo, analogamente a quanto previsto dall'art. 8 in relazione alle pratiche commerciali scorrette.

Conseguentemente, in esito a tale procedimento, l'impresa vede rafforzata la propria posizione nei confronti dei consumatori i quali, volendo dimostrare il carattere abusivo delle condizioni di contratto unilateralmente predisposte dalla controparte professionale, non avranno altra via se non quella di richiedere il controllo dell'autorità giudiziaria ordinaria (art. 37-bis, comma 4, cod. cons.).

7. *Le sanzioni pecuniarie e la tutela giurisdizionale*

Nell'ambito del procedimento, a garanzia dello svolgimento dell'attività istruttoria, sono altresì previste sanzioni amministrative pecuniarie qualora i professionisti non ottemperino all'obbligo di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dall'Authority (da 2 mila a 20 mila euro) o qualora forniscano informazioni e documenti falsi (sanzioni da 4 a 40 mila euro) o ancora nei casi in cui i professionisti, richiesti di dare giusta diffusione al provvedimento conclusivo dell'istruttoria e contenente la dichiarazione di vessatorietà della clausola, omettano di farlo (sanzione da 5 mila a 50 mila euro).

Sotto questo profilo, però, si ritiene che l'irrogazione di una pena pecuniaria in caso di inottemperanza al provvedimento dell'Autorità in taluni casi potrebbe non essere il vero elemento deterrente, atteso che un professionista che faccia largo uso del canale *web* per la propria attività, e che intenda continuare ad utilizzare una clausola accertata come vessatoria dall'AGCM, pur di non dover pubblicare sul proprio sito il provvedimento sanzionatorio dell'Antitrust potrebbe valutare di disattendere l'obbligo di pubblicazione sostenendo i costi della sanzione (e quanto giuridicamente conseguente!). Per converso, il medesimo professionista, invece, a ben vedere, potrebbe addirittura trovare conveniente evitare di introdurre clausole vessatorie (ricorrendo eventualmente anche alla procedura di interpello) al fine di non vedere pregiudicate le proprie possibilità di intrattenere rapporti *on line* con i consumatori.

Fondamentale, è poi sottolineare come espressamente puntualizzato nei commi 3 e 4 dell'art. 37-bis, che l'accertamento circa la vessatorietà delle clausole ad opera dell'Antitrust, anche laddove eventualmente confermato dal giudice amministrativo in sede di ricorso, non produrrà

effetti in punto di validità della clausola contrattuale, né tantomeno sotto il profilo dell'eventuale responsabilità del professionista nei confronti del consumatore che in questa sede si ritiene di dover escludere, poiché tali competenze permangono in capo al giudice ordinario il quale potrà comunque essere chiamato ad esprimersi con riferimento al concreto regolamento contrattuale.

La netta separazione tra tutela giudiziale e amministrativa (anche di tipo sanzionatorio) che già caratterizza altre competenze già attribuite all'Antitrust nell'interesse pubblico (es. in materia di pratiche commerciali scorrette), pertanto, trova conferma anche nei compiti in esame che le sono assegnati a tutela dei consumatori rispetto a clausole contrattuali squilibrate, predisposte dai professionisti. Anche a fronte di un provvedimento emesso dall'AGCM con il quale viene dichiarato il carattere vessatorio di una specifica clausola, le funzioni di tutela delle singole e concrete situazioni giuridiche resta, invece, di esclusivo appannaggio dell'autorità giudiziaria.

Ben potrà verificarsi, dunque, che l'AGCM reputi vessatoria una determinata clausola (appartenente alla c.d. lista grigia) disponendo conseguentemente di procedere alla relativa pubblicità, mentre il giudice ordinario potrà valutare tale clausola perfettamente legittima, e viceversa.

Peraltro, l'accertamento circa la vessatorietà di una clausola da parte dell'Autorità Antitrust, a differenza di quanto accade a seguito di inibitoria collettiva promossa davanti al giudice ordinario, non impedisce al professionista di continuare ad utilizzarla nei suoi rapporti con i consumatori, in quanto l'intervento dell'AGCM è finalizzato solo a pubblicizzare e sanzionare l'abusività di clausole inserite in condizioni generali di contratto, non già ad impedirne l'utilizzo.

Sotto questo profilo, il provvedimento dell'Antitrust ha un'efficacia indubbiamente inferiore rispetto a quella dell'analogo provvedimento adottato dal giudice ordinario in sede di inibitoria collettiva. A tale minore efficacia fa però da contraltare un più incisivo effetto dissuasivo oltre che sanzionatorio (dal punto di vista dell'immagine e sotto il profilo pecuniario) della pronunzia emessa dall'autorità giudiziaria.

L'ipotesi è peraltro analoga a quella dei pareri sulle clausole inique espressi dalle Camere di Commercio ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. i), della l. n. 580 del 1993, però, con la differenza che queste ultime possono anche agire direttamente ai sensi dell'art. 37, comma 1, cod. cons. (nel caso in cui non abbia sortito gli esiti auspicati quell'attività di *moral suasion* nei confronti del professionista, che in genere accompagna i pareri resi dalle Camere) per convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto contenente clausole ritenute vessatorie, al fine di richiedere al giudice competente di inibire l'uso delle condizioni contrattuali di cui sia accertata l'abusività.

Peraltro, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla validità delle clausole e alle conseguenze risarcitorie, ai sensi del comma 4 dell'art. 37-*bis*, il provvedimento reso dall'AGCM può essere oggetto di impugnazione presso il giudice amministrativo.

8. *Conclusioni*

Già in occasione del recepimento della direttiva n. 93/13/CEE, difatti, si era rilevato come un sistema “misto” (giudiziario e amministrativo) di verifica dell'abusività potesse generare una preziosa sinergia idonea, da un lato, a ridurre il numero delle controversie e facilitare la composizione preventiva dei contrasti, specie a livello di associazioni di categoria e dall'altro, a garantire un più efficiente controllo circa l'uso delle clausole abusive.

Appare però evidente che, nonostante la declaratoria di vessatorietà da parte dell'Antitrust (così come già dal 1993 nell'ipotesi di pareri sulla vessatorietà delle clausole inique resi dalle Camere di Commercio), le clausole contrattuali continuano ad essere considerate valide ed efficaci fino a che le stesse, sottoposte al controllo giudiziale, non siano dichiarate nulle dal giudice ordinario ai sensi dell'art. 36 cod. cons.

Con l'art. 37-*bis*, pertanto, da un lato si è rafforzata la tutela di tipo amministrativo con gli indispensabili poteri sanzionatori ma dall'altro si è completato un sistema di tipo integrato di tutela dei diritti del consumatore in materia contrattuale che in definitiva potrà anche agevolare il giudice ordinario nell'assicurare quella tutela sostanziale ai consumatori da tutti auspicata.

La stessa procedura di interpello, peraltro, proprio in un'ottica di sussidiarietà, tende ad incentivare l'autoregolamentazione e a prevenire l'intervento del giudice.

Tuttavia, non pochi dubbi possono avanzarsi sulla idoneità della disciplina introdotta dall'art. 37-*bis* a realizzare l'obiettivo di elevare la tutela sostanziale del consumatore. Forse sarebbe stato più opportuno dotare l'AGCM anche di poteri inibitori alla stessa stregua di quanto avviene in materia di pratiche commerciali scorrette. In alternativa si sarebbe potuto rendere più incisivo il controllo amministrativo da parte delle Camere di Commercio attraverso, ad esempio, la previsione di tecniche di “concertazione” delle condizioni generali di contratto tra Camere di Commercio e associazioni di categoria maggiormente rappresentative dei professionisti e dei consumatori, al fine di dar vita ad un atto amministrativo negoziato “corporativamente”; oppure potenziando, in ogni caso, lo strumento della negoziazione in via regolamentare-amministrativa di un contratto da parte delle suddette associazioni di categoria, la cui effettività potrebbe essere garantita da una presunzione relativa di “vessatorietà” delle clausole, impiegate nei contratti individuali tra imprese e consumatori, che risultino difformi rispetto a quelle contenute nel contratto-tipo. E non è un caso, pertanto, che il comma 5 dell'art. 37-*bis* menziona per due volte «*le camere di commercio interessate o le loro unioni*» e ad esse si fa riferimento sia come soggetti da

consultare nell'ambito dei procedimenti, sia come soggetti da ascoltare nell'esercizio delle competenze.

Peraltro, è evidente che il nuovo assetto normativo, alla luce delle nuove forme di tutela introdotte a vantaggio del consumatore contro le clausole vessatorie, reca con sé il rischio di frammentazioni e dunque di duplicazioni, se non di veri e propri conflitti di giudicato. Infatti, in ordine alla medesima clausola vessatoria potrebbe, infatti, almeno astrattamente, riscontrarsi: *a)* un provvedimento amministrativo dell'AGCM; *b)* un parere di una Camera di Commercio; *c)* una sentenza del giudice amministrativo in sede di impugnazione del provvedimento dell'AGCM; *d)* una sentenza resa dal giudice ordinario in sede di giudizio individuale promosso dal consumatore (sentenza che potrebbe essere poi oggetto di appello e ricorso in Cassazione); *e)* un provvedimento reso dal giudice ordinario in sede di azione inhibitoria collettiva (provvedimento anch'esso appellabile e promosso da una Camera di Commercio o da una associazione di categoria o ancora da una associazione dei consumatori); *f)* un provvedimento reso dal giudice ordinario in sede di azione risarcitoria collettiva (provvedimento anch'esso appellabile). Non si può, pertanto, ragionevolmente, escludere che l'esito di tali differenti accertamenti potrebbe essere diverso, o addirittura contrastante, a discapito dell'esigenza di certezza, particolarmente avvertita dalle imprese.

I rimedi previsti dall'ordinamento si pongono, quindi, in un'ottica di complementarità; essi non sono tra loro alternativi ma si aggiungono l'uno all'altro. Ciò vale non solo per la tutela amministrativa e per l'azione inhibitoria, accomunate dal carattere preventivo del rimedio, ma riguarda anche le differenti forme di tutela amministrativa e cioè quella affidata all'AGCM dall'art. 37-*bis* cod. cons. e quella attribuita alle Camere di Commercio dall'art. 2, comma 2, lett. *i*), l. n. 580 del 1993.

Da quanto argomentato emerge, peraltro, come l'Autorità Antitrust, rispetto alla sua connotazione originaria di autorità di garanzia della struttura concorrenziale dei mercati, abbia nel corso degli anni sempre più assunto tra i suoi compiti istituzionali la tutela del consumatore, ponendosi come autorità regolatrice, a tutto campo, dell'attività d'impresa e in particolare della correttezza del rapporto tra impresa e consumatore.

Nella stessa Autorità vengono oggi, dunque, a concentrarsi, analogamente a quanto accade nell'esperienza anglosassone, le competenze in materia di tutela della concorrenza e quelle in materia di tutela del consumatore.

D'altronde la tutela della libertà della scelta di consumo si traduce in una forma complementare, di tutela della concorrenza in quanto, attraverso scelte non indebitamente orientate o condizionate, il consumatore esprime le proprie preferenze tra i beni e i servizi presenti sul mercato; la garanzia della libertà e consapevolezza della scelta di consumo dovrebbe allora indurre

le imprese ad un confronto competitivo sempre più serrato, che si incentri non solo sul prodotto e sul prezzo, ma anche “sullo statuto dei diritti riconosciuti ai propri clienti”, ossia sul livello di correttezza effettivamente garantito al consumatore.

La legittimazione straordinaria ad impugnare gli atti amministrativi in contrasto con le regole della concorrenza (Lucia Minervini)

L'elaborato analizza la nuova disciplina (art. 21-bis l. 10 ottobre 1990 n. 287) che attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato nuovi poteri consultivi e di reazione contro gli atti amministrativi anticoncorrenziali della pubblica amministrazione. L'analisi parte dal generale "potenziamento" delle competenze dell'Antitrust seguito nel complesso contesto delle riforme di liberalizzazione avviate dal legislatore; il saggio delinea i tratti procedurali per l'esercizio dei nuovi poteri e le principali questioni interpretative aperte. Inoltre, si analizzano i primi pareri motivati resi trasversalmente in diversi settori economici e, in particolare, nell'ambito degli affidamenti dei servizi pubblici locali ai sensi e per gli effetti del neointrodotto art. 21-bis.

SOMMARIO: 1. L'ampliamento dei poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: il quadro normativo. – 2. L'art. 21-bis: le fasi procedurali e la discrezionalità dell'amministrazione nell'esercizio dei nuovi poteri. – 3. I dubbi di legittimità costituzionale. – 4. I principali ambiti di intervento nelle prime applicazioni dell'istituto. – 5. Riflessioni conclusive.

1. *L'ampliamento dei poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: il quadro normativo*

I numerosi interventi normativi succedutisi nel corso degli ultimi mesi per scongiurare la crisi economica e promuovere la crescita e la stabilità hanno portato al progressivo ampliamento delle competenze esercitate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, principale affidataria dell'interesse all'attuazione del diritto nazionale della concorrenza.

In particolare, l'art. 35 del d.l. n. 201/2011 (c.d. "Salva Italia") con la significativa rubrica "Potenziamento dell'Antitrust", ha introdotto nell'ordito della legge n. 287/1990 il nuovo articolo 21-bis. La norma attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il potere di emettere un parere motivato in ordine ad ogni provvedimento proveniente da qualsivoglia pubblica amministrazione che contenga presunte violazioni delle norme poste *a tutela della concorrenza e del mercato*. Contestualmente, conferisce alla stessa Autorità la c.d. legittimazione straordinaria ad impugnare gli atti amministrativi oggetto di contestazione e non adeguati ai principi concorrenziali nei termini stabiliti.

La nuova disposizione rafforza i poteri dell'Antitrust al fine di garantire l'osservanza delle norme poste a tutela del mercato e della concorrenza soprattutto da parte della pubblica amministrazione.

Il nuovo istituto si collega (e consegue) alle innovazioni normative con le quali il legislatore ha potenziato in misura crescente i poteri consultivi, di proposta e di segnalazione dell'Autorità per favorire la promozione della concorrenza (*advocacy*).

Ed, infatti, nel processo di liberalizzazione intrapreso il Governo si avvale della "consulenza" tecnica e globale dell'Autorità; per evitare la re-introduzione di ingiustificate

limitazioni alla concorrenza si riconosce ad essa il compito di rendere parere preventivo e obbligatorio sui disegni di legge governativi e sui regolamenti che introducono restrizioni all'accesso alle attività economiche (articolo 34 del decreto "Salva -Italia") e anche sugli schemi dei regolamenti governativi di liberalizzazione da adottare per individuare le attività economiche per le quali è giustificato il mantenimento di un preventivo atto di assenso (articolo 4 del decreto n. 1/2012 c.d. cresci Italia).

Inoltre, il legislatore nel dettare la nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in luogo dell'art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, abrogato a seguito del referendum del giugno 2011, pone in capo agli enti territoriali di maggiori dimensioni l'obbligo di sottoporre all'Autorità garante le delibere relative al conferimento della gestione dei servizi pubblici locali, al fine dell'espressione di un parere obbligatorio in ordine alla esistenza e alla proporzionalità degli interessi pubblici considerati dall'ente per escludere l'apertura del mercato a vantaggio dell'affidamento in esclusiva (art. 4 del d.l. n. 138/2011 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148 del 2011). Disciplina travolta nel luglio scorso dalla sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 che ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 75 della Costituzione, determinando un inatteso arretramento dell'assetto pro concorrenziale del mercato dei servizi pubblici locali⁵.

Accanto a tali ampliati poteri, l'art. 21-*bis* al fine di rimuovere gli atti *injure* delle pubbliche amministrazioni prevede (quale *extrema ratio*), sul piano processuale, il potere di reazione alla violazione delle regole.

A riguardo, giova evidenziare lo strettissimo nesso che unisce l'ampliamento dei poteri antitrust all'intensa attività di segnalazione svolta dall'Autorità garante che, nel tempo, ha posto in luce la potenziale portata distorsiva dell'azione della pubblica amministrazione sul libero gioco della concorrenza ed anche le possibili soluzioni alle criticità del mercato.

L'attribuzione del nuovo potere di impugnativa – tra l'altro – era stato auspicato nel 2010 dalla stessa Autorità garante (AS659 "*Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per la concorrenza e il mercato*", 4 febbraio 2010, in *Boll.* n. 4/2010) nella prospettiva di

⁵ L'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 rubricato «Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea» ha subito numerose modifiche per effetto dell'art. 9, comma 2, lettera n), della l. 12 novembre 2011, n. 183 e dell'art. 25 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della l. 24 marzo 2012, n. 27, nonché dell'art. 53, comma 1, lettera b), del d.l. 22 giugno 2012, n. 83. Con sentenza n. 199/2012 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma e delle successive modifiche per violazione dell'art. 75 della Cost.. dal quale si desume il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare, secondo quanto già riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale. I giudici evidenziano «l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto a quella dell'abrogato art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 e l'identità della ratio ispiratrice» ed inoltre, non ritengono che l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali l'art. 4 citato si applica sia soddisfacente della volontà espressa attraverso la consultazione popolare.

“incentivare le amministrazioni pubbliche al rispetto delle norme suscettibili di avere ricadute sull’assetto concorrenziale dei mercati”.

2. *L’art. 21-bis: le fasi procedurali e la discrezionalità dell’amministrazione nell’esercizio dei nuovi poteri*

In virtù del nuovo art. 21-*bis* della legge n. 287/1990, all’Autorità è conferita la legittimazione ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti emanati da qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato (comma 1).

Inoltre, la stessa Autorità ove ritenga che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, può emettere entro sessanta giorni parere motivato, nel quale vengano indicati gli specifici profili delle violazioni riscontrate; decorso il suddetto termine se la pubblica amministrazione non si conforma ad esso, l’Autorità, entro i successivi 30 giorni, può presentare, tramite l’Avvocatura dello Stato, ricorso al giudice amministrativo (comma 2).

Al giudizio incardinato ai sensi dell’art. 21-*bis*, comma 1, si applica il rito speciale di cui al Libro IV, Titolo V, del codice del processo amministrativo.

Una prima questione attiene all’articolazione del procedimento da seguire per l’esercizio del potere di impugnativa. Il nodo da sciogliere è se per la proposizione del ricorso sia necessario o meno l’invio all’amministrazione, che ha adottato l’atto, asseritamente lesivo della concorrenza, del parere motivato nel quale vengono individuati in maniera specifica i vizi riscontrati.

Secondo le prime osservazioni della dottrina, il parere rappresenta una vera e propria sollecitazione a riesaminare l’atto (cfr. F. CINTIOLI “*Osservazioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità indipendenti*”) un preavviso di ricorso. Ed invero, le amministrazioni destinatarie dello stesso, sotto “minaccia di impugnativa”, hanno l’obbligo di avviare un’istruttoria al fine di valutare se rimuovere gli eventuali effetti anticoncorrenziali delle proprie determinazioni e conformarsi al parere espresso dall’Autorità garante o confermare l’atto adottato ritenendo per esempio che non vi sia la paventata violazione delle norme sulla concorrenza e/o ponendo all’attenzione dell’Autorità ulteriori elementi di fatto o acquisizioni istruttorie ad essa non noti.

L’Autorità, d’altra parte, valuterà se archiviare il procedimento avviato ai sensi dell’art. 21-*bis* in argomento, a fronte dell’avvenuta conformazione dell’atto amministrativo contestato al diritto della concorrenza o della condivisione delle repliche dell’amministrazione destinataria del parere o

viceversa adire il giudice amministrativo per la persistente illegittimità dello stesso. A tal riguardo, è d'uopo evidenziare che la lettera della norma non pone un automatismo tra parere e azione dell'Autorità garante (Cintioli, cit., 12).

L'AGCM può (e deve) dunque, dialogare con la p.a, valutare di volta in volta, sotto il profilo della legittimità, le iniziative adottate in sede di riesame dell'atto amministrativo e selezionare così gli atti da impugnare.

E' questo un aspetto centrale della previsione: il parere è un atto preliminare al ricorso che "impone", lo scambio di informazioni e la leale collaborazione tra amministrazioni per perseguire anche la finalità deflattiva del contenzioso. Ed, invero, il citato parere si conclude con una diffida all'amministrazione destinataria dello stesso affinché svolga le attività ritenute più opportune a ripristinare corrette dinamiche concorrenziali, da comunicare nei termini di legge, con il preavviso che in caso di mancata conformazione alle regole della concorrenza l'Autorità garante potrà ricorrere al giudice amministrativo.

Non mancano dubbi interpretativi discendenti dalla formulazione della norma. La mancata previsione di un termine per l'emissione del parere -soprattutto- rischia di contraddire l'esigenza di celerità insita nel rito accelerato prescelto e di minare la certezza del diritto laddove, per ipotesi, l'Autorità agisca oltre un termine ragionevole.

3. *I dubbi di legittimità costituzionale*

Avverso il nuovo art. 21-*bis*, sono stati sollevati dubbi di legittimità dinanzi alla Corte Costituzionale⁶ sull'assunto che la disposizione configuri una surrettizia introduzione del Pubblico Ministero nel processo amministrativo, in contrasto con la sua natura strutturale di giurisdizione soggettiva, e per l'altro introduca una nuova modalità di controllo sugli atti delle Regioni, in contrasto con la legge costituzionale n. 3/2001 abrogativa dei controlli sugli atti regionali a suo tempo previsti dall'art. 125 Cost. Le questioni sollevate riecheggiano il dibattito dottrinale.

La questione richiederebbe una analisi molto approfondita; sin d'ora si può, tuttavia, rilevare – secondo una prima tesi dottrinale – che il conferimento all'Autorità garante della legittimazione ad agire davanti al TAR costituisce ipotesi eccezionale di giurisdizione di diritto oggettivo, in deroga ai principi generali del processo amministrativo; il ruolo dell'Autorità garante è perciò assimilato a quello di "pubblico ministero" che agisce per la realizzazione dell'interesse generale alla concorrenza. D'altra parte, è stato osservato che il legislatore ha utilizzato il modello di legittimazione processuale straordinaria anche in altri delicati ambiti, attribuendo un potere di

⁶ Dalla Regione Veneto con ricorso del 23 febbraio scorso.

impugnativa più specifico anche all'Autorità dei trasporti in relazione alla disciplina dei taxi (art. 36 comma 2, lett. n), d.l. n.1/2012).

Quanto, poi, alla questione della compatibilità del nuovo potere di azione con l'autonomia degli enti locali, altra dottrina rileva che l'autonomia delle regioni e degli enti locali non implica una limitazione del sindacato giurisdizionale in relazione agli atti impugnabili e ai soggetti legittimati all'azione e, infine, agli interessi tutelabili. (Sandulli, cit. 15). Da altra prospettiva si può ancora osservare che l'eliminazione di controlli sugli enti locali può giustificare la necessità di un controllo di tipo giurisdizionale avente ad oggetto le violazioni delle norme a tutela della concorrenza e del mercato.

4. *I principali ambiti di intervento nelle prime applicazioni dell'istituto*

Altro aspetto centrale del dibattito attiene alla delimitazione del campo di applicazione del nuovo istituto. Il punto di partenza è il riferimento normativo alla violazione di norme «*a tutela della concorrenza e del mercato*», locuzione che sembra poter comprendere la violazione delle norme che tipizzano gli illeciti concorrenziali (intese e abusi di posizione dominante o l'inosservanza della disciplina autorizzatoria prevista per le concentrazioni) e delle disposizioni direttamente e indirettamente poste a tutela della concorrenza e del mercato e «non ogni astratta lesione del benessere dei consumatori» (Sandulli, cit., 15 ss.). L'autorità potrà impugnare, più in generale, ogni atto amministrativo che violi i principi dettati dalla giurisprudenza comunitaria, introduca o mantenga ingiustificate e non proporzionate restrizioni al libero svolgimento dell'attività economica privata (Arena, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'autorità antitrust italiana*, cit.).

La rassegna dei primi pareri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato evidenzia i principali ambiti di azione dei nuovi poteri.

Nel dicembre 2011, a seguito della segnalazione ricevuta da parte del titolare di un esercizio di vicinato per la vendita di prodotti di gastronomia nel Comune di Lucca, l'Autorità ha emesso il primo parere (AS900 – *Comune Di Lucca - Regolamento comunale sugli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande*, in Boll. n. 51/2011) ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 287/90, in ordine alle disposizioni di un regolamento comunale sugli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande che prevedono che gli arredi degli esercizi di vicinato non possono coincidere con le attrezzature tradizionalmente utilizzate negli esercizi di somministrazione, ossia tavoli e qualsiasi tipo di seduta e che l'apertura di un ristorante sia condizionata ad una superficie minima di somministrazione.

L'Autorità, in punto di diritto, richiama il principio posto dall'art. 3 del d.l. n. 138/2011 (convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148), secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge; norma che concede ai Comuni un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione per adeguare gli ordinamenti al medesimo principio. E, l'art. 34, comma 2, del più recente d.l. n. 201/2011, che ha previsto che la disciplina delle attività economiche debba essere improntata al principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario che possono giustificare l'introduzione di atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità. Tanto premesso, si rileva come, l'art. 17 del regolamento comunale appaia in grado di determinare un ingiustificato svantaggio competitivo a danno di tale tipologia di esercizi commerciali nella misura in cui limita l'esercizio di tali attività economiche in assenza di un espresso divieto posto da una norma di legge.

L'Autorità ritiene, dunque, che agli esercizi di vicinato non debba essere preclusa la possibilità di utilizzare i propri arredi, ivi compresi tavoli e sedute, ai fini del consumo immediato dei prodotti di gastronomia da parte della propria clientela.

Infine, in merito alla previsione del Regolamento comunale che condiziona ad una superficie minima di somministrazione (pari a 165 m²) l'apertura di un ristorante, rileva che l'individuazione della superficie da riservare all'attività economica debba essere rimessa alla libera iniziativa di ciascun soggetto attivo sul mercato, quando non vi siano peculiari giustificazioni sottese a previsioni regolamentari che definiscono minimi di riferimento. L'Autorità a conclusione del parere invita l'Amministrazione destinataria dello stesso a comunicare entro il termine di legge le iniziative adottate in relazione alle problematiche sopra evidenziate, con l'avviso che in mancanza, potrà presentare ricorso al T.A.R. entro i successivi trenta giorni.

Come evidenziato dai primi commentatori della nuova norma uno dei maggiori ambiti di azione del nuovo istituto, è rappresentato dagli atti amministrativi che disciplinano i procedimenti di selezione del contraente nei contratti delle amministrazioni locali.

A tal riguardo, in via preliminare, giova evidenziare che il settore dei servizi pubblici locali è stato oggetto di diversi interventi di liberalizzazione che, come già anticipato, hanno subito una brusca battuta d'arresto a seguito della recente dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (come successivamente modificato) per violazione dell'art. 75 Cost.

In particolare, la disposizione prevedeva che l'ente locale, nel rispetto dei «principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi», verificasse la realizzabilità di una gestione pienamente concorrenziale dei vari servizi pubblici locali, liberalizzando «tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e

accessibilità del servizio» e limitando «l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità». Inoltre, il legislatore poneva l'obbligo in capo all'ente locale di richiedere un parere preventivo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato sulla modalità di affidamento delle gestioni dei servizi pubblici locali e sulla conformità delle stesse alle regole nazionali e comunitarie.

Giova evidenziare le differenze intercorrenti tra il parere preventivo sulle verifiche di concorrenzialità degli enti locali, già previsto nel citato art. 4 del decreto n. 138/2011, colpito dalla pronuncia di incostituzionalità n. 199/2012, e il parere motivato di cui al nuovo art. 21-*bis*: il primo aveva carattere non vincolante e, nel rispetto delle autonomie locali, lasciava la possibilità di discostarsene – quindi non neutralizzava in toto il rischio di resistenze al processo di liberalizzazione del settore intrapreso –; il secondo può consentire all'Autorità, nel caso di mancata conformazione dell'ente locale, di chiedere l'annullamento dell'atto amministrativo ritenuto illegittimo in via giurisdizionale, per conformare in senso concorrenziale l'agire della stessa amministrazione. Prima della citata pronuncia della Corte costituzionale che ha sancito, secondo una tesi dottrinale un'involuzione del grado di concorrenzialità nei servizi pubblici locali (Urbano, cit.), con tali strumenti, il legislatore ha realizzato un continuo monitoraggio demandando all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, quasi un ruolo di “accompagnamento” dell'ente nella transizione verso un regime quanto più possibile concorrenziale nell'offerta del servizio pubblico.

Ed invero, in diversi casi, in virtù della nuova previsione normativa l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è intervenuta ai sensi e per gli effetti del citato art. 21-*bis* in riferimento alle delibere degli enti locali di conferma di affidamenti in house o, comunque, in esclusiva pur in carenza dei presupposti contenuti negli ultimi interventi normativi.

In questa prospettiva, è particolarmente interessante il parere (AS926 - Regione Molise - procedura ristretta per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale extraurbano) reso nel febbraio del 2012, a seguito di una segnalazione relativa alla procedura per l'affidamento del Servizio di Trasporto Pubblico Locale Extraurbano di competenza regionale. L'Autorità paventa una violazione del citato art. 4 del d.l. n. 138/11 e, in particolare, dell'obbligo di effettuare la verifica di concorrenzialità del servizio di trasporto extraurbano di competenza regionale al fine di valutare la possibilità di liberalizzarlo, anche in parte, compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio al fine di limitare il regime di affidamento in esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità. Più specificamente, l'Autorità sottolinea la necessità (anche qualora la verifica di concorrenzialità escludesse la possibilità di

liberalizzare i servizi o parte di essi) che «la decisione di mettere a gara un unico lotto per tutti i servizi di trasporto extraurbano venga adottata solo dopo aver attentamente verificato che i vantaggi derivanti da tale configurazione del servizio siano tali da più che compensare i costi concorrenziali derivanti dall'impatto negativo di tale previsione sul numero dei potenziali partecipanti alla gara». Ed, inoltre, ribadisce che l'effettivo confronto competitivo fra più operatori in sede di gara è l'unico strumento per addivenire ad un miglioramento dell'offerta, in termini sia di quantità e qualità del servizio che di contenimento della spesa pubblica. In conclusione, l'Autorità chiede all'ente locale la produzione di tutti gli atti adottati, ivi compreso il bando di gara e il capitolato tecnico, e di comunicare anche ai fini dell'esercizio di poteri di cui dell'art. 21-*bis*, comma 2, della l. n. 287/90 le misure adottate per ripristinare corrette dinamiche concorrenziali, ottemperando alle prescrizioni imposte dall'articolo 4 del d.l. n. 138/11 per la liberalizzazione dei servizi pubblici locali, con la consueta avvertenza che la stessa potrà presentare ricorso in caso di mancata conformazione ai principi concorrenziali entro il termine previsto.

Le stesse problematiche risultano affrontate nel parere motivato reso con riferimento al progetto di *“riorganizzazione societaria della mobilità. Costituzione della società capogruppo AVM S.p.A. Atti conseguenti”* adottato con delibera del Consiglio Comunale di Venezia n. 35/12 (AS961 - *Comune di Venezia - riorganizzazione societaria della mobilità. Costituzione della società capogruppo ACM s.p.a e atti conseguenti in Boll. n. 27/2012*). L'atto amministrativo in argomento, risulta adottato senza una specifica verifica di mercato e, pertanto, si configura, secondo l'Autorità, quale prosecuzione e integrazione di un percorso originato da precedenti delibere (n. 140/11 e 154/11) finalizzato a confermare il mantenimento del regime di gestione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale fortemente restrittivo della concorrenza.

Particolarmente interessante è la prassi inizialmente seguita dall'Autorità di combinare l'applicazione del citato art. 4 del d.l. 138/2011 e dell'art. 21-*bis* in relazione all'affidamento di vari servizi pubblici locali. Più nel dettaglio, su richiesta del Comune di Bonvisio Masciago l'Autorità ha valutato negativamente le ragioni addotte dall'ente locale a sostegno del mantenimento del regime di privativa per il servizio di gestione rifiuti, rappresentate principalmente dal vantaggio riconducibile all'esistenza di un unico interlocutore per l'Ente (in termini di coordinamento, controllo e monitoraggio dei servizi). Tale argomentazione, secondo l'Autorità non dimostra, in concreto, la possibile convenienza derivante dal mantenimento della gestione in esclusiva. Ed invero, lo schema di delibera contestato non recava l'analisi comparativa, dalla quale sarebbero dovuti emergere i dati necessari per confrontare i costi della gestione in esclusiva del servizio e la stima dei costi totali di gestione in caso di liberalizzazione.

Nel rendere parere negativo, l'Autorità precisa appunto che le iniziative adottate dell'ente locale saranno valutate anche ai fini del possibile esercizio dei nuovi poteri previsti dall'art. 21-*bis*

(AS 967 *Comune di Bonvisio Masciago (mb) - Modalita' di affidamento servizi pubblici locali* in *Boll. n. 29/2012*). Allo stesso modo si articola il parere - anche'esso negativo - reso su richiesta del Comune di Cinisello Balsamo (MI) sullo schema di delibera quadro *ex art. 4 d.l. 138/2011*, per il servizio di gestione dei rifiuti urbani solidi ed assimilati, sulla base della documentazione fornita dal Comune istante (AS 968 – *Comune di Cinisello Balsamo (MI) – Servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani e assimilati*, in *Boll. n. 29/ 2012*). L'Autorità, anche in questo caso ritiene che l'amministrazione comunale non abbia fornito elementi sufficienti a consentire una valutazione circa la «*sussistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva*», non avendo verificato preventivamente la possibilità di liberalizzare le attività economiche interessate nè proceduto anche con analisi quantitative ad esaminare i motivi per cui l'assetto concorrenziale non possa ritenersi idoneo a soddisfare i bisogni della comunità. Infine, si riserva di conoscere le iniziative adottate per la gestione dei servizi in oggetto anche ai fini dell'eventuale esercizio dei poteri previsti dall'art. 21-*bis* della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

La struttura dei provvedimenti sopra esaminati presuppone che l'Autorità garante possa procedere “direttamente” dinanzi al giudice amministrativo in caso di mancata conformazione alle indicazioni fornite all'ente locale, ritenendo di aver già preavvisato il medesimo ente ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-*bis*.

Superate le questioni relative alla possibile sovrapposizione dei due pareri con il venir meno delle rigorose disposizioni contenute nel citato art. 4 per effetto della citata pronuncia di incostituzionalità, resta il potere dell'Autorità garante di rendere parere motivato sugli atti amministrativi degli enti locali nelle procedure ad evidenza pubblica laddove determinino una violazione dei principi comunitari a tutela della concorrenza ed eventualmente, in caso di mancata conformazione agli stessi, di agire dinanzi al giudice amministrativo. Ne consegue che in questo specifico settore l'attribuzione della c.d. legittimazione straordinaria all'Autorità garante consente di incentivare gli enti locali alla più corretta applicazione delle regole basilari di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità nello svolgimento delle gare anche senza degli argini procedurali che la legislazione nazionale aveva posto.

Un altro settore nel quale l'Autorità ha utilizzato i poteri posti a disposizione dal nuovo art. 21-*bis* è quello della distribuzione farmaceutica. In particolare, nel mese di aprile 2012, a seguito del ricevimento di una segnalazione inoltrata da un titolare di farmacia operante all'interno della Regione Puglia, l'Autorità ha reso parere motivato *ex art. 21-bis* in merito ai contenuti della *Comunicazione regionale attinente alla regolamentazione degli orari e dei turni di esercizio delle farmacie* presenti nel territorio. L'Autorità ha ritenuto che la Comunicazione sia un atto interpretativo di origine amministrativa che introduce all'interno della Regione una pluralità di vincoli all'esercizio delle attività commerciali delle farmacie, in palese contrasto con i contenuti di

una fonte normativa di rango primario quale è l'art. 11, comma 8, del d.l. n. 1/12 (convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27), che liberalizza gli orari di apertura, salva l'obbligatorietà del rispetto di quelli esistenti, da intendersi come orari minimi di esercizio.

In particolare, a parere dell'Autorità garante l'atto in oggetto, con cui viene impedito alle farmacie di operare in orari diversi da quelli minimi prefissati, restringe ingiustificatamente la concorrenza. L'Autorità precisa altresì che «l'apertura al di fuori degli orari obbligatori – che la nuova legge ha mantenuto in vista della tutela del diritto alla salute rappresentata dalla garanzia di reperibilità di farmaci e cure – si concreta in un aumento dell'offerta, a evidente vantaggio dei consumatori e, di conseguenza, anche della tutela del diritto alla salute degli stessi». Anche rispetto alle ulteriori restrizioni all'esercizio dei negozi farmaceutici introdotte nella Regione dalla Comunicazione (la subordinazione dell'apertura durante l'intervallo pomeridiano e la giornata di sabato a condizioni ingiustificatamente gravose, tali da rendere assai difficile la possibilità concreta che tale facoltà di apertura venga effettivamente esercitata; il mantenimento in capo a tali negozi di un prolungato obbligo di chiusura estiva) l'Autorità giunge alle medesime considerazioni.

Alla luce di tutto ciò, l'Autorità ritiene la Comunicazione regionale in contrasto con i principi fondamentali della disciplina comunitaria, e di conseguenza invita gli enti locali destinatari del parere a porre in essere e, poi, a comunicare alla medesima nei termini di legge, le misure adottate per il ripristino della concorrenza nel settore farmaceutico all'interno della Regione, con l'avviso che in caso di mancata conformazione, l'Autorità potrà presentare ricorso.

In un altro caso, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato rende parere motivato all'indirizzo di una società concessionaria ai sensi del citato art. 21-*bis* in merito al contenuto di alcune previsioni della documentazione di gara relativa all'affidamento della fornitura di ricambi di carrozzeria originali, di primo impianto o equivalenti, per la manutenzione di autobus (AS 908 – *Cotral Spa - Documentazione di gara relativa all'affidamento della fornitura di ricambi di carrozzeria originali - Manutenzione Di Autobus Fiat-Iveco-Irabus*, in Boll. n. 3/2012). L'Autorità rileva che la "Lettera di invito" nel prevedere, che lo sconto offerto resterà fisso ed invariabile per l'intera durata dell'affidamento e che sarà applicato su tutto il listino in vigore alla data di emissione dell'ordine conferisce vantaggi informativi alla stessa società concessionaria, che in sede di gara, potrebbe utilizzare a proprio favore eventuali informazioni circa possibili, future, modifiche dei prezzi del listino IVECO.

Inoltre, si ritiene che la medesima previsione possa costituire un disincentivo alla partecipazione alla gara per i concorrenti, in quanto le condizioni effettive di fornitura, in caso di aggiudicazione, dipenderebbero da una variabile futura e incerta al momento della formulazione dell'offerta.

Nel caso di specie, l'Autorità propone quale alternativa di sostituire il suddetto meccanismo di determinazione del prezzo con un altro che non faccia riferimento al listino IVECO, in modo da far venir meno il vantaggio competitivo di un soggetto, che potrebbe avere maggiore contezza in merito alle variazioni previste del listino stesso. Tanto premesso, l'Autorità conclude con la consueta diffida ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-*bis*.

Di particolare interesse risulta il parere relativo alle determinazioni contenute nelle delibere del Comune di Roseto degli Abruzzi concernente l'ampliamento di concessioni demaniali marittime (AS975 - *Roseto degli Abruzzi (Te) - ampliamento di concessioni demaniali marittime*).

Con tali provvedimenti, l'Ente attribuisce agli attuali concessionari di aree demaniali marittime un vantaggio ingiustificato a danno dei potenziali concorrenti, consentendo ai primi lo sfruttamento commerciale di aree contigue senza l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica trasparenti e non discriminatorie.

In punto di diritto, l'Autorità evidenzia che «l'interesse pubblico corrispondente all'esigenza di adeguare le aree del demanio marittimo alle esigenze di ricettività turistica si presta ad essere perseguito con modalità trasparenti e non discriminatorie, compatibili con gli artt. 49 e 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, l'articolo 12 della direttiva servizi e l'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009 che, come noto, ha disposto la soppressione del secondo comma dell'articolo 37 cod. nav., nella parte in cui stabiliva la preferenza accordata al vecchio concessionario».

Alla luce di tali motivazioni, l'Autorità, ai sensi dell'art. 21-*bis*, comma 2, della legge n. 287/90, invita il Comune a comunicare, nei termini previsti, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza sopra esposte, con la diffida che ove tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali espressi, l'Autorità potrà adire il giudice amministrativo.

5. *Riflessioni conclusive*

Il legislatore ha scelto di potenziare il ruolo dell'Antitrust valorizzando una pluralità di strumenti che operano su diversi piani ma sono accomunati dal perseguimento dell'interesse generale della tutela della concorrenza e del mercato: pareri, segnalazioni, legge annuale per il mercato ed, infine, legittimazione ad impugnare atti amministrativi anticoncorrenziali. Tali poteri segnano un percorso che consente all'Autorità indipendente dotata di spiccate competenze tecniche e di una globale conoscenza del mercato di intervenire nella fase preventiva di formazione delle regole per evitare l'introduzione di ingiustificate barriere di accesso alle attività economiche, e poi, se necessario in quella successiva di reazione e contrasto alla violazione delle stesse.

La legittimazione ad impugnare riconosciuta all'Autorità contribuisce, dunque, a blindare il circolo virtuoso in senso concorrenziale messo a punto dal legislatore per evitare che gli enti pubblici nell'agire amministrativo quotidiano possano neutralizzare l'avvenuta abrogazione delle limitazioni alla concorrenza nelle attività economiche, ma, intensifica (e "complica") le interazioni tra l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e le altre pubbliche amministrazioni. Per l'ampio spettro di intervento, e per la natura trasversale della tutela della concorrenza e del mercato, la legittimazione processuale riconosciuta ad Agcm "pone in discussione" le determinazioni assunte da altre pubbliche amministrazioni locali e statali. Per evidenziare il rischio di sovrapposizioni o interferenze, basti considerare che uno dei campi elettivi di applicazione del nuovo istituto è quello della selezione del contraente dell'amministrazione e che recentemente il legislatore ha conferito alla Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di servizi e forniture il delicato compito di approvare, previo parere del Ministero delle infrastrutture e sentite le categorie professionali interessate, bandi tipo, ai quali le stazioni appaltanti possono derogare solo motivatamente. Si può osservare che la previsione di bandi tipo sicuramente costituisce una "cornice di buone prassi" che si completa e rafforza con il deterrente dell'impugnativa dell'Autorità Antitrust ma rende necessario il coordinamento delle iniziative anche mediante l'adozione di un protocollo, che, secondo quanto si legge nella Relazione presentata per 2011 dall'AVCP, è in corso di definizione.

Ed invero, il nuovo contesto normativo rende auspicabile la stipula di protocolli di intesa per creare procedure di coordinamento e collaborazione, scambi di pareri e informazioni, anche al fine di un più esteso monitoraggio degli atti amministrativi contrastanti con l'assetto concorrenziale del mercato. In questa prospettiva è sicuramente un elemento positivo e meritevole di attenzione che nei primi pareri motivati resi dall'Agcm ai sensi dell'art. 21-*bis*, l'avvio dell'istruttoria è, spesso, dovuta a segnalazioni effettuate da soggetti, privati e pubblici che vivono le problematiche locali e che "dal basso" si rivolgono ad un'Amministrazione "terza" e dotata di elevata competenza tecnica per ripristinare l'ordine giuridico asseritamente violato.

Luci e ombre del *rating* di legalità delle imprese (Elena Bellisario)

Il rating di legalità delle imprese, recentemente introdotto dall'art. 5-ter del c.d. decreto "Cresci-Italia", sta suscitando un acceso interesse fra gli operatori del mercato. Si tratta di uno strumento premiale oggetto di una disciplina in fieri, che necessita di ulteriori norme di dettaglio – attualmente in corso di emanazione – per la sua completa e concreta attuazione.

Il presente contributo intende offrire un quadro sintetico dei punti qualificanti la novella tra dubbi e certezze, con particolare attenzione al testo provvisorio del regolamento di attuazione predisposto dell'AGCM, nella convinzione che la conoscenza del passato possa contribuire ad agevolare la comprensione del futuro e consentire, quindi, la migliore applicazione del nuovo strumento in conformità alla ratio che lo sottende.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La *ratio* dell'art. 5-ter. – 3. L'attuazione della norma: la bozza di regolamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. – 4. Le osservazioni degli *stakeholders*. – 5. L'impatto premiale.

1. *Premessa*

Nuovi rilevanti compiti sono stati assegnati all'Autorità garante della concorrenza e del mercato dall'art. 5-ter del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 *"Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività"* (c.d. decreto "Cresci-Italia"): l'elaborazione e l'attribuzione di un *"rating di legalità"* per le imprese secondo i criteri e le modalità da stabilirsi con apposito regolamento, emanato in raccordo con i Ministeri dell'Interno e della Giustizia.

Si tratta, come noto, di uno strumento concepito per misurare il tasso di legalità delle imprese dal carattere squisitamente premiale, sia perché di esso si tiene conto in sede di accesso ai prestiti bancari e alle agevolazioni pubbliche, sia per i suoi indubbi riflessi sul piano reputazionale, in virtù dell'istituzione di una *white list* delle imprese "oneste" presso l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

La novità legislativa, che ha già subito alcune significative modifiche durante l'*iter* legislativo di conversione in legge (l. 18 maggio 2012, n. 62), si colloca nell'ambito delle misure adottate per rafforzare l'azione di contrasto alla criminalità organizzata, le cui interferenze con l'attività di impresa, specie nel Mezzogiorno, costituiscono una vera e propria piaga per l'intera economia nazionale.

La sua introduzione è stata quindi accolta con un diffuso consenso; la norma, però, pone diversi dilemmi interpretativi e lascia insoluti alcuni rilevanti interrogativi in relazione alla sua (futura) effettiva portata applicativa, con particolare riferimento all'impatto sul processo di erogazione del credito.

Ciò in quanto essa è formulata in termini molto generali e, ai fini dell'individuazione concreta della sua disciplina, rimanda ad altre fonti, la cui attuazione, allo stato, non è ancora completa.

Nell'attesa, l'interprete non può che limitarsi a esprimere osservazioni altrettanto incomplete e precarie, destinate a mutare ed evolversi con l'evoluzione del quadro normativo di riferimento.

Così, in questo scenario perennemente – e rapidamente – *in fieri*, il presente lavoro appare destinato ad essere ben presto superato delle norme emanande (e, forse, già emanate al momento della sua pubblicazione); tuttavia, la sua utilità può essere ravvisata nel fatto che esso intende offrire una fotografia del presente, evidenziando le luci e le ombre del nuovo strumento, che potrà in futuro agevolarne la comprensione e l'applicazione concreta.

2. La ratio dell'art. 5-ter

Il neo art. 5-ter si pone come norma in bianco, che ben individua gli obiettivi, ma che rinvia la sua attuazione a due distinti atti da emanarsi «entro novanta giorni» (scaduti il 19 agosto scorso) dalla data di entrata in vigore della disposizione:

- un regolamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in relazione alla definizione dei criteri e delle modalità di attribuzione del *rating* (regolamento, invero, tempestivamente redatto, se pur non ancora formalmente approvato);
- un decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze e del Ministro dello Sviluppo Economico (di cui, allo stato, non si ha notizia neppure di un testo provvisorio) per la definizione delle modalità attraverso le quali del *rating* attribuito «*si tiene conto*» in sede di concessione di finanziamenti pubblici e di accesso al credito bancario.

Se dunque, attualmente, la bozza di regolamento dell'Antitrust consente di dare un contenuto concreto all'aspetto strutturale della norma, inerente alla disciplina di attribuzione del *rating*, maggiore incertezza regna ancora sull'aspetto premiale, ossia sulla portata degli effetti che da questa attribuzione conseguiranno.

Giova quindi concentrarsi dapprima sui profili definiti – o, comunque, in via di definizione – della novella, per poi individuare e affrontare quelli ancora da chiarire e risolvere.

La lettera della norma, la sua collocazione sistematica, l'approccio promozionale e i meccanismi premiali che la caratterizzano ne rende evidente la finalità: combattere l'illegalità, promuovere la trasparenza, favorire la concorrenza leale, incoraggiare gli investitori stranieri e, in definitiva, creare le condizioni per lo sviluppo della produttività e della competitività attraverso la selezione delle imprese più virtuose. Non c'è dubbio, infatti, che la legalità – la *rule of law* come si usa definirla in ambito internazionale – è essenziale per lo sviluppo economico e sociale di ogni sistema e, nel contempo, costituisce la *condicio sine qua non* per la promozione di una cultura d'impresa c.d. “socialmente orientata”.

In quest'ottica, è bene sottolineare che il nuovo strumento non mira semplicemente a contrastare la criminalità organizzata e l'usura o a garantire il rispetto da parte delle imprese delle normative vigenti, ma tende a uno scopo ulteriore e più ambizioso, peraltro espressamente annunciato nell'*incipit* della norma, ossia «*promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali*», la cui concreta attuazione implica l'adozione da parte delle imprese di impegni che si proiettano necessariamente oltre le prescrizioni minime e gli obblighi giuridici per rispondere alle esigenze effettive della società e dell'ambiente.

Sarebbe perciò riduttivo intendere il *rating* di legalità come un semplice strumento premiale per chi si limita a fare ciò che, del resto, è comunque tenuto a fare (rispettare le leggi) o come un'evoluzione del certificato antimafia: esso, anche in considerazione della sua natura facoltativa (è attribuito su istanza di parte), introduce un sistema di valutazione dell'affidabilità di un'impresa e costituisce una concreta iniziativa legislativa in materia di "responsabilità sociale", divenuta in pochi anni una vera e propria linea guida delle politiche comunitarie di competitività.

3. *L'attuazione della norma: la bozza di regolamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*

La bozza di regolamento di attuazione della norma predisposta dall'Autorità, che si compone di 8 articoli, contiene una disciplina analitica del nuovo strumento, e in particolare: individua i soggetti autorizzati a richiedere il *rating* (art. 1), specifica i requisiti per la sua attribuzione e le modalità di attestazione del possesso di tali requisiti (artt. 2 e 4); determina le condizioni per il rilascio di un *rating* superiore (art. 3); ne disciplina il procedimento di attribuzione (art. 5), la durata, il rinnovo, nonché i casi di sospensione e di revoca (art. 6); precisa gli obblighi informativi dell'impresa (art. 7); infine, istituisce un elenco che include non solo le imprese beneficiarie del *rating*, ma anche quelle cui esso è stato negato, sospeso o revocato (art. 8).

Decisamente felice, perché ben riflette e valorizza la *ratio* della norma, appare la scelta di istituire un duplice livello premiale: da un lato, infatti, per ottenere il (livello minimo del) *rating*, la bozza di regolamento si limita a richiedere il rispetto della legalità, indicando i requisiti che ogni impresa gestita con correttezza e nell'osservanza della legge dovrebbe essere in grado di soddisfare; dall'altro, consente l'attribuzione di un punteggio *extra* per le imprese che presentano una serie di condizioni ulteriori, che vanno oltre il rispetto delle prescrizioni legislative.

Più in particolare, ai fini dell'attribuzione del *rating* c.d. minimo, l'insieme dei requisiti che devono necessariamente essere rispettati attengono allo *status* giudiziario dei "responsabili" delle imprese, occorrendo che tali soggetti non si siano macchiati di una serie di reati; inoltre, è necessario che l'impresa non si sia resa responsabile nel biennio precedente la richiesta di *rating* di

illeciti di altra natura (quali: violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette; inadempimenti fiscali; mancato rispetto delle normative a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori nonché degli obblighi retributivi, contributivi, assicurativi, ecc. nei confronti dei propri collaboratori e dipendenti; violazione delle regole sulla tracciabilità dei pagamenti).

Ai fini dell'attribuzione del punteggio superiore, i requisiti richiesti dalla bozza attengono invece all'adozione volontaria da parte delle imprese di impegni dal contenuto assai eterogeneo, tutti riconducibili all'ampio concetto di "responsabilità sociale d'impresa".

4. *Le osservazioni degli stakeholders*

In relazione alla bozza di regolamento, numerose sono state le osservazioni pervenute dai vari *stakeholders* – ministeri (Interno, Ambiente, Sviluppo Economico), associazioni di categoria (Assonime, Abi, Ania, Ance, Confindustria, Confetra, Cittananzattiva, Legacoop), sindacati (Cgil, Fiba Cisl), studi professionali e agenzie di settore (quali: Standard Ethics, Vigeo, Fondazione culturale responsabilità etica, Global Compact Network Italia), gruppi di lavoro composti da esperti di diverse discipline, ma anche singoli consumatori e singole imprese (Lottomatica, Poste Mobile) – a riprova dell'interesse suscitato dal nuovo strumento.

Il dibattito che si è aperto a seguito del processo di consultazione pubblica – conclusosi nella metà settembre – ha senz'altro contribuito a offrire rilevanti spunti di riflessione, mettendo in luce pregi e difetti del testo regolamentare e suggerendo puntuali integrazioni o modifiche. Tra le varie, è bene evidenziare quelle più auspicabili e che, con maggiore probabilità, verranno accolte nella versione definitiva, sintetizzandole come segue.

a) Ambito di applicazione e requisiti

In primo luogo, in relazione ai soggetti ammessi a beneficiare dello strumento, la bozza di regolamento, discostandosi dal testo dell'art. 5-ter, prevede che si tratti di imprese con «sede» nel territorio nazionale (art. 1, lett. b) e rischia così di determinare una discriminazione fra tali imprese e quelle aventi sede in altri Stati membri ma operanti in Italia. La formulazione andrebbe quindi adeguata all'art. 5-ter, che appunto indica, come potenziali richiedenti, le «imprese operanti nel territorio nazionale».

Inoltre, in relazione al requisito del fatturato minimo di due milioni, riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza, si evidenzia il rischio di fenomeni di elusione della norma da parte di soggetti "non puliti": questi potrebbero infatti ottenere facilmente il *rating* massimo attraverso una società di dimensioni molto contenute (o anche attraverso una scatola vuota neo-costituita), purché appartenente a un gruppo con fatturato di almeno due milioni. Al fine di scongiurare tale rischio, sarebbe quindi opportuno richiedere, qualora il *rating* sia assegnato a

società che individualmente non raggiungono tale fatturato, che i requisiti necessari debbano essere soddisfatti anche dalla società che esercita funzioni di direzione e coordinamento della società assegnataria del *rating*. E si suggerisce, altresì, la previsione di un termine di operatività per l'accesso al *rating*, precludendolo alle imprese neo-costituite.

E ancora: in considerazione della finalità del *rating*, si segnala l'esigenza di non escludere le imprese sottratte alla criminalità organizzata con sequestro e confisca e affidate ad amministratori giudiziari o soggetti privati. E' evidente, infatti, che il beneficio di tale strumento potrebbe contribuire in modo decisivo alla prosecuzione dell'attività di tali imprese e al mantenimento di posti di lavoro.

Sempre in relazione all'ambito soggettivo, si suggerisce opportunamente una maggiore focalizzazione sulle persone fisiche il cui *status* giudiziario rileva ai fini dell'attribuzione del *rating*, data l'eccessiva ampiezza sul punto dell'art. 2, lett. *a*) e *b*), che include soggetti (tutti gli "amministratori", a prescindere dal loro ruolo, i "sindaci", nonché il "direttore generale" e il "direttore tecnico") i quali, invero, non sempre rappresentano l'impresa o, comunque, non necessariamente svolgono un ruolo significativo al suo interno.

Non sfugge, poi, ai vari *stakeholders* che l'elencazione dei reati rilevanti [lett. *a*) e *b*) della medesima norma] risulta talvolta pleonastica in virtù del rinvio al d. lgs. n. 231 del 2001, che già copre un gran numero di fattispecie (artt. 24, 24 *bis* e 24 *ter* e artt. da 25 a 25 *undecies*); analoghi rilievi vengono altresì espressi sui reati commessi con l'aggravante di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 1991 (convertito dalla l. n. 203 del 1991), il cui richiamo non solo appare superfluo (perché già previsti dall'art. 24 *ter* d. lgs. n. 231 del 2001, rubricato "*Delitti di criminalità organizzata*"), ma altresì ingiustificato nella parte in cui si attribuisce rilevanza ostativa alla concessione del *rating* alla mera "pendenza" del procedimento penale e non, invece, al provvedimento giudiziale di accertamento.

A tale riguardo, viene altresì notato – e assai criticato – il fatto che la bozza di regolamento non richiede espressamente il passaggio in giudicato della sentenza di condanna [art. 2, comma 2, lett. *a*) e *b*)], sebbene la necessità di un provvedimento divenuto definitivo possa comunque desumersi sia dal successivo comma 3 sia, analogicamente, dall'art. 38, comma 1, lett. *c*), cod. contratti pubblici.

Da parte del mondo imprenditoriale, in relazione agli illeciti previsti alle lettere da *c*) a *g*) del regolamento (amministrativi, fiscali, previdenziali, finanziari), si segnala l'opportunità di introdurre una soglia di rilevanza minima, attribuendo rilievo solo alle infrazioni gravi.

Da parte delle associazioni di consumatori, si lamenta invece l'irrelevanza di eventuali condanne di risarcimento dei danni a seguito di *class actions* nonché di eventuali pronunce

inibitorie per comportamenti lesivi dei diritti dei consumatori e degli utenti e, in più in generale, l'assenza di qualsiasi riferimento alla tutela di tale categoria.

b) *Condizioni per l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo*

Come già rilevato, va decisamente apprezzata la previsione di un incremento del punteggio ove l'impresa presenti una serie di requisiti che, in sostanza, implicano l'adozione di modelli organizzativi e comportamentali che vanno oltre il rispetto della legge (art. 3, comma 2).

Al riguardo, però, si evidenzia – specie in ambito imprenditoriale – che il sistema di condizioni per il conseguimento della “legalità massima” non appare sufficientemente articolato e flessibile, in modo da consentire all'impresa di scegliere le *best practices* più appropriate alle dimensioni della propria organizzazione e al settore di attività svolta. Inoltre, l'elenco dei requisiti per il rilascio del *rating* più elevato dovrebbe essere ulteriormente ampliato valorizzando, ad esempio, il comportamento delle imprese che collaborano con le autorità pubbliche denunciando reati idonei a limitarne l'attività economica. Infine, da parte dei vari *stakeholders*, si rileva concordemente l'esigenza di determinare e specificare con maggior precisione le condizioni premianti previste dalla norma, giacché alcune di esse appaiono piuttosto vaghe (come ad esempio il generico richiamo a «forme di *Corporate Social Responsibility*») e potrebbero perciò comportare incertezze, lungaggini e polemiche nel procedimento di attribuzione del *rating*.

E ancora: sempre in relazione al sistema di assegnazione di un punteggio aggiuntivo di cui all'art. 3, si rileva che la mera autocertificazione su cui esso si basa rischia di rendere troppo oneroso e complesso l'esercizio dei nuovi poteri di *enforcement* assegnati all'Autorità e di avallare adempimenti meramente formali che, paradossalmente, finiscono per prescindere dalla valutazione nel merito circa l'effettivo rispetto di tali condizioni. Pertanto, si suggerisce di imporre all'impresa un obbligo di dimostrazione non già della mera “adozione”, bensì della concreta “attuazione” del modello organizzativo adottato.

c) *Attribuzione (e successive vicende) ed elenco*

In relazione alla procedura per l'attribuzione del *rating* (art. 5), la categoria imprenditoriale sottolinea l'opportunità di consentire all'impresa la possibilità di presentare le proprie osservazioni, se non di impugnare il provvedimento, in caso di esito negativo o, comunque, in caso di attribuzione di un *rating* inferiore rispetto a quello richiesto (analogamente a quanto già previsto in caso di revoca, sospensione o modifica *in peius* del *rating* precedentemente rilasciato); inoltre, si evidenzia l'esigenza di sentire l'impresa durante il procedimento di attribuzione e in ogni fase ad esso successiva, al fine di garantire un più ampio ed effettivo contraddittorio.

Circa la facoltà dell'Autorità di compiere le verifiche necessarie, anche richiedendo informazioni a tutte le amministrazioni competenti, solleva dubbi di legittimità e di opportunità la

natura di silenzio-assenzio attribuita alla mancata risposta da parte di tali soggetti entro 45 giorni (art. 5, comma 4), giacché una normativa regolamentare, in assenza di una norma di rango primario, non potrebbe disciplinare gli effetti di un comportamento posto in essere da altre amministrazioni. Inoltre, è ben possibile che il silenzio sia dovuto non già al fatto che effettivamente non vi sia nulla da eccepire, bensì al fatto che le amministrazioni interpellate non siano state in grado di evadere la richiesta entro il suddetto termine.

Dubbi e problemi suscita altresì la previsione dell'obbligo posto a carico dell'impresa di comunicare tempestivamente ogni variazione dei dati riportati nei certificati camerali nonché ogni evento che incida sul possesso dei requisiti per l'ottenimento del *rating* (art. 7, comma 1): non solo, infatti, il termine di adempimento (tre giorni) appare eccessivamente ristretto, ma, ancor peggio, la previsione mal si concilia con l'esigenza di rispettare il principio di presunzione di innocenza quando le violazioni non siano ancora state accertate con sentenza passata in giudicato o provvedimento divenuto definitivo

Concordemente gli *stakeholders* bocciano la previsione della “*black list*” prevista dall'art. 8 sia in relazione alla mancata attribuzione del *rating* per carenza di requisiti, sia in relazione alla sua revoca o sospensione: è evidente, infatti, che la previsione sul piano reputazionale e d'immagine di un trattamento penalizzante, se non punitivo, per chi richiede il *rating* rispetto a chi non lo richiede, non solo è suscettibile di integrare una violazione della *privacy*, ma si pone altresì in netto contrasto con la logica premiante e incentivante della norma, finendo di fatto per dissuadere le imprese ad avvalersi del nuovo strumento.

5. *L'impatto premiale*

Nonostante i rilevati aspetti critici della bozza di regolamento, peraltro superabili in sia sede di emanazione definitiva che di interpretazione dello stesso, nel suo complesso esso merita una valutazione positiva, perché in linea con la *ratio* dell'art. 5-ter e idoneo ad offrire una disciplina tendenzialmente certa e definita in relazione alla fase di attribuzione del *rating*.

Di difficile comprensione, invece, appare il rapporto che si verrà a stabilire fra attribuzione del *rating* di legalità (minimo e massimo) e credito bancario, rapporto che, nell'attesa dell'emanando decreto ministeriale, non può che desumersi in via generale dalla lettera dell'art. 5-ter.

La norma, di certo, ha introdotto una nuova forma di valutazione, destinata a tradursi in un'analisi da condursi non soltanto sulla base di dati quantitativi e contabili, ma anche valorizzando le informazioni di natura qualitativa dell'impresa, che attengono suo *modus operandi*.

Tuttavia è altresì certo che l'attribuzione di punti e stelle non basterà a ottenere l'accesso al credito bancario: la norma, infatti, stabilendo che del rating «*si tiene conto*» in tale sede, non impone un vero obbligo per gli istituti bancari, che restano liberi di non tenerne conto affatto e tenuti solo, in tal caso, a «*trasmettere alla Banca d'Italia una dettagliata relazione sulle ragioni della decisione assunta*». Né, peraltro, si potrebbe pretendere che il rating di legalità possa sostituirsi alla valutazione del merito creditizio classico, giacché mantenere rigorosi criteri di erogazione del credito da parte delle banche è indispensabile a salvaguardia di una sana e prudente gestione.

Ciò lascia quindi presagire che, malgrado la sua carica innovativa e le sue potenzialità, in concreto la portata operativa della norma non sarà così rivoluzionaria. Del resto, nel processo di valutazione del merito creditizio, gli eventuali procedimenti e sanzioni già entrano nell'oggetto dell'analisi, quali elementi suscettibili di incidere sulla capacità dell'impresa di rimborsare il debito contratto e di continuare a operare nel mercato di riferimento. Da questo punto vista, dunque, il nuovo strumento si rivela assai più utile per gli istituti bancari, che potranno avvalersi di un indicatore sintetico e affidabile che agevolerà il loro compito di valutazione.

Per le imprese, invece, l'impatto premiale della norma potrà emergere in modo più concreto e incisivo in relazione agli altri due profili ad essa collegati, e cioè quello reputazionale, nonché in sede di concessione di finanziamenti pubblici, sebbene sotto tale ultimo aspetto resta ancora da chiarire quale sarà l'ambito di discrezionalità della pubblica amministrazione.

E altresì da chiarire restano le conseguenze di un eventuale sospensione, revoca o riduzione (del punteggio) del rating – per qualsivoglia ragione intervenute – sulla concessione di finanziamenti sia pubblici che privati.

La disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (Ettore Battelli)

L'art. 62 d.l. n. 1 del 2012 ha ad oggetto i contratti stipulati tra gli operatori della filiera agroalimentare, con esclusione del consumatore finale. L'intervento ha l'obiettivo di aumentare la trasparenza e l'efficienza nel mercato agro-alimentare, eliminare i comportamenti scorretti e speculativi, tutelare maggiormente gli operatori, migliorare la gestione finanziaria dei rapporti. Tutto ciò avviene introducendo una maggiore trasparenza dei rapporti negoziali, prevedendo l'obbligo della forma scritta dei contratti, vietando i comportamenti sleali ed intervenendo sui termini di pagamento per le cessioni di prodotti agricoli e alimentari. Il comma 1 dell'art. 62, infatti, intervenendo sul "contenuto del contratto" stabilisce che, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio dal giudice, devono risultare per iscritto la durata del contratto, «le quantità e le caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, le modalità di consegna e di pagamento». In questo ampio contesto, che ha per oggetto «le relazioni commerciali tra operatori economici», il comma 2 introducendo divieti specifici di comportamenti sleali nei rapporti di filiera. Particolare rilevanza assume la previsione di una doppia tutela: in via amministrativa innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e davanti al giudice ordinario (tutela preventiva di tipo inibitorio e successiva di tipo risarcitorio).

SOMMARIO: 1. Premessa: l'art. 62 del d.l. n. 1 del 2012. – 2. La distinzione tra prodotti agricoli e prodotti alimentari. – 3. Ambito di applicazione e obbligo della redazione scritta dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e alimentari. – 4. Rapporto tra contratti di cessione di prodotti agricoli e alimentari e i cc.dd. "contratti di filiera". – 5. I requisiti del contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari e il c.d. neo-formalismo contrattuale. – 6. I divieti imposti nella formulazione del contenuto dei contratti. – 7. La tutela amministrativa del "cedente" quale parte contrattuale debole. – 8. La tutela giudiziale del cedente: inibitoria e risarcimento del danno. La legittimazione delle associazioni. – 9. La nullità delle clausole vessatorie.

1. Premessa: l'art. 62 del d.l. n. 1 del 2012

L'intero settore economico agro-alimentare è oggi caratterizzato da un legame sempre più stretto tra imprese agricole, da un lato, e l'industria di trasformazione e le imprese di commercializzazione, dall'altro; un processo che viene definito, dalla letteratura economica, con l'espressione "integrazione verticale".

In questo contesto giuridico-economico interviene il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (in G.U. 24 gennaio 2012, n. 19, S.O.), dettante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, convertito, con modifiche, nella Legge di conversione 24 marzo 2012, n. 27, attraverso l'art. 62 ha introdotto l'obbligo della forma scritta per i contratti che abbiano ad oggetto la cessione di beni agricoli ed alimentari, riguardanti il trasferimento della proprietà di prodotti agricoli e/o alimentari dietro il pagamento di un prezzo, che dovranno essere informati «a principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni, con riferimento ai beni forniti».

La disposizione ha ad oggetto i contratti stipulati tra gli operatori della filiera agroalimentare, con esclusione del consumatore finale, considerate le condizioni di crisi economica ed i suoi riflessi in termini di calo dei consumi. L'intervento ha l'obiettivo di aumentare la trasparenza e l'efficienza nel mercato agro-alimentare, eliminare i comportamenti scorretti e speculativi, tutelare maggiormente gli operatori, migliorare la gestione finanziaria dei rapporti. Tutto ciò avviene introducendo una maggiore trasparenza dei rapporti negoziali, prevedendo

l'obbligo della forma scritta, vietando i comportamenti sleali ed intervenendo sui termini di pagamento per le cessioni di prodotti agricoli e alimentari.

Il comma 1 dell'art. 62, infatti, intervenendo sul "contenuto del contratto" stabilisce che, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio dal giudice, devono risultare per iscritto la durata del contratto, «le quantità e le caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, le modalità di consegna e di pagamento».

In questo ampio contesto, che ha per oggetto «le relazioni commerciali tra operatori economici», il comma 2 introducendo divieti specifici di comportamenti sleali nei rapporti di filiera. Nella specie l'art. 62, comma 2, individua 5 fattispecie, stabilendo che nei relativi patti sono vietati alcuni comportamenti che riguardano l'imposizione diretta o indiretta: lett. *a*) di condizioni di acquisto o di vendita «ingiustificatamente gravose, nonché condizioni extracontrattuali e retroattive»; lett. *b*) di «condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti»; lett. *c*) di prestazioni che, «per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto» del contratto, prestazioni a cui sia subordinata la conclusione, l'esecuzione e la continuità e regolarità delle medesime relazioni commerciali; lett. *d*) «di indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto delle relazioni commerciali». È inoltre vietata (lett. *e*) «ogni ulteriore condotta commerciale sleale».

Se queste sono le prescrizioni della norma in esame, occorre subito dire che il rispetto sulla loro applicazione, secondo uno schema ben noto alle tutele previste in materia consumeristica (art. 27 cod. cons., rubricato «Tutela amministrativa e giurisdizionale») è affidata dal comma 8 dell'art. 62 all'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (AGCM) la quale (con il supporto operativo della Guardia di finanza) può intervenire d'ufficio o su segnalazione di qualunque interessato. In coerenza con tale impostazione il mancato rispetto delle suddette prescrizioni è sanzionato non solo civilmente con la nullità del contratto (anche qui in analogia a quanto previsto dall'art. 36 cod. cons. («Nullità di protezione»), ma anche dal punto di vista amministrativo, dato che «il contraente» è sottoposto alla sanzione da 516 euro fino a 20.000 euro, che viene irrogata dalla stessa AGCM tenendo conto del «valore dei beni oggetto della cessione» (art. 62, comma 5).

L'art. 62, poi, prende atto dell'impatto del recepimento della dire. 2011/7/UE "relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento" che, nei contratti tra imprese (B2B), armonizza le norme sul tasso degli interessi di mora in caso di ritardo di pagamento, ma consente agli Stati membri di applicare norme più severe, dettando talune previsioni attinenti ai prodotti alimentari deteriorabili.

Al riguardo si precisa che il concetto di «deteriorabilità» è ben delineato dallo stesso art. 62 che al comma 4 precisa che per «prodotti alimentari deteriorabili» sono tutti quelli sfusi e precisamente «i prodotti che rientrano in una delle seguenti categorie: *a*) prodotti agricoli, ittici e alimentari preconfezionati che riportano una data di scadenza o un termine minimo di

conservazione non superiore a sessanta giorni; b) prodotti agricoli, ittici e alimentari sfusi, comprese erbe e piante aromatiche, anche se posti in involucri protettivi o refrigerati, non sottoposti a trattamenti atti a prolungare la durabilità degli stessi per un periodo superiore a sessanta giorni; c) prodotti a base di carne che presentino particolari caratteristiche fisico-chimiche: aW superiore a 0,95 e pH superiore a 5,2 oppure aW superiore a 0,91 oppure pH uguale o superiore a 4,5; d) tutti i tipi di latte». È fuor di dubbio che tale previsione mira a tutelare e garantire il produttore quale parte contrattualmente più debole, soprattutto, tenendosi conto della vendita di prodotti stagionali, facilmente deperibili (pomodori, frutta, verdura, ecc.).

Il comma 3 dell'art. 62 introduce, così termini precisi per il pagamento del corrispettivo: di 30 giorni nel caso di «merci deteriorabili», oppure di 60 giorni per tutte le altre merci (non deteriorabili), essendo stabilito che il *dies a quo* è quello «dell'ultimo giorno del mese di ricevimento della fattura».

Il debitore che non rispetta i termini di pagamento stabiliti, da un lato (art. 62, comma 3, seconda parte) è tenuto al pagamento di un saggio di interessi moratori, inderogabilmente, «maggiorato di ulteriori due punti percentuali» rispetto a quello legale, dall'altro (art. 62, comma 7) è soggetto ad una «sanzione amministrativa pecuniaria» che viene irrogata dalla stessa AGCM tenendo conto del «del fatturato dell'azienda, della ricorrenza e della misura dei ritardi».

L'efficacia di tutte le misure elencate, infatti, è assicurata dall'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie «da 500 euro a euro 500.000» a seconda delle fattispecie, previste dai commi 5, 6 e 7).

Ai sensi del comma 9 dell'art. 62, i proventi derivanti dall'irrogazione delle sanzioni di cui ai precedenti commi 5, 6 e 7, sono destinate al Fondo (presso il Ministero dello Sviluppo Economico) derivante dalle sanzioni amministrative irrogate dall'Autorità Garante Concorrenza e Mercato, per essere poi utilizzate per finanziare: 1) «iniziative di informazione in materia alimentare a vantaggio dei consumatori», 2) «attività di ricerca, studio e analisi in materia alimentare», nonché al Ministero per le Politiche agricole, alimentari e forestali per promuovere «iniziative in materia agroalimentare».

Inoltre, ai sensi del comma 10 dell'art. 62 (come modificato dalla legge di conversione), le associazioni dei consumatori presenti nel Consiglio Nazionale Consumatori e Utenti (CNCU) e le categorie imprenditoriali presenti nel Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro (CNEL), o comunque rappresentative a livello nazionale, sono legittimate ad agire in giudizio per il risarcimento del danno derivante dalle violazioni allo stesso art. 62 e richiedendo, ai sensi dell'art. 669 *bis* c.p.c., l'inibitoria dei comportamenti in contrasto con le disposizioni dell'articolo in esame.

Le prescrizioni di cui all'art. 62, ai sensi del comma 11 *bis* (introdotto dalla legge di conversione) del medesimo articolo, entrano in vigore, dopo sette mesi dalla data di pubblicazione della legge di conversione sulla G.U. n. 71 del 24 marzo 2012, il 24 ottobre 2012.

Con il decreto del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, sono poi definite le «modalità applicative delle disposizioni» di cui all'art. 62 del d.l. n. 1/2012 (comma 11 *bis*, secondo periodo).

Alla norma dovranno poi seguire contratti-tipo per categoria e tipologia di prodotti.

Come afferma la stessa relazione al disegno di legge la *ratio* di tale intervento normativo è quello di «salvaguardare i rapporti tra le parti da ipotesi dannose e da condizioni aleatorie che minano il buon andamento del sistema a danno del contraente debole».

2. *La distinzione tra prodotti agricoli e prodotti alimentari*

I numeri del mercato ortofrutticolo in Italia nel 2011 sono i seguenti: 36 milioni di tonnellate di frutta e ortaggi, 11,5 miliardi il valore medio della produzione del settore, 3,9 il giro d'affari realizzato con le esportazioni. Rispetto a tale contesto economico, così rilevante per il nostro Paese, l'art. 62 si applica ai contratti e alle relazioni commerciali in materia di cessioni di prodotti agricoli e alimentari, la cui consegna avviene nel territorio della Repubblica italiana. Non costituiscono cessioni ai sensi dell'articolo 62: *a*) i conferimenti di prodotti agricoli e alimentari operati dagli imprenditori, alle cooperative di (art. 1, comma 2, d. lgs. 18 maggio 2001 n. 228) se gli imprenditori risultano soci delle cooperative stesse; *b*) i conferimenti di prodotti agricoli e alimentari operati dagli imprenditori alle organizzazioni di produttori di cui al d. lgs. 27 maggio 2005, n. 102, se gli imprenditori risultano soci delle organizzazioni di produttori stesse; *c*) i conferimenti di prodotti ittici (art. 4 d. lgs. 9 gennaio 2012, n. 4).

Non rientrano nel campo di applicazione di cui al comma 1 e comma 3 dell'art. 62 le cessioni di prodotti agricoli e alimentari istantanee, con contestuale consegna e pagamento del prezzo pattuito.

Snodo preliminare della disciplina in esame è, innanzitutto, la distinzione, sancita dall'utilizzo del disgiuntivo, tra i termini «prodotti agricoli» e «prodotti alimentari», che non sono da considerarsi un'endiadi. Posto che tutti i prodotti alimentari hanno una base agricola, pare opportuno differenziare i «prodotti agricoli» (per prodotti agricoli, si ritiene debbano intendersi i prodotti dell'allegato I di cui all'articolo 38, comma 3, TFUE), quali frutti allo stato naturale della coltivazione delle piante e dell'allevamento degli animali (la cui disciplina è attribuita essenzialmente al Mipaaf), dai «prodotti alimentari» (cioè i prodotti di cui all'art. 2 «Definizione di alimento», regolamento CE n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio

2002) che sono il risultato di interventi di carattere “industriale” (conseguentemente, di competenza del Ministero dello Sviluppo Economico) e dai «prodotti agroalimentari» e cioè dai prodotti agricoli sia di base, sia quelli trasformati dagli stessi agricoltori.

Alla luce di tale differenziazione l’art. 62 non riguarda solo i rapporti tra imprenditori agricoli, da un lato, e imprenditori commerciali (le imprese di distribuzione commerciale) o industriali (le imprese di trasformazione dei prodotti agricoli e di successiva loro commercializzazione) dall’altro, ma anche i rapporti fra imprenditori industriali di prodotti alimentari, da una parte, e imprenditori commerciali di distribuzione di tali prodotti alimentari, dall’altra. Si tratta, pertanto, di una disciplina normativa non esclusiva degli agricoltori ma che abbraccia tanto l’industria agroalimentare quanto la distribuzione commerciale.

3. *Ambito di applicazione e obbligo della redazione scritta dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e alimentari*

Esaminando l’art. 62, in primo luogo, emerge l’esclusione, dall’ambito di applicazione della norma, dei contratti con il consumatore finale aventi ad oggetto prodotti agricoli e alimentari. L’art. 62, infatti, sceglie di non estendere l’obbligo di stipula per iscritto agli acquisti che si fanno al mercato o ai negozi di generi alimentari.

Facendo puntualmente riferimento alla definizione di “consumatore” contenuta dall’art. 3, comma 1, lett. a), cod. cons., secondo il quale il consumatore è la persona fisica «che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale e professionale eventualmente svolta», per consumatore finale deve intendersi colui che utilizza il prodotto agricolo o alimentare come suo cibo.

Resta, però, da verificare se la forma scritta sia necessaria anche per la stipulazione di un contratto, ad esempio, fra un agricoltore e un fruttivendolo per piccoli quantitativi di frutta o di verdura. Per la verità, in difetto di un limite pecuniario di esonero, deve ritenersi che anche nell’ipotesi appena descritta, riferita magari a poche “cassette di frutta” appena raccolta, si impone l’obbligo di predisporre il contratto in forma scritta, sebbene ci sia la preoccupazione che la prescrizione della forma scritta anche per contratti B2B di modico valore sia di ostacolo alla rapidità degli scambi in un mercato molto variegato quale è quello agricolo.

Particolare attenzione, in particolare, meriterebbero le problematiche cui andranno incontro i piccoli-medi operatori economici che quotidianamente si recano nei mercati ortofrutticoli per l’acquisto di derrate di prodotti agricoli che, poi, a loro volta provvederanno a distribuire presso venditori “al dettaglio” per la successiva vendita al consumatore finale. Per tali soggetti potrebbe rendersi opportuna la redazione di contratti-tipo e formulari, magari predisposti dalle Camere di

Commercio in collaborazione con le associazioni di categoria (ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. h, l. n. 580/1993) in conformità alle prescrizioni di cui all'art. 62, da utilizzare da parte dei piccoli operatori, riponendo in essi una doverosa fiducia.

4. *Rapporto tra contratti di cessione di prodotti agricoli e alimentari e i cc.dd. “contratti di filiera”*

A proposito della stipulazione per iscritto è, poi, opportuno ricordare le disposizioni sui contratti agro-industriali che le associazioni di produttori agricoli possono stipulare, con le contrapposte organizzazioni professionali degli industriali o dei commercianti alimentari (le c.dd. intese di filiera). Si tratta di accordi economici che, ai sensi del d. lgs. 27 maggio 2005, n. 102, gli organismi maggiormente rappresentativi nei settori della produzione, della trasformazione, del commercio e della distribuzione dei prodotti agricoli e agroalimentari presenti nel CNEL stipulano, nell'ambito del Tavolo Agroalimentare (istituito presso il Mipaaf dal d. lgs. 18 maggio 2001, n. 228).

Tramite gli accordi di filiera, agricoltori, industriali e distributori di alimenti definiscono, determinate “azioni” per migliorare la conoscenza e la trasparenza della produzione e del mercato, al fine di: migliorare il coordinamento dell'immissione dei prodotti sul mercato; valorizzare e tutelare le dop, le igp e i marchi di qualità; valorizzare il legame delle produzioni al territorio di provenienza; perseguire condizioni di equilibrio e di stabilità del mercato; suggerire metodi di produzione rispettosi dell'ambiente.

Ai nostri fini, si segnala in particolare la possibilità di formulare schemi contrattuali, compatibili con la normativa comunitaria, che possano fungere da modello per i successivi «passaggi» dell'integrazione agro-industriale (art. 9). Sulla base delle intese di filiera le organizzazioni rappresentative del settore agricolo da un lato (le associazioni di produttori) e degli altri settori agro-alimentari dall'altro, concludono contratti quadro nell'ambito dei quali i singoli agricoltori e i singoli industriali (o commercianti) possano stipulare, poi, per iscritto i propri contratti individuali.

Benché, quindi, un obbligo di forma scritta nella stipulazione di contratti di cessione dei prodotti agricoli era già presente nel nostro ordinamento, con l'art. 62 del d.l. n. 1 del 2012, però, si è al di fuori del sistema agroindustriale, perché la norma in esame può riguardare anche i rapporti, fra loro, degli industriali con i commercianti di prodotti alimentari, mentre le intese di filiera e i contratti quadro hanno per oggetto esclusivamente i rapporti tra le organizzazioni rappresentative del settore agricolo e quelle degli industriali e dei distributori di alimenti.

Il punto qualificante della nuova normativa, che la differenzia nettamente da quella precedente sopra richiamata, è rappresentato proprio dall'ambito di applicazione, poiché essa si riferisce a "qualsiasi" contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari, indipendentemente dall'esserci una intesa di filiera e, quindi, a prescindere dall'esistenza di un contratto quadro, e nel caso in cui il rapporto intercorra tra un agricoltore e un industriale o un'impresa di distribuzione commerciale, indipendentemente dal fatto che l'agricoltore risulti iscritto ad un'associazione che ha partecipato alla redazione del contratto quadro, dato che anche i non-iscritti potrebbero avere interesse al fine di ottenere gli incentivi che l'art. 14 d. lgs. n. 102 del 2005 riconosce agli agricoltori e agli acquirenti dei prodotti agricoli che si attengono spontaneamente all'accordo interprofessionale raggiunto.

A tal riguardo, si precisa che per contratto quadro, accordo quadro o contratto di base, devono intendersi gli accordi, conclusi anche a livello di centrali di acquisto, aventi ad oggetto la disciplina dei conseguenti contratti di cessione dei prodotti agricoli e alimentari, tra cui le condizioni di compravendita, le caratteristiche dei prodotti, il listino prezzi, le prestazioni di servizi e le loro eventuali rideterminazioni. Con riferimento ai prezzi, il contratto quadro potrà individuare le modalità di determinazione del prezzo applicabile al momento dell'emissione del singolo ordine, prevedendo che si faccia riferimento al listino. Nei contratti quadro conclusi con le centrali di acquisto dovranno essere indicati in allegato i nominativi degli associati che ne fanno parte che hanno conferito il mandato. Infatti, si ritiene siano tenuti al rispetto delle clausole e delle condizioni generali del contratto quadro di settore gli imprenditori iscritti alle associazioni che hanno partecipato alla stipulazione del contratto quadro, e ciò per vincolo associativo. È fatta, quindi, salva la definizione di contratto quadro di cui al d. lgs. 27 maggio 2005 n. 102, art. 1, lett. f).

5. *I requisiti del contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari e il c.d. neo-formalismo contrattuale*

I contratti di cui all'articolo 62 devono essere stipulati in forma scritta e indicare, a pena di nullità, la durata, la quantità, le caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, le modalità di consegna e di pagamento.

Per *forma scritta* deve intendersi qualsiasi forma di comunicazione scritta, anche trasmessa a mezzo telefax o in forma elettronica (ai sensi degli artt. 20 ss. d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'Amministrazione digitale, che sul punto detta una disciplina valevole anche nei rapporti tra privati), avente la funzione di manifestare la volontà delle parti di costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale avente ad oggetto la cessione dei prodotti di cui all'art. 2, lett. a) e b).

Gli elementi essenziali, in forma scritta, di cui all'articolo 62, comma 1, possono essere contenuti sia nei contratti o accordi di cui all'articolo 2, comma 1, lettere *l)* ed *m)*, sia negli scambi di comunicazioni e di ordini, antecedenti alla consegna dei prodotti, sia nei documenti di trasporto, o di consegna, nonché le fatture che *assolve per espressa dicitura tutti gli obblighi di cui all'articolo 62, comma 1*, riportando gli estremi ed il riferimento ai corrispondenti contratti o accordi: *a)* contratti di cessione dei prodotti; *b)* documenti di trasporto o di consegna, ovvero la fattura; *c)* ordini di acquisto con i quali l'acquirente commissiona la consegna dei prodotti.

Peraltro, anche gli scambi di comunicazioni e contrattazioni effettuati nell'ambito della Borsa Merci Telematica Italiana, riconosciuta ai sensi del d.m. 174 del 2006 e s.m.i., o nell'ambito di altre Borse merci riconosciute dalla legge, assolvono gli obblighi di cui all'articolo 62, comma 1, quando sono eseguiti su basi contrattuali generate dalla regolamentazione in esse vigenti e contengono gli elementi previsti dal citato comma 1.

Il comma 1 dell'art. 62 specifica, poi, le indicazioni che, in forma scritta, devono risultare nel contratto: *a)* la durata del contratto; *b)* la quantità del prodotto venduto; *c)* le caratteristiche del prodotto venduto; *d)* il prezzo; *e)* le modalità di consegna del prodotto; *f)* le modalità di pagamento del prodotto. Tutte le suddette indicazioni sono requisiti essenziali del contratto e la loro omissione rappresenta causa di nullità rilevabile di ufficio.

La presenza di tali indicazioni "formali" ha il preciso scopo di assicurare una informazione adeguata del contenuto del contratto; viene così introdotto un formalismo negoziale che assicura la condivisione tra le parti di quegli elementi del contratto che, al di là dei requisiti essenziali individuati dal codice civile, si ritengono ora essenziali nei contratti aventi per oggetto la cessione di prodotti agricoli e alimentari.

Si tratta, pertanto, di una norma che impone che vengano resi percepibili dai contraenti alcuni specifici elementi rilevanti del contratto, prescrivendosi l'obbligatoria presenza di alcune clausole contenenti specifici dati e informazioni, cioè la presenza di determinati aspetti formali del regolamento negoziale. L'art. 62, perciò, disciplina le modalità secondo le quali il contratto in esame dovrà essere predisposto per corrispondere a un modello di corretta contrattazione.

Peraltro, in un mercato di commercializzazione di massa e di scambi standardizzati, le prescrizioni di "forma-contenuto" concorrono ad attribuire incontestabilità e univocità al regolamento contrattuale, e quindi contribuiscono a garantire maggiore fiducia e sicurezza nella circolazione dei beni, intervenendo così direttamente nella strutturazione, prima, e nel funzionamento, poi, del mercato dei prodotti agricoli e alimentari, definendo il quadro della concorrenza negoziale nel settore di mercato considerato.

L'art. 62 affida, pertanto, il perseguimento del corretto scambio di informazioni tra i protagonisti del mercato dei prodotti agricoli e alimentari alla *forma* delle modalità individuate per la formulazione del contenuto dei relativi contratti.

In questo modo, giova prendere atto che, in una prospettiva non solo giuridica, ma anche economica e sociale, la questione della comunicazione delle informazioni si pone in relazione alle regole del funzionamento del mercato in quanto prodromica al perfezionamento del contratto, e quindi alla circolazione dei beni; ma ugualmente si erge a garante dell'intero sistema della sicurezza del mercato degli alimenti, tanto relativamente allo scambio dei prodotti alimentari in una prospettiva di sostanziale equilibrio degli interessi del consumatore con quelli dell'imprenditore che favorisca la produzione e il consumo, quanto con riguardo anche al consolidamento del sistema comunitario di prevenzione del rischio degli alimenti.

Il diritto agro-alimentare va sempre di più guardato come un sistema. A una legislazione agro-alimentare nazionale, l'irrompere del diritto comunitario ha sostituito un complesso disciplinare che, non solo per la platea dei suoi destinatari ora allargata ai consumatori, ma soprattutto per la necessità di essere costruito sulla base di criteri specifici ordinanti, pretende organicità e, quindi, sistema: appunto, non più legislazione alimentare, ma un vero e proprio diritto dell'alimentazione. Essa non può che riguardare la disciplina della produzione e dell'allocazione sul mercato di prodotti che hanno il fine dell'alimentazione umana, cioè sì la disciplina della produzione e della commercializzazione dei prodotti agricoli ma non in sé e per sé, quanto, invece, in ordine al fine di diventare alimenti che gli uomini ingeriranno.

Spostato così l'angolo visuale dello studio della produzione e commercializzazione dei prodotti agricoli-alimenti, ci si rende facilmente conto che diversi sono gli aspetti che il diritto agrario è tenuto a considerare.

L'evoluzione normativa che ha così tracciato i contenuti della situazione giuridica in esame, pur non coincidendo alle caratteristiche strutturali del soggetto consumatore, considera la posizione del cedente, sia nella dinamica delle parti del rapporto giuridico sia nel gioco dei valori considerati, meritevole di tutela anche sotto il profilo del "diritto ad una adeguata informazione ed una corretta pubblicità". In particolare, si è inteso fare applicazione in favore del cedente dei principi di correttezza, trasparenza ed equità ai rapporti contrattuali, e ciò non solo come strumento di protezione del contraente debole e, per suo tramite, mezzo di garanzia del corretto funzionamento di un mercato concorrenziale, ma in quanto volti ad assicurare l'informazione attraverso l'imposizione di relativi obblighi posti a carico di una parte (quella acquirente, s'intende), tanto con riguardo ai contenuti quanto alle modalità della sua trasmissione soprattutto nella fase prenegoziale.

Se allora l'informazione, concettualmente, rappresenta la sintesi di una serie di obblighi di comportamento imposti ai soggetti diversi dal titolare dell'interesse protetto e, di conseguenza, di

una pluralità di azioni o rimedi di cui costui dispone in caso di violazione di quegli obblighi, allora l'informazione indica non soltanto un risultato di cui la redazione scritta del contratto rappresenta l'esito finale, ma anche lo strumento giuridico per il suo perseguimento, al fine di garantire il soggetto cedente, contraente debole e destinatario delle informazioni.

Così dicendo, se si assume che la peculiarità del bene in circolazione (l'alimento) determina specifiche regole di accesso al mercato, sia relativamente ai soggetti che vi operano, appositamente circoscrivendoli, sia per le modalità del loro operare, non si può non evidenziare il rilievo del contratto scritto quale strumento non estraneo al sistema della sicurezza alimentare, in virtù dell'espressa finalità di un mercato comune di prodotti sicuri.

6. *I divieti imposti nella formulazione del contenuto dei contratti*

I divieti di cui al comma 2 dell'art. 62 rievocano alla mente da un lato l'interpretazione della giurisprudenza comunitaria dell'art. 102 T.F.U.E. sull'abuso di posizione dominante e dall'altro le clausole abusive elencate nell'art. 33 cod. cons.

La struttura dell'art. 62, pertanto, è incentrata su impegni che devono essere soddisfatti dagli imprenditori che hanno il potere di prevedere nel contratto condizioni negoziali tali da prevaricare la controparte, come può avvenire nel caso di condizioni generali di contratto o formulari predisposti unilateralmente dai professionisti/imprenditori.

Nelle ipotesi dei contratti di cessione di prodotti agricoli e alimentari è, di regola, il «cessionario» e non già il «cedente» di siffatti prodotti colui a cui sono rivolti i divieti; e questo perché più facilmente il cessionario è colui che economicamente risulta il più forte, dato che il cedente è condizionato dalla stagionalità e dalla deperibilità della propria produzione agricola. Conferma di ciò può trarsi dalla stessa formulazione della lett. a) del comma 2 dell'art. 62, secondo cui è fatto divieto di imporre condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, di condizioni extracontrattuali e retroattive.

Quanto agli altri divieti elencati nelle successive lett. da b) ad e), essi riguardano le clausole che discriminano fornitori e utenti senza una giustificazione economica e quelle che subordinano la stipulazione di contratti all'accettazione di impegni svincolati dall'oggetto di del contratto, e cioè clausole che: vietano l'imposizione di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti (lett. b); impongono prestazioni a cui sia subordinata la conclusione, l'esecuzione e la continuità e regolarità delle medesime relazioni commerciali, ma che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non hanno alcuna connessione con l'oggetto del contratto (lett. c); di indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto delle relazioni commerciali (lett.

d); di condotte commerciali da definirsi sleali per il complesso delle relazioni commerciali che caratterizzano le condizioni di approvvigionamento (lett. e).

Ai fini dell'applicazione della lett. e), comma 2, dell'art. 62, nell'ambito delle cessioni di prodotti agricoli e alimentari (ai sensi dell'art. 4, «Pratiche commerciali sleali», del Decreto Attuativo), rientrano nella definizione di “*condotta commerciale sleale*”, anche il mancato rispetto dei principi di buone prassi e le pratiche sleali identificate dalla Commissione europea e dai rappresentanti della filiera agro-alimentare a livello comunitario nell'ambito del Forum di Alto livello per un migliore funzionamento della filiera alimentare (*High level Forum for a better functioning of the food supply chain*), approvate in data 29 novembre 2011 (allegato al decreto ministeriale).

In tale documento le istituzioni europee e più Stati membri hanno sollevato l'esistenza di problemi associati alla filiera alimentare e hanno stabilito di trovare delle soluzioni a questi problemi (BEUC, l'Associazione europea dei consumatori, ha valutato nel documento del 29 nov. 2011 «Rapporti verticali nella filiera alimentare: Principi di buone prassi» pur con qualche preoccupazione, i principi generali e specifici di buone prassi come validi strumenti applicabili nell'ambito commerciale e civile anche a livello nazionale). Lo scopo è di identificare una soluzione all'asimmetria e al possibile abuso del potere contrattuale da parte di alcuni attori della filiera alimentare. I principi di buone prassi potranno garantire un quadro di riferimento per il commercio che assicuri competitività, fiducia e continuità; tutti elementi necessari per lo sviluppo delle imprese, per l'innovazione e per sostenere i tre pilastri della sostenibilità (economica, sociale e ambientale), a beneficio dei consumatori e, più in generale, della società.

Il rispetto dei principi di buone prassi promuoverebbe esempi di pratiche corrette e scoraggerebbe l'esercizio di quelle sleali, alcune delle quali sono elencate nel documento.

Principi specifici sono i seguenti: a) gli “accordi scritti”: gli accordi devono essere in forma scritta, salvo casi nei quali ciò sia impraticabile o accordo a voce consentito da entrambe le parti, e devono essere chiari e trasparenti e includere il maggior numero possibile di elementi rilevanti e prevedibili, inclusi i diritti e le procedure di fine rapporto; b) la “prevedibilità”: modifiche unilaterali ai termini contrattuali non devono essere fatte a meno che le circostanze e le condizioni per queste non siano già state stabilite precedentemente. Gli accordi devono delineare il processo attraverso il quale ognuna delle parti possa discutere con l'altra le modifiche necessarie per l'implementazione dell'accordo o per risolvere circostanze imprevedibili, entrambi situazioni che devono essere contemplate nell'accordo stesso; c) la “richiesta giustificabile”: una parte non può esercitare minacce per ottenere un vantaggio ingiustificato o per trasferire un costo ingiustificato. Per garantire comunque i produttori dovrebbe poi essere considerata clausola iniqua la firma di contratti con clausole che fissano, in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza,

prezzi palesemente al di sotto dei costi di produzione dei prodotti oggetto delle relazioni commerciali e delle cessioni da parte degli imprenditori agricoli.

Configura, altresì, una pratica commerciale sleale la previsione nel contratto di una clausola che obbligatoriamente imponga al venditore, successivamente alla consegna dei prodotti, un termine minimo prima di poter emettere la fattura, fatto salvo il caso di consegna dei prodotti in più quote nello stesso mese, nel qual caso la fattura potrà essere emessa solo successivamente all'ultima consegna del mese.

L'illiceità di una pratica commerciale non può essere esclusa per il solo fatto che un contraente non possa provare che l'altra parte contraente abusi del proprio potere di mercato o negoziale al fine di ottenere un vantaggio economico non giustificato e ingiustificatamente gravoso, risultando una riscontrata diffusione della pratica uno degli elementi di prova della sussistenza della fattispecie.

Si tratta, dunque, di un complesso di divieti a salvaguardia dell'autonomia negoziale contro l'inserimento di clausole in grado di determinare un ingiustificato squilibrio contrattuale, che consentono di configurare – nei contratti aventi ad oggetto prodotti agricoli e alimentari – il “cedente” quale destinatario di una tutela rafforzata verso obblighi contrattuali introdotti nel contratto dal “cessionario” in virtù della sua forza contrattuale e potrebbero determinare a carico del “cedente” un significativo squilibrio negoziale, indipendentemente dal configurarsi o meno di un abuso di dipendenza economica ai sensi dell'art. 9 l. n. 192 del 1998 sulla subfornitura.

7. *La tutela amministrativa del “cedente” quale parte contrattuale debole*

L'attuazione concreta della tutela di colui che “cede”, quale contraente debole del rapporto negoziale, i propri prodotti agricoli e alimentari è poi affidata, ai sensi del comma 8 dell'art. 62, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), estendendo le competenze che a tale Autorità risultano già attribuite.

L'Antitrust, oltre gli ampi poteri investigativi riconosciuti dalla legge istitutiva, peraltro, può procedere sia di ufficio sia su istanza dei soggetti o delle organizzazioni che ne abbiano interesse, così assicurando sistematicità al proprio intervento, irrogando sanzioni pecuniarie al contraente in caso di violazione di quanto stabilito ai commi 1, 2 e 3 dell'art. 62.

Inoltre, poiché tanto il comma 5 che il comma 6 usano al singolare il termine «contraente» («Salvo che il fatto costituisca reato, il *contraente*, ad eccezione del consumatore finale, che contravviene agli obblighi» di cui al comma 1 o al comma 2), nel concreto, mentre la sanzione pecuniaria potrà essere inflitta, nei casi di violazione del comma 2, solamente al cessionario quale contraente forte che predispone i formulari e inserisce nel contratto clausole che possono essere vessatorie; invece, ai sensi del comma 1 la sanzione (quale conseguenza dell'accertamento di un

contratto stipulato oralmente che si aggiunge alla nullità del contratto stesso di competenza del giudice ordinario) potrà riguardare anche il cedente, in particolare nel caso di violazione dell'obbligo della redazione del contratto per iscritto: essendo entrambi i contraenti responsabili della violazione dello specifico obbligo di stipulazione per iscritto che costituisce requisito formale essenziale.

8. *La tutela giudiziale del cedente: inibitoria e risarcimento del danno. La legittimazione delle associazioni*

Il comma 10, parte seconda, dell'art. 62 legittima le associazioni dei consumatori e le categorie imprenditoriali a richiedere l'inibitoria dei comportamenti in violazione delle disposizioni sancite dal medesimo art. 62.

Si tratta, in definitiva, di una estensione dell'azione inibitoria di cui all'art. 37 cod. cons. alle fattispecie considerate dall'art. 62 del d.l. n. 1 del 2012. Il Legislatore, infatti, ha voluto riconoscere alle associazioni rappresentative dei consumatori e a quelle rappresentative dei professionisti, nonché alle Camere di commercio la legittimazione a chiedere al giudice ordinario di inibire all'imprenditore/professionista l'utilizzo, nei contratti da lui predisposti per la negoziazione con i consumatori, delle clausole di cui venga accertata la vessatorietà. Tale azione mira ad impedire che nei concreti contratti predisposti unilateralmente dall'imprenditore vi siano clausole abusive o condizioni generali vessatorie. Così, alla tutela individuale dei consumatori di tipo successivo incentrata sulla invalidità della clausola, si è aggiunta una tutela collettiva di tipo preventivo incentrata sul divieto di utilizzo di determinate clausole anche in futuro.

Il primo periodo del comma 10, invece, esige una maggiore riflessione, laddove precisa che: «Sono fatte salve le azioni in giudizio per il risarcimento del danno derivante dalle violazioni della presente disposizione, anche ove promosse dalle associazioni dei consumatori aderenti al CNCU e delle categorie imprenditoriali presenti nel CNEL o comunque rappresentative a livello nazionale». Con la nuova norma il legislatore ha, probabilmente, ritenuto di estendere la tutela di classe anche alle fattispecie dei rapporti aventi a specifico oggetto le cessioni dei prodotti agricoli e alimentari, in cui non vi sono «consumatori» ma imprenditori/operatori economici, uno cedente e l'altro cessionario.

Si noti, però, da un lato, che non è stata modificata la formula del comma 1 dell'art. 140 *bis* sul «rapporto» tra ciascun componente della classe e l'associazione a cui costui dà mandato o il comitato cui partecipa: sicché pare che si continui a riconoscere alle associazioni dei consumatori una posizione di soggetti legittimati a rappresentare la classe solo in presenza di uno specifico

mandato conferito da almeno un danneggiato. Tuttavia, dall'altro lato, sotto il profilo sistematico, si deve rilevare che la prima frase del comma 10 dell'art. 62 in commento si riferisce ad azioni giudiziali di risarcimento del danno promosse dalle dette associazioni, ovverosia ad azioni tipiche della *class action*. Se, poi, si tiene mente che la seconda frase dello stesso comma 10 utilizza, a proposito dell'azione inibitoria che le predette associazioni sono legittimate a proporre davanti al giudice, l'inciso «a tutela degli interessi collettivi», pare che ci siano ragioni sufficienti per concludere che, quanto meno con riguardo alle violazioni delle disposizioni imposte dall'art. 62 del d.l. n. 1 del 2012 per la corretta e legittima stipulazione dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e prodotti alimentari, l'azione di classe può essere esercitata, direttamente dalle associazioni dei consumatori e dalle categorie imprenditoriali. Sempre, ovviamente, laddove si ammetta che l'azione di classe introdotta a tutela dei consumatori, possa estendersi alla tutela degli operatori economici nelle relazioni commerciali considerate dall'art. 62 del d.l. n. 1 del 2012.

Occorre adesso esaminare il problema che sorge dalla messa a confronto della disposizione di cui al secondo periodo, del comma 10 dell'art. 62 del d.l. n. 1 del 2012, con la più nota disciplina dettata dall'art. 37 cod. cons.

L'art. 37 cod. cons. ha riconosciuto alle associazioni rappresentative dei consumatori, a quelle rappresentative dei professionisti e alle Camere di commercio la legittimazione a chiedere al giudice di inibire all'imprenditore/professionista l'utilizzo, nei contratti da costui predisposti per la negoziazione con i consumatori, delle clausole di cui venga accertata la vessatorietà. Anche l'art. 62, comma 1, attribuisce alle associazioni dei consumatori e alle categorie imprenditoriali di rivolgersi al giudice perché inibisca i «comportamenti in violazione» di *tutte* le disposizioni di cui al medesimo articolo.

La differenza fra le due disposizioni normative risiede, a ben vedere, nell'oggetto: l'art. 37 cod. cons. riguarda le clausole vessatorie inserite dall'imprenditore (*rectius*: professionista) nei contratti con i consumatori (B2C), mentre l'art. 62 del d.l. n. 1 del 2012 attiene all'omissione, nella predisposizione del contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari (B2B), dei dati essenziali di tale contratto, e all'inserimento, nel contratto, di clausole illegittime perché, ad esempio, ingiustificatamente gravose o indebite, o perché relative a prestazioni senza connessione con l'oggetto contrattuale.

9. *La nullità delle clausole vessatorie*

Dopo avere esposto la normativa introdotta nell'Ordinamento con l'art. 62 del d.l. n. 1 del 2012 è necessario adesso soffermarsi sulla nullità del contratto laddove quest'ultimo non sia

stipulato per iscritto oppure sia stipulato per iscritto ma senza quelle indicazioni che sono state elevate a requisiti essenziali.

A differenza di quanto previsto dall'art. 33 cod. cons. con riferimento alla c.d. *black list* delle clausole vessatorie, la sanzione di nullità di cui all'art. 62, per omessa diversa specificazione, dovrebbe ritenersi una nullità non solo rilevabile di ufficio (come precisato dall'ultimo rigo del comma 1 dell'art. 62), ma anche assoluta. In altre parole, la dichiarazione di nullità del contratto nelle ipotesi sopra indicate colpisce il contratto in sé per sé, indipendentemente se a giovare del venire meno del contratto sia il contraente debole o colui che, approfittando del suo potere economico, abbia imposto un contratto verbale o abbia redatto un contratto privo delle indicazioni della durata, della quantità e delle caratteristiche del prodotto, del prezzo, delle modalità di consegna e di pagamento.

Come accennato, diversamente avviene per la dichiarazione di nullità delle clausole vessatorie così come disciplinata dall'art. 36 cod. cons. Infatti, la declaratoria di nullità (al posto di quella originaria di inefficacia) quale conseguenza dell'inserimento, nel contratto, delle clausole vessatorie implica che il contraente (in questo caso consumatore) possa sempre avvalersi della nullità e, quindi, in ogni tempo, e ciò in virtù della regola generale dell'imprescrittibilità dell'azione di nullità (art. 1422 c.c.). Si tratta, però, in questo caso di una nullità relativa, cioè rilevabile solo su iniziativa del consumatore, anche in virtù della regola che, vietando di “venire *contra factum proprium*”, esclude la rilevanza da parte del professionista/imprenditore, ossia di colui che ha predisposto la clausola nulla. È vero, però, che, in quanto nullità, essa può essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 36, comma 3, cod. cons.), ma nell'opinione della dottrina prevalente il potere del giudice dovrebbe “fermarsi” qualora la declaratoria di nullità non dovesse portare vantaggi al consumatore o dovesse peggiorare la sua posizione. Infine, è necessario precisare che l'art. 36, comma 1, cod. cons. precisa che la declaratoria di nullità attiene alla sola clausola vessatoria, mentre il resto del contratto rimane validamente in piedi. Dunque, non vi è dubbio che quanto previsto nell'art. 62 va al di là di quanto sarebbe stato più equo stabilire, anche in coerenza con la più affine precedente normativa.

La (ri)attivazione dei nuovi contratti di filiera (Paolo Occhiuzzi)

Il recente d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 recante “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività” (c.d. decreto “CrescItalia”) ha previsto la (ri)attivazione dei contratti di filiera agroalimentare per il sostegno e la crescita del settore, in un’ottica di miglioramento della qualità dei prodotti per i consumatori nonché di distribuzione sostenibile del valore aggiunto lungo la filiera.

Nel presente contributo, dopo aver sinteticamente tratteggiato il quadro normativo di riferimento e le criticità derivanti anche dalla complessità strutturale del settore agroalimentare, vengono svolte alcune osservazioni sul rapporto tra tale forma di concertazione e le possibili frustrazioni del mercato e del gioco concorrenziale.

SOMMARIO: 1. Introduzione: la filiera agroalimentare. – 2. I contratti di filiera: le norme di riferimento. – 3. I criteri per l’attuazione dei contratti di filiera, la tipologia d’investimento e l’iter. – 4. L’art. 63 della legge 24 marzo 2012, n. 27. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione: la filiera agroalimentare

La filiera agroalimentare, ossia «l’insieme degli agenti che direttamente o indirettamente operano lungo tutto l’itinerario economico di un prodotto dallo stadio iniziale della produzione a quello finale dell’utilizzazione», collega tre tra i settori più strategici dell’economia nazionale - l’agricoltura, l’industria agroalimentare e la distribuzione. Tratto caratterizzante del settore è, dunque, la sussistenza di una grande varietà di attori e di complesse relazioni tra piccole e medie imprese che sono al contempo concorrenti, fornitrici o clienti; relazioni contrattuali sovente difficoltose che impediscono alla filiera di dispiegare tutte le proprie potenzialità. Gli *stakeholders* hanno, dunque, manifestato la necessità (se non l’obbligo) di rivedere organicamente la materia con interventi finalizzati al raggiungimento degli obiettivi comunitari di concorrenza e sviluppo dell’agroalimentare (PAC), in un’ottica di miglioramento della qualità dei prodotti per i consumatori nonché di distribuzione sostenibile del valore aggiunto lungo la filiera.

Il legislatore, conscio delle problematiche e delle necessità del comparto, non ha mancato l’occasione di intervenire in materia – in verità nell’ambito di un riassetto generale mirato alla deregolazione e promozione della concorrenza – con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 recante “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività” (c.d. decreto “CrescItalia”) convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. La *ratio* del provvedimento, come noto, risiede nel rendere maggiormente libera l’iniziativa economica privata, in condizioni di completa parità fra tutti i soggetti economici. Obiettivo quest’ultimo perseguito tramite a) l’abolizione delle norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta per l’avvio di un’attività economica, eccetto nei casi in cui le stesse siano giustificate da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l’ordinamento comunitario nel

rispetto del principio di proporzionalità; b) l'impulso di tutti i settori economici del mercato nazionale tramite interventi incentivanti e riduzione dei costi per le imprese.

Anche nel settore dell'agroalimentare, il legislatore è intervenuto con questo approccio binario, predisponendo sia apparati sanzionatori per disincentivare le pratiche commerciali potenzialmente sleali, legate agli squilibri esistenti a livello di potere negoziale degli operatori che esercitino un blocco di natura concorrenziale (art. 62), sia incentivi di tipo meramente economico con l'attivazione dei contratti di filiera (art. 63). Vogliamo in questa sede limitarci a tratteggiare qualche considerazione di carattere generale sulla seconda misura; strumentale a tale fine è ripercorrere sinteticamente i vari passaggi dell'evoluzione normativa, ad esito dei quali si è giunti alla creazione di questo strumento di supporto alla filiera.

2. I contratti di filiera: le norme di riferimento

Invero, la previsione dello strumento contrattuale in esame non rappresenta una effettiva novità ma è da rinvenire nell'art. 66 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, che si poneva l'ambizioso obiettivo di dare sostegno agli operatori del settore con talune misure. La norma prevedeva, *inter alia*, che il Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, di concerto con il Ministero dello sviluppo economico e nel rispetto della programmazione regionale, potesse promuovere, nel limite finanziario complessivo fissato con deliberazione del CIPE, contratti di filiera e di distretto, in coerenza con gli orientamenti comunitari in materia di aiuti di Stato in agricoltura

Sul piano attuativo, successivamente il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, con il decreto 22 novembre 2007, ha definito i requisiti, le condizioni e le altre modalità per le richieste dei finanziamenti agevolati alla base dei contratti di filiera.

Dalla lettura combinata dei due provvedimenti richiamati si ricava una definizione di contratto di filiera che può essere sintetizzata come il rapporto «tra i soggetti della filiera agroalimentare e/o agroenergetica e il Ministero delle politiche agricole e forestali ("Mipaf"), finalizzato alla implementazione di un programma di investimenti integrato, a carattere interprofessionale ed avente rilevanza nazionale». Quanto alle Parti, dunque, perché si possa parlare dello strumento previsto dall'art. 66 della richiamata l. n. 289 del 2002 il contratto deve interessare tutti gli operatori della filiera - dalla produzione agricola alla distribuzione, dall'offerta dei servizi alla commercializzazione dei prodotti - in un ambito territoriale che non può esaurirsi nei confini locali ma deve avere un impatto di tipo infraregionale.

Sulla limitazione territoriale di intervento, la legge 3 febbraio 2011, n. 4, ha, da ultimo, esteso l'ambito applicativo a tutto il territorio nazionale, superando così il vincolo presente nella

suddetta legge n. 289 del 2002, che circoscriveva l'ambito di operatività dell'istituto alle sole aree sottoutilizzate.

3. I criteri per l'attuazione dei contratti di filiera, la tipologia d'investimento e l'iter

Quanto ai contenuti del contratto, il decreto 22 novembre 2007 (art. 4) precisa che il contributo dello Stato ai contratti di filiera e di distretto è concesso, in coerenza con la normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato, per differenti tipologie di investimento.

Numerose sono le iniziative che hanno accesso al finanziamento, *inter alia*, gli investimenti:

- a) nelle aziende agricole;
- b) nel settore della trasformazione e della commercializzazione dei prodotti agricoli;
- c) per la tutela ambientale e per il benessere degli animali;
- d) nella promozione della produzione e la commercializzazione di prodotti agricoli di qualità;
- e) prestazioni di assistenza tecnica nel settore agricolo;
- f) in pubblicità dei prodotti agricoli di qualità;
- g) nel settore della ricerca e dello sviluppo;
- h) investimenti nel settore delle agro energie.

Le agevolazioni concedibili agli operatori sono attribuite nella forma di contributo in conto capitale e di finanziamento agevolato che non può superare il 25% degli investimenti ammissibili (*ex art. 6*). Elemento essenziale per l'accessibilità, inoltre, è la sussistenza di un finanziamento ordinario (a tasso di mercato, concesso dagli istituti di credito) di pari durata e di importo superiore o uguale a quello del finanziamento agevolato, finalizzato a coprire la quota finanziaria degli investimenti ammissibili. I progetti finanziati sono, inoltre, sottoposti al vincolo temporale di quattro anni dalla data di stipula del contratto di filiera o di distretto per la loro implementazione e non possono prevedere l'acquisto di beni con il sistema della locazione finanziaria.

La domanda per l'accesso ai contratti non prevede formalità di sorta e deve essere presentata al Ministero unitamente ad una prima bozza del progetto (art. 7). Copia della domanda e della documentazione necessaria deve essere inviata, altresì, alle regioni e alle province autonome nel cui territorio sono ubicate le imprese beneficiarie, interamente o parzialmente, degli investimenti oggetto del contratto di filiera o di distretto.

Quanto infine ai beneficiari, l'art. 3 dispone che possono attivare il sistema di finanziamento agevolato tramite la contrattazione di filiera:

- » le cooperative agricole a mutualità prevalente e loro consorzi, consorzi di piccole e medie imprese che operano nel settore agricolo, agroalimentare e agroenergetico;

- » le società costituite tra soggetti che esercitano l'attività agricola e le imprese commerciali e/o industriali e/o addette alla distribuzione, purché almeno il 51 per cento del capitale sociale sia posseduto da imprenditori agricoli, cooperative agricole a mutualità prevalente e loro consorzi o da organizzazioni di produttori riconosciute ai sensi della normativa vigente;
- » le rappresentanze di distretti rurali e agro-alimentari.

4. ***L'art. 63 della legge 24 marzo 2012, n. 27***

Sebbene il quadro normativo e attuativo fosse sufficientemente completo e preciso, i contratti di filiera agroalimentari non hanno mai avuto un grande riscontro sia in termini di obiettivi raggiunti che di mera diffusione. Sul punto giova però osservare che i finanziamenti necessari per la sussistenza delle agevolazioni non sono stati costanti e durevoli. Alla luce di questa battuta d'arresto, il governo ha ritenuto necessario (ri)finanziare - tramite "*i rientri di capitale e interessi dei mutui erogati per conto del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali dall'Istituto Sviluppo Agroalimentare (ISA) S.p.A. per il finanziamento dei contratti di filiera di cui all'articolo 66 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e successive modificazioni*" - i contratti di filiera e di distretto precedentemente descritti.

La *ratio* dell'articolo in esame risiede nel rendere disponibili risorse finanziarie aggiuntive per attivare nuovi contratti di filiera, provvedendo ad autorizzazione l'Istituto per lo sviluppo agroalimentare (ISA) ad erogare prestiti agevolati utilizzando, nel limite di 5 milioni di euro annui per il triennio, le risorse finanziarie disponibili in ragione del rientro dei prestiti agevolati erogati per conto del Ministero. Quanto ai risultati conseguibili, gli obiettivi sembrano, *prima facie*, ambiziosi. Dalla lettura della relazione illustrativa del provvedimento, la previsione normativa dovrebbe consentire l'attivazione di un volume di investimenti nel settore agroalimentare quantificabile in 250-300 milioni di euro. Ai fini del raggiungimento degli obblighi di risparmio previsti, l'azione non comporterà effetti finanziari negativi per la finanza pubblica, in quanto l'Istituto non è compreso nell'elenco delle amministrazioni pubbliche rientranti nel conto economico consolidato. Istituita nell'ottobre 2004 allo scopo di subentrare nelle attività allora svolte nel settore da *Sviluppo Italia*, l'ISA, infatti, è una società che opera come finanziaria per il settore agricolo, agro-industriale e agroalimentare.

È d'immediata percezione il carattere del tutto previsionale del comma 1 dell'art. 63, in ragione della non sempre perfetta corrispondenza tra i rientri e le somme programmate in scadenza. Per rimediare a tale limite, nel secondo comma si autorizza l'Istituto ad anticipare le risorse per garantire la copertura dei fabbisogni finanziari dei primi 3 anni, con il vincolo di non superare i

cinque milioni di euro annui. La norma prevede infatti che *ISA S.p.A., su indicazione del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, è autorizzata a mettere a disposizione per finanziamenti agevolati le risorse finanziarie per la realizzazione dei contratti di filiera e di distretto di cui al comma 1, per un importo non superiore a 5 milioni di euro annui per un triennio e comunque nel limite delle risorse rivenienti dai rientri di capitale di cui al comma 1, secondo le modalità che verranno stabilite con decreto del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali.*

Dalla relazione di accompagnamento emerge, inoltre, che la disposizione in commento permetterà di impiegare una somma stimata pari a circa di 7 milioni di euro annui ed a mettere a disposizione le risorse derivanti dei rientri di capitali ed interessi a titolo di anticipo per il finanziamento dei nuovi progetti. Ciò posto, per la completa attivazione dei contratti di filiera occorrerà attendere che il Ministero delle politiche agricole agroalimentari e forestali emani l'apposito decreto attuativo per stabilire le modalità con cui ISA dovrà anticipare i capitali che dovranno finanziare la quota conto capitale. Sarà inoltre necessaria, sempre da parte del Ministero l'attivazione di una specifica convenzione con la Cassa Depositi e prestiti nonché l'emanazione di una circolare con cui si definiranno le procedure per presentare i progetti di filiera

5. Conclusioni

Il raggiungimento di una maggiore competitività ed efficienza della filiera agroalimentare non può prescindere da una riorganizzazione dei settori di cui essa è composta, sia a monte della produzione agricola che a valle della vendita all'ingrosso proprio in funzione delle specifiche esigenze della distribuzione moderna. Solo una razionalizzazione dell'intera filiera potrebbe infatti consentire la traslazione di modelli strutturali vincenti già attuati in altri comparti economici e che prevedono specifiche modalità organizzative.

Rilevate le oggettive difficoltà del settore, nell'ottica di ricercare uno sviluppo efficiente della filiera, non può che salutarsi con entusiasmo l'introduzione dell'art. 63 l. n. 27/2012, in quanto strumento di incentivo e sostegno. Sotto il profilo generale, i contratti di filiera sono riconducibili, infatti, a quella particolare forma di regolamentazione concordata (c.d. programmazione negoziata) tra soggetti pubblici e privati introdotta, a livello generale, secondo quanto previsto dall'articolo 2, comma 203, della legge n. 662 del 1996. Tale intervento si contraddistingue per la sua natura di strumento contrattuale (i.e. una catena "pattizia"), che sotto il piano strutturale vede i suoi interlocutori negli organi di governo da un lato, nelle imprese sia pubbliche che private dall'altro, entrambi impegnati sul terreno del confronto tra i reciproci ordini di interessi.

Con specifico riferimento a tale forma di concertazione, come più volte rilevato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, è necessario contemperare i benefici derivanti da siffatti interventi nei confronti dell'intera filiera con le possibili frustrazioni del mercato e del gioco concorrenziale. Giova infatti precisare che l'attribuzione di *“aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche”* (i.e. aiuti di stato) agli operatori di un determinato settore deve essere compatibile con il mercato comune e sottoposta ad attento vaglio – caso per caso – del soggetto pubblico, al fine di *a)* non alterare le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; *b)* non determinare nuovi e/o squilibri e asimmetrie tra operatori; *c)* non rappresentare leve di forza per operatori già importanti e dominanti nel mercato.

Inoltre, nell'implementazione di tali strumenti di finanziamento, appare necessario evitare, in ogni caso, che oggetto dei contratti siano la determinazione concordata di quantità e di prezzi, condotta quest'ultima potenzialmente idonea a determinare restrizioni concorrenziali, in contrasto con le regole comunitarie di concorrenza e, segnatamente, con l'art. 101 del Trattato FUE. In un'ottica di valorizzazione dei prodotti agricoli e agroalimentari e di salvaguardia di una sufficiente concorrenza nei mercati del comparto, la definizione dei contratti di filiera dovrebbe, forse, concentrarsi sugli aspetti concernenti la qualità delle produzioni, senza limitare l'offerta sotto il profilo quantitativo e del prezzo.

Il frazionamento delle competenze (Alessandro Lomoro)

Il problema del riparto di competenze tra l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e le altre autorità amministrative indipendenti è stato oggetto, negli ultimi anni, di un dibattito molto acceso sia in dottrina, che in giurisprudenza.

In particolare, la crescente liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità, la legislazione comunitaria in tema di servizi di interesse generale e, soprattutto, la sempre più attuale tutela della concorrenza hanno contribuito a riportare in auge questioni, mai assopite, sul riparto di competenze tra autorità amministrative indipendenti.

Il tema si è imposto, nuovamente, all'attenzione del giurista: recenti pronunce del Consiglio di Stato hanno fornito una nuova chiave di lettura alla problematica. La questione, peraltro, non è nuova ed è stata già oggetto di contrastanti sentenze dei giudici amministrativi.

Il presente saggio, pertanto, si propone di descrivere l'“annosa” problematica del riparto di competenze attraverso una individuazione e una (successiva) analisi delle cause che hanno dato luogo alla questione in oggetto.

Il presente saggio si propone di descrivere, a più di venti anni dalla sua istituzione con la legge n. 287/1990, alcuni profili relativi alle attività poste in essere dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (di seguito, più brevemente, l'“Agcm”), con specifico riferimento all'“annosa” questione del riparto di competenze tra quest'ultima e le altre autorità amministrative indipendenti. Pertanto, si cercherà di “fotografare”, attraverso un compiuto *excursus* giurisprudenziale, quale sia, ad oggi, la soluzione prospettata (e maggiormente accolta) con riguardo alla problematica del frazionamento delle competenze.

L'Agcm dispone, nell'applicazione della normativa antitrust, di poteri generali di intervento, senza limitazioni settoriali o soggettive: essa, in via generale, garantisce il rispetto delle regole che vietano le intese anticoncorrenziali tra imprese, gli abusi di posizione dominante e le (c.d.) “concentrazioni”, in grado (quest'ultime) di creare, o rafforzare, posizioni dominanti dannose per la concorrenza.

In via particolare, invece, la legislazione antitrust e la prassi applicativa dell'Agcm non si preoccupano soltanto di garantire la possibilità che nuove forze entrino nel mercato e competano con gli operatori economici: esse, difatti, pongono in buona misura l'accento sui consumatori.

In quest'ottica, è stato affidato all'Agcm il compito di tutelare i consumatori (e dal 2012 anche le microimprese) dalle pratiche commerciali scorrette delle imprese e dalla pubblicità ingannevole.

Da quanto precede sembrerebbe che, almeno *prima facie*, l'*enforcement* del diritto antitrust sia (interamente) affidato all'Agcm.

Ciò, di contro, è smentito dalla prassi applicativa. Alla luce di quest'ultima, difatti, si è più volte posto il problema, con riferimento a specifici settori, dell'individuazione delle competenze dell'Agcm, rispetto alle altre autorità amministrative di settore.

La questione non è nuova ed è stata oggetto, nel corso degli anni, di (contrastanti) pronunce dei giudici amministrativi.

In tal senso, già nel 2008, il Consiglio di Stato (in sede consultiva) enucleava un interessante principio di diritto con particolare riferimento alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette (cfr. Cons. di Stato, 3 dicembre 2008, n. 3999). Sul punto, v'è da premettere che il Codice del consumo, sulla base di quanto espressamente disposto dalla direttiva n. 2005/29/CE, ritiene generale l'applicazione della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, stabilendo però che, in caso di contrasto fra la disciplina di cui agli articoli da 18 a 27 e disposizioni specifiche, contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento, che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette, queste ultime prevalgono e si applichino a tali aspetti specifici (art. 19, comma 3, cod. cons.).

Premesso ciò, il Consiglio di Stato – escludendo la competenza dell'Agcm – ha riconosciuto (con la riferita pronuncia) l'esclusiva applicabilità del T.u. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d. lgs. n. 58/1998, TUF) a fronte di pratiche scorrette nel settore dei servizi finanziari, con conseguente competenza esclusiva della Consob a tutela dell'investitore (consumatore).

In particolare, il giudice amministrativo ha riconosciuto che la disciplina di settore contenuta nel TUF sia speciale, compiuta e organica; in quanto tale, essa prevale sulla disciplina generale contenuta nel Codice del consumo.

Ora, sebbene gli argomenti individuati dal Consiglio di Stato a sostegno del proprio parere apparissero astrattamente invocabili anche nell'ambito di altre questioni di coordinamento di competenze tra autorità amministrative di settore e Agcm, quest'ultima ha sempre inteso restrittivamente l'opinione dei giudici amministrativi, affermando il proprio potere d'intervento nel caso di pratiche commerciali scorrette poste in essere nei settori oggetto di regolazione diversi da quello dei servizi finanziari.

In particolare, secondo l'Agcm, il fatto che esista una normativa di settore non è di per sé sufficiente a escludere l'applicazione della disciplina generale di cui al Codice di consumo.

Tale esclusione, continua l'Agcm, potrebbe affermarsi soltanto ove sia rinvenibile una totale coincidenza e sovrapposizione tra la fattispecie specificamente disciplinata e tipizzata nella normativa di settore e la fattispecie perseguibile come pratica commerciale scorretta in base alla disciplina generale (cfr., sul punto, scheda PS5313; in giurisprudenza, invece, cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 31 gennaio 2011, n. 720).

Inoltre, l'Agcm ha sostenuto che la tutela accordata ai consumatori dal Codice del consumo non presenta carattere sussidiario rispetto a quella riconosciuta dalle normative di settore: essa costituisce, piuttosto, uno strumento di tutela aggiuntivo. In ragione della diversità degli interessi

pubblici perseguiti, la normativa contenuta nel codice del consumo è destinata ad aggiungersi al novero delle tutele previste a favore del consumatore, per colmare eventuali lacune (cfr., in tal senso, schede PS4058 e PS5313). Al riguardo, si è affermato, ad esempio, che la disciplina del codice del consumo sarebbe l'unica che tutela in via diretta il consumatore, mentre l'attività di vigilanza della Banca d'Italia, ai sensi dell'articolo 5 del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d. lgs. n. 385 del 1993, TUB), è diretta alla *«sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia»*. Le due discipline sarebbero destinate a svolgere un'attività del tutto complementare che tutela il consumatore in momenti e con strumenti diversi (cfr., ancora, scheda PS5313; in giurisprudenza, invece, cfr. Tar Lazio, sez. I, 18 gennaio 2011, n. 449).

La questione, però, ha recentemente conosciuto una svolta. Tale problematica, difatti, si è imposta nuovamente all'attenzione del giurista a seguito di alcune, importanti pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Ci si riferisce, in modo particolare, alle sentenze nn. 11, 12, 13, 14, 15 e 16 del maggio 2012, riguardanti una serie di provvedimenti sanzionatori che l'Agcm ha adottato in danno di società operanti nel settore delle telecomunicazioni e dei prodotti finanziari.

Volendo sintetizzare le singole vicende su cui sono intervenuti i provvedimenti dell'Agcm, impugnati innanzi al giudice amministrativo, si può osservare quanto segue:

- nella sentenza n. 11/2012 si è analizzata la pratica commerciale scorretta posta in essere dagli operatori di telefonia mobile (in regime di traffico prepagato) nel caso di mancato riconoscimento del credito residuo in favore dell'utente recedente; si affronta, inoltre, il tema dell'informativa riguardante l'esercizio del diritto di recesso che l'operatore deve fornire al cliente in sede di conclusione del contratto (analoghe questioni vengono affrontate nella sentenza n. 15/2012, con riguardo a pratiche simili intrattenute da un altro operatore di telefonia mobile);
- nella sentenza n. 12/2012 si prende in considerazione la pratica commerciale degli operatori telefonici che comunicano ai propri clienti le variazioni unilaterali delle condizioni economiche dell'abbonamento telefonico (operazione denominata *“repricing”*) tramite SMS o attraverso la divulgazione della relativa informazione su quotidiani a diffusione nazionale e sui siti internet della società;
- nella sentenza n. 13/2012 si affronta la questione dei contratti a distanza per servizi di comunicazione elettronica, con specifico riferimento alle pratiche commerciali cc.dd. di *teleselling* (la medesima questione è affrontata anche nella sentenza n. 16/2012);

- da ultimo, nella sentenza n. 14/2012, il collegio si occupa delle pratiche commerciali poste in essere da una società operante nel settore finanziario nell'ambito di operazioni di finanziamento per l'acquisto di prodotti da parte dei consumatori presso grandi catene commerciali.

A ben vedere, nonostante la diversità dei fatti di causa portati all'attenzione dell'Adunanza Plenaria, è possibile trarre dalle vicende appena menzionate alcuni principi di ordine generale che, anche in futuro, presumibilmente incideranno sull'operato delle autorità amministrative indipendenti.

L'interrogativo di fondo posto al Consiglio di Stato concerne l'individuazione dell'autorità amministrativa indipendente competente a sanzionare le pratiche commerciali scorrette: in tutte le riferite vicende, difatti, viene in rilievo l'impugnativa dei provvedimenti con cui l'Agcm ha disposto sanzioni a carico degli operatori economici per condotte *contra ius* (e, cioè, perché in violazione delle prescrizioni dettate dal codice del consumo).

I singoli ricorrenti contestano, fondamentalmente, la carenza di potere (in astratto) dell'Agcm ad adottare provvedimenti sanzionatori, laddove esistano normative speciali e complete, le quali attribuirebbero autonomi poteri di intervento ad altre autorità amministrative indipendenti, il che farebbe venire meno il possibile ricorso alla disciplina generale del codice del consumo.

Invero, gli operatori sanzionati non escludono in punto di principio la titolarità in capo all'Agcm del potere punitivo contro le pratiche commerciali scorrette, sempre che la condotta concreta sia sussumibile nella fattispecie astratta contemplata dal Codice del consumo. Di contro, i casi in esame sono diversi da quello ipotizzato, venendo in rilievo comportamenti acquisibili a modelli astratti disciplinati da norme speciali.

Per paralizzare l'operatività della disciplina generale, i ricorrenti si riferiscono a due diverse normative, a seconda del mercato in cui operano.

Più precisamente, gli operatori delle telecomunicazioni richiamano il Codice delle comunicazioni elettroniche (d. lgs. n. 259/2003) e la delibera n. 664/06/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, la cui natura regolamentare è sostenuta anche dal Consiglio di Stato (cfr., in tal senso, la richiamata sentenza del Cons. di Stato n. 13/2012).

Invece, per quanto attiene al caso dell'operatore finanziario, si sostiene che la normativa speciale è contenuta nel già citato TUB.

La questione sollevata non è irrilevante, dato che, come sopra evidenziato, l'individuazione della legge applicabile ha importanti ripercussioni (anche) sul riparto di competenze tra le varie autorità amministrative indipendenti: infatti, nelle normative di settore v'è l'espressa attribuzione di poteri rispettivamente all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e alla Banca d'Italia (per

alcuni profili anche alla Consob), autorità, queste, che perseguono obiettivi e curano valori ontologicamente diversi da quelli affidati all'Agcm.

Si pensi, in primo luogo, al fatto che le normative speciali prendono in considerazione beni giuridici autonomi da quelli tutelati dalla normativa generale. Lo stesso Consiglio di Stato ritiene (cfr., in tal senso, la richiamata sentenza del Cons. di Stato n. 14/2012) che i poteri di vigilanza e di repressione della Banca d'Italia garantiscono la sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, la stabilità complessiva, l'efficienza, la competitività del sistema finanziario, arrivando ad affermare, peraltro, che il TUB «*non contiene alcuna disposizione intesa a perseguire, direttamente o indirettamente, finalità di tutela del consumatore*».

Orbene, come si ricordava in precedenza, la normativa qui analizzata è stata oggetto di orientamenti contrastanti che, seguendo l'impostazione del giudice amministrativo, possono essere raggruppati in due filoni.

Secondo un primo orientamento, il problema potrebbe essere risolto applicando un criterio di specialità "per materie" o "per settori" (cfr., ancora, Cons. di Stato, 3 dicembre 2008, n. 3999).

Questo criterio, analizzato (a questo punto) più nel dettaglio, postula che l'interprete deve escludere l'applicazione della normativa generale ogni qual volta venga in rilievo una disciplina speciale, a prescindere da valutazioni sulla specifica condotta imputata all'operatore. Pertanto, non è necessario analizzare quale rapporto si venga ad instaurare tra la condotta sanzionata e il quadro normativo settoriale, dato che la mera presenza di un operatore soggetto alla disciplina speciale è condizione necessaria e sufficiente per l'applicazione di quest'ultima. Per questa ragione (si rammenta di nuovo), il giudice amministrativo giunge ad affermare che le pratiche commerciali scorrette poste in essere dai professionisti che forniscono servizi finanziari sottostanno alle prescrizioni del TUF, con la conseguenza che, la disciplina generale (e la relativa competenza dell'Agcm), non trova applicazione se non per quanto riguarda le disposizioni sugli obblighi informativi e di correttezza nella commercializzazione dei servizi finanziari, la cui applicazione è comunque riservata alla Consob.

Il secondo orientamento che viene (più nello specifico) ricordato – condiviso anche da parte della sezione rimettente – si fonda sull'applicazione del criterio di specialità, principio generale del nostro ordinamento, codificato in molteplici disposizioni (tra i precedenti giurisprudenziali conformi a questo orientamento, cfr., ancora, Cons. di Stato, sez. VI, 31 gennaio 2011, n. 720).

Entrambe le impostazioni, come ricorda l'Adunanza Plenaria nelle sentenze *de qua*, avvertono il pericolo di applicare alla medesima vicenda due diverse normative, con conseguente irragionevole duplicazione delle sanzioni irrogate. Per questa ragione, le due interpretazioni presuppongono l'esclusione del cumulo di discipline, pur giungendo a tale risultato attraverso percorsi logico-giuridici diversi.

Nelle sentenze in commento, in stretta aderenza con il dato testuale della normativa richiamata, si afferma che la disciplina generale trova applicazione solo nel caso in cui non esistano norme di provenienza comunitaria contenenti una disciplina specifica (e settoriale) delle pratiche commerciali scorrette, con la conseguenza che in caso di conflitto tra norma generale e norma speciale è quest'ultima a prevalere.

Tuttavia, dopo aver formulato il principio generale, il Consiglio di Stato precisa che la nozione di conflitto tra norme deve essere interpretata in senso ampio. È interessante, a tal proposito, notare che l'Adunanza Plenaria intende il termine "*conflict*" (impiegato nel testo inglese della direttiva n. 2005/29/CE) come descrittivo di una situazione di mera diversità di disciplina. Alla luce di questa interpretazione, si afferma che il conflitto tra norme rilevante per il diritto comunitario ricorre anche in assenza di un'antinomia in senso stretto, essendo sufficiente una mera diversità tra le discipline per garantire la prevalenza della normativa speciale.

L'affermata operatività del criterio di specialità porta il Consiglio di Stato ad escludere la possibilità di un residuo campo di intervento dell'Agcm ogni qual volta venga in rilievo una normativa speciale, esaustiva e completa.

Prendendo ad esempio quanto affermato dalla sentenza n. 13/2012, si deve ritenere che la disciplina degli obblighi imposti agli operatori di telecomunicazione – sia di natura legislativa che regolamentare – è in grado di delineare un sistema compiuto, il cui rispetto deve essere garantito dall'intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. Una riprova di questo assunto è ravvisata dal Consiglio di Stato nel comportamento tenuto dall'Agcm che, a ben vedere, ha richiamato in alcuni provvedimenti impugnati proprio questo (compiuto) sistema di regole (in particolare, cfr. la delibera n. 664/06/CONS).

Per quanto concerne, invece, il mercato dei prodotti finanziari, la considerazione sviluppata nella sentenza n. 14/2012 è ancora più forte: infatti, l'Adunanza Plenaria afferma che l'innovativa disciplina introdotta con il d. lgs. n. 141/2010, pur non essendo applicabile *ratione temporis* al caso di specie sottoposto alla sua attenzione, costituisce (forse) il primo passo in vista della trasformazione del TUB in una "*disciplina di settore tendenzialmente esaustiva*".

Orbene, nelle sentenze in commento si afferma chiaramente che il riparto di competenza tra le varie autorità amministrative indipendenti in tema di repressione delle pratiche commerciali scorrette si debba risolvere in base al criterio di specialità, per cui, in tale ambito, varrà (a detta del Consiglio di Stato) il brocardo "*lex specialis derogat legi generali*".

Ci si dovrebbe allora interrogare (anche in tal caso) se gli argomenti individuati dal Consiglio di Stato a sostegno del proprio orientamento possano apparire (astrattamente) invocabili anche nell'ambito di altre questioni di coordinamento di competenze tra autorità amministrative di settore e Agcm.

Non solo. Ci si potrebbe addirittura spingere fino all'individuazione delle ragioni (e delle motivazioni) da cui, in seguito, è scaturita la problematica del frazionamento delle competenze.

Ebbene, per quanto attiene quest'ultimo profilo, si può fornire la seguente chiave di lettura: le ragioni della "competizione" tra le autorità amministrative indipendenti possono essere individuate con quella costante (e sempre maggiore) ricerca di tutela del consumatore che, a livello europeo e, conseguentemente, a livello nazionale, è arrivata ad assumere, nel corso degli anni, carattere centrale nelle dinamiche giuridico-economiche.

Storicamente, nella metà del secolo scorso, l'economia italiana si è configurata come economia corporativa, di comando, mista. Per mezzo secolo è prevalsa un'interpretazione estensiva delle clausole della Costituzione che rendono legittima, se non doverosa, l'assunzione diretta di determinate attività imprenditoriali da parte dei pubblici poteri. A ciò, è corrisposta un'interpretazione restrittiva delle clausole ricognitive dei diritti di libertà, segnatamente quelli d'impresa e di concorrenza. Con un'ulteriore conseguenza, da non sottovalutare: i diritti dei consumatori e degli utenti sono stati considerati, riguardati, soltanto in modo indiretto.

Solo nel periodo più recente, sulla scorta delle cc.dd. "regole *pro-market*" introdotte dall'Unione europea e nel contesto di un rinnovato e più forte impulso nella direzione della globalizzazione delle attività industriali e finanziarie, il sistema dell'economia mista di comando è stato messo in discussione, ha subito una riduzione di ambito.

I diritti (d'iniziativa economica, di concorrenza e dei consumatori) sono divenuti centrali nella cornice giuridica edificata dalle istituzioni europee. Nelle clausole generali dei trattati, nella consolidata interpretazione che ad esse è stata ascritta dalla Corte di giustizia, nei regolamenti e nelle direttive approvati dai *policy-makers* quei diritti sono stati rinsaldati, circondati di garanzie volte ad assicurarne l'effettività.

Pertanto, disposizioni che prescrivevano o vietavano comportamenti degli operatori economici privati sono state emendate o abrogate. Interpretazioni consolidate, nell'applicazione di quelle disposizioni, sono state corrette o abbandonate. Nuove norme sono state introdotte, al fine di promuovere diversi comportamenti da parte degli operatori pubblici e privati, rispettosi delle norme di mercato.

Un ulteriore elemento di discontinuità è rintracciabile (proprio) nell'istituzione delle autorità amministrative indipendenti. In mercati al limite perfettamente concorrenziali, la competizione tra le imprese assolve al compito di ridimensionare quelle meno efficienti, favorendo la riallocazione delle risorse da parte loro prima che giungano all'insolvenza. Qualora la concorrenza sia carente, l'efficienza nell'allocazione delle risorse va ricercata altrove, segnatamente nel concorso che le autorità di regolazione sono in grado di fornire alla determinazione di livelli più elevati di efficienza.

Le autorità amministrative settoriali, quindi, non sono meramente eventuali o provvisorie. Sono, piuttosto, organizzazioni pubbliche necessarie, al fine di creare le condizioni indispensabili affinché possano essere risolte le problematiche del mercato economico.

Tutto ciò determina quella “competizione” tra quest’ultime e l’Agcm, incaricata, invece, della salvaguardia (in via generale) della concorrenza e del controllo (nonché della verifica) della parità di condizioni tra gli operatori economici, con particolare riferimento alle potenziali ripercussioni per i consumatori.

Si spiega così l’origine del “conflitto” di competenze: il diverso giudizio effettuato dall’Agcm (rispetto a quello delle autorità settoriali), nel valutare operazioni quali, ad esempio, quelle di concentrazione tra due o più imprese, ovvero nell’esaminare un comportamento che integra gli estremi dell’abuso di posizione dominante.

L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Fabio Bassan)

Nelle comunicazioni elettroniche i temi del coordinamento tra autorità, nazionali e dell'Unione, assumono un rilievo peculiare, avendo il legislatore italiano quindici anni fa attribuito all'AGCom competenza in materia sia di reti (cui si aggiunge ora quella postale) sia di contenuti. In questo breve contributo si esaminano gli effetti di questa scelta, mediante una rapida rassegna dei risultati ottenuti nel corso dell'ultimo anno e delle sfide che il Consiglio appena eletto si trova ad affrontare.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le novità significative del 2012. – 3. Le sfide per il prossimo anno. – 4. Le nuove competenze: il settore postale.

1. Premessa

Il Rapporto annuale di Consumers' Forum nel settore delle comunicazioni elettroniche tradizionalmente analizza l'attività dell'AGCom nel corso dell'anno e individua le principali linee di sviluppo e i settori di intervento.

In discontinuità con la prassi degli ultimi anni, questo rapporto si soffermerà meno sui risultati dell'attività dell'AGCom nell'ultimo anno e più sulle sfide che attendono il nuovo Consiglio insediatosi a fine luglio, la cui attività potrà essere tanto più efficace quanto più il legislatore e l'esecutivo interverranno per garantire una base giuridica adeguata alle misure che l'AGCom è chiamata ad adottare. Ad esempio, appare urgente una ridefinizione del perimetro sia del servizio pubblico, non più riconducibile al mero settore radiotelevisivo, sia del servizio universale. Si tratta in entrambi i casi di un compito che spetta al Ministero per lo sviluppo economico, ma sul quale l'iniziativa e la competenza dell'AGCom risultano decisive.

Il 2012 è stato caratterizzato da un'attività significativa del governo (anche) nelle comunicazioni elettroniche diretta a semplificare le condizioni per gli investimenti. Il paese si trova infatti di fronte a scelte decisive sul piano strategico, principalmente – nelle comunicazioni elettroniche – sulle infrastrutture, fisse e mobili, nelle telecomunicazioni e nel settore radiotelevisivo.

In queste dinamiche, il nuovo Consiglio dell'AGCom, operativo da poche settimane, è chiamato a giocare un ruolo determinante. Non si tratta infatti solo di definire le norme applicative in materia di investimenti sulle reti di nuova generazione, ma anche, ad esempio, di stabilirne la redditività. Il costo dell'utilizzo, ai vari livelli, delle reti in fibra ottica a larga banda e delle reti in rame costituisce uno degli elementi principali per valutare la remunerazione dell'investimento.

Per il resto, evidentemente, è il mercato che deve organizzarsi; in quest'ottica, i negoziati tra vari operatori per la realizzazione di un'infrastruttura unica, che utilizzi anche in parte la rete di Telecom Italia, la quale verrebbe per l'occasione conferita a una nuova società, propongono scenari

nuovi, cui la regolamentazione dovrà, eventualmente, adattarsi. Del resto, il recente recepimento delle riforme dell'Unione – sia pur tardivo, come abbiamo lamentato nei rapporti degli ultimi due anni – conferisce all'AGCom strumenti nuovi, nonché la possibilità di utilizzare con maggiore flessibilità quelli già esistenti. Ci si riferisce, ad esempio, alla regolazione dei diversi mercati qualificati come rilevanti, che in alcuni casi può ulteriormente essere abbandonata a favore di un intervento eventuale e successivo a tutela della concorrenza. Ma anche al più ampio potere di intervento per garantire la tutela dei consumatori, ad esempio in materia contrattuale.

La maggiore flessibilità conferita all'AGCom dalle direttive dell'Unione e, ora, dal legislatore nazionale incide anche sul livello di discrezionalità nell'azione dell'Autorità e conseguentemente sui limiti del sindacato giurisdizionale. Sarà interessante vedere come, nella prassi, si risolverà la tensione tra il sindacato che ormai, con il codice di procedura, il giudice amministrativo può esercitare anche nel merito, e il limite in concreto posto dal più stretto coordinamento tra AGCom e Commissione europea e consolidato dalle nuove direttive dell'Unione. Questa tensione andrà poi coordinata con un ruolo significativo che viene attribuito all'AGCom, cui si è sopra accennato, in merito a decisioni che hanno effetti non solo sulla regolamentazione del settore ma anche sullo sviluppo del paese, in un mercato in cui l'attuale ritardo si riflette su un più ampio tessuto produttivo.

Si qui, le reti. Il mercato però sta andando verso la convergenza non solo delle reti (ormai realizzata, con la neutralità tecnologica) ma anche dei contenuti. La cd. 'connected tv' ne è il precipitato più evidente. Quando l'Autorità è stata costituita, ormai quindici anni fa, rappresentava un caso raro nel panorama internazionale di un organismo unitario con competenze in materie sia televisive che di telecomunicazioni. L'intuizione di allora (Consiglio unico, articolato in Commissioni divise non tra telecomunicazioni e tv ma tra reti e contenuti) è utile per intervenire oggi sui mercati convergenti dei contenuti, e per avviare una regolazione che tenga conto delle evoluzioni del mercato. Obblighi tipici dei broadcasters non sono applicabili ai fornitori di contenuti di questo mercato integrato. E al contempo, questi ultimi non possono operare sciolti da qualsiasi obbligo. Occorre dunque trovare strumenti nuovi d'intervento e immaginare un sistema di vincoli e di controllo conseguenti. Al tempo stesso, in questo contesto va rivisto anche il ruolo e la funzione del servizio pubblico, che non può essere limitato al mercato radiotelevisivo ma deve essere applicato al settore degli audiovisivi *tout court*. Non necessariamente ampliando le risorse dedicate; semplicemente, rimodulandole, tenendo conto che probabilmente un'esigenza di un servizio pubblico si avverte oggi – in misura pressante – proprio sulle nuove piattaforme audiovisive più che su quelle televisive tradizionali (terrestri e satellitari). Questo presuppone una definizione condivisa di servizio pubblico, che l'AGCom è chiamata a proporre.

In merito poi al rapporto tra AGCom e altre Autorità, in ambito nazionale (generali, come l'AGCM, o di settore come il Garante Privacy, la CONSOB) e in ambito europeo (Commissione UE, agenzie, autorità europee), si pone la questione del coordinamento. Considerata la natura trasversale di molti temi - quali ad esempio, per quanto attiene a questo rapporto, quelli relativi alla tutela dei consumatori - sembra opportuno seguire, anche sul piano nazionale, il percorso recentemente avviato in ambito europeo di un coordinamento trasversale (tra autorità generali e di settore) e multilaterale (oggi i protocolli d'intesa - l'ultimo tra AGCM e AEEG - sono bilaterali). Una simile azione - trasversale e multilaterale - consentirebbe di superare sia i conflitti evidenziati di recente, solo apparentemente risolti dal Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria, 13/2012) sul rapporto tra norme generali e norme di settore, sia la discontinuità negli interventi di tutela del consumatore, che si prestano oggi a geometrie variabili in funzione dei settori. Si verrebbe in questo modo a costituire una 'autoregolamentazione dei regolatori' che, nei limiti consentiti dalle direttive europee - che costituiscono ormai il parametro di legalità sostanziale dell'intervento regolatorio - interverrebbe a colmare le lacune in sede di applicazione delle norme, sostituendo di fatto il modello ormai superato della delegificazione.

2. *Le novità significative del 2012*

L'attività dell'AGCom nell'ultimo periodo è stata contrastata. Parte dell'ultimo anno è trascorsa con il Consiglio in *prorogatio* (fino a luglio), e prima di allora i tentativi di apportare riforme significative al sistema (diritto d'autore in internet, gara per le frequenze televisive) hanno condotto, per motivi diversi, a un nulla di fatto. La prima parte del 2012 sarà ricordata dunque per:

- a) la riduzione del numero dei componenti il Consiglio AGCom (da 9 a 5), per effetto del c.d. decreto 'salva Italia'. La modifica non solleva profili solo formali: interviene sulla sostanza dell'attività del Consiglio. A distanza di quindici anni dalla Costituzione dell'AGCom una riflessione di questo tipo era probabilmente matura; certo, il modo in cui è avvenuta (in base al principio del 'taglio lineare') induce a ritenere che non tutte le conseguenze, anche sul piano organizzativo, siano state adeguatamente considerate a priori. Se a questo si aggiunge la nuova competenza attribuita ad AGCom nel settore postale, si comprende come il compito che spetta al Consiglio sul piano dell'organizzazione sia particolarmente impegnativo;
- b) l'attribuzione all'AGCom - come già nella maggior parte dei paesi europei - delle competenze in materia postale prima affidate a un'Agenzia, e per la conseguente chiusura della procedura di infrazione avviata contro l'Italia;

- c) nel settore televisivo, il completamento della fase di passaggio al digitale terrestre; questo comporta interventi sul piano della gestione sia dei disagi per l'utenza, sia del cd. dividendo digitale (le frequenze 'liberate' grazie alla gestione più efficiente dello spettro garantita dalla tecnologia digitale);
- d) il recepimento – con il d. lgs. 28 maggio 2012, n. 70 – del pacchetto di riforma dell'Unione in materia di comunicazioni elettroniche, su cui ci si è soffermati negli ultimi due rapporti di Consumers' Forum e che di fatto, integra l'agenda dell'AGCom per il prossimo futuro.

3. *Le sfide per il prossimo anno*

Quanto alle sfide che l'AGCom si appresta ad affrontare, nel settore delle telecomunicazioni si segnalano:

- 1) la definizione di un nuovo regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sui contenuti digitali (applicativo di una norma di legge, qualora il legislatore decida di intervenire, o sostitutivo – nei limiti – nel caso contrario);
- 2) l'applicazione – per quanto di competenza – dell'agenda digitale (es.: banda larga e data center);
- 3) la definizione di regole certe per l'eventuale scorporo della rete di Telecom Italia, qualora l'operatore storico decida di intraprendere questo percorso;
- 4) la definizione dei mercati rilevanti sulla base del nuovo quadro, mutato radicalmente con il recente recepimento della riforma dell'Unione del 2009;
- 5) la definizione di regole adeguate (ivi inclusi i modelli tariffari) per la promozione della banda larga; Per le reti fisse a larga banda (cd. NGAN, Next Generation Access Networks) la Commissione europea ha avviato una consultazione pubblica, e il BEREC è intervenuto a sua volta per individuare modalità e strumenti per incentivare gli investimenti, con una partecipazione tra pubblico e privato (espressamente prevista e incentivata dalla recente normativa nazionale, dal decreto cd. 'cresci Italia' in poi) e una modalità di condivisione della rete fisica o, in alternativa, virtuale.
- 6) la definizione – per quanto di competenza – di regole adeguate per lo sviluppo delle cd. '*smart cities*', secondo il programma ambizioso promosso e in parte finanziato dall'Unione;
- 7) la partecipazione ai tavoli europei in cui, tra l'altro, deve darsi una risposta unitaria alla regolamentazione degli OTT (*over the top*);
- 8) l'intervento più deciso dell'AGCom, consentito dalle nuove norme, a tutela dell'utenza, a partire dai contratti, sino all'adozione del cd. 'Codice dei diritti dei consumatori nel mercato dei servizi di comunicazione elettronica', strumento agevole di consultazione per il

pubblico, che va ad aggiungersi alle nuove regole adottate (ad esempio, nelle comunicazioni mobili, con la delibera 154/12/CONS) in materia di misurazione della qualità dei servizi.

Nel settore radiotelevisivo emergono invece:

- 1) la questione dell'asta per le frequenze ottenute con il cd. 'dividendo digitale interno': l'articolo 3-*quiquies* del d.l. 2 marzo 2012, n. 16, convertito in l. 26 aprile 2012, n. 44 ha annullato il bando di gara che prevedeva il *beauty contest*, e ora l'AGCom si appresta a pubblicare le procedure stabilite per la gara pubblica, sulla base dei principi direttivi stabiliti dal legislatore (art. 2, l. 26 aprile 12, n. 44)⁷;
- 2) la gestione – per quanto di competenza – della procedura di trasferimento dei diritti d'uso temporaneo delle frequenze televisive dagli operatori che ne hanno la legittima disponibilità ad altri operatori già autorizzati a operare una rete con analoga tecnologia: si tratta del cd. 'mercato secondario' delle frequenze, previsto espressamente dalle direttive dell'Unione del 2009, e che apre anche nel nostro paese nuovi temi e prospettive;
- 3) la gestione – anche qui, nei limiti delle competenze attribuite – dei trasferimenti dei titoli autorizzativi o del controllo delle imprese che operano nel settore, che in questa fase inizia a consolidarsi;
- 4) la regolamentazione della numerazione automatica dei canali, da definire nuovamente a seguito delle pronunce del TAR Lazio;
- 5) la ridefinizione dei contributi e diritti amministrativi per l'uso delle frequenze;
- 6) la rilevazione degli ascolti radiofonici;
- 7) la ridefinizione degli obblighi del servizio pubblico negli audiovisivi, per la quale nel 2012 è stata avviata (delibera 130/12/CONS) un'indagine conoscitiva propedeutica all'adozione delle linee guida sul contenuto degli obblighi per il prossimo triennio (ex art. 45TUSMAR).

4. Le nuove competenze: il settore postale

Nel settore postale la nuova Direzione servizi postali dell'AGCom, istituita con delibera n. 731/11/CONS, avrà il compito di gestire il processo di liberalizzazione, con particolare riferimento al servizio universale, di cui deve essere valutato e ripartito l'eventuale costo netto per l'anno 2011,

⁷ Tra l'altro, l'assegnazione delle frequenze deve avvenire sulla base di differenti lotti, mediante procedure di gara aggiudicate all'offerta economica più elevata anche mediante rilanci competitivi, assicurando la separazione verticale tra fornitori di programmi e operatori di rete e l'obbligo degli operatori di rete di consentire l'accesso ai fornitori di programmi, a condizioni eque e non discriminatorie, secondo le priorità e i criteri fissati dall'Autorità per garantire l'accesso ai fornitori di programmi nuovi entranti e per favorire l'innovazione tecnologica. La composizione di ciascun lotto viene effettuata in base al grado di copertura, tenendo conto della possibilità di consentire la realizzazione di reti per macro aree di diffusione, l'uso flessibile della risorsa radioelettrica, l'efficienza spettrale e l'innovazione tecnologica. Infine, la durata dei diritti d'uso di ciascun lotto può essere modulata in modo tale da garantire la tempestiva destinazione delle frequenze agli usi stabiliti dalla Commissione europea in tema di disciplina dello spettro radio anche in relazione a quanto previsto dall'Agenda Digitale nazionale e comunitaria.

e stabilito il meccanismo di *price cap*. Si tratta di procedure che l'AGCom ha sperimentato da molti anni nel servizio universale nelle telecomunicazioni, con cui quello postale condivide obiettivi, strumenti e metodologie. Si attende dunque in tempi brevi un intervento dell'AGCom in tal senso, che dimostrerebbe ancora una volta la ragionevolezza dell'attribuzione all'Agcom delle competenze nel settore postale.

Nel merito, il contenuto del servizio universale postale, riconosciuto dall'art. 3 del d. lgs. n. 261/99 (cd. decreto sui servizi postali) appare estremamente ampio, e la riserva (sino al 2026) particolarmente lunga. In attesa però che il legislatore torni eventualmente su tali scelte, l'AGCom ha il compito di individuare i panieri di riferimento per la determinazione del *price cap* e indicare il guadagno in costi ed efficienza ottenuto.

L'altro grande tema del servizio universale postale concerne l'accesso alla rete postale. Le cd. CTA (Condizioni Tecniche di Accesso) per l'erogazione dei servizi necessari per l'offerta di posta massiva (comunicazioni bancarie, bollette e bollettini di pagamento) costituiscono infatti il tema più rilevante (il 50% del servizio universale in termini di volumi, il 30% in termini di ricavi).

Quanto infine alla tutela degli utenti postali, le direttive dell'Unione impongono agli operatori non solo carte di servizi adeguate, ma anche procedure per la gestione dei reclami e procedure conciliative. L'esperienza dell'AGCom nel settore delle telecomunicazioni, con i CORECOM territoriali, potrebbe essere replicata nel settore postale, o addirittura, a determinate condizioni, integrata nel sistema attuale.

Si consideri peraltro che le direttive dell'Unione in materia postale attribuiscono alle autorità nazionali di settore poteri parzialmente diversi da quelli esercitati dalle autorità nelle comunicazioni elettroniche; occorrerà dunque, almeno nelle prime fasi, particolare attenzione nelle modalità di esercizio e negli interventi regolatori.

**L'Autorità per l'energia elettrica e il gas
e il mercato dell'energia**

Il trasferimento delle funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (Elio Leonetti)

Il presente scritto esamina le recenti innovazioni normative in tema di regolazione del servizio idrico integrato introdotte dal d.l n. 201 del 2011 (c.d. decreto "Salva-Italia"), con il quale è stato disposto il trasferimento all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (AEEG) delle funzioni attinenti la regolazione ed il controllo dei servizi idrici, funzioni poi individuate nel dettaglio con DPCM del 20 luglio 2012 (pubblicato sulla GU n. 231 del 3 ottobre 2012).

SOMMARIO: 1. L'istituzione della nuova Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua e la sua successiva soppressione. – 2. Le funzioni di regolazione e controllo dei servizi idrici attribuite all'AEEG. – 3. Osservazioni conclusive.

1. L'istituzione della nuova Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua e la sua successiva soppressione

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

Al riguardo, occorre preliminarmente ricordare che con la l. 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 del 2006 (con il quale sono state introdotte modifiche al Codice dell'Ambiente) sono state abrogate tutte le disposizioni del codice dell'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 d.l. 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 (Co.N.Vi.R.I.).

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.

Con il d.l. 13 maggio 2011 n. 70 (c.d. "decreto sviluppo"), convertito con l. 12 luglio 2011 n. 106 (art. 10, commi 17-27), era stata poi prevista l'istituzione dell'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, destinata a sostituire la Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche.

Da ultimo, con d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (*"Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici"*), convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214 (c.d. decreto "Salva-Italia"), è stata disposta la soppressione della Co.N.Vi.R.I. e della istituenda Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua.

In tale contesto, l'art. 21, comma 9, del decreto "Salva-Italia" ha previsto il trasferimento all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (AEEG) delle funzioni attinenti di regolazione e controllo dei servizi idrici, disponendo che *«Con riguardo all'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, sono trasferite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, che vengono esercitate con i medesimi poteri attribuiti all'Autorità stessa dalla legge 14 novembre 1995, n. 481»*.

Il decreto, tuttavia, ha subordinato il trasferimento delle funzioni all'adozione di un DPCM, su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto stesso. Al decreto in questione è stato infatti affidato il compito di individuare le funzioni da trasferire all'AEEG.

2. Le funzioni di regolazione e controllo dei servizi idrici attribuite all'AEEG

In data 20 luglio 2012, è stato adottato il DPCM avente ad oggetto “*Individuazione delle funzioni dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, ai sensi dell'articolo 21, comma 19 del decreto-legge del 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214*” (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 231 del 3 ottobre 2012).

Con l'art. 1 del predetto DPCM, sono state in primo luogo ribadite, in capo al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, le predette funzioni in materia di servizi idrici:

i) l'adozione degli indirizzi per assicurare il coordinamento ad ogni livello di pianificazione delle funzioni inerenti gli usi delle risorse idriche, individuando obiettivi generali e priorità di intervento;

(ii) l'adozione degli indirizzi e la fissazione degli standard di qualità della risorsa idrica ai sensi della Parte III del d. lgs. n. 152/2006 (c.d. codice dell'ambiente) e delle direttive comunitarie di settore;

(iii) la definizione dei criteri e indirizzi per favorire il risparmio idrico, l'efficienza nell'uso della risorsa idrica e per il riutilizzo delle acque reflue;

(iv) la definizione dei criteri per la definizione del costo ambientale e del costo della risorsa per i vari settori d'impiego dell'acqua, anche in proporzione al grado di inquinamento ambientale derivante dai diversi tipi e settori d'impiego e ai costi conseguenti a carico della collettività in attuazione del principio del recupero integrale del costo del servizio e del principio “chi inquina paga”;

(v) la definizione dei criteri per la determinazione della copertura dei costi relativi ai servizi idrici, diversi dal servizio idrico integrato e da ciascuno dei singoli servizi che lo compongono nonché dai servizi di captazione e adduzione a usi multipli e dai servizi di depurazione ad usi misti civili e industriali, per i vari settori d'impiego dell'acqua, anche in proporzione al grado di inquinamento ambientale derivante dai diversi tipi e settori d'impiego e ai costi conseguenti a carico della collettività;

(vi) la definizione degli obiettivi generali di qualità del servizio idrico integrato sul territorio nazionale, sentite le regioni, i gestori e le associazioni dei consumatori;

(vii) la possibilità di definire indirizzi per realizzare, attraverso una modulazione differenziata della tariffa, una perequazione solidaristica tra ambiti diversamente forniti di risorse idriche.

Il successivo art. 2, dopo aver ribadito che le funzioni di regolazione e controllo dei servizi idrici trasferite all'AEEG devono essere esercitate con i poteri e nel quadro dei principi, finalità e

attribuzioni di cui alla l. n. 481/1995, prevede che la regolazione del servizio idrico integrato assolve alle seguenti finalità:

a) garanzia della diffusione, fruibilità e qualità del servizio all'utenza in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale;

b) definizione di un sistema tariffario equo, certo, trasparente, non discriminatorio;

c) tutela dei diritti e degli interessi degli utenti;

d) gestione dei servizi idrici in condizioni di efficienza e di equilibrio economico e finanziario;

e) attuazione dei principi comunitari «recupero integrale dei costi», compresi quelli ambientali e relativi alla risorsa, e “chi inquina paga”, ai sensi degli artt. 119 e 154 d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e dell'art. 9 della direttiva n. 2000/60/CE.

Ciò posto, l'art. 3 del DPCM in esame individua poi nel dettaglio le funzioni di regolazione del servizio idrico integrato trasferite all'AEEG. In particolare, in forza di tale disposizione, l'Autorità:

a) definisce i livelli minimi e gli obiettivi di qualità del servizio idrico integrato, ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono compresi i servizi di captazione e adduzione a usi multipli e i servizi di depurazione ad usi misti civili e industriali, per ogni singolo gestore e vigila sulle modalità di erogazione del servizio stesso; a tal fine, prevede premialità e penalità, esercita poteri di acquisizione di documenti, accesso e ispezione, irroga, in caso di inosservanza, in tutto o in parte, sanzioni amministrative pecuniarie e, in caso di reiterazione delle violazioni, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti, propone al soggetto affidante la sospensione o la cessazione dell'affidamento; determina altresì obblighi di indennizzo automatico in favore degli utenti in caso di violazione dei medesimi provvedimenti. Resta ferma la facoltà in capo agli enti affidanti di prevedere nei contratti di servizio livelli minimi ed obiettivi migliorativi rispetto a quelli previsti dall'Autorità che ne tiene conto ai fini della definizione della tariffa;

b) predispone, ai sensi dell'art. 151 d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, una o più convenzioni tipo per la regolazione dei rapporti tra autorità competenti all'affidamento del servizio e soggetti gestori;

c) definisce le componenti di costo – inclusi i costi finanziari degli investimenti e della gestione – per la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato, ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono compresi i servizi di captazione e adduzione a usi multipli e i servizi di depurazione ad usi misti civili e industriali, per i vari settori di impiego, in conformità ai criteri e agli obiettivi stabiliti dal Ministero dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare di cui all'art. 1, comma 1, lett. c), d), e), f);

d) predispone e rivede periodicamente il metodo tariffario per la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato, ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono compresi i

servizi di captazione e adduzione a usi multipli e i servizi di depurazione ad usi misti civili e industriali, di cui alla precedente lett. c) sulla base del riconoscimento dei costi efficienti di investimento e di esercizio sostenuti dai gestori, prevedendo forme di tutela per le categorie di utenza in condizioni economico sociali disagiate individuate dalla legge e fissa, altresì, le relative modalità di revisione periodica, vigilando sull'applicazione delle tariffe;

e) verifica la corretta redazione del piano d'ambito, acquisita la valutazione già effettuata dalle regioni e dalle province autonome di Trento e di Bolzano sulla coerenza dei piani d'ambito con la pianificazione regionale e provinciale di settore, 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 competenti e i gestori del servizio idrico integrato ai sensi dell'art. 2, comma 186-*bis*, della l. 23 dicembre 2009, n. 191;

f) approva le tariffe del servizio idrico integrato, ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono compresi i servizi di captazione e adduzione a usi multipli e i servizi di depurazione ad usi misti civili e industriali, proposte dal soggetto competente sulla base del piano di ambito di cui all'art. 149 d. lgs. 6 aprile 2006, n. 152, impartendo, a pena d'inefficacia prescrizioni. In caso di inadempienza, o su istanza delle amministrazioni e delle parti interessate, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas intima l'osservanza degli obblighi entro trenta giorni decorsi i quali, fatto salvo l'eventuale esercizio del potere sanzionatorio, provvede in ogni caso alla determinazione in via provvisoria delle tariffe sulla base delle informazioni disponibili, comunque in un'ottica di tutela degli utenti;

g) adotta direttive per la trasparenza della contabilità e per la separazione contabile e amministrativa dei gestori del servizio idrico integrato o di suoi segmenti, nonché la rendicontazione periodica dei dati gestionali ai fini dello svolgimento dei propri compiti istituzionali, assicurando la corretta disaggregazione di costi e ricavi per funzione svolta, per area geografica e categoria di utenza, valutando i costi delle singole prestazioni, anche ai fini di un confronto comparativo;

h) esprime pareri in materia di servizio idrico integrato, ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono compresi i servizi di captazione e adduzione a usi multipli e i servizi di depurazione ad usi misti civili e industriali, su richiesta del Governo, delle regioni e dei soggetti che affidano il servizio;

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

l) tutela i diritti degli utenti, anche valutando reclami istanze segnalazioni, secondo quanto disposto dall'art. 2, comma 12, lett. m), l. 14 novembre 1995, n. 481 e determinando ove possibile obblighi di indennizzo automatico in favore degli utenti stessi;

m) integra la relazione al Governo e al Parlamento di cui all'art. 2, comma 12, lett. i), l. n. 481 del 1995 con un'apposita sezione avente particolare riferimento allo stato e alle condizioni del servizio idrico integrato;

n) svolge funzioni di raccolta, elaborazione e restituzione di dati statistici e conoscitivi, assicurando l'accesso generalizzato, anche per via informatica, ai dati raccolti e alle elaborazioni effettuate per la tutela degli interessi degli utenti. A tal fine il Ministero dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare, d'intesa con l'Autorità per l'energia, trasferisce gli archivi, la documentazione ed i database informatici relativi alle funzioni di cui al presente articolo;

o) d'intesa con le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, definisce ulteriori programmi di attività e le iniziative da porre in essere a garanzia degli interessi degli utenti, anche mediante la cooperazione con organi di garanzia eventualmente istituiti dalle regioni e dalle province autonome di Trento e di Bolzano.

A fronte della elencazione delle funzioni trasferite, l'art. 3 del DPCM precisa infine che, in assenza di standard o indirizzi emanati da parte delle autorità a tal fine competenti, o qualora non disponga di riferimenti normativi o regolamentari funzionali allo svolgimento delle proprie funzioni, l'AEEG, nelle more della emanazione dei provvedimenti in materia, procede comunque sulla base dei poteri ad essa conferiti dalla l. n. 481 del 1995.

Al riguardo, è utile ricordare che la predetta legge reca la normativa generale di riferimento che presiede alle singole discipline che contemplano l'istituzione delle diverse autorità amministrative indipendenti di regolazione dei servizi di pubblica utilità. Come è stato osservato in dottrina, «(...) il richiamo ai poteri propri delle autorità di regolazione vale a conferire all'organo ora preposto alla disciplina dei servizi idrici maggiore vigore e capacità di intervento, analogamente a quanto già accade nel campo dell'energia. Ad esempio, in virtù di tale riferimento, l'Autorità potrà avvalersi dei poteri generali previsti dalla l. n. 481/1995 per operare la modifica diretta e in via autoritaria delle condizioni contrattuali che regolano i rapporti tra gestori e clienti finali e ordinare la cessazione dei comportamenti lesivi dei diritti degli utenti» (così, G. Napolitano, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2012, p. 231 ss.).

3. *Osservazioni conclusive*

A quasi vent'anni dalla riforma del servizio idrico integrata avviata con l'approvazione della legge Galli ed a seguito dei continui interventi normativi che si sono poi succeduti, il decreto “*Salva Italia*” introduce una rilevante innovazione del sistema di regolazione del servizio idrico integrato.

In particolare, la scelta del legislatore, mossa anche dall'esigenza sempre più pressante di contenimento della spesa pubblica, si pone nella prospettiva di una regolazione indipendente del settore.

Spetterà infatti ad un'Autorità indipendente quale è l'AEEG il compito di dare stabilità al quadro regolatorio di settore, onde poter efficacemente tentare di superare le numerose criticità emerse nel settore in questione. Solo in tal modo, infatti, potranno essere promossi i necessari programmi di investimento (volti a tutelare la sicurezza dell'approvvigionamento, l'ambiente e il buono stato ecologico della risorsa acqua) ed assicurate l'efficienza e la qualità del servizio e la tutela degli utenti.

Le forniture non richieste nel settore dell'energia: tra rimedi giudiziali “tradizionali” e nuova regolamentazione e intervento dell'AEEG

(Francesco Longobucco)

Il contributo, dopo aver illustrato i dati concernenti la rilevanza del fenomeno delle c.dd. forniture non richieste nel settore dell'energia, esamina l'attuale quadro normativo offerto sia dal Codice civile e del consumo, sia dal codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali. Successivamente, data contezza delle criticità segnalate in sede di audizione degli stakeholders sul punto, si offre una sommaria disamina delle misure individuate dall'AEEG nella recentissima delibera n. 153/2012/R/COM, in vigore dal 1 giugno 2012, atte a fronteggiare la pratica dei contratti di fornitura non voluti dai consumatori domestici e non domestici. Il tutto sull'assunto dell'opportunità metodologica di affiancare, in concorso tra di loro, rimedi più tradizionali di matrice giudiziale con interventi di tipo conciliativo-extragiudiziale, più rapidi e efficienti, poco costosi e diretti al ripristino della situazione quo ante (rispetto all'attivazione non richiesta), ai quali si ispira di fatto la nuova regulation dell'AEEG.

SOMMARIO: 1. Il fenomeno delle attivazioni non richieste nel settore dell'energia. Le vicende e gli interventi dell'AGCM e della giustizia amministrativa. – 2. I contratti non richiesti nell'attuale quadro normativo generale e settoriale. – 3. Gli esiti delle audizioni degli *stakeholders* in vista dell'adozione di una normativa settoriale sulle forniture energetiche non richieste: le criticità segnalate. – 4. La delibera AEEG n. 153/2012/R/COM recante “Adozione di misure preventive e ripristinatorie nei casi di contratti ed attivazioni non richiesti di forniture di energia elettrica e/o di gas naturale”: il punto di vista dell'Autorità. – 5. I principi cardine della nuova disciplina regolamentare e il suo contenuto: una sfida per il futuro tra rimedi giudiziali “tradizionali” (codice civile e del consumo) e intervento diretto dell'AEEG.

1. *Il fenomeno delle attivazioni non richieste nel settore dell'energia. Le vicende e gli interventi dell'AGCM e della giustizia amministrativa*

Il fenomeno delle forniture c.dd. non richieste, nel settore dell'energia, ha registrato negli ultimi tempi un notevole incremento tale da indurre la stessa AEEG a varare qualche mese fa una serie di misure atte a contrastare le pratiche in questione. Nel corso del 2010 e del 2011, infatti, sono pervenute all'Autorità e allo Sportello per il consumatore di energia istituito dall'Autorità medesima con delibera 14 maggio 2008 GOP 28/08, da parte di singoli consumatori domestici, non domestici ed associazioni di consumatori, numerose segnalazioni nei confronti di vari esercenti la vendita, aventi ad oggetto la conclusione di contratti e, in alcuni casi, la conseguente attivazione non richiesta di fornitura di energia elettrica e/o di gas naturale.

I reclami testé menzionati hanno riguardato l'effettiva sottoscrizione del contratto o la veridicità delle sottoscrizioni apposte dai clienti finali, ovvero il mancato rispetto, da parte dell'esercente la vendita, del diritto di ripensamento esercitato nei termini prescritti dalla normativa. In altri casi la denuncia ha avuto ad oggetto l'attività scorretta degli operatori commerciali che hanno fornito al contraente informazioni non veritiere finalizzate a carpire la firma del contratto da parte del cliente finale. È stato inoltre accertato che le lamentele dei clienti finali hanno riguardato

sia la problematica della conclusione di contratti non richiesti, sia la conseguente ed eventuale attivazione di tali forniture, nonché le modalità attualmente disponibili per il ripristino della precedente situazione di fornitura.

A confermare la triste attualità del caso delle forniture non richieste vi è che nella Presentazione del Presidente della Relazione Annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta, tenutasi il 6 luglio 2011, l'Autorità ha sottolineato che quello dei contratti non richiesti è un «fenomeno particolarmente odioso» perché «più di altri contiene un esplicito elemento di malafede e di fraudolenza. Il perdurare di comportamenti, anche marginali, volti a tollerarne o a non controllarne a sufficienza l'attivazione non può che minare la fiducia nel mercato e danneggiare la reputazione degli operatori nel punto in cui vi è più valore per i medesimi operatori: la fiducia del cliente finale» (testo tratto del *Documento per la consultazione emanato nell'ambito del procedimento avviato con delibera AEEG n. 185/11, Mercati di incidenza: energia elettrica e gas naturale, del 15 dicembre 2011*).

Per avere un'idea dell'incidenza quantitativa del fenomeno in parola si tenga conto che l'AGCM ha preso in esame numerose segnalazioni di utenti ed associazioni di consumatori, a partire dal 2008, in merito all'attivazione di forniture di energia elettrica e gas non richieste da parte di Acea energia [*Procedimento PS3764 (provvedimento n. 22978 del 2011), pubblicato sul Bollettino dell'Agcm n. 47/2011*]. In particolare, l'Antitrust ha contestato: 1) la mancata sottoscrizione del contratto o l'apposizione di firme false da parte delle agenzie incaricate di cercare nuovi clienti per la società; 2) informazioni false o inesatte date nel corso delle vendite porta a porta, al fine di convincere le persone contattate a stipulare il contratto (ad esempio, prospettando la possibilità di avere sconti o semplici letture del contatore); 3) ostacoli al diritto di ripensamento da parte dell'utente, con attivazione della fornitura anche in caso di recesso. Nel corso del procedimento l'AGCM ha verificato la scorrettezza del comportamento di alcune agenzie rispetto alle quali le misure di monitoraggio e controllo da parte di Acea sono state inadeguate a prevenire tali fenomeni; anche i contratti stipulati da Acea con le agenzie, che basano il compenso sostanzialmente sul numero dei nuovi clienti, hanno facilitato comportamenti scorretti da parte degli agenti. Lo stesso sistema di gestione dei reclami è apparso inefficiente, come ammesso dalla stessa azienda, al punto da favorire in alcuni casi il ritardo nella presa d'atto del legittimo recesso da parte dell'utente e l'invio di solleciti di pagamento. Per questi motivi, l'AGCM ha applicato una sanzione di complessivi 500.000 euro, che tiene conto sia dell'aggravante costituita da una precedente violazione del codice del consumo da parte della stessa società, sia delle perdite di bilancio registrate dall'azienda. Inoltre, al fine di evitare il perpetuarsi di simili condotte scorrette, l'Antitrust ha disposto la pubblicazione dell'estratto della pronuncia sulla cronaca di Roma di due importanti quotidiani.

Il TAR Lazio, peraltro, ha respinto il ricorso di Acea energia, che aveva presentato anche una richiesta di risarcimento danni (sentenza n. 2734 del 2012). Nella sentenza in questione si è ribadita la necessità di un livello di diligenza “rafforzato” da parte di aziende che operano nel settore della fornitura dell’energia elettrica ed il gas, caratterizzato da un processo di liberalizzazione che deve comunque consentire una scelta consapevole ed informata tra le diverse offerte commerciali: non è sufficiente, a tale riguardo, la sola applicazione delle regole stabilite dall’AEEG, ma occorre fare riferimento anche alle più ampie tutele previste dal codice del consumo. Il TAR Lazio ha concordato anche sull’inadeguatezza dei meccanismi di controllo dell’attività degli agenti e sugli ostacoli posti al diritto di recesso degli utenti. In conclusione, il giudice ha confermato le sanzioni pecuniarie e l’obbligo di pubblicazione di un estratto della pronuncia dell’Agcm su due quotidiani, al fine di «impedire che le pratiche commerciali scorrette continuino a produrre effetti», condannando Acea energia anche al pagamento delle spese.

Il 23 novembre 2011 l’AGCM ha preso in esame le segnalazioni riguardanti analoghe condotte da parte di Edison a partire dal 2009 [*Procedimento PS2545 (provvedimento n. 23011 del 2011)*, anch’esso pubblicato sul *Bollettino dell’Agcm n. 47/2011*]. In questo caso l’Antitrust ha contestato sia la mancata sottoscrizione del contratto o l’apposizione di firme false da parte delle agenzie incaricate sia le informazioni inesatte fornite dagli agenti nel corso delle vendite porta a porta o nei contatti telefonici. Le responsabilità di Edison sono state giudicate inferiori a quelle di Acea, e le sanzioni sono state quantificate in complessivi 360.000 euro. L’Antitrust aveva peraltro già sanzionato in passato comportamenti scorretti di aziende per l’attivazione non richiesta di forniture e tale valutazione è stata anch’essa confermata dal TAR (si pensi al caso Italcogim; sul caso delle forniture non richieste di gas naturale da parte di Enel Energia si è pronunciato, in senso confermativo delle sanzioni inflitte dall’Antitrust, il Consiglio di Stato tramite la recente pronuncia del 7 settembre 2012, n. 4753).

Anche l’Osservatorio Pratiche Commerciali Scorrette, nato a gennaio del 2012 dalla collaborazione di cinque associazioni di consumatori (Codici, Acu, Coniacut, Casa Del Consumatore, Lega Consumatori), ha monitorato il fenomeno delle attivazioni non richieste nel campo energetico, per esempio, in Lombardia, sulla base delle segnalazioni giunte agli sportelli di associazioni e aziende, suddividendole in due trimestri: uno da gennaio a marzo, l’altro da aprile a giugno. In percentuale assoluta, la maglia nera va a Enel Energia, ma il fenomeno coinvolge tutte le aziende. Allo stesso tempo, si registra una flessione netta di pratiche commerciali scorrette dal primo al secondo trimestre analizzato. Secondo i dati forniti dall’Osservatorio, nei primi tre mesi di monitoraggio, Enel Energia si aggiudica la maglia nera di pratiche commerciali scorrette con 28,9%; seguono Sorgenia (24,4%), Eni G&P (11,9%), Edison (10,7%), Blue Energy (5,1%) e Gdf Suez (1,7%). Da aprile a giugno le segnalazioni però diminuiscono nettamente, passando da un

totale di 176 a 91 in numero assoluto. A parte Gdf Suez, che dal 1,7% passa a 16,4%, le segnalazioni relative alle altre società fornitrici di energia elettrica e gas sono tutte diminuite, rileva l'Osservatorio, per il quale «il caso isolato di un aumento di pratiche commerciali scorrette da parte di Gdf Suez è da attribuire verosimilmente a una presenza molto più invasiva sul territorio lombardo nel secondo periodo di monitoraggio rispetto al primo semestre».

2. I contratti non richiesti nell'attuale quadro normativo generale e settoriale

I dati statistici da ultimo enucleati rendono ragione dell'urgenza di porre un freno al fenomeno anzitutto sul piano normativo.

Al riguardo è opportuno precisare che per conclusione di contratti non richiesti si intende un contratto concluso in esito ad una pratica commerciale scorretta posta in essere dall' esercente la vendita, cioè una pratica contraria alla diligenza professionale ed idonea a pregiudicare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio; per attivazione non richiesta si intende un'attivazione della fornitura che consegue alla conclusione di un contratto non richiesto.

La normativa, entro la quale comprendere giuridicamente tale situazione concreta, si articola peraltro su differenti livelli.

Va anzitutto menzionato il nostro codice civile, il quale prevede tra i requisiti essenziali del contratto l'accordo delle parti (art. 1325, n. 1, c.c.), l'assenza del quale può essere fatta accertare dalla parte interessata con un'azione di nullità. Qualora la volontà del soggetto sia stata invece viziata nella sua formazione, l'ordinamento consente quale strumento di tutela l'azione di annullamento.

Sul fronte della normativa settoriale, rileva inoltre in materia anche il Codice del consumo, di cui al d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, che qualifica l'attività consistente nella fornitura di beni e servizi non richiesti come pratica commerciale scorretta, ai sensi degli articoli 21, 22, 23, 24, 25 e 26 e conseguentemente esonera il consumatore dal corrispondere a fronte del bene o servizio una prestazione corrispettiva. La normativa del Codice del consumo sopra richiamata riguarda soltanto i clienti che rientrano nella definizione di "consumatori", da cui pertanto sono esclusi i clienti non domestici del servizio elettrico e gas naturale.

Specifico rilievo assume poi, ai fini dell'inquadramento del fenomeno, l'art. 57 c. cons., che lo ha riconosciuto *de iure condito*: ai sensi del comma 1 dell'articolo in esame, "il consumatore non è tenuto ad alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta. In ogni caso l'assenza di risposta non implica consenso del consumatore". Nel diritto dei consumi, quindi, per espressa valutazione legislativa, in presenza di una (illecita) fornitura di beni o servizi, *se il contraente tace non acconsente*; il suo comportamento (la mancata risposta) non vale a perfezionare il contratto; in

tal modo è eliminata in radice la possibilità di attribuire al contegno omissivo del destinatario della fornitura il valore di manifestazione – espressa o tacita – di volontà. Ne discende che la disposizione in parola non mira letteralmente ad indicare quale natura giuridica abbia la mancata risposta alla fornitura e, prima ancora, la fornitura stessa. Si limita a impedire che un giudice, a fronte di una fornitura non richiesta, attribuisca un valore impegnativo alla mancata risposta del destinatario, in particolare qualificandola come accettazione per fatto concludente, e dunque a vietare che tale comportamento sia considerato come atto conclusivo del procedimento innescato dalla fornitura non richiesta [cfr., soprattutto, Cass. civ., Sez. II, 4 dicembre 2007 (9 ottobre 2007), n. 25290]. Lo scopo immediato della previsione, dunque, è quello di eliminare una possibile tecnica procedimentale che in astratto potrebbe essere operativa, specialmente se alla fornitura si attribuisse sempre e comunque la qualificazione di proposta contrattuale, esito, quest'ultimo, che, per quanto dato per scontato dal legislatore comunitario, potrebbe essere sostenuto soltanto a condizione che, insieme alla fornitura, il proponente abbia avuto cura di porre la sua controparte nelle condizioni di comprendere che la sua intenzione non era quella di beneficiarlo, ma di ottenere un corrispettivo per il suo stesso comportamento.

L'art. 57 c. cons., ad essere più precisi, opera selettivamente riguardo alle diverse tecniche procedimentali riferibili ad un determinato tipo contrattuale: non impedisce di attribuire valore concludente a comportamenti diversi dalla mancata risposta, ma si limita ad escludere ogni possibilità di equiparare quest'ultima ad una vera e propria accettazione. Tale disposizione, peraltro, nell'ottica della *ratio* di tutela che la connota, viene dai più interpretata e applicata estensivamente, sì che, oltre ad essere direttamente riferita ai contratti nei quali uno dei contraenti agisca in qualità di consumatore, essa diventa espressione di un principio generale, operante in tutti i contratti caratterizzati dalla medesima asimmetria di potere contrattuale, in base al quale, in caso di fornitura non richiesta, la mancanza di risposta del destinatario non integra consenso.

Ritornando, invece, alla considerazione della fornitura non richiesta quale pratica commerciale scorretta, non pare vano rilevare che la stessa AGCM ha aperto numerosi procedimenti nei confronti di alcuni esercenti la vendita, accertando l'esistenza di pratiche commerciali scorrette e irrogando sanzioni senza di norma accettare gli impegni proposti dagli operatori coinvolti (*ex art. 14 ter*, l. n. 287/1990). Gli impegni, segnatamente, sono stati considerati inammissibili perché presentati in relazione a condotte riconducibili a pratiche connotate da una particolare gravità e che presentavano pertanto esigenza di tutela rafforzata a beneficio della categoria di consumatori considerata particolarmente vulnerabile. Non è stato trascurato il fatto che le attivazioni non richieste avevano come destinatari della condotta, tra gli altri, anziani o persone alle quali venivano carpitati i dati di congiunti deceduti intestatari della fornitura. Il comportamento tenuto dagli esercenti la vendita oggetto dei provvedimenti è stato inoltre ritenuto contrario alla

diligenza professionale. L'esercente la vendita non avrebbe infatti messo in campo il normale grado di competenza ed attenzione che ragionevolmente ci si può attendere da un operatore del settore energetico, perché le problematiche poi emerse sarebbero state considerate soltanto dopo i reclami dei consumatori. Il livello di competenza ed attenzione deve essere necessariamente comparato al fatto che nel settore energetico si riscontra una elevata asimmetria informativa fra consumatore ed operatore commerciale, aumentata a séguito della transizione verso un regime di liberalizzazione.

Per quanto attiene il tema del rapporto con le misure di regolamentazione settoriale e gli interventi dell'AGCM è consolidata la giurisprudenza amministrativa che ha precisato i confini tra le prerogative e competenze dell'AGCM e quelle dell'Autorità di regolazione, confermando la competenza dell'AGCM nell'applicazione della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette e delineando nei termini di un rapporto di complementarietà l'esercizio di tali competenze con gli atti di regolazione emanati dall'Autorità di settore, anche qualora finalizzati alla protezione dei consumatori e degli utenti. In questa logica si muove il d. lgs. 1 giugno 2011, n. 93 recante *“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 ed a 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”*, che riafferma, tra l'altro, la collaborazione tra l'Autorità e l'AGCM così che la reciproca assistenza assicuri la più efficace regolazione dei mercati dell'energia elettrica e del gas naturale in funzione della loro competitività. Il decreto individua nei protocolli di intesa lo strumento per meglio raggiungere l'obiettivo assegnato.

Il nuovo quadro di tutela offerto dal Codice del consumo viene pertanto ad aggiungersi, da un lato, ai normali strumenti di tutela contrattuale, dall'altro, a quelli derivanti dall'esistenza di specifiche discipline di settore oggetto di regolazione. A tal proposito, per esempio, la disciplina relativa alla fase precontrattuale è oggetto di previsione del Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali (*All. A della delibera AEEG n. 104/10*). Con tale strumento sono state dettate – per le forniture di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali rispettivamente alimentati in bassa tensione e con consumi non superiori a 200.000 smc/anno – le regole di correttezza alle quali devono uniformarsi gli esercenti la vendita, ed il personale commerciale dagli stessi impiegato, al momento del contatto con il potenziale cliente finale diretto alla conclusione di un contratto di fornitura di energia elettrica e/o di gas naturale.

3. *Gli esiti delle audizioni degli stakeholders in vista dell'adozione di una normativa settoriale sulle forniture energetiche non richieste*

Il predetto Codice di condotta nasce evidentemente dall'esigenza di arginare un fenomeno dannoso per i consumatori e per le piccole ditte. In presenza di un contratto non richiesto, che determina un'attivazione non richiesta, infatti, le conseguenze per il cliente finale sono attualmente diverse a seconda che la fornitura sia relativa all'energia elettrica o al gas naturale e, nel primo caso, se il cliente è servito a condizioni di maggior tutela o a condizioni definite sul mercato libero. Il cliente finale servito in maggior tutela, qualora subisca un'attivazione di fornitura di energia elettrica non richiesta nel mercato libero, sopporta, per il ritorno nel servizio di maggior tutela, oltre ai disagi connessi alla situazione che si determina anche i costi connessi alla conclusione di un nuovo contratto (oneri fiscali per la nuova sottoscrizione contrattuale) e il pagamento di un eventuale diverso prezzo dell'energia (non necessariamente svantaggioso) per il periodo necessario per il rientro con il fornitore legittimo. Per i clienti finali del settore elettrico aventi diritto alla maggior tutela e già serviti nel mercato libero, un'attivazione non richiesta da parte di un diverso venditore comporta di norma un duplice disagio, per il ritorno al precedente fornitore; infatti, prima il POD afferente al cliente interessato viene trasferito al servizio di maggior tutela (con il connesso pagamento dei relativi oneri contrattuali) e in seguito, attraverso un ulteriore *switching*, può eventualmente rientrare nel contratto di dispacciamento e trasporto del venditore legittimo. In questo caso sia il prezzo pagato prima dell'automatico trasferimento al servizio di maggior tutela, sia le condizioni economiche a cui viene fornito quest'ultimo possono essere meno vantaggiose del contratto originario. Il cliente naturalmente può anche rivolgersi al vecchio fornitore per richiedere un nuovo contratto, ma anche in questo caso il cliente non è lasciato indenne dagli effetti del contratto non richiesto, perché non può usufruire del rientro automatico (senza azioni da parte sua e senza oneri) con il suo precedente fornitore.

In questo contesto le criticità segnalate, in sede audizione dai vari *stakeholders* (periodo 29 settembre-12 ottobre 2011), sono numerose. Anzitutto, le Associazioni dei consumatori domestici e non domestici hanno individuato le tipologie di comportamenti commerciali scorretti riferendosi alle seguenti fattispecie: 1) firma del contratto raccolta con l'inganno mediante condotte omissive e/o aggressive dell'operatore commerciale proponente l'offerta; 2) apposizione di firma apocrita; 3) mancato rispetto del diritto di ripensamento esercitato dal cliente finale nei termini. È stato evidenziato, peraltro, che tali pratiche commerciali scorrette risultano poste in essere, in un numero non ridotto di casi, nei confronti di soggetti anziani, quindi particolarmente vulnerabili.

Le principali criticità connesse all'attivazione di contratti non richiesti, invece, sono risultate attinenti, da un lato e come si osservava poco sopra, al danno economico (oneri da sopportare per il ritorno con il precedente fornitore, costi connessi ad eventuali tardivi conguagli ed eventuali richieste di pagamento da parte delle agenzie di recupero crediti) ed esistenziale patito dal cliente finale, dall'altro, all'omesso o carente controllo degli operatori sull'attività posta in essere dalle

agenzie di commercializzazione, con rinvio a queste della responsabilità da parte degli operatori in caso di segnalazioni di pratiche commerciali scorrette.

Con riferimento, invece, alle proposte formulate per contrastare la problematica in questione, si evidenziano di séguito quelle oggetto di maggiore condivisione fra le Associazioni intervenute nelle audizioni: 1) realizzazione presso l'Autorità di una *black list* degli esercenti, delle agenzie commerciali e dei loro dirigenti ovvero di una lista riportante le imprese che adottano *best practices*; 2) modifica della regolazione in materia di *switching*, prevedendo sia una semplificazione della relativa procedura sia la possibilità di effettuare uno *switching back*; 3) erogazioni di indennizzi automatici in favore dei clienti finali da parte degli esercenti anche per comportamenti posti in essere dagli agenti; 4) introduzione dell'obbligo del venditore entrante di inviare al distributore il recesso in PDF unitamente alla richiesta di accesso; 5) previsione di una tempistica più celere rispetto a quella ordinaria per la valutazione dei reclami in materia di contratti non richiesti da parte degli esercenti e dello Sportello per il Consumatore di energia, prevedendo altresì maggiori poteri in capo allo Sportello; 6) estensione dell'ambito di applicazione dello strumento conciliativo alla materia dei contratti non richiesti.

Sempre sotto il profilo degli interventi, la maggior parte degli esercenti, oltre agli obblighi previsti dal citato Codice di condotta commerciale, ha inoltre dichiarato, in sede di consultazione, di aver adottato o di star adottando pratiche per assicurarsi che il processo di formazione della volontà del cliente non sia stato viziato da pratiche aggressive o scorrette prima di avviare le procedure di *switching*. Fra queste pratiche preventive quella ritenuta dagli esercenti medesimi più idonea è la *check call*, ossia una chiamata registrata di conferma della volontà di ricevere la fornitura da parte dell'operatore. Nonostante i ripetuti tentativi, la *check call* può comunque fallire, e pertanto è emersa la pratica di inviare anche una *welcome letter* (o altro strumento analogo, quale sms, email, ecc.) non solo per le proposte contrattuali (per le quali è già obbligatoria), ma anche per le altre modalità di contrattualizzazione. Ulteriori misure di tutela del cliente finale, segnatamente per quanto attiene alla questione del pagamento degli oneri connessi all'attivazione di una fornitura non richiesta, le prassi, differenziate tra clienti domestici e non domestici, fino ad ora adottate dagli esercenti sono principalmente ascrivibili alle seguenti casistiche: 1) storno dei documenti di fatturazione emessi, senza addebitare alcuno costo a carico del cliente finale (prassi seguita da tre esercenti); 2) nessun costo è addebitato per il periodo di fornitura al cliente contestato, al quale, inoltre, viene erogato un indennizzo (prassi seguita da un esercente); 3) applicazione, per il periodo contestato, del prezzo più favorevole fra quello praticato dal precedente fornitore e quello offerto in caso di cliente non domestico (prassi seguita da un esercente); 4) richiesta al cliente finale del pagamento dei costi connessi ai consumi effettuati nel periodo contestato (prassi seguita da due esercenti), con applicazione del prezzo di fornitura più vantaggioso fra quello di maggior tutela e

quello offerto, nel settore elettrico, e fra le condizioni economiche previste per il servizio regolato e la migliore condizione economica praticata, nel settore gas (prassi seguita da un esercente).

La gran parte degli operatori ha ritenuto utile l'adozione di un codice di autoregolamentazione della vendita per tutti gli operatori. Il codice, quale strumento utile per uniformare gli standard di qualità sulla rete vendita esterna, dovrebbe prevedere, tra l'altro, la creazione di un elenco dei singoli agenti così da consentire un monitoraggio puntuale della qualità della vendita, l'obbligatorietà della *quality call* (gli operatori di norma intendono come *quality call* il contatto con il cliente finale successivo alla conclusione del contratto al fine di accertare l'effettiva volontà del cliente stesso a concluderlo e verificare altresì l'operato dell'agente incaricato del contatto), un rigido sistema di controlli, accompagnato da sanzioni, quale requisito minimo di accesso al mercato per tutti i venditori. Inoltre, si è ritenuta opportuna dalla maggior parte degli operatori la previsione di una procedura di *switching back* che consenta il reinserimento, entro un tempo limitato, del POD/PDR, oggetto di un'attivazione di fornitura non richiesta, nel contratto di dispacciamento/trasporto del venditore uscente. Tale misura, se contemplata a valle di una serie di misure preventive adottate su base volontaria dagli esercenti, interesserebbe un numero molto esiguo di casi (e di volumi), determinando quindi impatti molto limitati sul sistema (*settlement*, dispacciamento, trasporto), che potrebbero comunque essere minimizzati con opportune modifiche del quadro regolatorio.

È stata formulata, invece, una specifica proposta che prevede, sotto il profilo delle misure preventive, l'adozione generalizzata da parte di tutti gli esercenti dello strumento della *welcome letter* al fine di intercettare i casi di forniture non richieste e, sotto il profilo della gestione della problematica, l'applicazione al cliente finale, da parte della società di vendita non legittimata, di un prezzo allineato alle condizioni praticate nel servizio di tutela; la medesima società potrebbe farsi carico di svolgere per conto del cliente danneggiato tutte le attività amministrative propedeutiche alla riattivazione del contratto di fornitura con il precedente fornitore.

4. *La delibera AEEG n. 153/2012/R/COM recante “Adozione di misure preventive e ripristinatorie nei casi di contratti ed attivazioni non richiesti di forniture di energia elettrica e/o di gas naturale”: il punto di vista dell'Autorità*

Proprio le dimensioni assunte dal fenomeno delle attivazioni non richieste hanno spinto l'AEEG, su sollecitazione, come già osservato, delle associazioni dei consumatori e degli altri *stakeholders*, ad emanare una prima serie di misure volte a tutelare sia gli interessi degli utenti (indotti a concludere contratti di fornitura in realtà non voluti), sia degli altri operatori del settore (l'azienda scorretta attiva le procedure di *switching* a scapito spesso del venditore che in realtà

avrebbe titolo a fornire il cliente). Si tratta della delibera 153/2012/R/COM del 19 aprile 2012, e in vigore dal 1 giugno 2012, su “*Adozione di misure preventive e ripristinatorie nei casi di contratti ed attivazioni non richiesti di forniture di energia elettrica e/o di gas naturale*”. Tale tutela, ovviamente, si affianca a quelle già previste dall’ordinamento (tutela giudiziaria e Codice del consumo), cui l’utente potrà ricorrere.

La nuova disciplina si ispira al contenuto delle osservazioni già svolte in sede di audizioni e dietro a grandi linee illustrate. Sulla scorta di tali audizioni, infatti, l’AEEG ha individuato una serie di possibili misure di intervento che, in alternativa al ricorso al giudice ordinario, conducano a ripristinare la situazione antecedente l’attivazione non richiesta, tenendo indenne il cliente da qualsiasi onere di riposizionamento e minimizzando gli aggiustamenti necessari alle attuali procedure di *switching*. Tali misure possono suddividersi in misure di carattere preventivo e misure di carattere ripristinatorio. Sul piano delle misure preventive, l’Autorità ritiene che il rafforzamento delle misure volte a prevenire i contratti e le attivazioni non richiesti sia fondamentale per ridurre considerevolmente il fenomeno. Un ruolo importante allo scopo può essere svolto anzitutto dall’autoregolazione. In accoglimento della manifestazione di gradimento degli esercenti e delle loro Associazioni nonché delle Associazioni dei consumatori verso l’adozione, su base volontaria, di Protocolli di autoregolazione, l’Autorità ha valutato positivamente tali proposte a condizione che gli impegni assunti siano integranti gli estremi della diligenza professionale ed ulteriori rispetto agli obblighi regolatori già fissati in fase precontrattuale e contengano altresì alcune delle *best practices* emerse in sede di audizioni, ossia: a) la *check call*, quale strumento per acquisire la conferma della volontà di sottoscrivere un contratto, effettuata su tutti i clienti contrattualizzati fuori dai locali commerciali (tentativi ripetuti di chiamata da 3 a 5), soggetta a registrazione, infine effettuata da un soggetto diverso da quello preposto ai canali di commercializzazione; b) degli *script di check call* intesi come una sequenza di domande che permetta all’operatore l’accertamento oltre che della volontà, anche dell’identità del consumatore chiamato; c) una *welcome letter* o altro messaggio nel caso di fallimento della *check call*. L’Autorità propone inoltre che i soggetti che aderiscono ad un protocollo di autoregolamentazione ne diano notizia sui propri siti internet e nel materiale contrattuale e ne informino l’Autorità, perché quest’ultima ne possa dare adeguata informazione sul proprio sito.

Sotto altro profilo, l’AEEG ritiene opportuna l’inserzione di modifiche al Codice di condotta commerciale: l’Autorità propone che le attuali misure volte ad assicurare l’identificazione del personale commerciale (art. 8 del Codice di condotta commerciale) siano rafforzate prevedendo che sul cartellino identificativo sia riportato, oltre che il nome dell’agente, il suo codice identificativo (lo stesso codice identificativo che deve essere presente nella nota informativa consegnata insieme al contratto in base all’art. 9 del Codice di condotta commerciale), nonché il numero verde

dell'esercente la vendita proponente l'offerta, in modo che il cliente possa compiutamente identificare il soggetto. L'Autorità propone inoltre che sia fatto al contempo divieto di inserire recapiti commerciali diversi da quelli dell'esercente la vendita proponente. Si auspica infine anche per il settore elettrico la previsione di un obbligo in capo al distributore o comunque al soggetto che dà corso allo *switching* di notificare contemporaneamente al venditore entrante e al venditore uscente la conferma dello *switching*. Tale ultima proposta è formulata in una duplice ottica, da un lato di valorizzare le proposte emerse in audizioni, e dall'altro di migliorare lo scambio informativo venditore-distributore per prevenire gli effetti sulle partite fisiche ed economiche.

Nell'ambito delle misure preventive, l'Autorità propone infine di rafforzare l'*enforcement* con specifico riferimento agli obblighi rilevanti del Codice di condotta commerciale intensificando i controlli sulle imprese, attraverso puntuali richieste di informazioni e incontri tecnici come passi propedeutici ad eventuali ispezioni o procedimenti anche sanzionatori. In sede di adozione del *“Nuovo regolamento per la disciplina dei procedimenti sanzionatori e delle modalità procedurali per la valutazione degli impegni”*, l'Autorità valuterà se attribuire, ai fini repressivi, un particolare rilievo alle condotte plurioffensive, come quella attinente all'attivazione di forniture non richieste, che, oltre a ledere l'interesse dei consumatori finali danneggiati dai comportamenti in parola, minino anche la fiducia nel mercato alterandone – per effetto di condotte abusive – il fisiologico funzionamento.

5. *I principi cardine della nuova disciplina regolamentare e il suo contenuto: una sfida per il futuro tra rimedi giudiziali “tradizionali” (codice civile e del consumo) e intervento diretto dell'AEEG*

Vendendo più da vicino ai nuovi principi cardine ai quali si ispira la più recente disciplina regolamentare AEEG (riportata dell'allegato A della citata delibera 153/2012/R/COM), può osservarsi che, sul piano delle misure preventive obbligatorie, sono rafforzati gli adempimenti dei venditori in sede di conclusione del contratto: la società deve inviare al cliente finale una lettera di conferma con tutte le informazioni relative al nuovo contratto o, in alternativa, acquisire la conferma della volontà contrattuale del cliente, mediante una chiamata registrata, seguendo uno *script* predefinito (art. 5): non è stata accolta, almeno inizialmente, la proposta delle associazioni dei consumatori che prevedeva l'obbligo di una risposta scritta da parte dell'utente. Inoltre, è disposta una più facile identificazione del personale, dotato di un cartellino recante la scritta “agente di vendita” e di apposito documento dal quale risulti il nome del soggetto e della società per cui opera nonché un recapito telefonico della stessa società, in grado di confermare al cliente che il contatto è finalizzato alla conclusione di un contratto di fornitura nel mercato libero (art. 4).

In una logica di autoregolazione, gli operatori provvederanno a definire ulteriori misure e procedure innovative volte a garantire l'utente finale; i codici di condotta sono portati a conoscenza del cliente e pubblicati sul sito dell'azienda ed anche su quello dell'AEEG (art. 3). Sono all'uopo previsti interventi per migliorare lo scambio informativo venditore-distributore, introducendo l'obbligo per il distributore, o comunque per il soggetto che dà corso allo *switching*, di notificare contemporaneamente al venditore entrante e al venditore uscente la conferma dello *switch*. Strumenti utili per rafforzare la prevenzione sono ritenuti, come poc'anzi ricordato, anche i Protocolli di autoregolamentazione basati sulle *best practices* già attuate da alcuni venditori (per esempio, telefonate di controllo o *check call* o lettere di benvenuto a conferma dell'effettiva volontà del cliente di cambiare fornitore); i consumatori verranno informati attraverso i siti internet delle imprese che hanno Protocolli di autoregolamentazione, nel materiale contrattuale e da parte dell'Autorità stessa.

È poi definita una procedura rapida di gestione delle controversie in materia; dopo che il cliente ha effettuato inutilmente un reclamo alla società interessata, lo Sportello del consumatore presso l'AEEG garantirà un rapido esame della documentazione fornita dall'azienda (lettere di conferma o telefonate registrate) per dimostrare l'esistenza di un effettivo consenso dell'utente (artt. 6, 7 e 8). Per facilitare il ritorno al precedente fornitore, l'Autorità propone due tipologie di misure ripristinatorie: una specifica procedura di gestione delle controversie e una specifica procedura di rientro. Per la gestione delle controversie, la soluzione proposta è una procedura di urgenza con una "corsia veloce" per le richieste di disconoscimento di contratto, fissando un tempo massimo di risposta sul reclamo. Se il reclamo viene respinto dal nuovo venditore, il caso passa automaticamente allo Sportello per il consumatore per un'ulteriore valutazione. La novità di rilievo è che l'onere della prova è sempre a carico del venditore: se il cliente disconosce il contratto, sarà il nuovo venditore a doverne documentare l'effettiva volontà. Infatti, nel caso dei contratti non richiesti l'esistenza di un documento che riporti una firma attribuibile al cliente non è la prova automatica della volontà del cliente stesso di aderire a quel contratto. Nel caso in cui venga accertato che il contratto o l'attivazione della fornitura non erano state richieste, è prevista una specifica procedura di rientro per "errato trasferimento" (*"erroneous transfer"*): se il venditore – anche a séguito di accoglimento del reclamo del cliente – riconosce l'"errato trasferimento", il cliente può continuare ad essere fornito dal suo fornitore senza soluzione di continuità e senza oneri. In altre parole, è come se non avesse mai subito un contratto non richiesto. La procedura di "errato trasferimento" non è obbligatoria per le imprese interessate (sia le imprese che impropriamente acquisiscono il cliente sia quelle che l'hanno momentaneamente perso) che possono decidere se aderire o meno. Gli esercenti la maggior tutela, quando parte in causa, sono invece tenuti ad aderire

alla procedura. Anche in questo caso, come già previsto per i Protocolli di autoregolamentazione, l'Autorità pubblicherà sul suo sito i nomi delle imprese che hanno aderito alla procedura.

Sotto l'aspetto delle misure ripristinatorie, si dovranno inoltre rimuovere in tempi brevi gli effetti dei contratti non richiesti, ripristinando per quanto possibile la situazione anteriore, senza oneri a carico dell'utente, superando le attuali difficoltà che incontrano i consumatori nel riattivare il contratto con il precedente fornitore (artt. 9-14): non è stata accolta la proposta delle associazioni dei consumatori per uno specifico indennizzo automatico a favore del cliente, facendo invece riferimento agli indennizzi automatici previsti dal TIQV (Testo integrato della qualità dei servizi di vendita, delibera AEEG 164/08) in relazione alle risposte ai reclami. In particolare, il venditore precedente dovrà continuare la fornitura al proprio cliente sulla base del contratto in essere, fatti salvi i casi in cui il contratto sia già scaduto (oppure il venditore abbia nel frattempo cessato la propria attività). È stato così rinviato ad una successiva delibera l'eventuale modifica delle procedure di *switching*.

Intensificate appaiono anche le misure di monitoraggio. L'AEEG provvederà a raccogliere i dati sui reclami e sulle risoluzioni dei contratti non richiesti e a pubblicarne i risultati sul proprio sito; le informazioni raccolte potranno essere utilizzate anche per effettuare ulteriori controlli sulla regolarità delle condotte di singole aziende (artt. 15-16). Così nascerà pure un elenco delle compagnie più virtuose, che adotteranno le misure definite dall'AEEG per garantire l'azzeramento gratuito dei contratti non voluti.

Non da ultimo, vi sarà uno sconto speciale sull'elettricità o il gas consumati durante la fornitura non richiesta, pari alla quota di remunerazione del venditore (significa che il cliente non pagherà in bolletta la quota per il commercio al dettaglio dell'energia).

L'applicazione della nuova normativa (che, come detto, è entrata in vigore il 1 giugno 2012) andrà seguita con grande attenzione per valutarne la sua concreta efficacia, ribadendo l'importanza di utilizzare tutti gli strumenti previsti dalla legislazione vigente (si pensi, *in primis*, al diritto di recesso) per contrastare comportamenti contrari alla legge ai danni degli utenti. Il tutto attraverso una logica proficua di concorso tra rimedi di carattere giudiziale, offerti come visto dal codice civile e del consumo, e interventi di tipo conciliativo-extragiudiziale, più rapidi e efficienti, poco costosi e diretti al ripristino della situazione *quo ante* (rispetto all'attivazione non richiesta), ai quali si ispira di fatto la nuova *regulation* dell'AEEG. Come autorevolmente ribadito, infatti, la strada della pluralità di rimedi fa sì che un rimedio non escluda l'altro, ma che essi si pongano a disposizione dell'interprete – e quindi del giudice (o dell'Autorità) – al quale spetta individuare la soluzione più adeguata e opportuna alla situazione concreta. Tale pluralità di rimedi, in questa accezione di tipo continentale, finisce con l'essere uno strumento utile per realizzare il diritto di difesa *ex art. 24* Cost.

**L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici
di lavori servizi e forniture**

L'Autorità di vigilanza sui pubblici contratti tra interesse pubblico e concorrenza. Il ruolo dei consumatori (Paolo Lazzara)

Il saggio ricostruisce le linee evolutive della normativa nazionale e comunitaria dei contratti della pubblica amministrazione nella prospettiva della progressiva “apertura” del settore alla concorrenza sia sotto il profilo del più ampio accesso alle procedure, della qualità delle offerte e della competizione tra le imprese; sia sotto il profilo della tutela del consumatore e dell’utente, in relazione alla fase dell’esecuzione del contratto di appalto o di concessione, nei lavori e, soprattutto, nelle forniture e nei servizi.

Si pone in evidenza il delicato compito dell’Autorità nel rendere effettivi i principi di qualità, efficacia, efficienza, trasparenza, correttezza e libera concorrenza anche attraverso la riduzione dei costi per l’apparato pubblico, in vista del miglioramento delle prestazioni a vantaggio dei cittadini e degli utenti, attori fondamentali del mercato, chiamati, per un verso, a finanziare le prestazioni affidate con le procedure di evidenza pubblica, nonché, per altro verso, ad usufruire delle opere e dei servizi appaltati.

Il saggio, inoltre, si sofferma sui passaggi giurisprudenziali emblematici per chiarire la difficoltà di “apertura” del mercato degli appalti pubblici che, nei fatti, impedisce la soddisfazione degli interessi sostanziali della pubblica amministrazione contraente.

Una particolare attenzione è rivolta infine all’attività di regolazione “interpretativa” svolta mediante l’adozione di determinazioni, segnalazioni, linee guida e bandi – tipo e al recente regolamento della disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione (G.U. s. gen. n. 243 18/04/2011), dell’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici. Va sottolineata, tra l’altro, la possibilità che le associazioni dei consumatori e degli utenti rivestano un ruolo attivo sia nel “monitoraggio” della fase dell’esecuzione dei contratti che interessa particolarmente i cittadini-utenti, sia negli atti di regolazione quantomeno come “soggetti portatori di interessi collettivi diffusi pubblici e privati”, di cui all’art. 3 del regolamento.

SOMMARIO: 1. Il quadro istituzionale: il “mercato” degli appalti pubblici nella prospettiva comunitaria sino all’«Atto per il mercato unico» del 2011. – 2. Le linee evolutive nell’ordinamento interno e nel diritto UE. – 3. Il mercato degli appalti pubblici: dal Rapporto Giannini alla legge n. 287 del 1990. – 4. Vigilanza accentrata e tutela diffusa nel diritto degli appalti: le direttive “ricorsi” del 1989 e del 2007. – 5. Appalti e concessioni di pubblico servizio. Il ruolo dell’Autorità e dei consumatori. – 6. La c.d. apertura del mercato dei contratti e le implicazioni sul piano interpretativo: le recenti innovazioni nel decreto “*spending review*” (d.l. n. 95 del 2012). – 7. La delicata fase dell’esecuzione, il possibile ruolo dei consumatori. – 8. Il regolamento sulla partecipazione ai procedimenti di regolazione. – 9. Gli atti di regolazione “interpretativa” dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici: natura giuridica e funzione. – 9.1. Alcuni esempi: determinazione sulle procedure di gara per l’affidamento del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto, bando-quadro, segnalazione n. 1/2012 sulle “Misure per la riduzione dei costi amministrativi negli appalti pubblici”.

1. Il quadro istituzionale: il “mercato” degli appalti pubblici nella prospettiva comunitaria sino all’ «Atto per il mercato unico» del 2011

La partecipazione dell’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici al *forum* dei consumatori costituisce motivo di grande soddisfazione per il nostro gruppo di lavoro. L’evoluzione della normativa in materia, invero, ha posto l’Organismo di fronte alle principali questioni legate al mercato ed alla concorrenza. Si aprono, in questa prospettiva, nuove sfide, difficoltà particolari in relazione al sistema altamente complesso dei contratti della pubblica amministrazione, sia per la

tecnicità della disciplina, sia per la qualità e quantità degli attori coinvolti, per la relativa posizione istituzionale ed autonomia contrattuale.

Quella di oggi è probabilmente una tappa fondamentale di un percorso iniziato da tempo, soprattutto sotto la spinta del diritto comunitario che ha posto i contratti pubblici in collegamento con la realizzazione della libertà di stabilimento, della libera prestazione dei servizi, nella prospettiva della realizzazione di una concorrenza effettiva nel settore.

L'esigenza di giungere all'apertura del mercato dei contratti della pubblica amministrazione è alla base degli interventi comunitari di coordinamento delle discipline nazionali: da tempo è maturata la consapevolezza che risultati soddisfacenti in questo senso possono essere raggiunti soltanto ampliando le garanzie di trasparenza e di pubblicità delle procedure e rafforzando il sistema della vigilanza sull'osservanza del diritto comunitario. Parimenti incrementato è il sistema statistico volto a migliorare l'informazione sulle modalità di affidamento degli appalti.

In questo senso, nella recente Relazione al Parlamento ed al Governo l'Autorità ha sottolineato l'esigenza che la disciplina degli appalti sia accompagnata da un approccio innovativo su tutte le componenti del sistema.

Il Libro verde su *"Gli appalti pubblici nell'unione europea"* (comunicazione del 27 novembre 1996) ed il Libro bianco su *"Gli appalti pubblici nell'Unione europea"* (comunicazione dell'11 marzo 1998) ponevano già particolare attenzione sulle autorità nazionali specializzate nel settore dei contratti pubblici; organismi indipendenti dalle stazioni appaltanti chiamati soprattutto a *«ristabilire una situazione conforme al diritto comunitario»* attraverso la risoluzione dei dubbi interpretativi più gravi e dei problemi di accesso al mercato dei contratti pubblici. Le scelte di fondo sottese a queste politiche vanno dunque verso il rafforzamento delle azioni istituzionali in favore dell'effettività del diritto UE nella materia dei contratti della pubblica amministrazione; sia sul piano della vigilanza amministrativa accentrata, sia su quello della risoluzione rapida ed efficace delle liti.

Le linee di politica legislativa UE in materia di appalti pubblici sono state recentemente aggiornate e specificate nel c.d. *«Atto per il mercato unico»* adottato il 13 aprile 2011 dalla Commissione ⁽⁸⁾. Tra le "azioni chiave" da intraprendere vi è la *«revisione e ammodernamento del quadro normativo degli appalti pubblici per giungere ad una politica equilibrata, che sostenga una domanda di beni, opere e servizi rispettosi dell'ambiente, socialmente responsabili e innovativi»*. Si intende altresì attuare procedure di aggiudicazione più semplici e flessibili nonché agevolare *«l'accesso alle imprese, in particolare alle PMI»*.

⁸⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni: *«L'Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. "Insieme per una nuova crescita"»* {SEC(2011) 467 def.} (Bruxelles, 13 aprile 2011 COM (2011) 206 def.

2. *Le linee evolutive nell'ordinamento interno e nel diritto UE*

Come già sottolineato in dottrina, il procedimento di aggiudicazione dei contratti pubblici assume nel contesto ordinamentale europeo una valenza del tutto nuova e non facile da comprendere nelle rilevanti implicazioni. L'obiettivo fondamentale è realizzare procedure aperte, leali e trasparenti, sull'assunto che la competizione tra le imprese realizzi il risultato migliore per la pubblica amministrazione e per i cittadini.

Il settore dei contratti pubblici, d'altra parte, è ancora caratterizzato da un alto tasso di pratiche illecite e collusive; le più gravi patologie, non di rado, giungono all'attenzione delle Procure penali e sono perciò affrontate nella prospettiva particolare e limitante della repressione criminale.

Al riguardo l'AVCP ha fatto presente che la disciplina di contrasto alla corruzione deve adeguatamente considerare la nuova prospettiva di inquadramento dei contratti della pubblica amministrazione e del procedimento ad evidenza pubblica, evitando la definitiva "criminalizzazione" del settore (⁹).

Senza dubbio le questioni che affliggono la legalità negli appalti pubblici trovano nell'Autorità riferimento istituzionale di grandissima importanza. Chiamata a realizzare la vigilanza continua nel settore, essa raccoglie, organizza, diffonde le informazioni sul complessivo sistema dei contratti della pubblica amministrazione; elabora la migliore interpretazione della legge, studia ed incoraggia le migliori pratiche per l'affidamento dei contratti, colmando il deficit informativo che caratterizza negativamente questo ambito.

3. *Il mercato degli appalti pubblici: dal Rapporto Giannini alla legge n. 287 del 1990*

Già nel rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato ("Rapporto Giannini" 1979) il sistema dei lavori pubblici era considerato "zona d'ombra" dell'ordinamento: si auspicava il monitoraggio generale sul settore per avere contezza delle ragioni sostanziali che rendevano la disciplina scarsamente effettiva ed il rapporto costi-risultati generalmente sproporzionato. Si chiedeva, soprattutto, l'istituzione di un organismo centrale dotato di competenza consultiva sugli atti normativi e sulle modifiche in materia dei contratti della pubblica amministrazione. Attualizzando il discorso, possiamo dire che la soluzione dei problemi dei contratti pubblici presuppone il massimo livello di trasparenza e di informazione da realizzarsi

⁹ Relazione al Parlamento – Anno 2011.

attraverso un organismo neutrale e centrale, tecnicamente qualificato e particolarmente sensibile alle politiche ed alla normativa dell'Unione europea.

Anche la legge 287 del '90, istitutiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, stabiliva un collegamento stretto tra contratti pubblici e concorrenza: all'Antitrust si chiedeva la redazione di una speciale relazione sulle *"azioni da promuovere per adeguare ai principi della concorrenza la normativa relativa ai settori degli appalti"* (art. 24). La previsione, evidentemente, coglieva il profilo innovativo dei contratti della pubblica amministrazione nel nuovo contesto ordinamentale comunitario: la relativa inclusione nell'ambito materiale della "tutela della concorrenza".

La relazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sul settore confermava le prospettive negative già evidenziate: il sistema dei contratti della p.a. appariva "estremamente inefficiente", i controlli amministrativi "macchinosi", inutilmente ripetitivi e scarsamente funzionali; si auspicava perciò l'istituzione di un sistema di vigilanza indipendente dalle stazioni appaltanti, in grado di valutare la regolarità delle procedure, la congruità del prezzo in rapporto alla natura dell'oggetto del contratto, la ragionevolezza dello scarto tra importo originario di aggiudicazione e costo finale.

Oltre a rimarcare tali gravi criticità, la relazione non mancava di sottolineare come il compito di garanzia non potesse prescindere da un sistema di acquisizione, raccolta ed elaborazione di dati ed informazioni che fornisse una visione integrata sul settore. Più che irrigidire i meccanismi repressivi occorreva realizzare una vigilanza "indipendente" e "consapevole" in grado di affrontare i problemi sulla scorta di una chiara visione d'insieme.

In questo senso possiamo considerare l'incontro dell'Autorità con i consumatori come l'ultima tappa della lunga strada istituzionale percorsa dalla disciplina sui contratti della pubblica amministrazione. Il rilievo delle logiche del mercato costituisce stimolo per le imprese a partecipare ed a presentare le migliori offerte; tale competizione deve essere adeguatamente guidata, talvolta alimentata, talaltra controllata. Se il settore lamenta scarsa trasparenza, opacità, e frequenza delle vicende collusive, ecco allora che un ulteriore *stakeholder*, come si usa dire adesso, non può che contribuire alla soluzione di questi problemi.

Le associazioni dei consumatori, dal canto loro, devono considerare la complessità del mercato dei contratti pubblici in considerazione dell'autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni, dell'importanza delle gare di appalto per gli enti pubblici e per le politiche nazionali e locali.

4. *Vigilanza accentrata e tutela diffusa nel diritto degli appalti: le direttive "ricorsi"*

del 1989 e del 2007

Particolare rilievo assumono, nel percorso che stiamo delineando, le due direttive comunitarie “*Ricorsi*” del 1989 (¹⁰) e del 2007 (¹¹). Anche questa disciplina dimostra la particolare attenzione dell'ordinamento sovranazionale all'effettività del diritto della concorrenza nell'ambito dei contratti della pubblica amministrazione: la possibilità che le imprese possano ottenere il riconoscimento dei propri diritti e delle pretese attribuite dalla legislazione europea costituisce impegno fondamentale nelle politiche comunitarie. Il buon funzionamento dei controlli, della vigilanza, dei mezzi di ricorso, facilita le imprese italiane e straniere ed aumenta la competizione.

Il quadro normativo ed il percorso istituzionale richiamato costituisce lo spazio funzionale dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, chiamata ad operare insieme alla giurisdizione amministrativa, contabile e penale: si deve, anzitutto, ricercare lo spazio di azione della funzione di regolazione ed arbitraggio, nonché, secondariamente, interagire al meglio con i referenti istituzionali pubblici e privati.

Anche in questo caso la prospettiva dell'UE fornisce saldo ancoraggio ai compiti dell'Autorità: la concorrenza, come materia trasversale, taglia orizzontalmente tutta la pubblica amministrazione e pone un collegamento con i contratti che diventa la chiave di tutta la disciplina e del ruolo di vigilanza e controllo affidato all'Autorità.

L'Autorità si pone autorevolmente come “consulente” ed “arbitro” in un mercato nel quale agiscono le imprese, le pubbliche amministrazioni, i cittadini, i consumatori e gli utenti. Ad essa spetta il compito di rendere effettivi i principi di qualità, efficacia, efficienza, trasparenza, correttezza e libera concorrenza, sia attraverso la riduzione dei costi per l'apparato pubblico in vista del miglioramento delle prestazioni a vantaggio dei cittadini e degli utenti, attori fondamentali del mercato, chiamati, per un verso, a finanziare le prestazioni affidate con le procedure di evidenza pubblica, nonché, per altro verso, ad usufruire delle opere e dei servizi appaltati.

5. *Appalti e concessioni di pubblico servizio. Il ruolo dell'Autorità e dei consumatori*

¹⁰ Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori.

¹¹ Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell' 11 dicembre 2007 , che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici.

La materia delle forniture e dei servizi pubblici offre l'occasione per affrontare nuove sfide attraverso problematiche in parte diverse rispetto alla materia dei lavori pubblici. La vigilanza su queste prestazioni potrebbe giovare notevolmente della collaborazione tra Autorità ed utenti-consumatori, per la garanzia del valore sociale delle prestazioni oggetto dei contratti pubblici.

In particolare, la competenza sugli appalti e le concessioni di pubblici servizi dovrebbe accrescere la consapevolezza che i contratti della pubblica amministrazione interessano non soltanto le imprese concorrenti ma anche (e soprattutto) i cittadini e gli utenti.

Si segnala da questo punto di vista la tendenza ad assimilare indebitamente le questioni relative ai servizi pubblici rispetto agli altri oggetti contrattuali (lavori e forniture), laddove i primi hanno un impatto più diretto sulla collettività e sugli utenti ed assumono perciò rilevante importanza sociale. I contratti di servizio, inoltre, hanno una maggiore durata di esecuzione ed instaurano un rapporto tra impresa ed ente pubblico complesso ed articolato. Anche la Commissione, nella richiamata Comunicazione del 2011, ha sottolineato l'importanza di adeguare la disciplina delle concessioni di servizi, che costituiscono la forma più utilizzata per i partenariati pubblico-privato.

La ricerca di soluzioni interpretative ed operative comuni agli altri settori rischia di sacrificare aspetti salienti del "servizio pubblico": in questo ambito è frequente il ricorso alla costituzione di società a capitale misto (pubblico-privato) oppure a forme di collaborazione generalmente regolate con contratti di concessione o *project financing*.

L'ampliamento dell'oggetto dell'azione dell'Autorità a tutti i contratti deve tradursi dunque nell'impegno a cogliere le valenze differenziate dei diversi oggetti trattati, a partire dalla materia dei servizi pubblici nella quale si può realizzare una più efficace collaborazione con i consumatori e la società civile, secondo il principio di sussidiarietà.

6. *La c.d. "apertura" del mercato dei contratti e le implicazioni sul piano interpretativo: le recenti innovazioni nel decreto "spending review" (d.l. n. 95 del 2012)*

Sono stati richiamati i documenti della Commissione che da tempo insistono sulle esigenze di apertura del mercato dei contratti pubblici. Non si tratta, invero, di indicazioni generiche ma della principale finalità (ed utilità) della disciplina europea, condivisa, di conseguenza, dalla normativa di recepimento.

In particolare, la fase ad evidenza pubblica deve anzitutto garantire che le regole della gara favoriscano la semplificazione e massima partecipazione, evitando forme di discriminazione; il primo assetto, in questo senso, è la facilità di accesso alla procedura e la relativa apertura al

maggior numero di imprese possibile; rilevano in questo ambito la qualificazione delle imprese, l'avvalimento (¹²), il subappalto ed i raggruppamenti temporanei; viene in considerazione, inoltre, la disciplina sulle specifiche tecniche e le clausole ambientali e sociali (¹³).

Tutti meccanismi che volgono, per un verso, all'apertura degli appalti pubblici al segmento della piccola e media impresa e che, per altro verso, volgono ad integrare nella prestazione contrattuale importanti profili di rilevanza sociale.

In questa direzione si comprendono le recenti innovazioni introdotte dal decreto di luglio sulla *spending review*: l'art. 1 del d.l. n. 95/2012 (convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135) modificando il codice dei contratti pubblici, ha imposto alle amministrazioni di fissare criteri di partecipazione che non escludano le piccole e medie imprese. Nella stessa prospettiva lo stesso decreto considera illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso alle gare connessi al fatturato aziendale. Si tratta di misure ispirate dal recente "*Atto per il mercato unico*" che ripetutamente rimarca l'esigenza di favorire la creazione lo sviluppo delle piccole imprese e delle microimprese, "spina dorsale" delle economie nazionali ed europee.

Apertura del mercato degli appalti pubblici significa poi rendere elastica la valutazione della Commissione di gara, in funzione del congruo apprezzamento della qualità dell'offerta. In questo modo, la capacità innovativa del mercato e delle imprese volge a vantaggio della pubblica amministrazione aggiudicatrice. L'idea è che attraverso la "*concorrenza per il mercato*" la p.a. possa ottenere "qualità" del prodotto o del servizio in termini, ad esempio, di innovazione e tecnologie disponibili.

È inutile sottolineare la difficoltà di questo percorso: il settore, come già notato, si caratterizza per la frequenza di fenomeni collusivi che portano ad un pesante rigore formale della normativa e delle procedure di gara. La responsabilità dei pubblici funzionari nei confronti dell'erario e delle imprese concorrenti, impedisce, non di rado, il sereno svolgimento delle aggiudicazioni e suggerisce, inevitabilmente, l'"ingessamento" formale della procedura, con radicale riduzione dei margini di apprezzamento della commissione.

Proprio per questo l'AVCP, nella relazione del 2011 ha sottolineato l'esigenza di superare la tradizionale diffidenza nei confronti delle stazioni appaltanti a favore di una maggiore (anche se più

¹² In materia di avvalimento, in questa prospettiva, da ultimo, AVCP, DETERMINAZIONE 1° agosto 2012, n. 2 (G.U. n. 185 del 9 agosto 2012), "L'AVVALIMENTO NELLE PROCEDURE DI GARA".

¹³ Corte giustizia CE, 17 settembre 2002, n. 513, Concordia Bus Finland Oy Ab: «L'art. 36, n. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretato nel senso che, quando, nell'ambito di un appalto pubblico relativo alla prestazione di servizi di trasporti urbani mediante autobus, decide di attribuire un appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione criteri ecologici, quali il livello di emissioni di ossido di azoto o il livello sonoro degli autobus, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano alla detta amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare il principio di non discriminazione».

trasparente) libertà di azione e di valutazione *«utile ad esplorare i percorsi ottimali per la migliore realizzazione dei risultati desiderati»*; l'estremo formalismo, si aggiunge, costituisce il migliore schermo per comportamenti poco chiari e collusivi, allontana dal risultato ottimale e pregiudica l'interesse sostanziale della committenza e dei cittadini.

In questo quadro l'Autorità si propone come principale referente istituzionale che possa aiutare le pubbliche amministrazioni al miglior esercizio della capacità negoziale attraverso la formazione dei "funzionari negoziatori", la diffusione delle migliori pratiche e delle buone prassi affinché le procedure di gara siano *«utile strumento per impegnare maggiormente sulla qualità sia la committenza che l'impresa»*.

Nella stessa direzione spinge la normativa armonizzata e la giurisprudenza UE a prevedere meccanismi che lascino alla commissione di gara più ampi margini di valutazione discrezionale, nel rispetto della trasparenza e della *par condicio* tra i concorrenti. Ciò nel senso che sistemi bloccati di valutazione delle offerte non consentono alla pubblica amministrazione di giovare dei peculiari profili dell'offerta più meritevole.

Alcuni emblematici passaggi giurisprudenziali chiariscono la difficoltà di "apertura" del mercato degli appalti pubblici rispetto al rassicurante rigore formalistico che, nei fatti, impedisce la soddisfazione degli interessi sostanziali della pubblica amministrazione contraente.

Va ricordata, anzitutto, la giurisprudenza comunitaria in tema di offerta economicamente più vantaggiosa e di offerte anomale. La logica è di vietare meccanismi rigidi e vincolati di valutazione (delle offerte e delle offerte anomale) o di esclusione e consentire il ricorso più ampio possibile a strumenti che aprano l'appalto al maggior numero di imprese e consentano il migliore apprezzamento della "qualità" della prestazione offerta ⁽¹⁴⁾.

In particolare, com'è noto, è stata vietata la preferenza generale per il criterio di valutazione basato sul prezzo più basso a favore del diverso criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ⁽¹⁵⁾. Valutazione, quest'ultima, che consente all'impresa di predisporre un'offerta di qualità basata su fattori diversi dal semplice corrispettivo.

Per quanto riguarda le offerte anomale basti ricordare il divieto di esclusione automatica e l'obbligo di instaurare il contraddittorio onde eventualmente accogliere le giustificazioni del concorrente interessato. Anche in questo caso il criterio dell'esclusione automatica irrigidirebbe

¹⁴ Cfr., ad es., l'art. 24 della direttiva 2004/18 – Varianti - :Laddove il criterio per l'aggiudicazione sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le amministrazioni aggiudicatrici possono autorizzare gli offerenti a presentare varianti.

¹⁵ Corte giustizia CE, sez. II, 7 ottobre 2004, n. 247: «Le norme comunitarie che disciplinano l'affidamento degli appalti di costruzione di opere pubbliche (direttiva 93/37/CEE) mirano a garantire la massima libertà di concorrenza tra le imprese partecipanti alla gara; ne consegue che non è conforme all'art. 30 n. 1 della suddetta direttiva, la norma interna la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gara aperte o ristrette, obblighi le amministrazioni aggiudicatrici ad applicare unicamente il criterio del prezzo più basso, inibendo senza eccezioni il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa».

eccessivamente la valutazione, a danno della qualità delle prestazioni, in relazione alla particolarità del caso concreto (¹⁶).

Rilievo particolare assume anche la disciplina del subappalto che dimostra la differente prospettiva nazionale rispetto a quella europea. Mentre la prima considera lo strumento utile alle infiltrazioni criminali, il secondo considera tale strumento indispensabile per l'apertura del mercato alle piccole medie imprese (¹⁷). Analoga importanza hanno le associazioni temporanee di imprese, l'avvalimento e gli altri strumenti che consentono alle piccole medie imprese l'accesso al mercato dei contratti.

La disciplina sui procedimenti di aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione rientra dunque pienamente nella “tutela della concorrenza” di talché la procedura di gara deve consentire di lucrare i maggiori vantaggi offerti dal mercato in termini di qualità, innovazione, e prezzo. Questa *ratio* si rinviene nella normativa dell'Unione europea e questa è dunque la finalità principale che deve ispirare il legislatore nazionale, la pubblica amministrazione aggiudicatrice e il giudice amministrativo.

7. *La delicata fase dell'esecuzione, il possibile ruolo dei consumatori*

Tra le azioni alle quali le associazioni dei consumatori e degli utenti potrebbero partecipare vi è sicuramente la vigilanza sulla fase dell'esecuzione del contratto, momento fondamentale per la effettiva realizzazione della qualità del servizio o dell'opera.

L'argomento, da sempre all'attenzione dell'Autorità di vigilanza e degli osservatori, è supportato da numerose e chiare analisi statistiche che evidenziano il divario tra costi e tempi preventivati da un lato e spese complessive e durata dell'esecuzione, dall'altro.

Proprio in questo ambito si può immaginare un ruolo attivo delle associazioni dei consumatori per “monitorare” la fase dell'esecuzione dei contratti che interessa particolarmente i cittadini-utenti ma che è ancora caratterizzata da scarsa trasparenza e ridotta informazione.

¹⁶ Corte giustizia CE, sez. IV, 15 maggio 2008, n. 147, in *Foro amm. CDS*, 2008, 5, I, 1351: «La normativa nazionale che esclude qualsiasi possibilità di valutare la solidità e l'affidabilità delle offerte anormalmente basse, non mette le amministrazioni aggiudicatrici in condizione di ottemperare all'obbligo di rispettare le norme fondamentali del Trattato in materia di libera circolazione, nonché il principio generale di non discriminazione. Tale condizione pregiudica l'interesse delle stesse amministrazioni aggiudicatrici, nella misura in cui non consente di valutare le offerte presentate in condizioni di concorrenza effettiva e di assegnare l'appalto in applicazione dei criteri, anch'essi stabiliti nell'interesse pubblico, del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa».

¹⁷ In questo senso si considerando n. 32 della direttiva 2004/18 (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.): «per favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, è necessario prevedere disposizioni in materia di subappalto».

Analoghe considerazioni possono essere riferite ai rapporti fondati su contratti di concessione (basti considerare le autostrade) dove la durata della gestione del servizio finisce per lasciare in ombra le condizioni contrattuali dell'affidamento e la realizzazione degli investimenti promessi.

La conclusione di questo percorso non può che essere nel senso della valorizzazione del ruolo dell'autorità di vigilanza dei contratti pubblici come organismo che fonda le sue attribuzioni sul contratto e che garantisce la concorrenza del mercato sia sotto il profilo del più ampio accesso alle procedure, della qualità delle offerte e della competizione tra le imprese; sia sotto il profilo della tutela del consumatore e dell'utente, in relazione alla fase dell'esecuzione del contratto di appalto o di concessione, nei lavori e, soprattutto, nelle forniture e nei servizi.

8. *Il regolamento sulla partecipazione ai procedimenti di regolazione*

Le relazioni dell'Autorità sottolineano ripetutamente la prospettiva evidenziata; già da tempo è stato tracciato un percorso culturale, prima ancora che giuridico, nella direzione della massima semplificazione e trasparenza delle procedure. La normativa mira a rendere effettive le facoltà partecipative degli interessati nell'ambito delle attività di regolazione; a tal fine è stato adottato il regolamento della disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'autorità (Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 243 18 aprile 2011).

Sono regolate, in particolare, le modalità di svolgimento delle consultazioni nei procedimenti volti all'adozione degli atti regolatori: determinazioni, segnalazioni, bandi tipo, linee guida, ecc.; esso stesso regola le audizioni periodiche ed i tavoli tecnici dell'Autorità.

Le consultazioni seguono il modello collaudato dalla Commissione europea che passa attraverso la pubblicazione del progetto di atto cui si accompagna la possibilità per gli interessati di far pervenire suggerimenti, proposte ed osservazioni, sino alla convocazioni di vere e proprie audizioni o tavoli tecnici.

La partecipazione ruota attorno al documento iniziale (approvato dal Consiglio) che contiene gli elementi essenziali dell'atto di regolazione e specifica le questioni sulle quali l'Autorità sollecita le osservazioni e le proposte. La diffusione del documento avviene mediante pubblicazione sul sito Internet dell'autorità.

Con particolare riferimento alle audizioni è prevista, di norma, la forma pubblica nonché l'avviso a tutti gli interessati dello svolgimento delle stesse con la possibilità di assistervi di presenza o a distanza. Oltre ai soggetti interessati, dunque, possono richiedere di essere invitati anche altri soggetti che saranno ammessi tenendo conto delle esigenze di riservatezza. Nell'ambito

dell'audizione gli interessati possono presentare osservazioni scritte e contributi che, normalmente, sono inviati in modalità telematica.

Particolarmente interessante è la modalità della consultazione on-line finalizzata all'acquisizione da parte degli interessati, di osservazioni formulate attraverso moduli disponibili sul Web. Il regolamento prevede la pubblicazione sul sito Internet delle osservazioni ricevute, salva la richiesta di tenerle riservate.

Più complessa è la disciplina dei tavoli tecnici che possono essere organizzati per affrontare questioni di carattere specialistico; possono essere convocate in questa forma, ad esempio le categorie professionali le associazioni degli operatori economici e delle SOA, come anche le pubbliche amministrazioni. I tavoli tecnici – si aggiunge - non possono avere il carattere della stabilità.

Per quanto riguarda le audizioni periodiche, l'Autorità convoca ogni anno i rappresentanti delle associazioni delle imprese delle stazioni appaltanti per discutere ed acquisire, anche separatamente, informazioni su questioni particolarmente rilevanti che attengono alla disciplina dei contratti della pubblica amministrazione. Alle audizioni possono partecipare soggetti portatori di interessi pubblici e privati collettivi e diffusi che l'Autorità ritiene opportuno ascoltare e consultare base agli argomenti in questione.

Una volta affisso l'avviso di convocazione i soggetti legittimati possono chiedere di partecipare all'audizione previa ammissione dell'Autorità stessa che decide in relazione agli argomenti posti all'ordine del giorno ed alle esigenze di riservatezza. Le audizioni sono pubbliche e possono essere registrate.

È facile notare l'importanza di questo atto normativo volto a rendere trasparente la partecipazione degli interessati all'azione regolatoria dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, sul presupposto e nella consapevolezza della delicatezza delle questioni in considerazione dei rilevanti interessi (pubblici e privati) coinvolti. Il mercato dei contratti della pubblica amministrazione non è più affare riservato alle imprese ed alla stazione appaltante ma strumento per la realizzazione dei bisogni della società e del benessere della collettività. La stazione appaltante è dunque il tramite di una relazione economica che vede contrapposti cittadini ed imprese.

Non di meno, l'attività di osservazione e proposta viene sottratta a pratiche “riservate”, a vantaggio del più ampio coinvolgimento degli interessati in vista della maggiore qualità ed effettività della regolazione.

Sarebbe stato auspicabile, tuttavia, l'esplicito richiamo alle associazioni dei consumatori che vengono certamente in considerazione soltanto come “soggetti portatori di interessi collettivi diffusi pubblici e privati”, di cui all'art. 3 del regolamento. Parimenti importante sarebbe stato l'esplicito

richiamo alle associazioni ambientaliste che insieme a consumatori organizzati possono utilmente partecipare alle consultazioni ed alle audizioni presso l'Autorità.

In ogni caso, al di là delle formule utilizzate, la posizione dell'associazione dei consumatori nei procedimenti di regolazione può essere valorizzata secondo le linee sistematiche evidenziate. Il regolamento compie un importante passo in questa direzione.

9. *Gli atti di regolazione “interpretativa” dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici: natura giuridica e funzione*

L'Autorità si pone come “interlocutore privilegiato” di operatori economici e stazioni appaltanti (Relazione AVCP per il 2011) che, specie a seguito della intensa attività legislativa volta a liberalizzare le attività economiche, necessitano di regole chiare e delle relative indicazioni operative per orientarsi nella complessità della materia dei contratti della pubblica amministrazione in cui si intrecciano interessi pubblici e privati, potestà pubbliche e regole del mercato.

In questa prospettiva si comprende come sia delicata e complessa l'attività di regolazione “interpretativa” svolta dall'Autorità mediante l'adozione di determinazioni, segnalazioni, linee guida, bandi-tipo e, altrettanto, significativa sia la scelta degli strumenti istruttori utilizzati (consultazioni, tavoli tecnici, ecc.) per migliorare lo studio delle problematiche, connotate da intenso tecnicismo, e il rispetto delle garanzie di partecipazione degli attori coinvolti per addivenire a soluzioni condivise.

L'Autorità con tali atti risponde all'esigenza di garantire il corretto esercizio della funzione pubblica in materia di lavori, servizi e forniture e, al contempo, alle aspettative di imprese e consumatori che in essa rinvergono un utile orientamento al rispetto delle regole e del gioco della concorrenza.

Come rilevato in dottrina, le determinazioni dell'Autorità svolgono una funzione persuasiva o orientativa; alla stregua di circolari interpretative, di disposizioni di *soft law* registrano la spontanea adesione degli attori del mercato in ragione della autorevolezza del soggetto da cui promanano e della competenza tecnica dello stesso. Anche la giurisprudenza amministrativa riconosce all'Autorità, quale organismo di regolazione del sistema, di adottare oltre gli atti tipici, atti di “moral suasion”, i quali pur non corrispondendo ad una specifica potestà attribuita dalla legge, sono espressivi della stessa posizione che l'Autorità riveste nell'ambito dell'ordinamento (Cfr. Tar Lazio sent. n. 2895/2011).

9.1. *Alcuni esempi: determinazione sulle procedure di gara per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto, bando-quadro, segnalazione n. 1/2012 sulle "Misure per la riduzione dei costi amministrativi negli appalti pubblici"*

Alcuni atti hanno carattere verticale in quanto volti a dettare linee interpretative e operative attinenti a specifici mercati. Tra questi, particolarmente significativa è la determinazione sulle procedure di gara per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto, recante indicazioni di carattere operativo per garantire il corretto espletarsi del servizio in condizioni di concorrenza.

L'atto evidenzia la complessa relazione tra stazioni appaltanti, società emettrici dei buoni pasto, rete degli esercenti erogatori dei servizi ed, infine, ed acquirenti finali, (i lavoratori-consumatori).

Nel caso di specie, l'attenzione dell'Autorità si è concentrata, tra l'altro, sul funzionamento dei c.d. servizi aggiuntivi che non di rado si traducono nell'imposizione agli esercenti convenzionati di condizioni peggiorative rispetto a quelle indicate al momento della gara e, di conseguenza, nell'abbassamento delle prestazioni nei confronti degli acquirenti finali.

L'Autorità precisa che tali servizi devono avere il carattere facoltativo e soprattutto che "non possono essere dilatati sino a permettere l'accorpamento di prestazioni del tutto eterogenee ed assolutamente prescindenti dalla sussistenza di un nesso di effettiva pertinenza". L'Autorità fornisce anche altre precise indicazioni su altre delicate tematiche concernenti: il calcolo del valore dell'appalto, i controlli sulla rete di esercenti ed ai metodi di attribuzione dei punteggi in caso di offerta economicamente più vantaggiosa, la dilatazione dei termini di pagamento agli esercizi convenzionati rispetto a quelli indicati in sede di gara e valutati dalle stazioni appaltanti, rimarcando come detti termini debbano essere rispettati per tutta la durata dell'affidamento.

Inoltre, l'Autorità esaminati i vincoli nascenti dal quadro normativo con un atto di segnalazione del 10 novembre 2011 ha proposto al Governo ed al Parlamento le modifiche occorrenti alla normativa del settore.

In particolare, si propone di prevedere *ex lege* che la rete minima di esercenti debba essere individuata nel bando e non possa essere utilizzata come criterio di attribuzione del punteggio, al fine di disincentivare la presentazione di offerte sovradimensionate e semplificare i controlli in capo alle Stazioni Appaltanti. L'Autorità ha rilevato, infine, l'opportunità di delineare un quadro regolamentare *ad hoc* per l'utilizzo del sistema del buono pasto elettronico che consentirebbe un

alleggerimento degli oneri di rendicontazione verso le Stazioni Appaltanti e, al contempo, una forte semplificazione dei correlati controlli a valle dell'esecuzione.

Le osservazioni formulate dall'Autorità negli atti di segnalazione sono state talvolta recepite dal legislatore. E' emblematico in questo senso il caso delle casse previdenziali. Con atto di segnalazione del 26/01/2011 l'Autorità ha formulato osservazioni sull'art. 1, comma 10-ter del d.l. n. 162/2008, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 22 dicembre 2008, n. 201, con particolare riguardo alla riconducibilità a meno delle casse previdenziali nella categoria degli organismi di diritto pubblico ai fini dell'applicazione del codice dei contratti pubblici. A seguito della segnalazione, la citata disposizione è stata modificata dal legislatore (con art. 32, comma 2 del d.l. n. 98/2011) nel senso che tali enti sono da considerarsi quali organismi di diritto pubblico qualora sussista la contribuzione obbligatoria a carico degli iscritti.

Come già anticipato, l'attività di regolazione interpretativa è svolta dall'Autorità di vigilanza anche mediante determinazioni rivolte, in modo trasversale, all'intero mercato degli appalti.

In questo alveo si considerino in particolare le linee guida con le quali l'Autorità fornisce alle stazioni appaltanti e alle imprese contributi su problemi applicativi che possono sorgere da una nuova normativa o dalla sua applicazione (cfr. determinazione n. 7/2011 recante linee guida per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nei contratti di servizi e forniture).

A tal riguardo giova porre in adeguato rilievo l'introduzione nel Codice dei contratti pubblici dell'articolo 64, comma 4-bis, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, apportata dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, secondo cui i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis. La norma prevede la possibilità per le stazioni appaltanti di introdurre deroghe al bando-tipo, fornendo le motivazioni della scelta nella delibera a contrarre.

Risulta evidente che con la predisposizione di Bandi-tipo, l'Autorità persegue un duplice obiettivo: ridurre l'incertezza sulla interpretazione delle norme e semplificare la partecipazione alle gare da parte delle imprese mediante una progressiva standardizzazione non soltanto della documentazione di gara ma anche della valutazione dei comportamenti ad essa conseguenti.

In ossequio al dettato normativo, l'Autorità ha esperito una consultazione degli operatori del settore e delle amministrazioni interessate, con modalità online, in merito alle questioni interpretative più rilevanti in materia di redazione dei bandi di gara sul documento "Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro".

Lo schema oggetto di consultazione ha avuto ad oggetto, in particolare, le recenti modifiche normative relative alle cause tassative di esclusione (art. 46, comma 1-*bis*), all'art. 38 (requisiti generali) ed all'art. 81, comma 3-*bis* (sul costo del lavoro, ora abrogato) del codice anche in relazione alla evoluzione della giurisprudenza.

Sulla base delle osservazioni emerse, l'Autorità ha adottato il "bando quadro" che costituisce "una cornice di riferimento per orientare il comportamento delle stazioni appaltanti per quanto attiene alla corretta applicazione dell'art. 46 comma 1-*bis* del codice dei contratti pubblici in fase di predisposizione della documentazione di gara e di valutazione dei comportamenti dei concorrenti".

Il bando quadro mira ad enucleare "un minimo comune denominatore valevole in via trasversale" sulla base del quale l'Autorità procederà ad elaborare specifici modelli ("bandi tipo") distinti in base all'oggetto del contratto (lavori, servizi o forniture).

Infine, si ritiene opportuno porre in assoluto rilievo l'importante atto di segnalazione n. 1/2012 sulle "Misure per la riduzione dei costi amministrativi negli appalti pubblici" nel quale l'Autorità di vigilanza ha formulato al Governo, proposte di modifica della legislazione sui contratti pubblici, poi, recepite nel recente decreto sviluppo.

Va segnalato ancora che il richiamato decreto sviluppo ha introdotto nel codice dei contratti pubblici il nuovo articolo 6-*bis*, che istituisce, come proposto dall'Autorità, la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici, attraverso la quale a partire dal 1° gennaio 2013, sarà acquisita la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico finanziario per la partecipazione alle procedure di gara.

Si intende realizzare una riduzione di costi e degli oneri amministrativi gravanti sulle stazioni appaltanti e sulle imprese attraverso l'adozione di un'unica certificazione che potrà garantire omogeneità nel giudizio nel caso in cui una impresa partecipi contemporaneamente a più gare, scongiurando così il rischio che essa risulti idonea per un'amministrazione e non idonea per un'altra. Ulteriore vantaggio deriva dalla possibilità di effettuare online le verifiche dei requisiti di ordine generale, tecnico ed economico.

Dunque, tutta l'attività di regolazione dell'Autorità garante risulta volta al rispetto della legalità nell'agire della pubblica amministrazione attraverso la riduzione della complessità normativa e amministrativa e nell'ottica del contenimento della spesa pubblica a vantaggio della collettività e dei consumatori. Gli ultimi interventi normativi evidenziano un sempre maggiore coinvolgimento dell'Autorità di vigilanza nel processo di liberalizzazione intrapreso che impone alla pubblica amministrazione un cambiamento in termini di maggiore trasparenza, celerità delle procedure e risparmio delle risorse pubbliche.

La Banca d'Italia

La disciplina della trasparenza bancaria e finanziaria nella nuova regolamentazione di Banca d'Italia (Francesco Longobucco)

Il contributo analizza la portata del recente provvedimento di Banca d'Italia concernente le Nuove Istruzioni di Vigilanza in materia di trasparenza dei servizi bancari e finanziari. Il suddetto provvedimento si ispira al principio di proporzionalità e di graduazione delle tutele a seconda del grado di “alfabetizzazione” del destinatario coinvolto e introduce una serie di misure dirette a semplificare – anche sul piano della scrittura – la documentazione contrattuale sia inter praesentes sia nella comunicazione a distanza, nei servizi di pagamento e nel credito ai consumatori. Punto di forza della nuova regulation è, altresì e da un lato, l'individuazione di precisi requisiti organizzativi e di gestione dei reclami, dall'altro, il riferimento costante nella normativa all'attività d'impresa bancaria e finanziaria, valorizzando dunque il punto di vista dell'operazione economica su quello del singolo contratto (specie per ciò che attiene ai c.dd. prodotti composti).

SOMMARIO: 1. Il Provvedimento di Banca d'Italia sulla trasparenza bancaria e finanziaria dal 2009 al 2012: struttura, destinatari e finalità dell'intervento. – 2. Il principio di proporzionalità e di graduazione delle tutele. – 3. La semplificazione della documentazione e l'adozione di schemi standard. La consegna del contratto. L'Indicatore Sintetico di Costo (ISC) e le Comunicazioni periodiche (riepilogo spese). – 4. La trasparenza nella comunicazione a distanza. – 5. I requisiti organizzativi e la gestione dei reclami. – 6. Le disposizioni più recenti in tema di servizi di pagamento (2010) e di credito ai consumatori (2011). – 7. La trasparenza tra “operazione” e “contratto” (con particolare riferimento ai cosiddetti prodotti composti). – 8. Notazioni conclusive.

1. *Il Provvedimento di Banca d'Italia sulla trasparenza bancaria e finanziaria dal 2009 al 2012: struttura, destinatari e finalità dell'intervento*

Il dibattito sulla trasparenza bancaria e finanziaria, come altri settori del diritto dell'economia, non è rimasto immune dalle spinte riformatrici originatesi dalla crisi finanziaria del 2008, pur con una maggiore attenzione al settore dei servizi di investimento piuttosto che per l'ambito tradizionale dei prodotti bancari. Accanto al profilo più classico dell'incremento della concorrenza nel settore considerato e dell'equilibrio contrattuale, si è rafforzato, negli ultimi tempi, l'aspetto dell'*enforcement* e dell'effettività delle tutele per stimolare la fiducia di clienti e investitori in tempo di crisi.

È in tale contesto che si colloca il recente intervento regolamentare di Banca d'Italia del 2009 (e succ. mod.) animato dall'intento precipuo di riunire in un unico *corpus* organico di norme la disciplina sulla trasparenza a tutela del «consumatore bancario e/o finanziario», ovvero del «cliente», secondo la dizione più ampia adottata nel Provvedimento. Si tratta, in particolare, delle nuove «Istruzioni di Vigilanza in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti», emanate da Banca d'Italia il 29 giugno 2009, in vigore a decorrere dall'1 gennaio 2010 (*G.U.* n. 210 del 10 settembre 2009). Con successivo Provvedimento del 15 febbraio 2010, le disposizioni del 29 luglio 2009 sono state nuovamente sostituite ed integrate tenendo conto della disciplina di attuazione del d.l. 27 gennaio

2010, n. 11, con il quale è stata recepita nel nostro ordinamento la direttiva n. 2007/64/CE sui servizi di pagamento nel mercato interno. Del pari, è stato sostituito il Provvedimento del 18 giugno 2009, recante “Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari”, al fine di estendere l’obbligo di adesione all’Arbitro bancario finanziario, istituito il 18 giugno 2009, anche alla nuova categoria di intermediari abilitati a prestare servizi di pagamento – gli istituti di pagamento – in relazione alle controversie che rientrano nella competenza dell’Organismo. Con l’occasione Banca d’Italia ha fornito, altresì, alcune precisazioni in merito all’adesione all’ABF di confidi e società veicolo costituite nell’ambito di operazioni di cartolarizzazione.

Il 9 febbraio 2011 Banca d’Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, è tornata ad integrare le sue Istruzioni di Vigilanza, lasciando sostanzialmente inalterato il Provvedimento del 29 luglio 2009 e modificando, questa volta, la Sezione VII concernente specificatamente il credito ai consumatori. Quest’ultimo intervento si è reso necessario in virtù dell’entrata in vigore del d.l. 13 agosto 2010, n. 141, che ha sostituito il Capo II del Titolo VI del TUB al fine di recepire la direttiva sui contratti di credito ai consumatori. Il recepimento della c.d. direttiva sugli Imel ha comportato, infine, l’ulteriore integrazione del Provvedimento del 29 luglio 2009 in data 20 giugno 2012. Tale ultimo intervento si è reso necessario per dare attuazione alle disposizioni del Titolo VI del TUB introdotte dal d. lgs. 16 aprile 2012, n. 45, il quale recepisce a sua volta la direttiva n. 2009/110/CE in materia di istituti sulla moneta elettronica.

La nuova *regulation* sulla trasparenza bancaria e finanziaria si profila, dunque, come un insieme coordinato di regole e princípi di comportamento destinati ad incidere fortemente sia sul piano operativo sia su quello contrattuale.

In questa sede, pertanto, si intende concentrare l’analisi sulla normativa subprimaria e, segnatamente, sui princípi e sulle novità fondamentali che ispirano le nuove disposizioni di Banca d’Italia e le relative ricadute applicative in termini organizzativi e procedurali. L’iniziativa dell’Istituto di Vigilanza, infatti, non appare meno importante del recente intervento legislativo che ha riguardato, nel 2010, il TUB e che ha apportato significative modifiche di carattere sostanziale (*ius variandi*, comunicazioni periodiche, recesso, credito al consumatore e servizi di pagamento, valute e interessi, surrogazione, portabilità, estinzione anticipata, controlli), alle quali pure si farà sommario cenno nel prosieguo dell’esame.

Le disposizioni di Banca d’Italia, anzi, offrono assoluta concretezza alle novità legislative poco prima indicate, nella consapevolezza – rimarcata dallo stesso Istituto regolatore – di un necessario approccio sistematico dell’operatore a tutta la normativa attinente in qualche misura alla trasparenza. Non a caso, le nuove Istruzioni di Vigilanza statuiscono apertamente che «nello svolgimento delle proprie attività gli intermediari considerano *l’insieme [delle varie discipline]*

come un complesso regolamentare integrato e curano il rispetto della *regolamentazione nella sua globalità*, adottando le misure necessarie». A ciò si aggiunga che le iniziative di autoregolamentazione degli operatori (codici di condotta, sistemi di composizione stragiudiziale delle controversie, ecc.), soprattutto se intraprese a livello di categoria o concordate con le associazioni rappresentative dell'utenza, possono costituire un utile strumento per accrescere l'efficacia della disciplina, contribuire a definire e a diffondere modelli di comportamento funzionali al miglioramento dei rapporti con la clientela, innalzare il grado di condivisione e di effettività della normativa in materia di trasparenza.

Svolta questa premessa di ordine metodologico, può dunque cogliersi pienamente la *ratio* della regolamentazione di Banca d'Italia. Essa è volta a rendere noti ai clienti gli elementi essenziali del rapporto contrattuale e le loro eventuali variazioni, consentendo agli intermediari di attenuare i propri rischi legali e reputazionali e concorrendo altresì alla sana e prudente gestione dei medesimi.

Le disposizioni si applicano in maniera uniforme sia per le banche sia per gli intermediari finanziari, segnatamente alle operazioni e ai servizi bancari e finanziari, offerti dagli intermediari, anche fuori sede o mediante tecniche di comunicazione a distanza. Tale scelta, come è stato recentemente osservato, va apprezzata positivamente, giacché «l'introduzione di regimi regolamentari differenziati per i vari prodotti avrebbe probabilmente aumentato i costi di adeguamento da parte delle banche e rischiato, per altro verso di disorientare la clientela, che potrebbe trarre beneficio dall'adozione di modelli informativi uniformi».

Tra i soggetti destinatari di tale disciplina rientrano le banche autorizzate in Italia e le banche comunitarie, gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi (ora albo unico) *ex art.* 106 e art. 107 TUB, gli IMEL, i confidi e Poste Italiane S.p.A. (per le attività di bancoposta). L'impatto sul piano sistematico della nuova regolamentazione, pertanto, appare evidente: si è proceduto infatti ad un'opera di armonizzazione della disciplina sulla trasparenza, la quale è stata fatta confluire in un *corpus* normativo tendenzialmente unico, mentre in precedenza era contenuta in provvedimenti regolamentari diversi in ragione dei soggetti destinatari.

La Banca d'Italia ha inteso rafforzare la tutela della clientela attraverso la semplificazione della documentazione precontrattuale che gli intermediari bancari e finanziari mettono a disposizione e la garanzia di un'informazione più chiara e idonea a favorire la comparabilità delle informazioni; ancora: attraverso lo snellimento dell'eccesso di informazioni fornite alla clientela, riducendo il numero elevato di documenti cartacei ed eliminando l'analiticità di alcune prescrizioni; la diversificazione degli obblighi in relazione alle varie caratteristiche dei servizi offerti e delle differenti fasce di clientela alle quali l'intermediario si rivolge, in applicazione dunque del principio di proporzionalità; l'innalzamento degli standards di trasparenza nelle relazioni tra intermediari e clienti. Analizzando la Sezione II delle Istruzioni di Vigilanza, in tema di informativa

precontrattuale, le nuove disposizioni prevedono che gli intermediari mettano a disposizione dei clienti: 1) il documento generale denominato «Principali diritti del cliente», che l'intermediario deve altresì esporre nei propri locali (tale documento sostituisce l'avviso di cui alla previgente normativa); 2) il foglio informativo, il cui contenuto è stato in parte semplificato (esso deve comprendere informazioni concernenti l'intermediario, le principali caratteristiche dell'operazione o del servizio offerto, le condizioni economiche e le clausole contrattuali relative all'eventuale diritto di recesso, ai tempi massimi per la chiusura del rapporto e ai mezzi di tutela stragiudiziale di cui la clientela può avvalersi); 3) il foglio comparativo dei mutui; 4) lo schema completo del contratto; 5) il documento di sintesi delle principali condizioni.

Nel caso di offerta fuori sede, i documenti informativi devono essere consegnati al cliente dal soggetto incaricato di procedere all'offerta. Al cliente che ne faccia richiesta, prima della conclusione del contratto, deve essere consegnata una copia completa dello schema di contratto idonea alla stipula ovvero – a scelta del cliente stesso – il solo documento di sintesi. Tale ultimo documento deve ora riportare, in maniera personalizzata, le condizioni economiche pubblicizzate nel foglio informativo relativo alla specifica operazione.

Ove siano utilizzate tecniche di comunicazione a distanza, gli intermediari e gli altri soggetti incaricati dell'offerta di operazioni devono, tra l'altro, pubblicare sul proprio sito il Documento generale dei principali diritti del cliente, il Foglio informativo relativo alle operazioni e ai servizi offerti e le eventuali Guide operative; integrare i fogli informativi e i documenti di sintesi con indicazione dei costi e degli oneri specifici connessi con il mezzo di comunicazione utilizzato, nonché dei recapiti dell'intermediario.

Sotto il profilo della disciplina contrattuale, inoltre, sono state introdotte nella Sezione IV ulteriori disposizioni relative al contenuto dei contratti, alle comunicazioni alla clientela (in tema di variazioni unilaterali e di comunicazioni periodiche, se il cliente non recede dal contratto entro sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione, la modifica si intende approvata) e alla stipula di contratti mediante tecniche di comunicazione a distanza.

In definitiva, in sintonia con le più recenti innovazioni in tema di pratiche commerciali scorrette (artt. 20 ss., c. cons.), l'intervento di Banca d'Italia mira a creare uno schema informativo unico a trecentosessanta gradi ed idoneo ad essere adottato in maniera sostanzialmente uniforme nelle tre fasi di comunicazione con la clientela: *informazione al pubblico, informazione precontrattuale, informazione in corso di rapporto*.

Le nuove Istruzioni, infine, puntano l'accento sulla stessa struttura organizzativa. Non a caso una rilevante novità è rappresentata dall'imposizione di alcuni obblighi di carattere organizzativo e procedurale. Nella specie, gli intermediari [fatta eccezione per quegli iscritti negli elenchi (ora albo unico) di cui all'art. 106 TUB], qualora svolgano la propria attività nei confronti di clienti al

dettaglio (ossia, ai sensi delle disposizioni in oggetto, «i consumatori, le persone fisiche che svolgono attività professionale o artigianale, gli enti senza finalità di lucro e le micro-imprese»), sono tenuti ad adottare procedure interne che siano idonee ad assicurare il sostanziale rispetto della normativa vigente in materia di trasparenza (c.d. *compliance*). Dando applicazione al principio di proporzionalità, tali procedure devono consentire, ad esempio, la valutazione della struttura dei prodotti offerti, con riferimento alla comprensibilità, da parte della clientela, della loro struttura, delle loro caratteristiche e dei rischi tipicamente connessi ai medesimi; la trasparenza e la correttezza nella commercializzazione dei prodotti; la possibilità per il cliente di ottenere in qualsiasi momento e in tempi ragionevoli il testo aggiornato del contratto in formato elettronico o cartaceo; la tempestiva restituzione delle spese indebitamente addebitate alla clientela. Le suddette procedure devono essere adeguatamente formalizzate e sottoposte alla valutazione periodica della funzione di conformità (o, in sua assenza, dell'*internal audit*), che svolgerà gli opportuni accertamenti e riferirà agli organi aziendali con periodicità almeno annuale e, comunque, ogni qual volta siano state accertate gravi carenze.

Tutti gli intermediari (senza alcuna eccezione dal punto di vista del soggetto o della tipologia di clientela), inoltre, hanno l'obbligo di adottare procedure per la trattazione dei reclami che rispettino alcuni specifici requisiti (tra i quali l'individuazione di un responsabile e/o di un ufficio indipendenti rispetto alle funzioni aziendali preposte alla commercializzazione dei prodotti, la previsione di tempi massimi di risposta non superiori ai trenta giorni dalla ricezione del reclamo e la pubblicazione annuale di un rendiconto sull'attività di gestione dei reclami con i relativi dati). La funzione di conformità (o, in sua assenza, l'*internal audit*) deve riferire agli organi aziendali, con periodicità almeno annuale, sulla situazione complessiva dei reclami ricevuti, nonché sull'adeguatezza delle procedure e delle soluzioni organizzative adottate.

2. *Il principio di proporzionalità e di graduazione delle tutele*

Illustrata sommariamente la disciplina d'insieme e limitando l'analisi agli aspetti maggiormente significativi dell'intervento di Banca d'Italia, non può non approfondirsi, anzitutto, la *graduazione* delle regole introdotte in relazione al tipo di servizio e alle caratteristiche della clientela. Viene attribuita rilevanza, cioè, a quel principio di *proporzionalità* e di *adeguatezza*, già contenuto nella nota direttiva Mifid e nell'art. 6 TUF, che assurge definitivamente a parametro di valutazione delle condotte poste in essere sia nel settore finanziario sia in quello bancario. Come è stato sottolineato, invero, la normativa in esame pone un problema di tensione fra il (i) *principio di non discriminazione* che è volto a tutelare la (i) massima libertà del cliente ed il (ii) *principio di*

proporzionalità che mira a ingabbiare il cliente in qualità oggettive e precostituite e quindi ne (ii) limita la libertà.

Sulla scorta del principio di proporzionalità, coniugato a quello di non discriminazione, si diversificano gli obblighi in relazione alle diverse caratteristiche dei servizi offerti e dei relativi destinatari, i quali sono a tal fine distinti nelle seguenti categorie, con *graduazione* delle stesse logiche di tutela: 1) consumatore, ossia la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta; 2) clientela (o clienti) al dettaglio, ovvero i consumatori, le persone fisiche che svolgono attività professionale o artigianale, gli enti senza finalità di lucro e le micro-imprese; 3) cliente, ossia qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, che ha in essere un rapporto contrattuale o che intenda entrare in relazione con l'intermediario (Sezione I, art. 3). Le Disposizioni di Vigilanza prevedono che la classificazione della clientela debba avvenire prima della conclusione del contratto e che possa successivamente essere modificata, qualora ne ricorrano i presupposti. Non sembra, invero, che le disposizioni in esame abbiano introdotto uno specifico diritto del cliente ad essere espressamente informato della categoria attribuitagli; ciò malgrado, un tale obbligo informativo potrebbe desumersi da un più generale dovere di correttezza e buona fede. In ogni caso, in sede di successivi chiarimenti, Banca d'Italia ha comunicato di ritenere che spetti esclusivamente all'interessato chiedere, ove ne ricorrano i presupposti, una nuova classificazione. L'intermediario, dunque, non potrebbe modificare in autonomia la categoria di assegnazione.

Per i consumatori è prevista la standardizzazione delle cosiddette Guide e del Foglio Informativo di alcuni servizi (contratti di conto corrente e mutui ipotecari); nonché la previsione dell'ISC (Indicatore Sintetico di Costo) per i conti correnti. Per i clienti al dettaglio è introdotta, invece, la previsione dell'ISC per le aperture di credito; l'invio di un estratto conto di fine anno riepilogativo di tutte le spese sostenute; in loro favore si applicano, inoltre, gli obblighi di natura organizzativa di cui alla Sezione XI. Nei confronti del cliente che non rientri in nessuna delle due categorie sopra indicate, esclusa da parte di Banca d'Italia l'ipotesi di un esonero totale dagli obblighi di trasparenza, i doveri di condotta sono quelli previsti dal documento in esame, applicabili dunque a tutti i destinatari di servizi bancari e finanziari, eccettuati gli obblighi espressamente riferiti ai soli consumatori e clienti al dettaglio.

Da una prima analisi, anche a livello definitorio, si assiste dunque ad una maggiore rispondenza delle regole di comportamento alle singole fasce di clientela destinataria dei prodotti e dei servizi bancari e finanziari. Sotto ulteriore aspetto, rispetto alla pregressa normativa «a soggetto indifferente», il nuovo documento di Banca d'Italia sembrerebbe tenere in prevalente considerazione (al fine di realizzarne una maggior tutela) la figura del consumatore rispetto alle altre categorie di clienti.

3. *La semplificazione della documentazione e l'adozione di schemi standard. La consegna del contratto. L'Indicatore Sintetico di Costo (ISC) e le Comunicazioni periodiche (riepilogo spese)*

Come già si osservava, la principale strategia di intervento consiste nella semplificazione della documentazione e nell'adozione di schemi standard.

L'obiettivo della trasparenza, da realizzarsi attraverso la comparazione immediata delle varie offerte degli intermediari, dovrebbe attuarsi, nella specie, attraverso una forte innovazione, suggerita da Banca d'Italia, dei principali documenti informativi: per i prodotti e i servizi maggiormente diffusi (conti correnti e mutui destinati ai consumatori), si introduce, per esempio, la previsione di Guide, tendenzialmente definite da Banca d'Italia nel loro contenuto, queste ultime ben salutate dai destinatari e dagli *stakeholders* consultati in sede di formazione della misura regolamentare in esame; ancora: per i conti correnti e i mutui destinati ai consumatori, si fa leva sulla standardizzazione dei Fogli Informativi ad essi relativi; il tutto con un'auspicabile estensione anche ad ulteriori tipologie contrattuali. Occorre inoltre segnalare che nel documento in esame si introduce la standardizzazione di alcuni prodotti e relativi schemi di contratto, per esempio, in relazione al *conto corrente semplice*, finalizzato ad effettuare operazioni base ad una tariffazione estremamente chiara.

Una disciplina *ad hoc* è dettata, poi, anche per il cosiddetto Documento di Sintesi, in relazione al quale si prevede che gli intermediari chiariscano come, pur costituendo esso il frontespizio del contratto, ne è parte integrante solo in presenza di un accordo delle parti in tal senso; gli operatori devono predisporlo soltanto per i servizi commercializzati secondo schemi contrattuali uniformi (esclusi, quindi, quelli oggetto di trattativa individuale); riportarvi soltanto le condizioni e le clausole contenute anche nel Foglio Informativo; per i servizi il cui Foglio Informativo contenga una parte standardizzata, devono standardizzare anche il Documento di Sintesi; farlo coincidere con il Foglio Informativo quando le condizioni dell'offerta non siano personalizzabili (in questo caso al contratto potrà essere unito il Foglio Informativo); farlo coincidere con la sezione del contratto che riassume le condizioni economiche se vi è un accordo delle parti in tal senso.

Si rafforza pertanto l'idea, nel solco dell'art. 117, comma 8, TUB, di un potere di «connotazione» di Banca d'Italia, ovvero di una «normalizzazione» o «amministrativizzazione» dei contratti e dei documenti allegati che «potrebbe certamente, favorire il riequilibrio delle reciproche posizioni delle parti». Sotto tale aspetto, la più rilevante novità, per quanto riguarda la disciplina dei

contratti, consiste nella regolamentazione del contratto denominato conto corrente semplice, imposta proprio nell'esercizio dei poteri di cui al menzionato art. 117, comma 8, TUB.

Tra le ulteriori forme di tutela è possibile annoverare anche la consegna di copia del contratto anteriormente alla stipula. Le innovazioni introdotte a tale riguardo da Banca d'Italia attengono alla gratuità della consegna (a fronte dell'attuale rimborso spese); e alla soppressione dell'attestazione con la quale il cliente dichiara in calce al contratto se intenda o meno avvalersi del diritto in questione (oramai divenuta clausola di stile), sostituendo tale onere con l'adozione di idonee procedure interne dedicate agli addetti alla vendita.

Una delle innovazioni più pregnanti attiene poi, come già si osservava, all'indicazione del c.d. ISC (Indicatore Sintetico di Costo), previsto anche per i conti correnti destinati ai consumatori, ai quali va offerta altresì la possibilità di accedere ad algoritmi di calcolo resi disponibili sul sito della banca o presso altri siti web, al fine di consentire l'elaborazione di ISC personalizzati; viceversa, nei Fogli Informativi e nei Documenti di Sintesi andranno evidenziati ISC riferiti a profili di utilizzo tipo (con operatività bassa, media e alta); inoltre, per le aperture di credito offerte alla clientela al dettaglio, in ragione della complessità di voci che determinano lo stesso ISC, ne viene consentito il calcolo sulla base di esemplificazioni proposte dalla stessa Banca d'Italia e da indicare nei Fogli Informativi e nei Documenti di Sintesi. La logica di fondo è allora quella «di far vedere» il costo nella sua globalità, non di mostrare tutti i relativi «costi» (il c.d. *true and fair view*).

L'intera regolamentazione si chiude con le c.dd. Comunicazioni periodiche (riepilogo spese), alle quali è dedicata la Sezione IV del Provvedimento di Banca d'Italia. Su tale fronte le innovazioni attengono, per lo più, alla previsione di fornire alla clientela al dettaglio un riepilogo delle spese sostenute nel corso dell'anno da inviare assieme all'estratto conto di fine anno; alla semplificazione del Documento di Sintesi nei termini sopra riferiti; alla possibilità per il cliente di scegliere al momento della firma del contratto se ricevere tali comunicazioni periodiche in via telematica o cartacea, con evidenza della differenza dei rispettivi costi da sostenere.

4. *La trasparenza nella comunicazione a distanza*

La nuova Sezione V risulta interamente dedicata alle tecniche di comunicazione a distanza. Da segnalare, in materia, è lo sforzo di Banca d'Italia di definire l'ambito di applicazione della disciplina sull'informativa precontrattuale e sulle comunicazioni non richieste alle offerte effettuate, appunto, a distanza.

A tal fine, vengono esplicitate le condizioni al ricorrere delle quali si ritiene che l'attività sia svolta in Italia ai sensi dell'art. 115 TUB ed i criteri che consentono invece di ritenere che l'offerta non sia rivolta a soggetti residenti o aventi sede in Italia. In attuazione del richiamato principio di

proporzionalità emerge altresì la volontà dell'Autorità di Vigilanza di distinguere la disciplina in esame tra il caso in cui gli intermediari intrattengano rapporti con consumatori e quello in cui i rapporti siano instaurati con soggetti diversi dai consumatori; va menzionata, ancora, la previsione dell'obbligo di pubblicazione su internet dei Fogli Informativi dei servizi offerti in tutti i casi nei quali gli intermediari abbiano un sito web; l'affermazione che anche nelle comunicazioni non richieste effettuate dagli intermediari questi debbano ottemperare agli obblighi posti dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali (d.l. n. 196/2003), come peraltro già ribadito dall'art. 67 *sexies decies* c. cons.

5. *I requisiti organizzativi e la gestione dei reclami*

La consapevolezza in merito all'opportunità che gli intermediari pongano in essere accorgimenti di carattere organizzativo sia al fine di attuare meglio la trasparenza sia allo scopo di presidiare i rischi di natura legale e reputazionale, ha indotto Banca d'Italia ad introdurre la nuova Sezione XI rubricata «Requisiti organizzativi». Essa si applica soltanto quando le attività aventi ad oggetto le operazioni ed i servizi di cui al Titolo VI del TUB sono svolte nei confronti della clientela al dettaglio, salvo per la disciplina dei reclami che si estende a tutti i clienti.

Nella nuova Sezione, che potrebbe, secondo il parere di Banca d'Italia, condurre ad un aumento dei costi di *compliance* (ovvero, come già chiarito, dei costi di controllo di conformità alla normativa), sono contenuti per lo più principi di carattere generale che riguardano: 1) il momento genetico del prodotto o servizio, obbligando a tal proposito gli intermediari a predisporre procedure che verifichino che questi siano comprensibili in termini di struttura, caratteristiche e rischi; 2) il momento della proposta e della contestuale o successiva commercializzazione del prodotto o servizio, sollecitando, in particolare, gli intermediari ad astenersi dall'utilizzo di tecniche idonee a indurre il cliente a selezionare prodotti manifestamente inadatti, nonché ad evitare politiche di remunerazione della rete di vendita che potrebbero incentivare episodi di *misselling* (ossia di vendita di prodotti in spregio ai principi di diligenza e correttezza nei rapporti con la clientela); 3) il momento successivo alla vendita, con riferimento alle richieste che possano provenire dalla clientela, dalla consegna di copia del contratto aggiornato (ove sottoposto a modifiche unilaterali), e la fase della restituzione di somme eventualmente indebitamente addebitate, o della gestione dei reclami che garantiscano ai clienti risposte sollecite ed esaustive.

E proprio alla gestione dei reclami Banca d'Italia attribuisce rilievo, confidando nella riduzione del contenzioso e della conflittualità con la clientela. A tal fine, si dispone l'individuazione di un responsabile e/o di un ufficio, indipendenti rispetto alle funzioni commerciali e alla gestione dei rapporti con i clienti; la possibilità di inoltrare dei reclami da parte della clientela e

di risposta degli intermediari sia attraverso la posta ordinaria sia tramite la posta elettronica; la gratuità per il cliente dell'interazione con il personale preposto alla gestione dei reclami; sono indicate, inoltre, la modalità di trattazione dei reclami; i tempi massimi di risposta non potranno essere superiori a trenta giorni dalla ricezione del reclamo; gli elementi essenziali di ogni reclamo pervenuto e le eventuali misure adottate per risolvere il problema sollevato sono soggetti a registrazione; sono previste, infine, forme di pubblicità, su base annuale, dell'attività di gestione dei reclami. Le risposte degli intermediari dovrebbero a loro volta indicare almeno: 1) ove il reclamo è ritenuto fondato, le iniziative che l'intermediario si impegna ad assumere e i tempi entro i quali le stesse verranno realizzate; 2) ove il reclamo è considerato infondato, un'illustrazione chiara ed esauriente delle motivazioni del rigetto, nonché i necessari riferimenti circa la possibilità di adire il sistema di soluzione stragiudiziale delle controversie previsto ai sensi dell'art. 128 *bis* TUB (per esempio, l'ABF) e della deliberazione del CICR del 29.7.2008, n. 275, ecc.

6. *Le disposizioni più recenti in tema di servizi di pagamento (2010) e di credito ai consumatori (2011)*

Venendo ad esaminare le più recenti novità introdotte da Banca d'Italia in tema di servizi di pagamento (2010) e di credito ai consumatori (2011), occorre premettere che il 30.4.2010 è stato il termine ultimo imposto agli operatori per dare attuazione alla Sezione VI delle nuove Istruzioni di Vigilanza, dedicata appunto ai servizi di pagamento collegati ai c.dd. *strumenti di pagamento*, ovvero a qualsiasi dispositivo personalizzato e/o insieme di procedure concordate tra l'utilizzatore e il prestatore di servizi di pagamento e di cui l'utilizzatore di servizi di pagamento si avvale per impartire un ordine di pagamento (i nuovi artt. 126 *bis* ss. TUB sono dedicati, peraltro, alla medesima materia). Anche in tale settore, centrale rilievo assume l'informativa precontrattuale. È imposto di fornire al consumatore dati sull'intermediario, sulle caratteristiche e sulle regole del servizio offerto, sulle spese e sui tassi di interesse e di cambio, sui mezzi delle comunicazioni, sulle misure di sicurezza da adottare, sulle modalità e sui tempi per le rettifiche, sul recesso, sui reclami, sui ricorsi e sulle sanzioni previste a carico del fornitore del servizio. Prima della conclusione del contratto, le informazioni sono rese tramite un Documento di sintesi. Le modifiche del contratto o delle condizioni e informazioni a esso relative sono proposte espressamente al cliente con preavviso minimo di due mesi rispetto alla data prevista per la loro applicazione. La comunicazione dell'intermediario è effettuata per iscritto. Il contratto può prevedere che le modifiche si ritengono accettate in assenza di un espresso rifiuto entro la data prevista per la loro applicazione; in questo caso la comunicazione precisa tale circostanza e richiama l'attenzione del cliente sul suo diritto di recedere immediatamente e senza spese.

Le variazioni dei tassi di interesse o di cambio in senso favorevole al cliente possono essere applicate con effetto immediato e senza preavviso; quelle in senso sfavorevole al cliente con effetto immediato e senza preavviso a condizione che: *a)* questa facoltà sia espressamente prevista nel contratto con clausola approvata specificamente dal cliente e la modifica dipenda esclusivamente dalla variazione dei tassi di interesse o di cambio di riferimento convenuti nel contratto; *b)* quando la modifica riguarda i tassi di interesse il cliente ne sia informato tempestivamente. Tutte le variazioni dei tassi di interesse o di cambio sono applicate e calcolate in modo tale da non creare discriminazioni tra clienti.

Il cliente può sempre recedere dal contratto senza penalità e senza spese di chiusura. L'intermediario può recedere da un contratto a tempo indeterminato se questa facoltà è prevista espressamente, con un preavviso di almeno due mesi e senza alcun onere per il cliente. Il preavviso è dato in forma scritta.

Con il Provvedimento del 9.2.2011, come già accennato, Banca d'Italia ha introdotto, poi, nel contesto delle Istruzioni di Vigilanza nuove disposizioni di trasparenza in materia di credito ai consumatori. L'intera *regulation* è stata oggetto di consultazione informale con le principali associazioni rappresentative di intermediari e consumatori (non è stata effettuata un'analisi formalizzata di impatto sulla regolazione). Gli operatori devono adeguarsi alle nuove disposizioni entro 90 giorni dalla loro entrata in vigore.

Si conclude così il processo di attuazione della direttiva n. 2008/48/CE, già recepita nel TUB tramite il menzionato d.l. n. 141 del 2010, e con la quale si assiste ad un incremento delle tutele a disposizione di chi stipula contratti di credito al consumo. La nuova disciplina costituisce, infatti, parte integrante delle disposizioni della Banca d'Italia sulla trasparenza e correttezza previste per la generalità dei servizi bancari e finanziari già illustrate in precedenza.

L'intervento in esame è stato immediatamente preceduto dalla emanazione del d.m. 3 febbraio 2011 (pubblicato in *G.U.* 5.2.2011, n. 29), con il quale il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha varato nuove determinazioni in materia di credito ai consumatori intese a promuovere «la trasparenza e l'efficienza del mercato del credito ai consumatori, la diffusione di pratiche responsabili nella concessione del credito e ad assicurare un elevato grado di tutela dei consumatori». Di particolare rilievo è proprio l'art. 5 del d.m. in esame, il quale, ai sensi dell'art. 124 TUB, assegna alla Banca d'Italia il compito di definire, in conformità degli artt. 5 e 6 della direttiva n. 2008/48/CE, l'elenco delle informazioni che il consumatore ha il diritto di ricevere nella fase precedente alla conclusione del contratto di credito. Sotto altro aspetto, prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore assicura che il consumatore possa ottenere agevolmente e gratuitamente chiarimenti che gli consentano di valutare se il contratto proposto sia adatto alle proprie esigenze e alla propria situazione finanziaria. Banca d'Italia, attraverso disposizioni in

materia di organizzazione e controlli interni, disciplina modalità e portata dell'assistenza da fornire in modo da assicurare che i chiarimenti: *a)* rispondano alle domande formulate dal consumatore sulla documentazione precontrattuale fornitagli, le caratteristiche del prodotto offerto, e gli effetti che possono derivargli a séguito della conclusione del contratto; *b)* possano essere ottenuti dal consumatore oralmente o comunque attraverso tecniche di comunicazione a distanza che consentano un'interazione individuale; *c)* siano forniti da personale in possesso di un'adeguata e aggiornata conoscenza dei contratti di credito offerti, dei diritti dei consumatori e della disciplina adottata.

Ciò premesso, nella Sezione in esame, assumono particolare rilievo sia gli obblighi di informazione verso i consumatori – tramite il ricorso esteso a documenti standard per l'informativa precontrattuale e alla pubblicazione di ISC – sia quelli di carattere organizzativo a carico degli operatori. L'obiettivo è, ancora una volta, quello di consentire al consumatore, nella specifica materia del credito al consumo, di selezionare in modo consapevole, tra le varie offerte presenti sul mercato, il prodotto maggiormente adatto alle proprie esigenze. Apposita attenzione è dedicata, inoltre, alla commercializzazione di servizi accessori al credito, come le polizze assicurative, per garantire al consumatore libertà di scelta, informazioni chiare sui costi complessivi, correttezza degli incentivi della rete di vendita. Disposizioni specifiche vengono inoltre dettate per gli affidamenti in conto corrente e le carte di credito con l'obiettivo di realizzare un coordinamento tra la disciplina generale sulla trasparenza e quella specifica del credito ai consumatori.

Il Provvedimento di Banca d'Italia, che attua in buona sostanza la direttiva del 2008 sul credito ai consumatori, riguarda, nello specifico, i seguenti ambiti principali: *a)* la pubblicità e le informazioni precontrattuali; *b)* la valutazione del merito di credito; *c)* la forma e i contenuti dei contratti; *d)* le comunicazioni alla clientela; *e)* il recesso, l'inadempimento del fornitore, il rimborso anticipato; *f)* lo sconfinamento; *g)* l'offerta contestuale di altri contratti insieme a un finanziamento.

Sotto il primo profilo, ovvero in tema di pubblicità ed informazioni precontrattuali, rientrano nella nozione di annuncio pubblicitario tutti i messaggi, in qualsiasi forma diffusi, aventi natura promozionale e tutti i documenti che svolgano funzione di fogli informativi. Gli annunci pubblicitari, che riportano il tasso di interesse, devono indicare tutte le spese comprese nel costo totale del credito, il TAEG, la necessità di sottoscrivere contratti relativi a servizi accessori connessi al contratto di credito. Tra le informazioni evidenziate negli annunci pubblicitari nessuna può assumere più evidenza del TAEG, che deve essere comprensivo di tutti i costi, le commissioni e le spese. In particolare, il TAEG indica il costo totale del credito per il consumatore, espresso in forma di percentuale annua rispetto all'importo complessivo del finanziamento [nuovo art. 121, comma 1, lett. *m)*, TUB]. A séguito dell'intervento del legislatore del 2010, tale indicatore non è più limitato agli interessi e ai costi, ma deve includere anche gli eventuali compensi di intermediari del credito,

le imposte e le altre spese (con la sola eccezione di quelle notarili). Quanto alle sanzioni, la nuova normativa dispone sia la nullità di tutte le clausole del contratto relative a costi a carico del consumatore che non siano stati inclusi nel TAEG o che vi siano stati inclusi in modo non corretto (nuovo art. 125 *bis*, comma 6, TUB); sia un sistema di sostituzione automatica di clausole, in forza del quale, qualora le previsioni contrattuali relative al TAEG risultino affette da nullità, quest'ultimo sarà considerato pari al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali (nuovo art. 125 *bis*, comma 7, TUB).

Già il d.l. n. 141 del 2010, peraltro, aveva imposto che gli annunci relativi ai contratti di finanziamento indichino, in forma chiara e ben evidenziata: *a*) tasso d'interesse; *b*) importo totale del credito; *c*) tasso annuo effettivo globale (TAEG); *d*) eventuali servizi accessori necessari per ottenere il credito; *e*) durata del contratto; *f*) importo delle singole rate (nuovo art. 123 TUB). L'inosservanza degli obblighi informativi comporta l'applicazione di sanzioni amministrative (nuovo art. 144, comma 3 *bis*, TUB), fatta salva, ovviamente, l'applicazione della disciplina sulle pratiche scorrette (artt. 18-27 *quater c. cons.*).

L'informativa nella fase precontrattuale risulta fortemente personalizzata. Prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da una proposta irrevocabile, il finanziatore ha infatti l'obbligo di informarlo, per iscritto, circa le principali caratteristiche del prodotto di credito offerto (nuovo art. 124 TUB). Inoltre, ogni eventuale informazione aggiuntiva deve essere riportata in un distinto documento allegato. Degna di nota, nel senso di garantire una piena e obiettiva informazione del cliente, è la portata del nuovo art. 124, comma 5, TUB, a tenore del quale il finanziatore deve fornire al consumatore chiarimenti adeguati, e deve assicurare a quest'ultimo – prima della conclusione del contratto e per tutto il periodo a disposizione per l'esercizio del diritto di recesso ai sensi dell'art. 125-*ter* TUB – la possibilità di ottenere spiegazioni gratuitamente e con modalità che gli consentano un'interazione individuale con gli addetti. La violazione di questi obblighi comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria (nuovo art. 144, comma 3-*bis*, TUB).

Le informazioni precontrattuali in questione, inoltre, devono essere contenute in un modulo standardizzato – denominato «Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori» – la cui consegna al cliente permette di considerare assolti gli obblighi informativi in commento (art. 124, comma 2, TUB). Tale documento deve essere redatto in conformità al modello previsto nell'Allegato 4C del Provvedimento della Banca d'Italia. Accanto al modulo deve poi essere consegnata gratuitamente al consumatore, su sua richiesta, copia della bozza del contratto di credito (art. 124, comma 4, TUB). Le disposizioni attuative prevedono, infine, che l'avvenuta acquisizione del documento da parte del consumatore deve essere attestata per iscritto. È stato recentemente richiesto, da parte degli operatori, se la sottoscrizione appena ricordata possa essere accorpata con

quella, richiesta dalla legge, relativa all'approvazione da parte del cliente delle clausole vessatorie contenute nel contratto. Considerata la diversa finalità alla quale le due sottoscrizioni sono preordinate e, soprattutto, la necessità di richiamare specificamente l'attenzione del cliente su entrambe le circostanze (consegna dell'esemplare del contratto, approvazione delle clausole vessatorie), la Banca d'Italia ha fatto presente che le firme vanno acquisite separatamente.

Il Provvedimento attuativo sulla trasparenza specifica che anche l'intermediario del credito, di cui il finanziatore eventualmente si avvalga, è tenuto all'assolvimento degli obblighi informativi precontrattuali testé menzionati. Questi obblighi, tuttavia, non si applicano ai fornitori di merci o prestatori di servizi che agiscano come intermediari del credito a titolo accessorio. Peraltro, qualora nell'offerta di contratti di credito il finanziatore si avvalga di questi soggetti, questi rimane comunque in dovere di garantire che il consumatore riceva, anche tramite l'intermediario del credito, le informazioni e l'eventuale assistenza necessarie.

Un'importante novità attiene alla valutazione del merito di credito in fase di stipulazione o modifica del contratto. A tale riguardo, il nuovo art. 124-*bis* TUB sancisce che il finanziatore – prima di concludere il contratto di credito o di concedere al consumatore un aumento significativo dell'importo totale del credito – è tenuto a valutare il merito creditizio (c.d. *credit scoring*) del consumatore, sulla base delle informazioni fornite da quest'ultimo o anche consultando, ove necessario, una banca dati pertinente. Le disposizioni attuative di Banca d'Italia specificano che i finanziatori assolvono tale obbligo, applicando le procedure di valutazione e monitoraggio del merito creditizio dei clienti già previste ai fini della sana e prudente gestione dei soggetti vigilati. Sul fronte delle sanzioni, Banca d'Italia può adottare, ove necessario, provvedimenti specifici nei confronti dei singoli operatori riguardanti anche la restrizione delle attività, il divieto di effettuare determinate operazioni, di distribuire utili o altri elementi del patrimonio, nonché di pagare interessi.

In tema di forma e contenuti dei contratti, i contratti di credito devono essere redatti in forma scritta e, in caso di inosservanza, il contratto è nullo (art. 125-*bis* TUB); la nullità può essere fatta valere esclusivamente dal consumatore. I contratti, inoltre, devono riportare in modo chiaro tutte le informazioni rese in fase precontrattuale. La consegna della copia cartacea va ora attestata mediante apposita sottoscrizione del consumatore, ulteriore rispetto alla firma del contratto, da apporre sull'esemplare del contratto conservato dal finanziatore.

Il testo del contratto deve indicare «in modo chiaro e conciso» le informazioni essenziali dell'operazione. Tra di esse rientrano tutte quelle già indicate nel documento precontrattuale (foglio europeo), con l'aggiunta del nome e indirizzo del consumatore; in caso di contratti di credito collegati, dell'indicazione dei diritti spettanti al consumatore per l'inadempimento del fornitore dei beni o dei servizi (art. 125-*quinquies* TUB); dei mezzi di tutela stragiudiziale di cui il consumatore

può avvalersi ai sensi dell'art. 128-*bis* TUB (per esempio, dell'ABF), delle modalità per accedervi; delle ulteriori condizioni eventualmente previste nel contratto; dell'indicazione che il finanziatore è soggetto ai controlli esercitati dalla Banca d'Italia. Peraltro, già il nuovo testo del TUB introduceva espressamente la nullità del contratto di credito in caso di mancanza delle informazioni essenziali riguardanti il tipo contrattuale; le parti; l'importo totale del finanziamento; le condizioni di rimborso (art. 125-*bis*, comma 8, TUB).

Quanto alle comunicazioni alla clientela, ove vengano stipulati contratti di credito di durata, viene posto a carico del finanziatore l'obbligo di fornire al cliente comunicazioni periodiche sullo svolgimento del rapporto (art. 125-*bis*, comma 4, TUB). Le disposizioni attuative di Banca d'Italia precisano che la comunicazione va effettuata almeno una volta l'anno, e che deve rivestire la forma scritta. Inoltre, quando in un contratto di durata il finanziatore si sia riservato la possibilità di apportare delle modifiche unilaterali delle condizioni contrattuali, tali variazioni devono essere comunicate al consumatore – a pena di «inefficacia» – con un preavviso minimo di trenta giorni; e quest'ultimo avrà la facoltà di recedere senza spese dal contratto entro sessanta giorni (art. 118 TUB). Se la modifica ha ad oggetto il tasso di interesse, la comunicazione al consumatore deve indicare le eventuali conseguenze della modifica sull'importo e sulla periodicità delle rate. Il Provvedimento di Banca d'Italia consente al consumatore di recedere dal contratto di credito entro quattordici giorni dalla conclusione del contratto o, se successivo, dal momento in cui riceve tutte le indicazioni e le informazioni ad esso relative. Il recesso si estende automaticamente ai contratti relativi a servizi accessori. Il consumatore, inoltre, può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore. In tal caso questi ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito.

Ulteriore tutela attiene ai contratti di conto corrente (con o senza una previa apertura di credito), nei quali sia prevista la possibilità di uno sconfinamento da parte del consumatore. In tal caso, l'art. 125-*octies* TUB prevede che in caso di sconfinamento consistente che si protragga per oltre un mese, il creditore comunichi al consumatore, in forma scritta: *a*) lo sconfinamento; *b*) il relativo importo; *c*) il tasso di interesse; *d*) le penali, le spese o gli interessi di mora eventualmente applicabili. Le disposizioni di Banca d'Italia specificano che lo sconfinamento si intende consistente quando riguarda un importo pari o superiore: *a*) a 300 euro (quando il contratto di conto corrente non prevedeva anche una apertura di credito); oppure: *b*) al 5% dell'importo totale disponibile previsto nell'eventuale contratto di apertura di credito. La comunicazione dello sconfinamento deve essere effettuata entro tre giorni lavorativi successivi al compimento di un mese dal momento in cui lo sconfinamento è divenuto consistente.

Da ultimo, sotto l'aspetto dell'offerta contestuale di altri contratti insieme a un finanziamento (c.d. contratti-pacchetto), si incrementa la prospettiva dell'operazione economica

unitaria: pertanto, l'offerta contestuale, accanto ad un contratto di finanziamento, di altri contratti, anche attraverso soggetti terzi, deve essere accompagnata da una serie di cautele particolari che rendano comprensibili per i clienti la struttura, le caratteristiche ed i rischi tipicamente connessi alla combinazione dei prodotti offerti contestualmente.

7. *La trasparenza tra operazione e contratto (con particolare riferimento ai cosiddetti prodotti composti)*

Resta da esaminare, in chiusura, la Sezione III del Provvedimento di Banca d'Italia, dedicata ai contratti aventi ad oggetto servizi e prodotti bancari e/o finanziari. Questi, oggi sempre più considerati nella loro valenza *transipica* in ambito sia interno sia europeo, si connotano per l'insistenza di numerosi *tòpoi* della disciplina comunitaria del contratto, nonché del TUB e del TUF, quali il neoformalismo (salvo che per i servizi e le operazioni occasionali) e gli obblighi informativi *pre* e *post* contrattuali, le nullità di protezione, lo *ius variandi* per giustificato motivo (in precedenza analizzato), ecc.

Risulta poi estremamente potenziato il punto di vista funzionale e teleologico della *contrattazione*. La principale svolta della *regulation* di Banca d'Italia consiste, infatti, nell'aver spostato l'asse di attenzione dall'atto (contratto) all'attività (di impresa) entro la quale l'atto stesso si inserisce. Il profilo finalistico dell'*operazione*, cioè, è destinato a prevalere sulla funzione dei singoli atti; assume rilievo il cosiddetto *contratto quadro*, ovvero quello che disciplina la futura esecuzione di operazioni di pagamento singole e ricorrenti e che può dettare gli obblighi e le condizioni che le parti devono rispettare per l'apertura e la gestione di un conto di pagamento, e ciò con conseguenze di rilievo in ordine alla disciplina dell'operazione stessa complessivamente considerata. Si pensi ancora, in tale direzione, alla rilevanza, in tema di credito al consumo, del c.d. *contratto di credito collegato*, ossia quello finalizzato esclusivamente a finanziare la fornitura di un bene o la prestazione di un servizio specifici [art. 121, comma 2, lett. *d*), TUB], o, meglio, al riferimento all'*operazione commerciale oggettivamente unica* contenuto nella direttiva n. 2008/48/CE [art. 3, lett. *n*)].

La finalità dell'operazione, autonoma rispetto al contratto, si specifica, in altri termini, in diretto rapporto all'attività bancaria e finanziaria. Sì che detta operazione «si colloca nel medio fra l'attività d'impresa e il contratto. Il contratto (i c.dd. contratti di impresa) è lo strumento (giuridico) che consente all'imprenditore di svolgere la propria attività, l'operazione si pone a valle dell'attività ma a monte del contratto». In tale contesto, come si accennava, è stato ben rilevato che «quando l'operazione è composta da una pluralità di contratti, la *finalità* dell'operazione non è data dalla

somma delle *cause* dei contratti utilizzati, ma dal legame funzionale fra di essa e l'attività d'impresa».

Tali osservazioni valgono, segnatamente, non tanto per le operazioni classificate e tipizzate *a priori*, quanto per il rilievo attribuito dalle nuove regole di Banca d'Italia ai c.dd. «prodotti composti» (peraltro oggi sempre più frequenti, complice la nota complessità degli stessi prodotti bancari), ossia a quegli «schemi negoziali composti da due o più contratti tra loro collegati che realizzano un'unica operazione economica». La dottrina più recente ha posto opportunamente l'accento sulla alterità tra *operazione* e *contratto*, nel senso che «le *componenti* del prodotto non sarebbero i *contratti* perfezionati, ma solo le operazioni e i servizi delineati nel programma negoziale contenuto nello schema negoziale». Tale opzione interpretativa è deputata, altresì, a dirimere gli stessi contrasti applicativi tra la *regulation* di Banca d'Italia e le discipline settoriali contenute nel TUB e del TUF, nonché tra il settore di intervento rispettivamente di Banca d'Italia e quello della Consob. Pertanto, la nuova disciplina in discorso dovrebbe applicarsi al prodotto composto/schema negoziale programmatico dell'intera operazione economica e quindi regolerebbe la predisposizione del foglio informativo, degli altri documenti relativi alla trasparenza, della commercializzazione, delle informazioni da acquisire dal cliente, ecc. Mentre ai singoli contratti *collegati* dovrebbero applicarsi le specifiche normative vigenti al momento della stipula degli stessi. Inoltre, «in caso di prodotti composti la cui finalità esclusiva o preponderante sia di *investimento*, si applicano le disposizioni del TUF sia al prodotto nel suo complesso sia alle sue singole componenti, a meno che queste non costituiscano una operazione di credito al consumo» (nel qual caso troverà applicazione quanto previsto dalle nuove Istruzioni di Banca d'Italia). Ne discende che il concreto riscontro della *finalità di investimento*, da condursi in modo elastico e necessariamente casistico, assurge a criterio dirimente per l'applicazione o meno delle nuove Istruzioni esaminate e per l'individuazione della regola di trasparenza più appropriata alle circostanze.

Nel contesto di tale valutazione risulta opportuno, ancora una volta, che l'interprete sposti la propria attenzione sul significato di operazione avente *finalità di investimento* (e non solo sul contratto). Di modo che il principio di *correttezza* «“affiora nei rapporti con i clienti” (concetto più ampio di “rapporto contrattuale”, anche volendo considerare la fase *pre-contrattuale*)».

In definitiva, la tensione verso l'operazione correlata all'attività bancaria e finanziaria globalmente rilevante attestano l'acquisita maturità dell'Autorità, attenta alla dinamica della contrattazione e agli intenti ad essa sottostanti, nella consapevolezza che il paradigma dell'operazione medesima assurge di fatto, da un lato, a strumento di protezione dei contraenti più deboli (i clienti, appunto, com'è nelle intenzioni della Banca d'Italia), dall'altro lato, coerentemente con quanto già ribadito, a strumento di regolazione e di garanzia della concorrenza del mercato bancario e finanziario. Del pari, il concetto sembra oggi ribadito dagli stessi Codici di settore che

riferiscono le clausole e i principi della lealtà, buona fede e correttezza all'intera attività di impresa svolta nei confronti dei consumatori, anziché al singolo atto (cfr., per es., l'art. 39 c. cons.).

8. *Notazioni conclusive*

Si è visto come i principali strumenti di trasparenza sui quali Banca d'Italia sembra puntare maggiormente sono i seguenti: *a)* forme di pubblicità su tassi, prezzi e altre condizioni contrattuali praticate per le operazioni e per i servizi e sui principali strumenti di tutela previsti in favore dei clienti; *b)* requisiti di forma e contenuto minimo dei contratti; *c)* forme di tutela nei casi di variazione delle condizioni contrattuali e comunicazioni periodiche idonee a informare il cliente sull'andamento del rapporto contrattuale; *d)* regole specifiche per il caso di impiego di tecniche di comunicazione a distanza; *e)* requisiti organizzativi volti a presidiare i rischi legali e di reputazione degli intermediari attraverso il mantenimento di rapporti trasparenti e corretti con i clienti. Ed appare evidente che, malgrado le notevoli difficoltà di coordinamento tra le diverse discipline, l'intervento regolativo esaminato va accolto positivamente per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, come osservato, per la prescrizione di un *drafting* contrattuale piano e semplice, che possa condurre all'effettiva comprensione delle informazioni da parte del cliente, in base dunque al livello di *alfabetizzazione* di quest'ultimo. Nella relazione di AIR (Analisi di impatto di regolazione) che accompagna il Provvedimento in esame, tale obiettivo, senz'altro meritorio, risalta prima di tutti gli altri. Vi si legge espressamente, infatti, che «documenti di trasparenza più semplici e leggibili, accompagnati da una adeguata diffusione della cultura finanziaria, consentono alla clientela di effettuare scelte più coerenti con le proprie esigenze. Clienti adeguatamente informati contribuiscono alla disciplina di mercato, incoraggiando la concorrenza e spingendo gli intermediari ad offrire prodotti e servizi di migliore qualità». La consapevolezza di fondo è dunque nel senso che la trasparenza possa attuarsi soltanto a partire da una informazione comprensibile e non alluvionale, pur nel tecnicismo di fondo; e la dottrina ha già iniziato a saggiare l'impatto delle nuove regole proprio sul piano linguistico con esiti interessanti.

Sotto ulteriore aspetto, la *regulation* dell'Autorità è tendenzialmente diventata, nel sistema delle fonti del fenomeno contrattuale bancario e finanziario, una delle misure fondamentali per realizzare la disciplina del mercato, e di qui, il processo di (etero) regolamentazione e di conformazione dei singoli contratti stipulati “a valle” dell'attività di impresa. L'obiettivo meritorio della trasparenza delle operazioni e dei contratti, da più parti auspicato, ma soprattutto il coinvolgimento di tutti i soggetti di mercato interessati (consumatori, imprese, clienti, ecc.), come si evince dalla richiamata relazione di AIR, attribuisce inoltre all'attività di *rule making* della Banca

d'Italia non soltanto intrinseca legittimità formale ma, soprattutto, una forte democraticità sostanziale.

In ultima analisi, poi, sembra doveroso percorrere la strada di coniugare il nuovo apparato di regole, innanzi illustrato, con i principi cardine del sistema italo-comunitario, ai quali, pur in presenza di una normativa di dettaglio, non può rinunciarsi. Autorevolmente si è rilevato, infatti, che «i principi di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza [risultano] ad un tempo sostanziali ed ermeneutici». Di modo che «il problema della armonizzazione massima o minima tra principi e regole, [di recente venuto alla ribalta con l'attuazione della direttiva Mifid], necessita non soltanto di disposizioni scritte ma di una cultura finanziaria, del mercato e della legalità».

Ne consegue che i principi di stabilità, equità, trasparenza, lealtà e correttezza, adeguatezza e proporzionalità, opportunamente ripresi da Banca d'Italia, muovono a presidio del corretto funzionamento della concorrenza e per la tutela della clientela in generale. Merita di essere segnalato, infatti, come con le nuove Disposizioni di Vigilanza sia mutato lo stesso approccio alla concorrenza, che è ora favorito e non solamente salvaguardato, come invece disposto dalle precedenti Istruzioni. Quanto, poi, i principi testé menzionati, quale collante assiologico delle regole fin qui esaminate, saranno suscettibili di attuazione dipenderà molto dalla prassi, dall'interprete e dagli operatori pratici chiamati ad intervenire, specie in chiave di ortopedia giudiziale, sui singoli rapporti in funzione di controllo, come si diceva, non soltanto dei contratti, ma della più generale attività d'impresa.

Il credito alle famiglie consumatrici (Enrico Granata)

Nel 2011 la crisi economico-finanziaria ha inciso sui flussi di credito alle famiglie consumatrici. Difatti, pur registrandosi un aumento dei volumi rispetto al 2010, il tasso di incremento è risultato in discesa secondo una traiettoria che è continuata nel 2012. E' stata attivata una pluralità di strumenti, di matrice privata e pubblica, per favorire, con modalità variegate, l'accesso al credito retail e la sostenibilità dei prestiti a suo tempo contratti. Fra gli strumenti privati il Piano famiglie promosso dal settore bancario attraverso l'ABI, fra quelli pubblici il Fondo solidarietà per i mutui prima casa, il Fondo per i prestiti alle coppie con nuovi nati, il Fondo per l'accesso al mutuo prima casa delle giovani coppie e il Fondo di garanzia per gli studenti meritevoli. Il ruolo svolto dalle misure di sostegno è stato generalmente apprezzabile, in particolare laddove si è intervenuto in tema di sospensione dei pagamenti. Sul fronte normativo il 2011 ha visto seguire all'intensa produzione normativa dell'anno precedente, in particolare con il d. lgs. n. 141/2010 ed il primo correttivo d. lgs. n. 218/2010, una fase caratterizzata da provvedimenti attuativi delle misure legislative. Di recente è stato emanato un secondo correttivo al d. lgs. n. 141/2010 con il d.lgs n. 169 del 19 settembre scorso. La vasta produzione normativa promossa dal Governo Monti ha visto, fra gli altri, interventi sul fronte delle commissioni per affidamenti e sconfinamenti nei contratti di conto corrente e di apertura di credito nonché l'istituzione, presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, di un Osservatorio sull'erogazione del credito.

I dati forniti da Banca d'Italia (Relazione Annuale 2011) segnalano come nell'anno 2011 si sia assistito ad un aumento della consistenza del credito alle famiglie consumatrici rispetto all'anno precedente a fronte peraltro di un marcato rallentamento del tasso di crescita segnalato dalla più contenuta percentuale di incremento rispetto al dato analogo registrato nell'anno precedente (aumento del 2,7% al 31/12/2011 rispetto al 31/12/2010 a fronte del 3,4% registrato al 31/12/2010 rispetto al 31/12/2009).

Si tratta di un rallentamento che è proseguito nella prima metà del 2012 (aumento dell'1,4% al 31 marzo 2012 rispetto al 31 marzo 2011).

Nell'ambito del complessivo rallentamento del trend di crescita dei finanziamenti il comparto del credito al consumo e quello dei mutui per l'acquisto dell'abitazione mostrano maggiori segnali di maggior tenuta rispetto ad altri settori di intervento creditizio.

Con specifico riferimento al settore dei mutui per l'acquisto dell'abitazione, sempre Banca d'Italia segnala la riduzione dell'incidenza delle surroghe (a parità quindi di importo del nuovo finanziamento rispetto a quello residuo del "vecchio") passate dal 13% dello *stock* dei finanziamenti garantiti del 2010 al 9% del 2011 e delle rinegoziazioni delle condizioni contrattuali passate dal 2% del 2010 all'1% del 2011. E' rimasta invece invariata l'incidenza delle sostituzioni (con una percentuale del 3% nel 2010 e nel 2011).

Nel quadro più generale della crisi economica i motivi del rallentamento delle consistenze del credito alle famiglie consumatrici vanno cercati sia sul lato dell'offerta sia su quello della domanda.

Sul lato dell'offerta, a causa dell'impatto della crisi e in particolare di quella relativa al debito sovrano, per la minor capacità di raccolta degli intermediari e su quello della domanda a causa della minor propensione alla contrazione di finanziamenti e dell'andamento dei tassi di interesse.

Quanto sopra in un quadro di deterioramento della ricchezza delle famiglie caratterizzato da un decremento della propensione al risparmio e della ricchezza finanziaria lorda (da 3,4 a 3,2 volte il reddito disponibile).

Le misure a sostegno delle famiglie

Non sorprende quindi che nel contesto sopra sinteticamente delineato siano state poste in essere variegata modalità di sostegno alle famiglie che ne hanno favorito l'accesso del credito o comunque hanno consentito di rendere sostenibile il rimborso di finanziamenti a suo tempo contratti.

Si è trattato di interventi di vario genere, nella forma di concessione di garanzie o di altre modalità di supporto dei prestiti nonché di moratorie nei pagamenti attraverso meccanismi volti ad assicurare un periodo di sospensione in presenza di determinati requisiti.

Si è trattato per lo più di interventi previsti da disposizioni legislative varate negli anni immediatamente precedenti al 2011 di cui è stata avviata l'operatività in tale anno che si traducono in una gamma piuttosto articolata di soluzioni, in parte mirate al superamento o alla gestione del credito nella fase congiunturale della crisi, in parte di natura più strutturale e quindi tendenzialmente permanenti, che testimoniano l'impegno sia del soggetto pubblico sia degli operatori mercato, e nello specifico delle banche e degli intermediari creditizi, per favorire un miglioramento delle condizioni di accesso e di sostenibilità del credito.

Per quanto riguarda gli interventi finalizzati alla sospensione dei pagamenti va innanzitutto citato il "Piano famiglie" promosso dall'Abi già nel 2009 d'intesa con le Associazioni dei consumatori e prorogato nel corso del 2011 fino al gennaio 2013. In base al Piano è consentita la richiesta di una moratoria di pagamenti, per almeno dodici mesi, in relazione a mutui per importi non superiori a € 150.000. E' previsto che il richiedente versi in una situazione di particolare difficoltà economica a causa della perdita del lavoro, anche parziale o di insorte condizioni di non autosufficienza.

L'anno 2011 ha visto anche, nei mesi iniziali, consolidarsi l'attività del Fondo di solidarietà per i mutui prima casa, divenuto operativo nel novembre dell'anno precedente. Anche in questo caso, obiettivo della misura di sostegno è la sospensione dei pagamenti, con specifico riferimento ai contratti di mutuo per l'acquisto dell'abitazione (per un importo massimo pari a € 250.000) e a

beneficio di destinatari con redditi modesti e in situazione di difficoltà economica. Il Fondo interviene nel pagamento di una quota degli interessi. Si tratta in questo caso, come delle altre cui faremo cenno di seguito, di una misura di sostegno che presuppone lo stanziamento di fondi pubblici. A fronte dell'esaurimento dei fondi stanziati per il 2011 (20 milioni di euro) il DL 6/12/2011 n. 201, ha disposto il rinnovo dello stanziamento per altri due anni (20 milioni di euro ripartiti paritariamente tra il 2012 e il 2013).

Il Fondo, istituito con l. 24 dicembre 2007, n. 244, è stato reso operativo con decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze nel 2010, che ne ha affidato la gestione alla CONSAP.

Va inoltre annoverato fra le misure di sostegno del credito alle famiglie il Fondo per i prestiti alle coppie con nuovi nati, istituito con il d.l. n. 185 del 2008. Il Fondo, gestito dalla CONSAP, è stato reso operativo nel 2010; la legge di stabilità per il 2012 ne ha rinnovato l'operatività. Si tratta di un Fondo, istituito presso il Dipartimento per le politiche delle famiglie, volto a favorire l'accesso al credito delle famiglie con un nuovo figlio nato o adottato, attraverso il rilascio di garanzie a banche o intermediari finanziari a fronte di finanziamenti fino a 5.000 euro da restituire entro 5 anni, ai genitori di bambini nati o adottati negli anni 2012, 2013 e 2014 senza limitazioni di reddito.

L'obiettivo di facilitare l'accesso al credito da parte delle giovani coppie è perseguito dal Fondo per l'accesso al mutuo prima casa delle giovani coppie. Il Fondo, costituito con d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, l. 6 agosto 2008, n.133, interviene fornendo garanzia per il 50% del finanziamento; sono previsti, in capo alle coppie beneficiarie, specifici requisiti di età (inferiore a 35 anni) e di reddito (non superiore a 35.000 euro), in relazione all'immobile da acquistare (categoria catastale, superficie) e in relazione al mutuo (fino a 200.000 euro).

Infine merita citazione il Fondo di garanzia per gli studenti meritevoli, istituito con D.L. 2/7/2007 n. 81 e gestito dalla CONSAP, divenuto operativo a partire dal luglio 2011. Tramite il fondo è garantita una percentuale del prestito (pari al 70%) fino ad un importo, spalmato in funzione del corso di studio, pari a 25.000 euro.

Secondo uno studio pubblicato da Banca d'Italia (*"L'accesso al credito in tempo di crisi: le misure di sostegno a imprese e famiglie"*, a cura di L. Bertiloro, L. Carpinelli, P. Finaldi Russo e S. Pastorelli in Quaderni di Economia e Finanza, Gennaio 2012, n. 111), l'impatto sulle famiglie degli interventi di sostegno sopra citati è stato quantitativamente significativo, anche se più contenuto rispetto alle analoghe misure messe in campo a favore delle imprese a fronte della crisi economica. Una particolare incidenza va attribuita alle misure in tema di sospensione dei pagamenti considerata la cospicua percentuale di posizioni debitorie che presentavano difficoltà prima della sospensione le quali, a seguito di tali misure, sono tornate ad essere regolari. La stessa ricerca sottolinea come il

fatto che ci sia stato un forte coinvolgimento delle imprese finanziarie nonché delle loro associazioni di categoria nella definizione delle regole relative al funzionamento dei Fondi (laddove ovviamente si sia trattato di fondi di matrice pubblica) abbia dispiegato effetti più che positivi sulla incisività ed efficacia delle misure di sostegno; inoltre, sempre secondo quanto indica la ricerca, l'adesione alle iniziative da parte delle banche e degli intermediari finanziari, pur essendo in linea di principio volontaria, è stata pressoché totalitaria, impedendo quindi che in fase applicativa si registrassero eventuali effetti distorsivi.

L'attività di regolamentazione del credito nel 2011

Come noto, e come già trattato nel Rapporto dello scorso anno, il 2010 ha visto l'emanazione di importanti provvedimenti legislativi, in primis il d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141, con cui è stata disposta, oltre che l'attuazione della direttiva comunitaria n. 48/2008/CE in tema di credito ai consumatori, un'ampia rivisitazione della disciplina degli intermediari finanziari e in genere degli operatori del settore diversi dalle banche.

Per quanto riguarda gli intermediari finanziari *ex* 106 TUB, è stata disposta l'istituzione di un unico albo degli intermediari che esercitano, nei confronti del pubblico, l'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, abbandonando pertanto la precedente distinzione, funzionale alla sottoposizione o meno alla vigilanza della Banca d'Italia, fra intermediari *ex* art. 106 TUB ed *ex* art. 107 TUB.

A ciò vanno aggiunti gli interventi di rivisitazione dei Confidi attraverso l'istituzione di un nuovo elenco di quelli che esercitano in via esclusiva l'attività di garanzia collettiva fidi nonché le innovative previsioni normative in tema di esercizio del microcredito.

Quanto ai canali distributivi del credito, il d. lgs. n. 141 del 2010 ha proceduto ad un'incisiva regolamentazione degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi, prevedendo per entrambe le citate figure la costituzione di un organismo *ad hoc* che provveda alla tenuta dei relativi elenchi e, *in nuce*, con alcuni compiti di vigilanza.

A prescindere dalle norme applicative in tema di credito al consumatore, anche per i riflessi sulle regole in ordine alla trasparenza, di cui si è dato conto nel Rapporto dello scorso anno e che comunque sono oggetto di attenzione in altra sede di questo rapporto, merita qui citare come il processo di implementazione delle previsioni normative del d. lgs. n. 141 del 2010 sopra citato, in particolare con riferimento a quanto è disposto, innovativamente, in ordine agli intermediari nel settore del credito (da intendersi per tali gli intermediari finanziari di cui al novellato art. 106 TUB nonché i Confidi e i soggetti esercitanti il microcredito) e in ordine ai canali di distribuzione del

credito (agenti e mediatori creditizi) sia tuttora in una fase di “costruzione” e quindi non abbia ancora visto, in misura prevalente, la luce.

Sul versante delle regole si può quindi dire che l’ampio disegno riformatore di cui al d. lgs. 141/2010 finalizzato in ultima analisi ad una modernizzazione del quadro disciplinare in materia di concessione, di accesso e di distribuzione del credito sia tuttora in fase di completamento.

Peraltro anche lo stesso quadro più propriamente legislativo costituito dalle disposizioni dello stesso d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141 e dal d. lgs. correttivo 14 dicembre 2010, n. 218 è stato ulteriormente modificato a seguito della recente emanazione di un secondo provvedimento correttivo tramite il d. lgs. 19 settembre 2012, n. 169, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 230 del 2 ottobre scorso.

La Banca d’Italia ha messo in consultazione nel gennaio 2012 uno schema di “Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari” in attuazione del d. lgs. n. 141 del 2010. La consultazione ha avuto termine nel marzo 2012.

Lo schema contiene disposizioni di ordine all’autorizzazione, all’esercizio dell’attività, al gruppo finanziario, alle attività esercitabili e partecipazioni detenibili, agli assetti proprietari, ai requisiti degli esponenti aziendali, alla organizzazione e controllo ed infine ad alcuni specifici requisiti prudenziali ferma restando la scelta, già a suo tempo effettuata in ordine agli intermediari di cui al previgente art. 107 TUB, di applicare agli intermediari finanziari iscritti nell’albo di cui al vigente art. 106 TUB, un regime di vigilanza equivalente a quello delle banche e delle imprese di investimento.

Le disposizioni di vigilanza in parola, ora che il secondo d. lgs. correttivo del d. lgs. n. 141/2010 è stato varato (ed entrerà in vigore il 17 ottobre 2012), possono essere quindi emanate.

Sul fronte degli organismi previsti dalla legge per la tenuta degli elenchi degli agenti e mediatori creditizi, ma anche dei Confidi e di soggetti esercitanti il microcredito, si registra una situazione variegata.

Per quanto riguarda gli agenti e mediatori creditizi il relativo Organismo è stato costituito nel dicembre 2011. E’ stato avviato dall’Organismo, nel giugno 2012, il processo di iscrizione degli agenti in attività finanziaria nel relativo elenco attraverso la relativa istruzione e l’apertura dei processi di acquisizione e verifica delle domande di iscrizione.

A testimonianza di un quadro di riferimento ancora piuttosto fluido non sono stati invece ancora costituiti gli organismi previsti per la tenuta di elenchi dei Confidi e degli esercenti attività di microcredito.

Restando nell’ambito della normativa primaria emanata nel periodo di riferimento del rapporto che interessa aspetti sostanziali del credito e in particolare la concessione e l’accesso a

finanziamenti possono citarsi, con riguardo all'ampia mole di provvedimenti emanati dal Governo Monti a partire dal dicembre scorso, due aree di rilievo.

La prima è costituita dalla tormentata vicenda legislativa che ha visto, nuovamente rispetto ad interventi recenti, la rivisitazione della disciplina della remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti nei contratti di conto corrente e di apertura di credito. La materia è stata oggetto di più interventi. Dapprima in sede di conversione del d.l. 6 dicembre 2011 ("Salva Italia") con legge 22 dicembre 2011, n. 214, che ha introdotto l'art. 117-*bis* del Testo unico bancario. Successivamente il d.l. 24 gennaio 2012 ha disposto in sede di conversione in legge (l. 24 marzo 2012, n. 27) la nullità delle commissioni di affidamento comunque denominate. Tale radicale previsione, che avrebbe in sostanza messo fuori mercato le operazioni di concessione di linee di credito e gli sconfinamenti, è stata poi temperata, dal d.l. 24 marzo 2012, n. 29, così come convertito con l. 18 maggio 2012, n. 62, che ha ricondotto le ipotesi di nullità alla violazione delle disposizioni applicative adottate dal CICR ai sensi del citato art. 117-*bis*, comma 4, (disposizioni poi adottate con decreto del CICR n. 644 del 30 giugno 2012). Quest'ultimo decreto precisa alla luce del dettato normativo l'ambito di applicazione delle relative previsioni puntualizzando altresì quali oneri possano applicarsi al cliente (consumatore o meno) in caso di affidamenti o di sconfinamenti e in che misura.

Sempre in sede di conversione del d.l. 24 marzo 2012, n. 29, è stata disposta la costituzione, presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, di un Osservatorio sull'erogazione del credito e sulle relative condizioni da parte delle banche alla clientela. L'Osservatorio è composto di esponenti dei Ministeri dell'Economia e delle finanze e dello Sviluppo Economico nonché della Banca d'Italia. E' prevista la partecipazione alle riunioni di rappresentanti delle associazioni dei consumatori, dell'ABI, delle associazioni di imprese e delle società finanziarie regionali. L'Osservatorio ha il compito di monitorare l'andamento dei finanziamenti erogati dal settore bancario e finanziario e le relative condizioni; può a tal fine richiedere dati alla Banca d'Italia che elabora unitamente alle segnalazioni e informazioni ricevute producendo un "Dossier sul credito" con periodicità semestrale. Nel Dossier, oltre all'analisi dei protocolli e accordi volti a sostenere l'accesso al credito, possono essere formulate proposte.

L'Osservatorio è altresì incaricato di promuovere le *best practice* nella gestione dei finanziamenti volte a favorire l'accesso al credito.

E' previsto infine che il Prefetto possa segnalare, motivatamente, all'Arbitro Bancario e Finanziario problematiche relative ai servizi bancari e finanziari ai fini delle relative determinazioni.

Le regole prudenziali

A completamento di questa breve riflessione intesa ad aggiornare il quadro relativo alla disciplina del credito alle famiglie consumatrici sotto il profilo sostanziale, va ricordato che il quadro delle regole prudenziali in essere in materia è restato per lo più inalterato nel corso del periodo di riferimento in attesa dell'implementazione delle innovative regole di cui all'Accordo del Comitato di Basilea finalizzato nel dicembre 2010 in tema di requisiti patrimoniali.

Al momento le istituzioni comunitarie (Commissione, Parlamento e Consiglio) sono al lavoro per il recepimento delle previsioni dell'accordo attraverso gli strumenti normativi europei. Può già rilevarsi sin d'ora come la parte più cospicua degli accordi sarà tradotta nell'ordinamento comunitario attraverso lo strumento del regolamento, piuttosto che con quello della direttiva, e quindi con immediata efficacia negli ordinamenti interni degli stati membri, nell'ottica di evitare disallineamenti normativi a valle delle norme comunitarie, e pertanto distorsioni di mercato, che l'esperienza insegna sono spesso a corredo del processo di implementazione delle norme europee negli Stati membri laddove lo strumento comunitario adottato sia quello della direttiva.

Quanto in particolare alle disposizioni di attuazione di vigilanza l'avvenuta istituzione della European Banking Authority, con compiti di regolamentare tecnica di vigilanza bancaria, comporterà la presenza di un nuovo soggetto regolamentatore, cui le autorità di vigilanza nazionali si affiancheranno, nell'ambito del processo di implementazione delle norme comunitarie.

Si tratta di un processo che a tutti i livelli occuperà intensamente l'ultimo trimestre dell'anno in corso, nella prospettiva di assicurare l'avvio operativo di Basilea 3 dal 1° gennaio 2013, con la gradualità prevista dall'Accordo.

Il ruolo dell'Arbitro bancario e finanziario nella tutela del consumatore (Maddalena Rabitti)

L'Arbitro bancario e finanziario (ABF) è previsto dall'art. 128-bis del TUB, quale organismo deputato a risolvere le controversie in materia bancaria e finanziaria insorte tra intermediari e clienti. In questo triennio di attività il lavoro svolto dall'ABF è andato costantemente aumentando, evidentemente in risposta alle esigenze di tutela manifestate dai clienti nei confronti degli intermediari bancari e finanziari. Il 12 dicembre 2011, Banca d'Italia è intervenuta con disposizioni specifiche in materia precisando i compiti dell'ABF, definendone puntualmente la competenza, l'ambito di operatività e la procedura che deve essere osservata dai ricorrenti per fare valere i propri diritti davanti a questo organismo. Al contempo, sono state date indicazioni anche ai Collegi territorialmente competenti per il corretto svolgimento dell'attività cui sono tenuti. L'analisi svolta mostra come l'obiettivo dell'ABF sia quello di rafforzare, attraverso le decisioni, il legame tra tutela della clientela e tutela del rischio legale e reputazionale degli intermediari, in modo da assolvere alla funzione cui è chiamata la Banca d'Italia di vigilanza e di mantenimento della stabilità del sistema creditizio.

A partire dal 2009, anno dell'istituzione dell'Arbitro bancario e finanziario, si è assistito ad un continuo incremento del numero di ricorsi proposti dai clienti nei confronti intermediari bancari e finanziari, secondo la procedura prevista dall'art. 128-bis del TUB. Nel solo 2011 sono stati infatti presentati 3.578 ricorsi e adottate 2.760 decisioni – di cui il 62% a favore del consumatore – e nel 2012 i numeri sono già sensibilmente in crescita.

Ciò conferma l'importanza di questa figura deputata a risolvere le controversie tra intermediari e consumatori sia per individuare le *best practice* cui devono uniformarsi gli intermediari, sia per rafforzare la fiducia dei consumatori e dei clienti sulla possibilità di vedere tutelati in tempi rapidi e con costi minimi i propri diritti. In questo senso basti osservare i dati forniti dalla stessa Banca d'Italia sull'esiguo numero di casi di inottemperanza alle pronunce emesse dai Collegi da parte degli intermediari, nonostante il fatto che le decisioni dell'ABF non siano vincolanti. Ancor più convince il registrarsi di un numero sempre maggiore di casi che si concludono con dichiarazioni di “estinzione del procedimento” e di “cessazione della materia del contendere”, a prova del fatto che gli intermediari incominciano a tenere conto, già in fase di reclamo o comunque prima della conclusione del procedimento, degli orientamenti assunti dai diversi Collegi dell'ABF e si mostrano più collaborativi con i clienti nella ricerca di una soluzione concordata al problema. Quest'ultimo dato conferma la funzione deflattiva del potenziale carico giudiziario.

Il consolidamento del ruolo dell'ABF come meccanismo di risoluzione delle controversie, efficace e spesso realmente risolutivo, ha tuttavia reso necessario modificare alcune disposizioni che regolano il funzionamento del sistema. Si chiarisce nel Provvedimento di Banca d'Italia del 12 dicembre 2011 a tal fine predisposto che: «L'attività dell'ABF, quale sistema alternativo di risoluzione delle controversie, assume rilievo per il conseguimento di obiettivi di efficienza e

competitività del sistema finanziario: meccanismi efficaci di definizione delle liti incentivano il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni con la clientela; migliorano la fiducia del pubblico nei prestatori dei servizi bancari e finanziari; costituiscono un utile presidio dei rischi legali e reputazionali a beneficio della stabilità degli intermediari e del sistema finanziario nel suo complesso». Queste indicazioni rivelano la natura complessa dell'ABF a cui non è rimessa solo una funzione di tipo “paragiurisdizionale” – individuata peraltro dalla Corte Costituzionale con ordinanza 21 luglio 2011, n. 218 – ma anche di contenimento dei rischi legali e reputazionali delle banche e, conseguentemente, del mantenimento delle condizioni di stabilità degli intermediari e del sistema.

A fronte dell'importanza della funzione svolta si è ritenuto necessario rafforzare la disciplina sia sotto il profilo procedurale, ad esempio, circoscrivendo il limite di competenza temporale dell'ABF, che ora non può più pronunciarsi su controversie riguardanti operazioni o comportamenti antecedenti al 1 gennaio 2009; sia sotto il profilo sostanziale, intervenendo sull'ambito di operatività soggettivo e oggettivo.

Le nuove disposizioni prevedono espressamente che il ricorso possa essere proposto anche per le questioni sorte in fase precontrattuale, specie in relazione a violazione delle norme sulla trasparenza: così, ad esempio, quando il cliente lamenta di non avere ricevuto adeguate informazioni prima della stipula di un contratto di conto corrente. Sul piano soggettivo di operatività della disciplina, si segnala che è mutata la nozione di “cliente”, che ora comprende anche il cliente “occasionale”, e quella di “intermediario”, che si adegua a quanto oggi previsto dalle modifiche a TUB, per cui si intende per “intermediario”: le banche, gli intermediari finanziari iscritti nell'albo previsto dall'articolo 106 del TUB, i confidi iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 112 del TUB, gli istituti di moneta elettronica, Poste Italiane S.p.A. in relazione all'attività di bancoposta, le banche e gli intermediari esteri che svolgono in Italia nei confronti del pubblico operazioni e servizi disciplinati dal Titolo VI del TUB, gli istituti di pagamento.

Nella Relazione sull'attività dell'Arbitro bancario e finanziario per l'anno 2011 presentata da Banca d'Italia, si mette poi in evidenza che il sistema stragiudiziale delle controversie dell'ABF si inserisce in una più ampia azione intrapresa da Banca d'Italia per garantire la trasparenza delle condizioni contrattuali e la correttezza sostanziale nelle relazioni tra banche e clienti. Quest'obiettivo di rafforzamento della trasparenza e della correttezza degli intermediari è infatti indicato tra quelli strategici anche nel “Programma dell'attività normativa dell'area vigilanza per l'anno 2012”. In questa prospettiva è utile segnalare che le pronunce dell'ABF emanate in questo triennio di effettivo funzionamento hanno costituito un fondamentale elemento informativo utilizzato nell'esercizio della funzione normativa e di controllo degli intermediari.

L'ampiezza e la varietà della casistica già disponibile consente di dare conto, sia pure solo per cenni, dell'attività svolta nell'anno dall'ABF.

Le materie oggetto di ricorso si pongono in linea di continuità con gli anni precedenti. I temi più frequentemente trattati relativamente ai rapporti tra le banche e la clientela riguardano: i conti corrente, i contratti di finanziamento, la legittimità delle segnalazioni alle centrali rischi, l'utilizzo fraudolento di bancomat e carte di credito, la trasparenza delle informazioni in fase precontrattuale, contrattuale e in fase di esecuzione del contratto, l'estinzione dei conti, il recesso dai contratti. Particolare attenzione è data poi trasversalmente, come si diceva, al rispetto delle regole sulla trasparenza, che assumono un ruolo centrale in ogni fase del rapporto negoziale, come specificazione del canone di diligenza a cui gli intermediari sono tenuti in tutte le attività che svolgono nell'interesse della clientela.

A questi ricorrenti temi si aggiunge una casistica specifica, che impone all'ABF di confrontarsi con fattispecie nuove, spesso connotate da tecnicismi che richiedono necessariamente una sensibilità giuridica ai componenti dei diversi Collegi nonché un intenso lavoro istruttorio da parte delle Segreterie tecniche. Si rammenta, infatti, che le decisioni dell'ABF hanno un impianto sostanzialmente aggiudicativo che si fonda sull'applicazione delle norme di diritto. A questo riguardo va segnalato che tra le nuove disposizioni emanate a fine 2011 è stata prevista la costituzione di un "Collegio di coordinamento" la cui funzione è quella di dare un indirizzo ai singoli Collegi (Milano, Roma e Napoli) allorché questi assumano a fronte di una medesima questione orientamenti non uniformi. Nella Relazione sull'attività dell'ABF 2011, si chiarisce che questa struttura – a cui partecipano i Presidenti dei tre Collegi territoriali, nonché un membro designato dalle associazioni degli intermediari e un membro designato dalle associazioni rappresentative dei clienti per i tre Collegi – non è né un giudice di secondo grado né un organo a cui possano ricorrere direttamente le parti.

Nelle decisioni dell'ultimo anno si è inoltre data più frequente applicazione all'art. 6, 5 comma 5, della delibera CICR n. 275/2008, secondo la quale la decisione «può contenere indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti».

Non vi è dubbio che i consumatori sono gli attori principali che rendono vitale questo strumento di composizione stragiudiziale delle controversie, specialmente in un periodo come quello attuale caratterizzato da grave crisi economica. La possibilità, ad esempio, di far valere una richiesta di restituzione di una somma indebitamente sottratta da terzi con operazioni fraudolente sulle carte di pagamento, anche se relativa a poche centinaia di euro, può rispondere oggi ad un'effettiva esigenza di tutela che non troverebbe altrimenti soddisfazione. Così come, in un'epoca in cui è verosimile che i consumatori possano avere più difficoltà nel rispettare le scadenze contrattualmente assunte, diventa particolarmente importante il rispetto da parte dell'intermediario

delle regole di diligenza professionale, specie quando si tratta di segnalare alle Centrali dei rischi i nominativi dei debitori in ritardo nel pagamento delle rate di finanziamento. I ricorsi presentati in materia di SIC, si legge nella Relazione di Banca d'Italia sull'ABF, hanno avuto un incremento tra il 2010 e il 2011 del 53%. Alcuni di essi hanno avuto ad oggetto il tema del recesso del cliente o dell'intermediario dal rapporto di conto corrente. L'ABF ha richiamato il principio della libertà di recesso, dichiarando scorretto, ad esempio, il comportamento dell'intermediario che rifiuti di procedere all'estinzione del conto nel caso in cui questo presenti un saldo negativo.

Progressiva rilevanza assume nelle decisioni dell'ABF, da un lato, l'adeguatezza degli assetti organizzativi dell'intermediario e, dall'altro, la ragionevolezza dei comportamenti dei clienti.

Un attento bilanciamento degli interessi coinvolti si coglie da parte dell'ABF anche nel valutare la fondatezza delle domande di risarcimento del danno, peraltro molto frequenti. Su questi aspetti i Collegi applicano le norme del codice civile e si allineano alle posizioni espresse dalla Cassazione, cercando tuttavia di valutare le circostanze del caso concreto come rappresentate dalle parti e di dare una valutazione equitativa del danno risarcibile quando la richiesta appare fondata.

In conclusione, dal complesso dell'analisi condotta emerge l'impegno di Banca d'Italia per potenziare questo strumento in modo da renderlo adeguato alle aspettative dei ricorrenti, sia in termini di risorse, sia di organizzazione, sia di rispetto dei tempi previsti dalla procedura che si caratterizzano per essere particolarmente brevi (60 giorni dal momento della presentazione delle controdeduzioni alla decisione del Collegio).

Composizione delle crisi da sovraindebitamento e tutela del consumatore: un cantiere ancora aperto (Alfonso Ingenito)

La situazione di grave crisi che imperversa da ormai diverso tempo, unitamente all'incremento del ricorso al credito al consumo, hanno reso improcrastinabile la predisposizione di un istituto tale da porre rimedio alle situazioni di squilibrio e dissesto patrimoniali dei debitori non assoggettabili alle ordinarie procedure concorsuali, ivi compresi le famiglie ed i singoli consumatori.

Con l. n. 3 del 2012, il legislatore italiano ha, per la prima volta, ed all'esito di un tortuoso iter normativo, introdotto nell'ordinamento giuridico nazionale un procedimento dedicato alla composizione delle crisi da sovraindebitamento, allineandosi, in tal modo, agli ordinamenti degli altri Paesi dell'Unione europea.

In ragione della problematicità e delicatezza dei profili coinvolti, relativi sia a scelte afferenti la politica del diritto, sia ad aporie dal carattere prettamente giuridico e sistematico, le soluzioni predisposte dalla l. n. 3 del 2012, tutt'altro che definitive, sono attualmente oggetto di un percorso legislativo ancora in fieri, del quale è auspicabile una conclusione idonea a perseguire e conciliare, in punto di virtuoso equilibrio, l'irrobustimento della tutela dei consumatori, e la crescita economica del Paese.

SOMMARIO: 1.- Introduzione. – 2. Il tortuoso *iter* legislativo della l. n. 3 del 2012. – 3. L'attuale procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento. – 4. Il d.d.l. di modifica della l. n. 3 del 2012.

1. Introduzione

Con l. 27 gennaio 2012, n. 3, pubblicata in G.U. del 30 gennaio 2012, n. 24 ed entrata in vigore il 29 febbraio 2012, il legislatore nazionale è intervenuto, per la prima volta, a disciplinare il nuovo istituto della composizione delle crisi da sovraindebitamento, colmando, in tal modo, un vero e proprio *gap* normativo dell'ordinamento giuridico italiano rispetto a molti ordinamenti stranieri e, in particolare, alla pressoché totalità di quelli appartenenti all'Unione europea che, da tempo, regolano un procedimento specificamente deputato a far fronte alle situazioni di dissesto patrimoniale e finanziario dei soggetti esclusi dalle ordinarie procedure concorsuali.

La necessità, se non, addirittura, nell'attuale contesto di crisi sistemica, l'urgenza, di una compiuta regolamentazione del fenomeno, *lato sensu*, della c.d. insolvenza civile, trova ragione nelle dinamiche finanziarie e creditizie proprie delle moderne economie di mercato nel contesto globale, europeo ed infine nazionale, in considerazione del ruolo sempre crescente che ivi hanno acquisito, quale volano di crescita e sviluppo, per un verso, i consumatori, e, per altro verso, le piccole realtà imprenditoriali ed artigiane, le quali, soprattutto in Italia, rappresentano la trama portante del tessuto produttivo del Paese.

Si palesano, al contempo, le aporie che la disciplina dell'insolvenza civile inevitabilmente implica, sottende e comporta, con riferimento ad una poliedricità di profili che è possibile, in un'ottica di inquadramento sintetico e generale, identificare lungo due fondamentali direttrici, connesse ma suscettibili di autonoma considerazione.

La prima, attiene al piano delle scelte di politica del diritto, compito assai delicato cui è chiamato il legislatore, al quale spetta, essenzialmente, di delineare uno strumento relativo alla composizione delle crisi da sovraindebitamento che sia in grado di collocarsi ed operare in modo efficiente ed efficace sul difficile crinale del perseguimento degli obiettivi e degli interessi, spesso non convergenti, di natura sia prettamente pubblicistica (a beneficio, ad esempio, del funzionamento del mercato nel suo complesso o della deflazione del contenzioso giudiziario ordinario) sia squisitamente privatistica (qui assumendo particolare rilevanza la circostanza che la tutela e l'assistenza di cui il consumatore è opportuno che sia destinatario - ove versi in una situazione di dissesto patrimoniale, - si presentano quale auspicabile e consequenziale *pendant* dello sviluppo che il fenomeno del credito al consumo ha avuto soprattutto in tempi recenti).

La seconda direttrice ha, invece, riguardo al piano afferente il diritto positivo, e, in particolare, dapprima alla concreta configurazione tecnico-giuridica del nuovo istituto, e, una volta avvenuta, all'impatto che quest'ultimo è destinato ad assumere nell'ottica di un suo inquadramento sistematico alla luce sia degli affini istituti di matrice genuinamente concorsuale, sia dei principi generali che dominano la materia civilistica e commerciale.

Attualmente, infatti, il principio della responsabilità patrimoniale consacrato nell'art. 2740 c.c., un tempo intangibile, sembra destinato ad una sempre maggiore erosione, resa ineludibile dalle attuali dinamiche del mercato e dalle mutate esigenze che le stesse manifestano.

D'altro canto, ulteriore fattore di complicazione è costituito dalla intrinseca problematicità tecnica e giuridica dei modelli concordatari, cui la procedura di sovraindebitamento è ispirata, i quali, in ambito schiettamente concorsuale, sono stati assoggettati ad una continua opera di novellazione da parte del legislatore, che, da ultimo, ha nuovamente disciplinato gli istituti concorsuali per la composizione delle crisi delle imprese commerciali fallibili con d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (c.d. "Decreto Sviluppo") in G.U. del 26 giugno 2012, n. 147, poi convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, in G.U. dell'11 agosto 2012, n. 187.

In tale contesto generale, la l. n. 3 del 2012 può dunque considerarsi attualmente come una mera tappa intermedia di un *iter* legislativo ancora *in fieri*, e che è opportuno ripercorrere sia per sottolineare la delicatezza e la problematicità del tema, sia per illustrare le tendenze dei progetti di riforma tutt'ora in corso, all'esito dei quali v'è da augurarsi che anche l'Italia si doterà finalmente di uno strumento dedicato alla soluzione delle crisi dei soggetti non fallibili, così come già avviene negli altri Paesi dell'Unione europea, tra l'altro, sotto l'egida trasfrontaliera delle norme comunitarie uniformi di cui al Regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio dell'Unione europea, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, in G.U.C.E. del 30 giugno 2000, serie L 160.

2. *Il tortuoso iter legislativo della l. n. 3 del 2012*

Di «sovraindebitamento», in Italia, si è iniziato a discorrere già in seguito alla approvazione della legge n. 108 del 1996, recante “*Disposizioni in materia di usura*”.

Sul medesimo tema, una proposta di legge predisposta dall’Adiconsum, fu presentata in sede parlamentare dall’onorevole D’Angrò nel 2006.

Il primo testo a giungere, però, concretamente al vaglio del Parlamento è stato quello che poi è sfociato proprio nella l. 3 del 2012, il cui originario disegno di legge si deve all’iniziativa dell’Onorevole Centaro, che lo ha presentato in Senato il 30 aprile 2008 (atto n. 307).

Successivamente alla approvazione del Senato, avvenuta il 1 aprile 2009, il disegno di legge Centaro è giunto all’esame della Camera (atto n. 2364), ove la Commissione giustizia lo ha approvato in sede legislativa dopo ben diciotto mesi, ossia il 26 ottobre 2011, apportando però modificazioni che hanno determinato la necessità di un ulteriore passaggio in Senato (atto 307-B).

Mentre il disegno di legge Centaro era ancora in attesa di approvazione definitiva, il Governo Monti ha ritenuto opportuno, in ragione della contingente situazione di grave crisi economica del Paese, accelerare l’introduzione nell’ordinamento italiano di un procedimento volto proprio alla risoluzione delle crisi da sovraindebitamento, emanando il d.l. n. 212 del 2011, entrato immediatamente in vigore il 23 dicembre 2011.

Tale decreto legge era, quanto a contenuti, assai affine, seppur con alcune importanti differenze, al testo del progetto Centaro già licenziato della Camera ed in attesa di definitiva approvazione in terza lettura al Senato.

Per altro, proprio il Senato è stato incaricato di esaminare, in prima lettura, il disegno di legge di conversione del decreto legge Monti n. 212 del 2011.

I gruppi parlamentari del Senato, in ragione dell’avanzato stadio dei lavori relativi al disegno di legge Centaro, e dell’ampia convergenza politica e parlamentare che il testo aveva ormai acquisito, sono pervenuti alla comune intesa di privilegiare l’approvazione proprio del disegno di legge Centaro, rispetto alla conversione del decreto legge Monti.

Conseguentemente, è stata velocemente approvata e pubblicata in G.U. del 30 gennaio 2012 la legge n. 3 del 2012, destinata, come già cennato, ad entrare in vigore il 29 febbraio 2012.

La Camera, poi, in sede di conversione del decreto legge Monti n. 212 del 2011, ne ha soppresso gli articoli da 1 ad 11, relativi al sovraindebitamento, mediante legge n. 10 del 2012, entrata in vigore il 21 febbraio 2012.

Da tutto ciò, consegue, dunque, che a partire dal 30 gennaio 2012, data di pubblicazione in G.U. della l. n. 3 del 2012 e sino al 21 febbraio 2012, data di entrata in vigore della legge di conversione, la materia del sovraindebitamento è stata oggetto di disciplina, contemporaneamente,

del d.l. Monti n. 212 del 2011, immediatamente efficace ma in attesa di conversione, e della l. n. 3 del 2012, già pubblicata in G.U. ma non ancora entrata in vigore.

È importante porre in rilievo la circostanza che dai lavori governativi e parlamentari si evince come l'originaria intenzione del Governo e della Commissione Giustizia in Senato fosse quella di sfruttare proprio il procedimento di conversione del decreto legge Monti n. 212 del 2011 al fine di apportare, nel senso da quest'ultimo indicato, correzioni alla l. n. 3 del 2012 già pubblicata in Gazzetta ufficiale, nelle more della definitiva entrata in vigore.

Tale progetto è stato poi abbandonato, giacché la Camera, durante l'esame del disegno di legge di conversione, ha ritenuto opportuno espungere gli artt. 1-11, relativi al sovraindebitamento, in ragione della complessità, della delicatezza e della problematicità della tematica, e dei tempi eccessivamente brevi nei quali avrebbe dovuto procedere al conseguente esame.

Tutto ciò spiega anche la circostanza per cui, in tempi brevissimi, il Consiglio dei Ministri, il 9 marzo 2012, abbia approvato un disegno di legge recante *“Modifiche alla legge 27 gennaio 2012, n. 3”*, successivamente presentato alla Camera l'11 aprile 2012.

Ben si comprende, allora, come l'attuale l. n. 3 del 2012 sia solo una tappa intermedia dell'*iter* legislativo in materia di sovraindebitamento.

Ne è, infatti, attualmente, in corso alla Camera, presso la Commissione Giustizia, l'esame del disegno di legge di iniziativa governativa di modifica (atto n. 5117).

3. *L'attuale procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento*

Alla luce di quanto esposto, risulta chiaro che a far data dal 29 febbraio 2012 il procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento è quello previsto dalla l. n. 3 del 2012.

In generale, l'attuale istituto è essenzialmente modellato, in una sorta di ibrida osmosi, *ad instar* per un verso, del concordato preventivo e, per altro verso, degli accordi di ristrutturazione (disciplinati, rispettivamente, dagli artt. 160 ss., e 182-bis, della legge fallimentare, nella versione antecedente alle modifiche apportate dal decreto sviluppo n. 83 del 2012), e cioè alla stregua di un accordo a carattere tendenzialmente negoziale e volontario.

In particolare, l'art. 6 della l. n. 3 del 2012, che apre il Capo II, relativo, appunto, al *“Procedimento per la composizione delle crisi da sovra indebitamento”*, nell'intento di rendere immediatamente chiare, come da rubrica, le *«Finalità»* del nuovo strumento, prevede, al comma 1, che *«Al fine di porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili alle vigenti procedure concorsuali, è consentito al debitore concludere un accordo con i creditori nell'ambito della procedura di composizione della crisi disciplinata dal presente capo»*; e, al

comma 2, che *«Ai fini del presente capo, per “sovra indebitamento” si intende una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni»*.

In estrema sintesi, il procedimento regolato dalla l. n. 3 del 2012 è proteso al conseguimento di un accordo tra il soggetto sovraindebitato ed i propri creditori, mediante l'intervento, il contributo e la cooperazione di specifici *«organismi»*, cc.dd. di *«composizione della crisi»*, e sulla scorta di un *«piano»* suscettibile di garantire il regolare pagamento dei creditori non aderenti all'accordo (cfr. art. 7, l. 3 del 2012).

La legge attribuisce alla legittimazione esclusiva del debitore l'iniziativa di dare avvio ed impulso al procedimento di composizione della crisi.

Espunto ogni espresso riferimento alla nozione di «consumatore», la l. n. 3 del 2012 connota la definizione di *«debitore»* in senso negativo, tale essendo chiunque non sia *«assoggettabile alle procedure previste dall'articolo 1 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267»*.

Non v'è dubbio, però, che anche i consumatori e le famiglie, sebbene non espressamente annoverati tra i destinatari dell'istituto, possano accedervi, come dimostrano specifiche previsioni normative (quale, ad es., l'art. 8, comma 3, il quale prevede che l'accordo possa contenere *«eventuali limitazioni all'accesso del mercato del credito al consumo»*), che mal si attaglierebbero ai soli debitori professionisti o imprenditori non fallibili.

Inoltre, sempre quali presupposti di ammissibilità ai fini dell'accesso al nuovo procedimento, oltre alla sussistenza di una situazione di *«sovra indebitamento»* secondo la nozione di cui al citato art. 6, si configura come ulteriore requisito, richiesto al debitore allo scopo di evitare abusi dello strumento, il non aver già beneficiato di analoga procedura, nei tre anni antecedenti la presentazione della afferente proposta.

L'accordo tra debitore e creditori presuppone la predisposizione di un *«piano»* che indichi (cfr. art. 7, l. n. 3 del 2012) le modalità di pagamento dei creditori, le relative scadenze, l'attribuzione di eventuali garanzie, e, tra l'altro *«le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni»*; quest'ultima, in particolare, può essere anche affidata dal debitore ad un *«fiduciario»*, salvo che oggetto di liquidazione siano beni sottoposti a pignoramento, spettando, in tal caso, al Tribunale la nomina del liquidatore.

Più in generale, l'accordo volto alla composizione della crisi tra il debitore e suoi creditori può essere predisposto ed attuato tramite qualsiasi forma, anche, per espressa previsione di legge, mediante la cessione di crediti futuri.

L'avvio del procedimento è segnato dal deposito della proposta di accordo, unitamente alla allegazione di ulteriori documenti (tra cui l'elenco dei creditori e delle somme ad essi spettanti)

presso il Tribunale nel cui circondario il debitore ha la propria residenza o la propria sede, a seconda che sia, rispettivamente, una persona fisica o giuridica (cfr. art. 9, l. n. 3 del 2012).

All'esito, il Tribunale, previa verifica della regolarità formale della proposta, ne dispone la pubblicità nel registro delle imprese, o comunque, nel caso in cui il debitore non sia un imprenditore, idonea comunicazione ai creditori, al contempo fissando la data di una successiva udienza; nel corso di quest'ultima, poi, il medesimo Tribunale, subordinatamente alla verifica della *«assenza di iniziative o atti in frode ai creditori»* ha il potere di vietare, per un periodo non eccedente i centoventi giorni, ai creditori di iniziare o proseguire azioni cautelari od esecutive sui beni del debitore, a beneficio del buon esito dell'intera composizione della crisi da sovraindebitamento (cfr. art. 10, l. n. 3 del 2012).

L'ulteriore fase dell'effettivo raggiungimento dell'accordo prevede l'esplicazione di un ruolo attivo da parte degli organismi di composizione della crisi, i quali, oltre ad aver in precedenza verificato la veridicità dei dati contenuti nell'accordo stesso, e ad aver provveduto ad attestare la fattibilità del piano, devono ora sovrintendere al regolare incedere dell'operazione, essendo, in particolare, deputati alla raccolta delle manifestazioni di voto e di consenso da parte dei creditori.

Il procedimento termina con la fase di omologazione, da parte del Tribunale, dell'accordo, che vi provvederà qualora quest'ultimo, per un verso, sia stato approvato da tanti creditori che rappresentino almeno il 70% dei crediti, e, per altro verso, sia idoneo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei, nei confronti dei quali (purché non titolari di crediti impignorabili) il debitore può altresì beneficiare, al ricorrere di determinate condizioni, e se già previsto dal piano (cfr. art. 8, l. n. 3 del 2012), di una moratoria dall'obbligo di pagamento della durata massima di un anno.

La regolare esecuzione dell'accordo è affidata alle cure dell'organo di composizione della crisi, il quale, tra l'altro, *«risolve le eventuali difficoltà insorte nell'esecuzione dell'accordo e vigila sull'esatto adempimento dello stesso, comunicando ai creditori ogni eventuale irregolarità»* (cfr. art. 13, l. n. 3 del 2012).

Infine, successivamente all'omologazione, l'accordo può essere o annullato, oppure risolto di diritto nel caso in cui il debitore, rispettivamente, compia atti di frode in danno dei creditori, oppure non provveda, entro novanta giorni dalla scadenza, ad onorare i pagamenti nei confronti delle Agenzie fiscali o degli Enti di previdenza o assistenza obbligatorie (cfr. art. 14, l. n. 3 del 2012).

4. Il d.d.l. di modifica della l. n. 3 del 2012

Come rilevato già in sede di prima lettura da attenta dottrina, se le «finalità» del nuovo istituto, quali indicate dal citato art. 6 della l. n. 3 del 2012, sono chiare e del tutto meritorie, le soluzioni pragmaticamente adottate per attuarne una concreta applicazione prestano il fianco a non poche critiche ed incertezze.

Di ciò, invero, sembra cosciente anche lo stesso legislatore.

Ed infatti, la proposta di modifica della l. n. 3 del 2012, cui già si è fatto cenno, trae origine (anche) dalla constatazione dell'insuccesso, che la prassi operativa ha decretato, degli accordi di ristrutturazione, ossia del precipuo «modello» tecnico-giuridico cui si è maggiormente attinti nella configurazione dell'istituto del sovraindebitamento, per come brevemente tratteggiato.

Basti pensare che, secondo le fonti governative, il numero di procedimenti ai sensi dell'art. 182-*bis* l. fall. di cui si è occupato il maggiore Tribunale italiano per mole di lavoro in ambito concorsuale, ovvero quello di Milano, si è attestato sull'esiguo numero medio di venti negli ultimi tre anni; nello stesso arco temporale, i procedimenti della medesima specie trattati dal Tribunale di Roma, sono stati, invece, in media, solo cinque.

Conseguentemente, le modifiche previste alla l. n. 3 del 2012 si prefiggono, quale scopo primario, quello di implementare e rafforzare l'efficacia e la dinamicità operativa dell'istituto del sovraindebitamento rispetto ad una situazione di carenza applicativa non solo attuale, ma, *rebus sic stantibus*, prevedibile anche nell'immediato futuro.

È possibile allora illustrare e sintetizzare le modifiche apportate dal disegno di legge enucleando, anche qui, essenzialmente due direttrici.

La prima è volta ad asseverare formalmente un ampliamento della area di applicazione soggettiva dell'istituto del sovraindebitamento.

Nel comune presupposto (che si traduce poi in condizione di ammissibilità della proposta) che i soggetti sovraindebitati non siano sottoponibili né a fallimento, né alle altre procedure concorsuali, si attua in tal modo una distinzione tra il debitore consumatore, ed un debitore c.d. generico, non consumatore, ma neanche fallibile.

Si prevede, quindi, la chiara attribuzione al consumatore della possibilità di fare ricorso alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento.

Per il consumatore si adotta, per altro, tendenzialmente, la medesima definizione del codice del consumo, e cioè «*debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni prevalentemente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*», con esclusione del riferimento, quanto agli scopi, alla *attività commerciale e artigianale* prevista invece dal codice del consumo.

Nel novero dei debitori non consumatori, si chiarisce inoltre che anche l'imprenditore agricolo può ricorrere al procedimento *de qua*, in tal modo tacitando possibili dubbi sorti in seguito

alla emanazione del d.l. n. 98 del 2011, (convertito in legge n. 111 del 2011), il quale ha esteso proprio agli imprenditori agricoli la possibilità di ricorrere agli accordi di ristrutturazione dei debiti e alla transazione fiscale.

Si può notare come attualmente, pur nella problematicità sottesa all'aspetto, il disegno di legge escluda dal proprio campo di applicazione, o comunque non prenda in espressa considerazione l'imprenditore individuale fallibile, il quale si sia (sovra)indebitato prevalentemente o esclusivamente in ragione di spese non afferenti l'attività imprenditoriale o professionale.

Come diretta conseguenza dell'ampliamento della sfera di applicazione soggettiva, la seconda direttrice enucleabile dalla lettura del disegno di legge attiene allo sdoppiamento, nell'auspicio di una razionalizzazione, dei procedimenti che vengono calibrati a seconda della natura del debitore, in vece dell'unica procedura ora indistintamente prevista dalla l. n. 3 del 2012.

Per il debitore non consumatore, e non fallibile, si prevede così, un procedimento che assuma una connotazione in chiave prettamente concordataria, assoggettando, in sede di omologazione, la vincolatività della proposta omologata al vaglio di convenienza ad opera del giudice.

Per il debitore consumatore, invece, il procedimento è, in ultima analisi, imperniato su di un giudizio di meritevolezza.

In particolare, si prevede che il procedimento di omologazione relativo al c.d. piano del consumatore prescindendo dal consenso dei creditori e si fonda su di un vero e proprio giudizio di meritevolezza in ordine alla condotta del consumatore.

Tale requisito di meritevolezza, a propria volta, è suscettibile di essere scisso in due momenti, di cui il primo consta di una valutazione del carattere di ragionevolezza della condotta del consumatore nella prospettiva dell'adempimento delle proprie obbligazioni; il secondo, in aggiunta, presuppone la mancanza di colpa allo stesso imputabile durante l'insorgenza ed il manifestarsi della situazione di squilibrio patrimoniale.

Nella prospettiva della tutela del consumatore, il giudizio di meritevolezza sembra, dunque, candidarsi ad essere uno tra i profili più problematici dell'intero disegno di legge, presupponendo l'analisi di aspetti socio-economico-comportamentali del consumatore assai delicati, anche a prescindere dall'ulteriore problema, che si pone a monte, relativo al «*merito creditizio*» di cui al novellato art. 124-*bis* TUB, nelle fasi di concessione dei finanziamenti.

Al riguardo, si suole distinguere, su di un crinale teoricamente ineccepibile, ma arduo da calare nelle concrete dinamiche giurisdizionali, tra sovraindebitamento c.d. attivo, che deriva da una cattiva gestione delle proprie risorse economiche e finanziarie, e sovraindebitamento c.d. passivo, dovuto a cause imprevedibili (quali, ad esempio, perdita del lavoro, malattie, separazioni e divorzi).

Gli effetti dell'omologazione del piano del consumatore sono poi regolati in modo analogo a quelli conseguenti all'omologazione dell'accordo del debitore non consumatore.

Tra le molteplici modifiche introdotte dal disegno di legge all'impianto originario della legge n. 3 del 2012, delle quali non è possibile dare compiutamente conto, sono però degne di nota le seguenti.

Innanzitutto, l'introduzione di una eventuale procedura alternativa di liquidazione di tutti i beni del debitore, anche se consumatore, che annovera una singola figura di liquidatore, di nomina giudiziale.

In secondo luogo, la previsione di un *sub* procedimento di esdebitazione, e cioè la possibilità che il giudice disponga, subordinatamente al verificarsi di determinate condizioni, l'effetto di esdebitazione per i crediti non soddisfatti, in base all'accordo o al piano, *ad instar* dell'istituto di cui all'art. 142 l. fall.

Ad una valutazione complessiva, tali modifiche, nelle intenzioni del Governo, si inseriscono nel contesto delle azioni di intervento volte a far fronte alla grave e ben nota crisi economico-finanziaria degli ultimi anni.

In particolare, poi, la possibilità che, mediante esdebitazione, si giunga ad azzerare e a cancellare il fardello dei debiti pregressi e non ancora soddisfatti (secondo la consueta formula del *fresh start*), spiega come, nelle parole della relazione illustrativa al disegno di legge, *«l'intervento sia finalizzato, sul piano dell'impatto economico-sociale, a consentire una ripresa della domanda interna attualmente compressa, come chiaramente dimostrano i trend sempre più decrescenti degli indici della propensione al consumo delle famiglie ... e dal versante delle imprese non fallibili ... l'esdebitazione disciplinata nel disegno di legge può certamente favorire il ricorso al credito (e quindi gli investimenti) di soggetti altrimenti tagliati fuori dal circuito creditizio»*.

In sintesi, *«nel medio e lungo periodo il fresh start garantito ai debitori si auspica possa produrre un effetto di spinta sui consumi e, quindi, sulla domanda interna»*.

Si auspica altresì che le modifiche introdotte comportino una deflazione dei procedimenti di esecuzione forzata individuale, con benefici effetti deflattivi anche sulla mole del contenzioso giudiziario ordinario.

In conclusione, il percorso legislativo relativo al sovraindebitamento può, allo stadio attuale, definirsi come un cantiere ancora aperto, essendo al riguardo auspicabile che il Parlamento, in sede di approvazione del disegno di legge di iniziativa governativa, ne colga le potenzialità e porti conseguentemente a compimento la predisposizione di un istituto efficace ed efficiente, in grado di perseguire e conciliare, in punto di virtuoso equilibrio, il rafforzamento della tutela del consumatore e la crescita dell'economia del Paese.

La Consob

Responsabilità della Consob e tutela degli investitori (Alfonso Ingenito)

Il tema della responsabilità civile della Consob nei confronti dei risparmiatori e degli investitori può essere annoverato tra i profili più problematici del panorama giurisprudenziale e dottrinario afferente l'ordinamento giuridico italiano.

Ciò è conseguenza, innanzitutto, delle dinamiche proprie dei mercati finanziari, consistendo, in tal caso, i fattori di maggiore complicazione, sia nella incessante evoluzione delle fonti normative (sullo sfondo della globalizzazione e, a livello europeo, della creazione di un mercato unico dei servizi di investimento), sia nella intricata trama degli assetti e degli interessi, di natura spesso configgente, dei soggetti che ivi operano (essendone alla Consob attribuita anche la delicata funzione di composizione, in punto di vigilanza).

In secondo luogo, la medesima responsabilità assume ulteriori aspetti di complessità relativamente alla propria natura e ad un suo inquadramento secondo le categorie e gli schemi giuridici dell'ordinamento, situandosi in una zona grigia tra illecito contrattuale ed illecito extracontrattuale.

Sullo sfondo di tutto ciò, la questione fondamentale che pone la responsabilità della Consob è riconducibile al perseguimento di un giusto e ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di protezione degli investitori e quelle connesse ad un efficiente funzionamento dei mercati finanziari: la soluzione sembra essere demandata, in primis, alle scelte del legislatore, spettando alla giurisprudenza di supplire ad eventuali sue carenze o imprecisioni.

SOMMARIO: 1. Consob, investitori e mercato finanziario: introduzione. – 2. La responsabilità civile della Consob nella elaborazione giurisprudenziale. – 2.a. Gli sviluppi del quadro normativo fino agli inizi degli anni '90. – 2.b. La parabola interpretativa dell'art. 2043 c.c.: una norma problematica. – 3. I presupposti oggettivi dell'art. 2043 c.c. – 3.a. In particolare, (l'ingiustizia tra) condotta e danno. – 3.b. *Segue*: in particolare, l'elemento soggettivo ed il nesso di causalità. – 4. La responsabilità civile della Consob nel recente quadro normativo.

1. Consob, investitori e mercato finanziario: introduzione

«L'attività della pubblica amministrazione ed in particolare della Consob deve svolgersi nei limiti e con l'esercizio dei poteri previsti dalle leggi speciali che la istituiscono, ma anche dalla norma primaria del neminem laedere, in considerazione dei principi di legalità, imparzialità e buona amministrazione dettati dall'articolo 97 della Costituzione in correlazione con l'art. 47, prima parte, della Costituzione; pertanto la Consob è tenuta a subire le conseguenze stabilite dall'art. 2043 c.c. atteso che tali principi di garanzia si pongono come limiti esterni alla sua attività discrezionale, ancorché il sindacato di questa rimanga precluso al giudice ordinario. L'illecito civile, per la sua struttura, segue le comuni regole del codice civile anche per quanto concerne la cosiddetta imputabilità soggettiva, la causalità, l'evento di danno e la sua quantificazione».

Tale la massima della più recente pronuncia, n. 6681, del 23 marzo 2011 (in *Società*, 2011, 589; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 1121 ss., con nota di B. ANDÒ, «Responsabilità»; in *Società*, 2011, 793 ss., con nota di A. ANELLI, «Quale limite»; in *Resp. Civ.*, 2011, 435 ss., con nota di F. R. FANTETTI, «Responsabilità»; in *Danno e resp.*, 2011, 717 ss., con nota di S. OSELLA, «Il peculiare»; in *Corr. giur.*, 2011, 1280 ss., con nota di B. ZUFFI, «Omessa vigilanza»), con la quale

la Corte di cassazione ha sancito, in via definitiva, la condanna della Consob al risarcimento dei danni patrimoniali in favore degli investitori, sul presupposto di una accertata violazione da parte dell'autorità di vigilanza dei propri poteri e doveri di controllo e garanzia sui quali essi avevano fatto affidamento all'atto dell'investimento finanziario.

L'indagine afferente, *lato sensu*, la responsabilità civile della Consob nei confronti dei risparmiatori-investitori è suscettibile di assumere poliedrica rilevanza sotto una molteplicità di profili a lungo, anche se attualmente ancora non compiutamente, affrontati sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza.

Innanzitutto, siffatta responsabilità ha posto, e tutt'ora pone, questioni e problemi sul piano della propria ontologica specificità ed essenza, relativamente ad un inquadramento della stessa secondo le categorie e gli schemi giuridici dell'ordinamento italiano; in tale ottica, vengono, e/o sono venute in rilievo problematiche afferenti, da un punto di vista sostanziale, la riconduzione della medesima responsabilità all'area contrattuale od extracontrattuale, e da un punto di vista processuale, l'attribuzione delle conseguenti controversie alla cognizione del giudice ordinario od amministrativo.

Su di un piano più lato, inoltre, la responsabilità civile della Consob sembra poter essere assunta quale angolo prospettico del tutto peculiare per una analisi che si allarghi ad una considerazione dell'intero assetto sia dei mercati finanziari, sia dei ruoli e delle posizioni dei protagonisti che ivi operano, potendosi in tal caso ravvisare gli elementi di maggiore complicazione nella fervida e continua evoluzione delle fonti normative. In particolare, sul costante sfondo della globalizzazione, è del tutto noto il susseguirsi, a livello dell'Unione europea, di regolamenti e direttive, e (anche e soprattutto conseguentemente) all'interno dell'ordinamento italiano, di atti la cui natura spazia da quella legislativa primaria a quella regolamentare di attuazione.

In tale ottica generale può evidenziarsi come il tema della responsabilità della Consob ponga in diretta correlazione i due soggetti, ossia la medesima Autorità ed i risparmiatori-investitori, che si collocano agli esatti estremi delle dinamiche del mercato finanziario; assumono, poi, una posizione (solo apparentemente) di sottofondo gli assetti ed il funzionamento dello stesso mercato finanziario (con le conseguenti implicazioni non tanto giuridiche ma più propriamente di politica del diritto), ed il ruolo degli altri soggetti che ivi operano, i c.d. *gatekeepers*, tra i quali vanno annoverati gli intermediari finanziari, gli *sponsors*, le società di revisione legale dei conti, le agenzie di *rating* ed anche i giornalisti finanziari (cfr., proprio da un angolo prospettico afferente la responsabilità, G. FACCI, «Il danno», *passim*).

Per ciò che, invece, concerne Consob ed investitori, può aggiungersi, in via di prima approssimazione e salvi gli ulteriori approfondimenti, quanto segue.

Come noto, la Consob è organo essenzialmente preposto al controllo dei mercati finanziari, in una prospettiva, sempre più «europea» e «globale», tendente primariamente alla composizione dei molteplici e contrastanti interessi che ivi si frappongono, e, in particolare, al riequilibrio, in senso garantista per gli investitori, delle posizioni di questi ultimi rispetto a quelle, più forti, dei soggetti qualificati e/o professionali.

In ragione sia della giustapposizione tra le posizioni di interesse di cui il mercato finanziario è intriso, sia dell'alto grado di tecnicismo necessario per affrontarne un ottimale connubio, la Consob, che a ciò in ultima analisi è deputata, gode, quale autorità indipendente, ancorché pubblica, di ampi poteri discrezionali e di una autonomia anche maggiore rispetto agli organi statali schiettamente amministrativi.

I ruoli della Commissione si specificano e diversificano nelle potestà di vigilanza sia regolamentare e autorizzativa, sia ispettiva e informativa, sia sanzionatoria e repressiva, rilievo particolare assumendo, soprattutto per quel che qui più interessa, la funzione che l'autorità ha in merito al(controllo sul)l'informazione a tutela e garanzia dell'affidamento degli investitori, della correttezza dei comportamenti degli operatori professionali e della trasparenza delle dinamiche dell'intero mercato finanziario.

Ad ogni (manifestazione del) potere della Consob potrebbe, in astratto, corrispondere in capo a quest'ultima una responsabilità in caso di non corretto uso dello stesso, laddove l'esistenza o l'ampiezza di tale responsabilità appaiono strettamente correlate alla previa delimitazione dapprima dello stesso potere e poi del sindacato sull' (illecito) utilizzo dello stesso. In tema di vigilanza informativa, come è stato di recente evidenziato, «la responsabilità della Consob propone un tipo di problema che non attiene propriamente al danno da false informazioni e che, invece, sembra interpellare la funzione del controllo pubblico sull'informazione immessa nel mercato finanziario e la possibilità di renderla direttamente rivolta alla protezione degli investitori *uti singuli*» (M. BARCELLONA, «*Trattato*», 729).

La posizione degli investitori assume in tal modo rilevanza centrale ed essenziale, per diverse ragioni.

È del tutto nota, soprattutto se confrontata con le immediate controparti «forti», l'intrinseca situazione di debolezza in cui versa il modello tipico, benché frutto di astrazione, di consumatore-investitore «medio», in ragione soprattutto delle sue limitate conoscenze tecnico-giuridiche e delle sue modeste risorse economico-finanziarie; queste ultime spesso essendo, al contempo, frutto di oculati risparmi e, proprio per il tramite degli investimenti, speranza di futuro sostentamento o di accresciuto benessere.

Inoltre, come è stato osservato, «nel mercato finanziario, il solo unico criterio di orientamento per chi voglia investire è la valutazione comparata dei rischi e dei rendimenti, la quale

è possibile solo se viene garantita una informazione chiara, precisa e completa su ogni singola offerta e sull'intero mercato in cui quei prodotti sono offerti» (G. FACCI, «*Il danno*» 192).

Un modello astratto di mercato mobiliare che sia efficiente e funzionale presupporrebbe che ciascun soggetto investitore sia da sé in grado di vagliare la bontà, o, quantomeno, l'opportunità delle operazioni finanziarie verso cui decide di orientare le proprie risorse. I costi, in termini sia monetari, che di conoscenze tecniche, relativi ad una siffatta attività di verifica sono insostenibili da parte dei risparmiatori, singolarmente intesi. Al fine, dunque, di non privare lo stesso mercato degli apporti economici degli investitori *retail*, è necessario alleviare questi ultimi da una sopportazione in via autonoma di tali insostenibili oneri di controllo, i quali sono (stati) giustappunto affidati, sia pur in una prospettiva generale, proprio alla Consob.

A tutto ciò deve aggiungersi una ulteriore, basilare considerazione, afferente in particolare al rischio delle operazioni di investimento, che, nelle dinamiche dei mercati mobiliari grava e ricade, in prima battuta, pressoché interamente sui singoli investitori, donde la necessità di una loro maggiore tutela. E di ciò si ha una percezione ancora migliore ove si pensi che il medesimo rischio è invece sopportato innanzitutto dagli intermediari nel caso di prestazione di servizi aventi natura bancaria od assicurativa (cfr. R. COSTI, «*Tutela*», 773). Anticipando argomenti oggetto di successiva trattazione, può ancora osservarsi come siffatta circostanza possa desumersi anche dal dato prettamente normativo, laddove, paragonando l'art. 5 rispettivamente del TUF e del TUB, entrambi rubricati «*Finalità e destinatari della vigilanza*» il legislatore ha espressamente menzionato «*la tutela degli investitori*» soltanto nell'articolo del testo unico relativo ai mercati mobiliari.

Anche in virtù di tali considerazioni, il tema della responsabilità civile della Consob nei confronti degli investitori sembra trascendere, su di un piano euristico, i confini propri di se stesso, nel momento in cui implica e presuppone una accurata analisi dei due elementi su cui, sostanzialmente, si fonda e che, come visto, sono: (i) da un lato, l'esatta identificazione e delimitazione dei poteri (*rectius*, potestà) della Consob, necessarie sia per valutare la liceità o illiceità del loro uso, sia, conseguentemente, per asseverare l'*an* o il *quomodo* della sussistenza della responsabilità dell'autorità di vigilanza; (i) dall'altro lato, l'esatta qualificazione della posizione giuridica soggettiva degli investitori, suscettibile di lesione e meritevole di tutela.

Può subito affermarsi che la dottrina ha privilegiato l'analisi di tale secondo elemento, trascurando per lo più il primo, fatta, in parte, eccezione per l' «aspetto rappresentato dalla ampiezza dei poteri di verifica sui dati contenuti nel prospetto informativo» (cfr. A. ANELLI, «*Quale limite*», 801).

Eppure la piena complementarietà, sul piano per così dire, fisiologico, tra potestà della Consob e diritti dell'investitore, e su quello patologico, tra responsabilità della prima e tutela dei secondi, dovrebbe indurre ad analisi e riflessioni approfondite su entrambi i menzionati aspetti.

Questi ultimi, si presentano, dunque, come i lati di una medesima medaglia; la separazione puramente concettuale tra i due sembra però opportuna ai fini della ricostruzione del tema della responsabilità della Consob sia nella applicazione giurisprudenziale, sia nella disciplina normativa più recente, tali essendo gli argomenti oggetto di prossima trattazione.

2. *La responsabilità civile della Consob nella elaborazione giurisprudenziale*

2.a. *Gli sviluppi del quadro normativo fino agli inizi degli anni '90*

Una chiara esposizione delle tematiche in oggetto presuppone un breve *excursus* di peculiari eventi verificatisi coevamente a far data dagli anni '70 del secolo scorso.

Innanzitutto, è proprio in quel periodo che in Italia la disciplina della intermediazione finanziaria e mobiliare, fino ad allora (anacronisticamente) appiattita sulla legge bancaria datata 1936, inizia ad assumere una propria autonoma fisionomia.

Infatti, anche il legislatore nazionale, pressato dalla tristemente nota vicenda relativa al *crack* della Banca Privata Italiana del finanziere Michele Sindona, ha, probabilmente *ad instar* della *Securities exchange commission*, risalente, negli Stati Uniti, al 1934, affrettato l'istituzione, con d.l. 8 aprile 1974, n. 95, convertito in l. 7 giugno 1974, n. 216 (in G.U. del 8 giugno 1974, n. 149), di una *Commissione nazionale per le società e la borsa*, affidandole, agli albori, essenzialmente un'area di competenze coincidente con quella desumibile dalla stessa denominazione della Commissione, così attribuendole funzioni di controllo sia sulla borsa, sia sulla trasparenza degli emittenti ivi quotati, oltre che tutti i poteri relativi e alla organizzazione ed al funzionamento della borsa valori, e alla ammissione dei titoli a quotazione.

Dal 1974 ad oggi il settore italiano dei mercati mobiliari, e, correlativamente, l'assetto, le funzioni ed i poteri della Consob, hanno assistito ad una rapida ed ininterrotta evoluzione normativa, cui ha dato ulteriore impulso, soprattutto dagli anni '90 in poi (l'obbligo di adeguamento al) diritto comunitario (ora, diritto «*dell'Unione*»).

Successivamente alla costituzione, nel 1977 (con l. 23 febbraio, n. 49 - in G.U. del 3 marzo 1977, n. 60 - poi abrogata dall'art. 214, comma 1, lett. w), TUF), di un nuovo mercato, di tipo «ristretto», regolamentato sulla falsariga della borsa valori e destinato alla negoziazione dei titoli emessi dalle PMI, è con la l. 23 marzo 1983, n. 77 (in G.U. del 28 marzo 1983, n. 85, poi abrogata, «a eccezione degli articoli 9 e 10-ter» dall'art. 214, comma 1, lett. x), TUF) che, oltre alla istituzionalizzazione dei fondi comuni di investimento, alla introduzione della disciplina della

gestione su base collettiva ed alla completa novellazione delle norme della l. 216/1974 sulla sollecitazione del pubblico risparmio, si assiste, parallelamente alla ampiezza della adottata nozione di «*valore mobiliare*», alla estensione, in senso garantistico per gli investitori, dei poteri e delle funzioni di controllo della Consob all'intero mercato mobiliare (e non solo più a quello di borsa), con esclusione soltanto dei settori bancario ed assicurativo.

Ancora degne di rilievo sono le riforme seguenti. In particolare, l'art. 1 della l. 4 giugno 1985, n. 281, nel modificare l'art. 1 della l. 216 del 1974, conferisce alla Consob «*personalità giuridica di diritto pubblico*» decretandone al contempo una piena autonomia dal potere esecutivo; inoltre, la l. 2 gennaio 1991 (in G.U., 4 gennaio 1991, n. 3, poi abrogata dall'art. 214, comma 1, lett. aa), TUF), emanata posteriormente alla nascita, nel 1988, del mercato secondario dei titoli di stato, istituisce le società di intermediazione mobiliare e ne regola l'attività, rimodella in senso garantista l'intero settore dei mercati borsistici e crea i presupposti per il futuro recepimento delle direttive nn. 93/22/CEE e 93/6/CEE: in sintesi, come rilevato dai magistrati della Corte di cassazione estensori della pronuncia posta in apertura del presente lavoro, tale «*legge di novellazione... accresce i poteri della Consob*» nel senso che l'autorità non è più «*soltanto organo di vigilanza del mercato dei valori, ma è anche organo di garanzia del risparmio pubblico e privato*».

È opportuno interrompere a questo punto dell'evoluzione l'*excursus* relativo alle fonti normative, per il seguente motivo.

Premesso che la giurisprudenza sia di merito che di legittimità ha sempre ricondotto, per il profilo qui in esame, il rapporto tra la Consob e la platea degli investitori all'illecito extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c., e che, secondo un consolidato principio, «*in materia di illecito civile, il criterio della imputazione della responsabilità segue la legge vigente al momento in cui si è verificato il fatto o l'evento dannoso*» (*ex multis*, Cass., 24 settembre 2002, n. 13907, in *Gius*, 2003, 3, 349), risulta chiaro come i più recenti ed autorevoli arresti giurisprudenziali che hanno accertato la sussistenza di una responsabilità civile della Consob nei confronti degli investitori ed il conseguente diritto di questi ultimi ad ottenere un risarcimento del danno patrimoniale si basino su fonti legislative e regolamentari ormai non più attuali rispetto alla data di deposito delle sentenze.

Così, in particolare, è per la pronuncia con la cui massima si è esordito il lavoro, n. 6681, del 23 marzo 2011 della Corte di Cassazione, e che ha riguardo a fatti di causa avvenuti tra il 1989 ed il 1993: all'epoca le fonti esistenti erano appunto da ravvisare essenzialmente nella l. 7 giugno 1974, n. 216, e nella l. 2 gennaio 1991, n. 1.

Così è, altresì, per l'unico ulteriore arresto degno di nota per la sua importanza, che può considerarsi «la prima rilevante pronuncia in materia di responsabilità nei confronti dei

risparmiatori» (D'AMBROSIO, «*La responsabilità*», 302), ossia la sentenza n. 3132 del 3 marzo 2001 della Corte di legittimità, che ha riguardo a fatti avvenuti nel 1983 ed assoggettabili alla disciplina degli artt. 18 e ss. della l. 7 giugno 1974, n. 216, come modificati dall'art. 12 della l. 23 marzo 1983, n. 77.

Ad ogni modo, l'elaborazione giurisprudenziale in tema di illecito della Consob è suscettibile di acquisire rilievo soprattutto al fine di enucleare principi attraverso i quali affrontare successivamente un esame della normativa più recente.

2.b. La parabola interpretativa dell'art. 2043 c.c.: una norma problematica

Nell'ordinamento italiano, l'intero sistema della responsabilità civile (anche detta «aquiliana») si fonda sull'art. 2043 c.c. (cfr. F. GAZZONI, «*Manuale*», 709 ss.), che così recita: «*Qualunque fatto doloso, o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*».

L'affermazione pretoria della responsabilità della Consob verso la clientela *retail*, da ricondursi sistematicamente, sebbene con proprie peculiarità, all'ambito più generale della responsabilità della pubblica amministrazione nei confronti dei privati, si situa all'apice di una complessa evoluzione (soprattutto) giurisprudenziale che, lungi dal potersi definire tutt'ora conclusa, può ritenersi ufficialmente iniziata anch'essa a far data dagli anni '70 del secolo scorso.

Antecedentemente, soprattutto in omaggio alla tradizione giuridica romanistica ed anche in conseguenza della c.d. concezione unitaria dell'illecito penale e civile, si attribuiva all'art. 2043 c.c. una funzione sanzionatoria a fronte di fatti o comportamenti considerati riprovevoli; si assegnava, quindi, alla medesima norma un carattere secondario: si riteneva, cioè, che l'art. 2043 c.c. nel consacrare il principio dell'*alterum non laedere*, presupponesse, ai fini della sua applicazione, che il danno fosse inferto ad una posizione giuridica tutelata *erga omnes* da altra norma primaria; conseguentemente, si limitava l'applicazione dell'art. 2043 c.c. soltanto alle lesioni di diritti soggettivi assoluti (ad. es., diritto di proprietà) ed era pertanto inconfigurabile un diritto risarcitorio dei privati verso la PA, potendo vantare i primi nei confronti di quest'ultima un interesse (al più) legittimo, se non di mero fatto, la cui tutela era affidata al giudice amministrativo sotto il solo profilo dell'annullamento dell'atto di matrice pubblicistica (qualora illegittimo), mentre la questione era preclusa al sindacato del giudice ordinario per motivi attinenti alla giurisdizione, o comunque, al merito della ipotetica pretesa risarcitoria.

Ben si comprende, allora, come i primi arresti giurisprudenziali in tema di responsabilità civile della Consob abbiano negato la sussistenza di una posizione soggettiva degli investitori

intrinsecamente tutelabile avverso gli atti di «alta amministrazione» dell'Autorità di vigilanza (cfr., per tutte, Cass., S.U., 29 marzo 1989, n. 1531, in *Banca, borsa, tit. cred.* 1990, II, 425).

In tempi più recenti, caratterizzati dal generale abbandono di concezioni di stampo liberale a favore di politiche maggiormente improntate al solidarismo, si è invece riconosciuto all'art. 2043, ed al sistema di cui la norma è cardine, una funzione non più sanzionatoria, ma riparatoria, in un'ottica tendente ad una maggiore giustizia allocativa del pregiudizio insito nel danno; ciò ha comportato una serie di conseguenze, prima tra tutte, una parabola giurisprudenziale incline a dilatare le posizioni giuridiche soggettive suscettibili di ottenere tutela risarcitoria aquilana.

È infatti proprio agli inizi degli anni '70, che si sancisce la fine del monopolio dei diritti soggettivi assoluti in campo aquiliano, ad opera della Corte di cassazione a sezioni unite con la sentenza del 26 gennaio 1971, n. 174 (in *Foro it.*, 1971, I, C. 342), relativa al caso c.d. Meroni, alla quale si deve la riconoscibilità del risarcimento del danno anche per la lesione di diritti soggettivi relativi (nel caso di specie, diritti di credito).

Correlativamente, nel corso degli anni '90, iniziano ad affacciarsi al panorama giurisprudenziale timide ed alquanto solitarie pronunce che asseverano la possibilità di una responsabilità aquiliana della Consob nei confronti dei risparmiatori per lesione del loro diritto o alla integrità del patrimonio, o alla libera determinazione nello svolgimento della attività negoziale (cfr. Cass., S.U., 27 ottobre 1994, n. 8836, in *Giur. comm.*, 1996, II, 165 ss.), ossia, in entrambi i casi, posizioni soggettive fortemente criticate dalla dottrina perché ritenute vaghe e dai confini assai incerti.

La cennata parabola giurisprudenziale trova il suo apice nel 1999, con la sentenza del 22 luglio, n. 500 edita dalla Corte di legittimità a sezioni unite e definita «incontrastata *star* del firmamento giurisprudenziale di fine secolo» (A. PALMIERI, «*Responsabilità*», 1142), con la quale gli ermellini, nel ridefinire gli assetti interpretativi dell'art. 2043 c.c., aprono definitivamente la risarcibilità del danno alla lesione di qualunque interesse giuridicamente rilevante, e, quindi, anche agli interessi legittimi dei privati nei confronti della P.A.

Non potendo, in questa sede, dedicare alla pronuncia argomentazioni adeguate alla sua rilevanza, è opportuno riportarne per intero il seguente, significativo, passo: «*la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma (secondaria), volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui. In definitiva, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante. Quali siano gli interessi meritevoli di tutela*

non è possibile stabilirlo a priori: caratteristica del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c., inteso nei sensi suindicati come norma primaria di protezione, è infatti la sua atipicità. Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2043 c.c., è quindi quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un 'danno ingiusto', ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza. Comparazione e valutazione che, è bene precisarlo, non sono rimesse alla discrezionalità del giudice, ma che vanno condotte alla stregua del diritto positivo, al fine di accertare se, e con quale consistenza ed intensità, l'ordinamento assicura tutela all'interesse del danneggiato, con disposizioni specifiche (così risolvendo in radice il conflitto, come avviene nel caso di interesse protetto nella forma del diritto soggettivo, soprattutto quando si tratta di diritti costituzionalmente garantiti o di diritti della personalità), ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili (diversi dalla tutela risarcitoria), manifestando così una esigenza di protezione (nel qual caso la composizione del conflitto con il contrapposto interesse è affidata alla decisione del giudice, che dovrà stabilire se si è verificata una rottura del 'giusto' equilibrio intersoggettivo, e provvedere a ristabilirlo mediante il risarcimento)».

A testimonianza degli effetti propriamente dirompenti di tale pronuncia in tema di illecito aquiliano della Consob, basti considerare che proprio sulla scorta di tale precedente, a distanza di appena due anni, la Corte di cassazione, con il già cennato arresto n. 3132 del 3 marzo 2001, che, si sottolinea, è considerato essere il *leading case* in questa materia (così, G. SCOGNAMIGLIO, «La responsabilità», 699; G. FACCI, «Il danno», 186; A. MORA, «Brevi note», 2182, M. PASTORE, «Consob», 1178) ha affermato come sussistente la responsabilità extracontrattuale dell'autorità di vigilanza nei confronti degli investitori, dopo che questi ultimi si erano visti rigettare la propria domanda sia in primo grado (Trib. Milano, 11 marzo 1996, in *Foro it. Rep.*, 1997, voce *Responsabilità civile*, n. 169) sia in appello (App. Milano, 13 novembre 1998, in *Foro it. Rep.*, 1999, voce *Responsabilità civile*, nn. 274 e 291).

Le precedenti osservazioni permettono ora di affrontare con miglior contezza un esame più approfondito dell'argomento.

3. I presupposti oggettivi dell'art. 2043 c.c.

3.a. In particolare, (l'ingiustizia tra) condotta e danno

Bisogna, innanzitutto, premettere, in generale, che l'art. 2043 sottende, quali presupposti oggettivi per la sua applicazione, (i) un fatto, consistente nella condotta del danneggiante, che può essere sia commissiva che omissiva; (ii) un evento foriero di danno a discapito della posizione soggettiva del danneggiato; (iii) un nesso di causalità tra condotta lesiva ed evento-danno; (iv) la sussistenza, in capo al soggetto autore della condotta da cui è scaturito il danno, di un elemento soggettivo ad esso imputabile, ravvisabile sia nel dolo che nella colpa, quest'ultima graduabile in grave, lieve e lievissima.

Dalla lettura del passo della pronuncia da ultimo riportata si evince come i giudici di legittimità abbiano, in sostanza, ricondotto la risarcibilità del danno alla «*rottura del giusto equilibrio intersoggettivo*» tra danneggiante e danneggiato.

Ciò riporta all'annoso problema relativo alla «*ingiustizia del danno*» ex art. 2043 c.c., sulla quale, in definitiva, si fonda interamente il giudizio relativo alla risarcibilità o non risarcibilità, in via aquiliana, dei pregiudizi patrimoniali subiti.

Come è stato osservato, «l'ingiustizia del danno ha una funzione limitativa affinché il *neminem laedere* non conduca a paradossi, creando obbligazioni risarcitorie per tutte quelle attività umane pregiudizievoli per gli altri: concretizza la necessità di rendere risarcibili solamente quelle lesioni che non possano essere tollerate dall'ordinamento» (S. OSELLA, «*Il peculiare neminem laedere*», 724 s.).

È infatti essenziale stabilire quand'è che il danno subito dagli investitori a causa di condotte della Consob sia ingiusto, e quindi risarcibile, sul presupposto che l'ordinamento italiano non ammette che l'Autorità di vigilanza possa essere chiamata a rispondere, in modo universale, di tutte le perdite puramente economiche (c.d. *pure economic losses*) patite dagli investitori.

Generalmente si ritiene, in estrema sintesi, «*danno ingiusto*», quello, al contempo, *sine* (o *non*) *jure*, ossia non autorizzato dall'ordinamento giuridico (ad es., mediante cause di giustificazione), e *contra ius*, ossia contrario al diritto in quanto lesivo di interessi e posizioni giuridiche rilevanti per il medesimo ordinamento.

La dottrina più recente è, però, orientata ad attribuire più propriamente il carattere del «*sine jure*» alla condotta lesiva, e quello del «*contra ius*» esclusivamente al danno; come, infatti, rilevato, «se la qualifica di 'non autorizzato' è una qualifica che si attaglia non al danno ma al fatto, è concettualmente errato sostenere che il danno deve essere doppiamente ingiusto, poiché i due attributi (*sine iure* e *contra ius*) sono riferibili l'uno al fatto e l'altro al danno. Più correttamente, è necessario che siano integrate le due condizioni: *sine iure* è il fatto ingiusto, perché non autorizzato; *contra ius* è il danno ingiusto, con conseguenze lesive di un interesse giuridicamente rilevante» (F. CARINGELLA, «*Lezioni*», 268).

La scissione tra condotta e danno, pur nell'unitario alveo della responsabilità aquiliana, sembra consentire un approccio ideale all'analisi della correlazione tra le potestà della Consob e le posizioni soggettive degli investitori, ribadendosi comunque che il fine ultimo dell'indagine è accertare il fondamento della «ingiustizia» del «danno» a carico degli investitori.

Mere ragioni di chiarezza nell'ordine argomentativo, suggeriscono di soffermarsi dapprima sulla natura della situazione giuridica dei risparmiatori, suscettibile di essere lesa dall'esercizio dei poteri autoritativi della Consob.

Si può, riassuntivamente, affermare che, sebbene sia questo l'aspetto più meditato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ancora oggi, successivamente alla descritta 'apertura' dell'illecito aquiliano in seguito alla sentenza n. 500 del 1999 della Corte di cassazione, sussistono dubbi ed incertezze in ordine alla esatta qualificazione della posizione soggettiva degli investitori.

La giurisprudenza ritiene, così, per un verso, che si tratti di un vero e proprio diritto soggettivo (cfr. Cass. SU. 29 luglio 2005, n. 15916, in *Guida dir.*, 2005, 38, 43); per altro verso, di «interesse legittimo ...al concreto ed effettivo esercizio della vigilanza pubblica, funzionale alle esigenze (individuali) di tutela del risparmio» (così Cass., 27 marzo 2009, n. 7531, in *Nuova Giur. Civ.*, 2009, 11, 1, 1151); per altro verso ancora, si continua a far riferimento alla sussistenza del diritto alla integrità del patrimonio o del diritto alla libera determinazione contrattuale (cfr. Trib. Milano, 25 luglio 2008, *Sito Il caso.it*, 2009), così richiamando le elaborazioni giurisprudenziali anteriori alla sentenza del 1999, il cui scopo era da ravvisarsi nel tentativo di far assurgere la tutela dei risparmiatori a quella propria dei diritti soggettivi, per consentirne l'accesso al ristoro aquiliano.

Anche la dottrina, dal canto suo non è, anche attualmente, attestata su posizioni univoche, spesso contestando una configurazione sia in termini di diritto soggettivo, che in termini di interesse legittimo (cfr. N. PECCHIOLI, «*Incoraggiamento*», 179 s.; G. SCOGNAMIGLIO, «*La responsabilità*», 713).

Certo è, ad ogni modo, che l'ordinamento attribuisce sicura rilevanza all'interesse proprio dei risparmiatori; ed in ciò, il fondamento normativo più concreto su cui basarsi, specialmente con riferimento alla legislazione vigente all'epoca dei fatti presi in considerazione dalle menzionate pronunce della Corte di cassazione, è l'art. 47 cost., a tenore del quale «*la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme*», essendo stato al riguardo rilevato come tale norma implichi un «diritto alla protezione del risparmio senza necessità di una intermediazione legislativa per renderlo operante nei confronti di tutti» (F. ZATTI, «*La dimensione*», 1469).

Al di là di tale, sia pur essenziale, riferimento costituzionale, sembra, però, palesarsi nella sua fragilità una interpretazione che voglia ricavare l'ingiustizia del danno patito dagli investitori in base al solo carattere «*contra ius*» della lesione.

Probabilmente questo è dovuto soprattutto alla circostanza che «sui risparmiatori l'autorità [di vigilanza] non esercita alcun potere, nel senso che la posizione giuridica ad essi riferita non si collega, né è destinata a 'dialogare' con una relazione di potere facente capo alla pubblica amministrazione» (N. PECCHIOLO, «*Incoraggiamento*», 179).

È allora opportuno analizzare la condotta «*sine* (o *non*) *jure*» della Consob.

L'intricata trama di interessi pubblici e privati di cui è intessuto il mercato mobiliare, fa sì, a ben vedere, che non vi sia coincidenza tra gli immediati destinatari degli atti amministrativi della Consob, ossia i soggetti professionali e/o qualificati sottoposti alle sue varie tipologie di vigilanza, ed i concreti beneficiari del suo agire, i quali sono potenzialmente indefiniti, spaziando dal (buon funzionamento del) mercato nel suo complesso al (la tutela del) singolo risparmiatore *retail* che ivi investe.

In materia d'illecito aquiliano, non è dunque possibile ravvisare una correlazione diretta tra le potestà della Consob ed i singoli investitori; altrettanto indiretta è la posizione soggettiva attiva di questi ultimi nei confronti dell'autorità; donde tutte le difficoltà del caso.

Come autorevolmente ed eloquentemente rilevato «*nel campo di materia individuato dal complesso di poteri e compiti delle autorità di vigilanza sul credito e sul mercato mobiliare, emerge dunque, accanto alla classe delle controversie tra autorità preposta alla vigilanza sul settore di mercato ed operatori del settore soggetti a tale vigilanza, una seconda classe di controversie, che si caratterizza per il tratto di non dare luogo ad un rapporto tra utente del servizio ed autorità che vi è preposta, se non quando il modo in cui la vigilanza è stata svolta o non svolta assurge a fonte di danno*» (Cass., SU, 2 maggio 2003, n. 6719).

Ai fini della responsabilità extracontrattuale verso i risparmiatori, dunque, il «fatto» inteso quale presupposto oggettivo dell'applicazione dell'art. 2043 c.c. è rappresentato dalla condotta della Consob: ciò è da intendersi non tanto (o non solo) relativamente ai suoi singoli provvedimenti, che avrebbero rilevanza causale diretta unicamente nei confronti dei soggetti direttamente vigilati, quanto piuttosto ai comportamenti che l'Autorità tiene a monte della vera e propria attività di estrinsecazione provvedimentoale, in ordine cioè alle modalità di esercizio dei propri poteri, soprattutto di controllo.

In tal senso, è stata perfino messa in rilievo la possibilità della «coesistenza di un atto illegittimo e una condotta lecita come pure una di condotta illecita seppur in presenza di un atto legittimo» (S. OSELLA, «*Il peculiare neminem laedere*», 725).

Rientra infatti tra le possibili forme di manifestazione della discrezionalità tecnica della Consob anche la scelta che si concretizza in una omissione del proprio intervento di vigilanza ispettiva, autorizzativa o sanzionatoria.

Tale considerazione introduce, nella presente analisi, un elemento di notevole importanza: il «fatto» foriero del danno extracontrattuale qui in esame si presenta, nella sua conformazione più frequente ed anzi tipica, quale *condotta di tipo omissivo* da parte della Consob alla quale, in ultima analisi, è imputabile una mancata attivazione delle proprie potestà di controllo e di vigilanza.

Come è stato osservato, «il problema di una tal (eventuale) responsabilità della Consob non nasce, infatti, dall'aver informato in modo falso o incompleto gli investitori, ma dal mancato o insufficiente controllo sulle informazioni che da altri (emittenti, ecc.) sono state prodotte e sono state loro somministrate» (M. BARCELLONA, «*Trattato*», 729).

L'illecito aquiliano che deriva da omissione assume contorni meno definiti rispetto a quello che consegue ad un comportamento commissivo; in particolare, è essenziale sottolineare che l'illecito da omissione può configurarsi soltanto qualora l'autore della condotta omissiva risulti già vincolato al rispetto di un obbligo di protezione o di garanzia.

Il principio è del tutto pacifico in giurisprudenza (cfr., tra le molte, Cass., 31 marzo 2007, n. 8051, in *Corr. Giur.*, 2008, 7, 972, secondo cui «*affinché una condotta omissiva possa essere assunta come fonte di responsabilità per danni, non basta riferirsi al solo principio del neminem laedere o ad una generica antidoverosità sociale della condotta del soggetto che non abbia impedito l'evento, ma occorre individuare, caso per caso, a suo carico, un vero e proprio obbligo giuridico di impedire l'evento lamentato, il quale può derivare, o direttamente da una norma, ovvero da uno specifico rapporto negoziale o di altra natura intercorrente fra il titolare dell'interesse leso e il soggetto chiamato a rispondere della lesione*»).

Diviene decisivo, allora, individuare la funzione alla quale il controllo e, in generale, le potestà dell'Autorità di vigilanza sono preordinate.

La Consob, nelle concrete manifestazioni della propria attività discrezionale è innanzitutto tenuta al rispetto del principio costituzionale di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost., che è possibile declinare ulteriormente nei canoni di imparzialità, economicità, efficienza ed efficacia e che delinea, secondo una recente opinione dottrinale, un vero e proprio «modello astratto di amministrazione» del tutto autosufficiente nell'orientare l'attività della Consob e tale da vincolarla ad «integrare *in melius* le disposizioni» di rango legislativo, sulla base di una «diligenza trascendente il dato strettamente normativo» (Cfr. S. OSELLA, «*Il peculiare neminem laedere*» 720 ss.).

Sempre a livello costituzionale, la norma che invece è suscettibile di colorare di obbligatorietà le funzioni della Consob orientandole alla protezione degli investitori è proprio l'art. 47, nel quale, come sottolineato da attenta dottrina, i Padri costituenti hanno utilizzato, proprio e solo in relazione al «risparmio», il verbo «*incoraggiare*», in luogo dei termini semanticamente affini e più ricorrenti quali «favorire» o «promuovere». «L'incoraggiamento presuppone

un'*attitudine propulsiva* dell'intervento pubblico, il che significa che nel settore in parola esso è chiamato a creare e mantenere uno *stato di fiducia* (costituente la pre-condizione dell'incoraggiamento) e quindi a generare *aspettative* nel pubblico dei risparmiatori, capaci di riverberarsi sul singolo» (N. PECCHIOLI, «*Incoraggiamento*», 66, corsivi dell'Autore).

È soltanto nell'alveo del generale modello di buona amministrazione di cui all'art. 97 che trova la sua collocazione più significativa la funzione di protezione sottesa all'art. 47 Cost., il quale, dunque, correla il corrispondente obbligo della PA (e della Consob) quantomeno ad una posizione soggettiva dell'investitore qualificabile in termini di affidamento nella correttezza e diligenza nelle modalità di esercizio dei pubblici poteri di controllo e vigilanza.

La tendenziale riconduzione delle qualifiche di «*sine (o non) jure*» relativa alla condotta della Consob e di «*contra ius*» relativa alla lesione della posizione soggettiva degli investitori, ai parametri normativi rappresentati rispettivamente dagli artt. 97 Cost. e 47 Cost., non sembra, tuttavia, essere ancora sufficiente ai fini di una caratterizzazione della «ingiustizia» dei «danni» tale da assolvere ad una idonea funzione selettiva in ordine alla risarcibilità di questi ultimi.

Ed infatti, le due norme costituzionali implicano un carattere di assolutezza afferente, rispettivamente, sia la doverosità dell'azione della Consob, sia la tutela e l'affidamento degli investitori, che potrebbe in astratto comportare la risarcibilità di qualunque perdita economica da questi ultimi subita, ivi compresi i c.d. *pure economic losses*; il che sarebbe, come già detto, inammissibile, oltre che pragmaticamente insostenibile.

In tale materia, una connotazione della «ingiustizia» realmente idonea a delimitare la risarcibilità dei danni coerentemente al «giusto *equilibrio intersoggettivo*» tra danneggiante e danneggiato non può basarsi unicamente sulla condotta del primo e sulla (lesione della) posizione soggettiva del secondo, ma sembra dover anche tener conto degli ulteriori due presupposti dell'art. 2043: la colpa del danneggiante ed il nesso di causalità tra condotta ed evento-danno.

3.b. Segue: in particolare, l'elemento soggettivo ed il nesso di causalità

Per ciò che concerne la colpa, a far data da un autorevole studio risalente anch'esso agli anni '70 (P. CENDON, «*Il dolo*»), si è diffuso in dottrina, per giunta coevamente e consustanzialmente alla descritta apertura dell'illecito aquiliano, un orientamento che ravvisa nella colpa, oltre al consueto fattore di imputazione soggettiva, ed anche a prescindere da esso, un vero e proprio canone alla cui stregua valutare l'ingiustizia del danno. Si tende a ritenere, cioè, che il danno, anche se puramente patrimoniale, possa essere tinto di ingiustizia sulla base dell'intensità dell'elemento soggettivo del danneggiante, quando quest'ultimo abbia agito con dolo o con colpa grave. In altre parole, «prende sempre più consistenza l'opinione di chi ritiene che tra i vari criteri di

qualificazione dell'ingiustizia vi sia anche quello della particolare riprovazione della condotta del soggetto agente», ammettendosi la possibilità che la condotta di quest'ultimo «possa esercitare un'influenza, talvolta anche decisiva, sul giudizio di ingiustizia del danno e sull'opportunità che di fronte ad un fare malizioso i pregiudizi economici debbano essere traslati dalla sfera della vittima a quella del danneggiante» (A. THIENE, «*Rimedio*», 215 e 217).

Si tratta del fenomeno della c.d. contaminazione tra *culpa* ed *iniuria*. E, per quel che qui più interessa, è stato anche precisato che una siffatta «connotazione dell'elemento psicologico assume rilievo soprattutto in fattispecie [come quella *de qua*] nelle quali dietro il formale esercizio del diritto si cela in sostanza una violazione della funzione per cui l'ordinamento assegna quel diritto» (F. CARINGELLA, «*Lezioni*», 271).

Il quadro interpretativo così delineato (con riferimento innanzitutto alla fonte di rango costituzionale, nel vigore delle leggi 7 giugno 1974, n. 216, e 2 gennaio 1991, n. 1, sussistenti all'epoca dei fatti oggetto delle citate, recenti, pronunce) comporta, quasi intrinsecamente, che è suscettibile di essere qualificato come ingiusto, e quindi risarcibile, solo il danno che gli investitori abbiano patito in conseguenza di condotte amministrative della Consob sorrette da colpa grave.

A ben vedere, poi, quest'ultima assume potenziale rilievo anche con riferimento al requisito del nesso di causalità, sebbene soltanto da un punto di vista squisitamente processuale.

In via generale, affinché, in giudizio, si giunga al risarcimento è necessario accertare che la condotta sia stata causa efficiente dell'evento di danno sulla scorta del criterio della c.d. causalità materiale (regolato sulla falsariga degli artt. 40 e 41 del codice penale); la natura omissiva del comportamento illecito induce, tuttavia, a non poter fare immediata applicazione di siffatto criterio: l'accertamento della responsabilità deve invece fondarsi su di un giudizio a carattere ipotetico, in base al quale verificare, in sintesi, se, sostituendo concettualmente l'azione illecitamente omessa con il c.d. comportamento alternativo lecito, il danno si sarebbe ugualmente verificato (o meno).

Detto altrimenti, il giudice, alla stregua di un giudizio prognostico da compiere *ex ante*, è tenuto a stabilire se un corretto esercizio dei poteri da parte della Consob avrebbe evitato il prodursi di danni a carico degli investitori.

Il nesso di causalità è stato definito come «il profilo più tormentato di tutta la problematica della responsabilità civile» (G. PONZANELLI, «*La responsabilità*», 88) e, al di là delle complesse e differenti opzioni ermeneutiche, cui qui è impossibile far cenno, può condividersi l'opinione dell'Autrice che, proprio con riferimento al tema della responsabilità della Consob, a seguito di un «richiamo operato alle diverse teorie elaborate in materia di nesso causale e all'uso giurisprudenziale delle stesse, evidenzia due dati certi: che 'la giurisprudenza comunque è ondivaga' e che accertare il nesso di causalità giuridica sembra costituire, essenzialmente, un problema di 'politica del diritto'» (F. ATTANASIO, «*Prospetto*», 114).

Ciononostante, è certo che, per l'aspetto che più rileva in questa sede, proprio alla luce dell'indagine relativa al nesso eziologico tra condotta ed evento lesivo, la gravità della colpa imputabile alla Consob si riverbera sulla semplicità dell'accertamento della risarcibilità del danno sia nell'*an* che nel *quantum*.

In considerazione di tutto ciò, infatti, non possono certamente attribuirsi al mero caso le seguenti circostanze.

In entrambi i procedimenti giurisdizionali culminati nelle pronunce di legittimità del 3 marzo 2001, n. 3132, e del 23 marzo 2011, n. 6681, il giudice ordinario, nell'accertare la responsabilità della Consob valutandone le modalità di esercizio delle funzioni autoritative, è stato senz'altro facilitato dalla gravità della colpa imputabile all'Autorità nella omissione dei propri poteri di controllo, cui è conseguita la perdita integrale del capitale investito dagli investitori.

Sempre in entrambi i casi, siffatta omissione si colora inequivocabilmente di colpa grave giacché la Consob ha travalicato le forme di un (virtuoso) esercizio della propria vigilanza, e, assumendo una condotta macroscopicamente inadeguata rispetto alle finalità imposte dall'ordinamento, non ha attivato i propri poteri di controllo a fronte di palesi irregolarità ed incongruenze rilevabili «*ex actis*» già dalla documentazione o dalle informazioni in suo possesso, o comunque facilmente reperibili, così violando basilari *standards* in merito al controllo sui comportamenti degli operatori del mercato finanziario.

Sulla base della vigente l. 7 giugno 1974, n. 216, il primo aspetto che è stato portato all'attenzione del giudice ordinario, e su cui la Corte di legittimità si è pronunciata, per la prima volta, con sentenza del 3 marzo 2001, n. 3132, attiene alla fattispecie della c.d. responsabilità da prospetto, che pone tipicamente in relazione gli investitori e la Consob; i primi, in quanto destinatari delle singole operazioni di appello al pubblico risparmio; la seconda, in quanto preposta al controllo della genuinità dei dati contenuti nel prospetto informativo.

In simili casi, deve senz'altro escludersi che il sindacato della Commissione possa, per un verso, limitarsi ad una attività di controllo meramente formale, e, per altro ed opposto verso, spingersi a lambire una valutazione della convenienza dell'operazione di investimento; conseguentemente, il fondamento della responsabilità civile della Commissione può rinvenirsi nell'accertamento giudiziale: (i) della sussistenza di falsità o, comunque, di irregolarità nelle informazioni contenute nel prospetto; (ii) e, della conoscenza o della semplice e rapida conoscibilità di queste ultime da parte della Commissione stessa.

Con l(a seconda ed) ultima pronuncia degna di nota per la sua importanza, del 23 marzo 2011, n. 6681, invece, la Corte di cassazione ha definitivamente «censurato la condotta della Consob non già, come nel precedente del 2001,... in una vicenda in cui veniva in rilievo una singola operazione di appello al pubblico risparmio, bensì con generale riferimento alla propria

attività di vigilanza nei confronti di soggetti abilitati quali le S.i.m. Con ciò finendo in definitiva per sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'autorità tutoria, in specie laddove veniva addebitata a quest'ultima la mancata adozione di provvedimenti di revoca o sospensione dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di intermediazione all'esito di accertamenti ispettivi, nonché nei confronti di atti di amministrazione attiva quali l'iscrizione all'albo delle S.i.m. ai sensi della legge n. 1 del 1991» (F. FRANCONIERO, «*La responsabilità*», 357).

È evidente, dunque, come il ruolo attribuito alla Consob dalla novella legislativa del 1991, in un senso maggiormente garantista nei confronti degli investitori, abbia condotto ad ampliare l'area della responsabilità a carico dell'Autorità (anche) alle fattispecie in cui il rapporto tra i primi e la seconda sia più mediato, non basandosi sull'esistenza di un prospetto informativo, ma attenendo all'ambito della verifica dei requisiti relativi agli emittenti.

Anche qui, sembra comunque doversi affermare che la responsabilità della Commissione sussista subordinatamente al previo accertamento giudiziale che essa abbia del tutto omesso controlli invece auspicabili in ragione del carattere manifesto delle irregolarità concernenti gli emittenti, ai fini della autorizzazione all'esercizio dell'attività di intermediazione; in altre parole, come affermato dal giudice di prime cure nella medesima vicenda, «*pur escludendo che il dovere di controllo si spinga sino alla verifica della completezza, esattezza e corrispondenza al vero di ogni singola informazione sull'investimento...si deve senz'altro ritenere che la Consob abbia un preciso dovere di intervenire quando vi siano elementi che possano ingenerare il sospetto che quelle informazioni siano non vere o inattendibili*» (Trib. Roma, 26 luglio 2004, in *Danno e resp.*, 2005, 767).

Può infine sostenersi che nel caso della responsabilità della Consob da (controllo sul) prospetto, la posizione soggettiva giuridica dell'investitore sia meglio delineata, essendo (anche se probabilmente solo in astratto) configurabile l'eventualità di un fatto colposo del danneggiato che concorra, ai sensi dell'art. 1227 c.c., al verificarsi dell'evento dannoso. Nel caso, invece, delle altre fattispecie in cui la Consob esercita le sue funzioni di vigilanza, la posizione giuridica soggettiva dell'investitore ai fini della qualificazione del danno come «*contra ius*» è più sfumata, potendosi ascrivere l'ingiustizia del medesimo danno soprattutto alla condotta gravemente colposa della Autorità di vigilanza.

Per mera completezza espositiva, è opportuno aggiungere che se, per tutto quanto detto, la giurisprudenza è pacificamente orientata a ricondurre la responsabilità della Consob all'area dell'illecito aquiliano, la dottrina è attualmente attestata su posizioni differenti.

Oltre all'assunto della responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c., le opinioni degli interpreti spaziano infatti da una configurazione in termini di responsabilità contrattuale da inadempimento *ex art.* 1218 c.c. (cfr. B. ZUFFI, «*Omessa vigilanza*», *passim*; M. BARCELLONA,

«Trattato», 737 ss.) ad altre a quest'ultima affini, alla luce, ad esempio, del c.d. contatto sociale qualificato tra investitori e Consob, o anche dei c.d. obblighi di protezione senza dovere primario di prestazione gravanti sull'Autorità (cfr. N. PECCHIOLI, «*Incoraggiamento*», 177 ss.; C. CASTONOV, «*La nuova responsabilità*», 524).

Non potendo qui le questioni essere affrontate neppure per cenni, si evidenzia unicamente che la responsabilità della Consob nei confronti degli investitori si situa in una vera e propria zona grigia tra illecito contrattuale ed illecito extracontrattuale, ivi potendosi ravvisare, a ben vedere, quale elemento caratterizzante, proprio la costante sussistenza dell'obbligo di protezione e garanzia che si è già detto essere presupposto, in ambito aquiliano, sia della condotta omissiva, che della contaminazione tra *culpa* (grave) e *iniuria*, e che sembra connotare anche le diverse ricostruzioni che la dottrina ha, di tale responsabilità, compiuto.

Ad ogni modo, sebbene, da un punto di vista squisitamente processuale, l'inquadramento della responsabilità secondo il modello extracontrattuale o quello contrattuale porti a conseguenze differenti (ad esempio, il primo imponendo al risparmiatore, che sia attore in giudizio, maggiori oneri probatori relativi ai menzionati requisiti oggettivi dell'art. 2043 c.c.; il secondo consentendo in favore dell'Autorità convenuta la possibilità di una estensione della prova liberatoria circa la sussistenza della colpa lieve o di errore scusabile), non si è mancato di rilevare «la sostanziale inutilità pratica del dibattito in ordine al diverso inquadramento della fattispecie...considerando che le differenze con riguardo al danno risarcibile ed all'onere probatorio tendono a sfumare, così che l'unica differenza rilevante tra i due regimi di responsabilità è ravvisabile soltanto nel diverso termine di prescrizione dell'azione» (così G. FACCI, «*Il danno*», 194; sul punto concorda anche M. FRANZONI, «*La responsabilità*», 279).

4. *La responsabilità civile della Consob nel recente quadro normativo*

Come già ricordato, l'approdo interpretativo da ultimo costituito dalla recente pronuncia della Corte di cassazione in tema di responsabilità civile della Consob è suscettibile di peccare per congenita inattualità alla luce della vorticosa evoluzione legislativa e regolamentare che ha interessato i mercati mobiliari a livello sia comunitario sia, conseguentemente, nazionale, ed i cui fattori propulsivi fondamentali possono ravvisarsi nelle dinamiche di globalizzazione, nelle crisi sistemiche periodicamente succedutesi, e nello sviluppo delle tecnologie informatiche e multimediali.

In ambito europeo, si è infatti assistito, dalla metà degli anni '90, ad un processo di integrazione tutt'ora in corso, i cui assi portanti sono da individuarsi nel perseguimento degli obiettivi di liberalizzazione e sviluppo della concorrenza da un lato, e di rafforzamento della tutela

degli investitori dall'altro, in vista della creazione di un vero e proprio mercato unico dei servizi di investimento assistito da forme di vigilanza sempre più coese a livello centrale-europeo e nazionale-periferico.

Le tappe essenziali di questo percorso possono, in rapida rassegna, essere indicate: dapprima nella *Investment Services Directive* (n. 93/22/CEE) c.d. direttiva *Eurosim*, in seguito abrogata dalla *Markets in Financial Instruments Directive* (n. 2004/39/CE), c.d. direttiva MiFID, la quale costituisce, insieme alla direttiva n. 2006/73/CE e al regolamento n. 1287/2006/CE del 10 agosto 2006, estrinsecazione concreta ed operativa dei modelli di armonizzazione sempre più intensi e cogenti contemplati dal *Financial Services Action Plan* (c.d. piano FSAP, adottato dalla Commissione europea nel maggio 1999) ed ulteriormente perfezionati con la Risoluzione del Consiglio Europeo di Stoccolma del marzo 2001, nota come «*procedura Lamfalussy*».

Le ultime frontiere del percorso di armonizzazione dei mercati finanziari e delle forme ivi sempre più necessarie di vigilanza integrata sono, rispettivamente, rappresentate dalla adozione del Libro bianco 2005/2010 (c.d. piano FSAP 2), e, quale risposta alla profonda crisi iniziata nel 2007, la emanazione, sulla base del c.d. «*Rapporto De Larosière*», di quattro regolamenti datati 24 novembre 2010 (nn. 1092/2010; 1093/2010; 1094/2010; 1095/2010), con i quali si è inteso dar vita ad un sistema europeo di controllo (c.d. SEVIF) che annovera un Comitato europeo per il rischio sistemico avente competenze di tipo macroprudenziale e tre Autorità di regolazione e vigilanza microprudenziale (ESMA per i mercati finanziari ed i valori mobiliari; ESA per le banche; EIOPA per le assicurazioni ed i fondi pensione), destinate ad intessere rapporti di coordinamento e collaborazione sempre più stretti con le corrispondenti autorità nazionali nell'esercizio delle rispettive funzioni.

Sul versante nazionale interno, successivamente alla introduzione della disciplina relativa alle società di investimento a capitale variabile ed alle offerte pubbliche di acquisto, anche obbligatorie (ad opera, rispettivamente, del d. lgs. 25 gennaio 1992, n. 84 - in G.U. del 14 febbraio 1992, n. 37 -, e della l. 18 febbraio 1992, n. 149, - in G.U. del 21 febbraio 1992, n.43), il d. lgs. 23 luglio 1996, n. 415, (in G.U. del 9 agosto 1996, n. 186), c.d. decreto *Eurosim*, ha recepito l'omonima direttiva, definitivamente privatizzando i mercati mobiliari.

Una completa ed organica sistematizzazione normativa di questi ultimi è poi sopraggiunta con il d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (in G.U. del 26 marzo 1998, n. 71), ossia il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (TUF), che, nel recepire ulteriori direttive comunitarie e nell'abrogare o modificare le precedenti fonti interne, si pone, anche attualmente, come legge quadro dell'intero settore, anche relativamente alla disciplina degli intermediari (in particolare, delle società di gestione del risparmio) e degli emittenti, ivi compresi gli aspetti relativi alla *corporate governance* e la tutela delle minoranze azionarie.

Ulteriori interventi normativi succedutisi nel tempo sono dapprima la l. 28 dicembre 2005, n. 262 (in G.U. n. 301 del 28 dicembre 2005), recante le «*disposizioni per la tutela del risparmio*» resesi urgenti all'indomani dei noti scandali finanziari di inizio millennio, e successivamente il d. lgs. 17 settembre 2007, n. 16 (in G.U. del 8 ottobre 2007, n. 234), il quale, nel recepire la direttiva MiFID, implementa, per quel che qui più interessa, la tutela degli investitori *retail*, con l'introduzione, tra l'altro, di specifiche norme comportamentali a carico degli operatori professionali, quali il principio di c.d. *best execution* ed i criteri di appropriatezza e di adeguatezza nella prestazione dei servizi di investimento.

Il recente scenario normativo, come sin qui, sia pur schematicamente, ripercorso, è suscettibile di incidere in modo significativo sull'ambito e sugli assetti della responsabilità della Consob nei confronti degli investitori; in particolare, la medesima responsabilità sembra possa connotarsi essenzialmente lungo tre linee direttrici, potenzialmente concomitanti, pur in una loro indipendente configurabilità.

In primo luogo, si è portato a compimento il processo di c.d. «legificazione dei fini» (cfr., per tutti, M. PASTORE, «*Consob*», 1178) cui la legge indirizza le potestà di vigilanza della Consob, e tra i quali è ora ricompresa esplicitamente la tutela degli investitori. La posizione giuridica soggettiva di questi ultimi, che tanti problemi ha ingenerato negli assetti interpretativi sottesi all'art. 2043 c.c., ha dunque assunto una propria configurazione, scissa ed autonoma dall'interesse al buon funzionamento del mercato, o da quello ad una corretta, ma generica, informazione ivi necessaria.

La «*tutela degli investitori*» impronta ora, infatti, pervasivamente, l'intero impianto normativo del TUF, essendo espressamente prevista quale obiettivo primario e specifico dell'attività di vigilanza: (i) sugli intermediari (cfr. art. 5, comma 1, lett. b), TUF); (ii) sui mercati regolamentati (cfr. art. 74 TUF, secondo cui «*la Consob vigila sui mercati regolamentati al fine di assicurare...la tutela degli investitori*»); (iii) sugli emittenti titoli quotati (cfr. art. 91 TUF a norma del quale «*la Consob esercita i poteri previsti...avendo riguardo alla tutela degli investitori*»).

D'altro canto, soprattutto in seguito al recepimento della direttiva MiFID, può probabilmente ipotizzarsi «una maggiore responsabilizzazione richiesta all'investitore in sede di esecuzione dei servizi di investimento» (F. FRANCONIERO, «*La responsabilità*», 361).

In secondo luogo, tra gli esiti dell'attuale disciplina va sicuramente annoverato l'ampliamento del ruolo e delle potestà di vigilanza e di intervento della Consob, cui potrebbe, tendenzialmente, corrispondere a carico della medesima, una dilatazione dell'area di responsabilità nei confronti degli investitori. Così, ad esempio, l'art. 8, comma 5-bis, TUF prevede che la Commissione possa «*nell'ambito delle sue competenze (...) esercitare sui soggetti abilitati i poteri previsti dall'articolo 187-octies*» relativi alle ipotesi di *market abuse* (su cui cfr. R. RORDORF, «*Ruolo*», *passim*); ed ancora, l'art. 10, comma 1-bis, TUF autorizza ora la Commissione a

«richiedere al soggetto incaricato della revisione legale dei conti di procedere a verifiche ispettive».

Inoltre, «si assiste ad un'innegabile estensione dei compiti e dei poteri della Consob sia in direzione di 'nuovi' prodotti sia nei confronti di 'nuovi' soggetti vigilati» (M. DE MARI, *«I 'nuovi' poteri»*, 830). La tutela degli investitori deve infatti ora essere garantita, in punto di vigilanza della Consob, anche con riguardo ai titoli mobiliari emessi da imprese bancarie ed assicurative, in ossequio alla loro equiparazione (c.d. *level playing field*) ai prodotti ed agli strumenti genuinamente finanziari (cfr., relativamente alla prestazione dei servizi di investimento gli artt. 25-bis e 30, comma 9, TUF; e relativamente all'appello al pubblico risparmio, l'art. 100, comma 2, TUF, il quale affida alla potestà regolamentare della Consob l'esclusione o la limitazione della afferente disciplina); inoltre, il novero degli operatori assoggettati ai poteri di vigilanza dell'Autorità è stato ampliato ricomprendendovi, ad esempio: (i) i consulenti finanziari persone fisiche e l'organismo deputato alla tenuta del relativo albo (cfr. art. 18-bis TUF); (ii) le imprese assicurative (artt. 25-bis e 190, comma 2, lett. d-bis, TUF); (iii) l'organismo cui compete la tenuta dell'albo dei promotori finanziari ai sensi dell'art. 31, comma 4, TUF.

Per ciò che concerne la particolare fattispecie della responsabilità da prospetto, essa è attualmente configurabile qualora la Consob ometta, *«ai fini dell'approvazione, la... verifica [del]la completezza del prospetto... ivi incluse la coerenza e la comprensibilità delle informazioni fornite»* (art. 94-bis TUF), essendosi al riguardo osservato, secondo opinione diffusa in dottrina, che tale «dato normativo...porta ad escludere che l'autorità sia garante della veridicità delle informazioni veicolate nel prospetto oppure che abbia doveri di accertare la veridicità di tutte le informazioni ed i dati forniti. In caso contrario, infatti, si finirebbe per imporre alla Consob un dovere di eseguire nuovamente prestazioni già svolte da altri, quali ad esempio dalla società di revisione» (G. FACCI, *«Il danno»*, 203).

Tale ultima considerazione è, in sé, già foriera della terza ed ultima linea direttrice enucleabile dall'attuale legislazione, che attiene all'accresciuto ruolo di controllo da parte dei c.d. *gatekeepers*, tra cui è possibile di annoverare, con riferimento ai mercati finanziari, una pluralità di soggetti, quali, ad esempio, «oltre ai due casi paradigmatici offerti dalla società di revisione e dalle banche d'affari, ... amministratori non esecutivi ed indipendenti, sindaci, studi legali, agenzie di rating, assicuratori della responsabilità civile degli amministratori» (P. GIUDICI, *«La responsabilità»*, 322 s.) ed ancora responsabili del collocamento, intermediari, consulenti, etc.

Pur assumendo la categoria contorni alquanto indefiniti e probabilmente non del tutto approfonditi dalla dottrina, e limitandosi, dunque, alla sola considerazione, ad es. delle società di revisione o dei responsabili del collocamento, è indubbio che all'attribuzione diretta di compiti di verifica sulla situazione contabile ed amministrativa degli emittenti, e, in generale, sulla

completezza e veridicità delle informazioni da questi ultimi diffusi al pubblico nel contesto dei mercati, conseguano anche corrispondenti e specifici profili di responsabilità che inducono a circoscrivere e ridimensionare la responsabilità ascrivibile alla Consob, la quale, per altro, rispetto ai *gatekeepers*, è penalizzata in punto di controllo dall'essere meno prossima alle dinamiche degli emittenti e dall'avere margini temporali di azione assai minori.

Per ciò che riguarda espressamente i prospetti d'offerta, l'art. 94 TUF, mentre accolla, al comma 9, *«la responsabilità per informazioni false o per omissioni idonee ad influenzare le decisioni di un investitore ragionevole... interamente sull'intermediario responsabile del collocamento»*, dispone, altresì, al comma 8 che *«l'emittente, l'offerente e l'eventuale garante, a seconda dei casi, nonché le persone responsabili delle informazioni contenute nel prospetto rispondono, ciascuno in relazione alle parti di propria competenza, dei danni subiti dall'investitore che abbia fatto ragionevole affidamento sulla veridicità e completezza delle informazioni contenute nel prospetto»*, tanto che la dottrina si interroga se la Consob possa essere ricompresa a pieno titolo tra *«le persone responsabili delle informazioni contenute nel prospetto»*, con conseguente attribuzione all'Autorità di una responsabilità a carattere parziario e non solidale (favorevole ad una tale soluzione, G. FACCI, *«Il danno»* 208 ss.).

Può allora notarsi che, sebbene il vario intersecarsi delle menzionate linee direttrici possa attualmente connotare il tema secondo una poliedricità di sfaccettature, la responsabilità della Consob ha assunto una *«propria capacità diffusiva»* comportando *«il dischiudersi di una nuova prospettiva per i risparmiatori, grazie all'individuazione di un soggetto giuridicamente responsabile dei fallimenti del sistema, in ragione dell'affidamento nel corretto esercizio delle funzioni amministrative di supervisione»* (F. FRANCONIERO, *«La responsabilità»*, 361 e 347).

Ciò, peraltro è acuito dal rapido succedersi, nel recente panorama dei mercati mobiliari, di scandali finanziari che hanno determinato un notevole incremento delle azioni giudiziarie per danni promosse dai risparmiatori *«traditi»* avverso l'Autorità di vigilanza: dalla lettura delle relazioni annuali di quest'ultima si evince come i procedimenti giudiziari nei suoi confronti siano aumentati da un numero di 29 nel 2003, ad un numero di 225 nel 2007, risultando poi, il dato, negli anni successivi, omesso.

Gli operatori giuridici e di mercato non hanno mancato di rilevare, pressoché unanimemente, come la superfetazione del ricorso al rimedio risarcitorio nei confronti dell'Autorità di vigilanza possa determinare effetti deleteri nel contesto generale dei mercati finanziari, minandone sia l'efficienza e la funzionalità, sia le fisiologiche dinamiche allocative dei profitti e (soprattutto) delle perdite, in conseguenza dei rischi connessi, rispettivamente ad una possibile *overdeterrence*, a scopo limitativo della propria responsabilità, da parte della Consob, od alla

trasformazione di quest'ultima in una vera e propria *deep pocket* cui addossare ogni perdita subita dagli investitori.

Fermo il principio di tutela a favore di questi ultimi, infatti, da un punto di vista per lo più afferente, in verità, la politica del diritto, il problema fondamentale che pone la responsabilità della Consob è dato proprio dalla identificazione di un giusto e ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di protezione degli investitori e quelle connesse ad una corretta funzionalità dei mercati mobiliari.

Al riguardo non si è mancato di rilevare come in definitiva, la soluzione sia in realtà rimessa ad auspicabili e precise scelte del legislatore; per altro, in una prospettiva comparatistica (sulla quale cfr. soprattutto R. D'AMBROSIO, «*La responsabilità*», 267 ss.) si evidenzia la circostanza che proprio gli Ordinamenti a più elevato sviluppo dei mercati finanziari, quali, ad esempio, quello inglese o tedesco, abbiano optato, sia pur con diverse modalità, a favore di soluzioni che mantengono indenni le *Authorities* da dirette conseguenze a carattere risarcitorio.

Inoltre, dal proprio canto, il diritto dell'Unione europea, anche alla luce dell'interpretazione che ne ha fornito la competente Corte di giustizia in via pregiudiziale, (Corte giust., 12 ottobre 2004, causa C-222/02, in *Foro it.*, 2005, IV, 101; c.d. caso *Paul*) lascia sostanzialmente liberi i Paesi membri di assoggettare o meno a responsabilità civile diretta le Autorità nazionali di vigilanza, purché la tutela di risparmiatori ed investitori sia comunque assicurata (quantomeno) mediante peculiari sistemi di indennizzo.

In tale contesto, il legislatore italiano, con l'art. 4, comma 3, lett. d), d. lgs. 29 dicembre 2006, n. 303, ha novellato l'art. 24, della l. 28 dicembre 2005, n. 262 (legge sulla tutela del risparmio) aggiungendovi il comma 6-bis, a norma del quale la Consob e le altre autorità di vigilanza «*nell'esercizio delle proprie funzioni di controllo ... rispondono dei danni cagionati da atti o comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave*».

Ciò, si esplicita nella relazione illustrativa allo schema di decreto, al dichiarato fine «*di allinearsi agli standard internazionali, come rilevato dal fondo monetario internazionale in esito alle verifiche condotte sui sistemi di vigilanza nel nostro Paese*».

Limitando la responsabilità della Consob alle (sole) condotte gravemente colpose, l'Ordinamento ha dunque consacrato per via legislativa, nel recente scenario normativo, gli esiti cui la giurisprudenza di legittimità è giunta in base ad una interpretazione costituzionalmente orientata della previgente disciplina di fonte primaria.

Ciononostante, la norma di cui al citato comma 6-bis è stata oggetto di numerose critiche da parte della dottrina che ne ha denunciato possibili profili di incostituzionalità per eccesso di delega (oltre che per violazione dell'art. 28 Cost.; cfr., per tutti, A. ANELLI, «*Quale limite*», 805 s.).

Ma, anche a prescindere da ciò, l'appunto maggiore che è stato rivolto alla disposizione attiene al profilo prettamente contenutistico: la nuova norma si dimostra inadeguata e carente soprattutto perché nulla specifica in ordine ai metodi ed ai criteri in base ai quali operare un concreto riscontro della sussistenza della colpa (ancorché grave) dell'Autorità di vigilanza.

Il legislatore, dunque, non sembra aver ancora ben chiarito i parametri alla cui stregua valutare, ai fini della responsabilità civile, il carattere virtuoso o meno della condotta esigibile dalla Consob nelle modalità di estrinsecazione dei propri poteri amministrativi, rimettendo, ancora una volta, la questione relativa al giusto equilibrio tra tutela degli investitori e interesse generale dei mercati finanziari, all'attività interpretativa dell'autorità giudiziaria.

Il Garante per la protezione dei dati personali

Il Garante per la protezione dei dati personali: problematiche relative alla tutela del consumatore “interessato” (Vincenzo Cuffaro)

Il contributo analizza le principali linee di intervento del Garante Privacy nei settori di maggiore interesse per il consumatore, specie per ciò che riguarda il profilo delle comunicazioni indesiderate e il mondo della e-privacy. Si esaminano, altresì, le più recenti modifiche normative che hanno inciso sia sulle disposizioni del codice privacy (per opera del d. lgs. 28 maggio 2012, n. 69), sia sul fronte della tutela comunitaria dei diritti dei consumatori “interessati” alla protezione dei loro dati personali [per mezzo delle Proposte di Regolamento 2012/0011 (COD) e direttiva 2012/0010 (COD) del 25 gennaio 2012].

SOMMARIO: 1. L'attività svolta dal Garante Privacy nel corso del 2011. Orientamenti consolidati e ambiti di più recente incidenza. – 2. Strumenti giuridici di tutela e prevenzione nel settore delle comunicazioni indesiderate (*ex art. 130 d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196*). Il caso del Registro delle opposizioni e del *telemarketing* effettuato mediante telefonate anonime. – 3. Le nuove frontiere della *e-privacy* alla luce della più recente normativa comunitaria sulla sicurezza e integrità delle reti di comunicazione elettronica accessibili al pubblico degli utenti. Le nuove modifiche al codice privacy operate dal d. lgs. 28 maggio 2012, n. 69. – 4. Il ruolo del Garante Privacy ed i nuovi diritti dei consumatori “interessati” alla luce della recente proposta di riforma della normativa comunitaria in materia di protezione dei dati personali [proposte di regolamento 2012/0011 (COD) e direttiva 2012/0010 (COD) del 25 gennaio 2012].

1. *L'attività svolta dal Garante Privacy nel corso del 2011. Orientamenti consolidati e ambiti di più recente incidenza*

La tematica relativa al sistema delle tutele predisposte a favore delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei propri dati personali, nonché alla libera circolazione degli stessi all'interno del mercato unico europeo, ha ormai acquisito un crescente e rilevante interesse per la dottrina consumeristica. Tale constatazione risulta confermata dall'esame dei più recenti interventi normativi di riforma del d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali) a séguito dei quali la nozione di “consumatore” (*ex art. 18, comma 1, lett. a*), cod. cons., così come novellato dal d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146) risulta pressoché coincidere, dal punto di vista giuridico sostanziale, con quella di “interessato” (*ex art. 4, comma 1, lett. i*), d. lgs. n. 196 del 2003, così come novellato dal d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito, con modificazioni, in l. 22 dicembre 2011, n. 214) nella misura in cui il consumatore generalmente fornisce i propri dati personali nella relazione con un professionista nell'ambito di un qualsiasi rapporto di consumo.

In tale contesto, dunque, il dato personale entra sempre in relazione con il concetto di “identità personale”, in quanto fenomeno rappresentativo di conoscenza sulle situazioni di vita e di comportamento economico del consumatore, a cui si unisce contestualmente l'esigenza di riservatezza. Alla luce di tale considerazione, risulta di fatto essenziale l'attività di intervento del Garante Privacy, svolta nell'ambito dei vari settori economici del mercato interno nei quali il consumatore assume il ruolo centrale di fruitore diretto di beni o servizi.

La rilevanza giuridica di tale strumento di “*public enforcement*” appare supportata da una pluralità di fonti comunitarie, a partire dal considerando n. 62 della direttiva n. 95/46/CE («direttiva relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati» del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995), il quale espressamente riconosce come essenziale il ruolo assunto da Autorità nazionali di controllo che agiscano in maniera indipendente in ciascuno degli ordinamenti nazionali per la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei propri dati personali. Nell’ambito dei singoli Stati membri dell’Unione Europea, dunque, il ricorso al giudice ordinario diventa per il consumatore “interessato” uno strumento alternativo e non solo residuale rispetto alla richiesta di intervento rivolta al Garante per la tutela della propria posizione giuridica soggettiva, con particolare riguardo alla soddisfazione delle eventuali pretese risarcitorie (cfr. considerando n. 55 della medesima direttiva n. 95/46/CE).

Nella prospettiva di una progressiva espansione dei diritti del consumatore e dell’introduzione di un approccio paneuropeo alla loro tutela è forse possibile affermare come proprio la direttiva n. 95/46/CE abbia costituito l’elemento catalizzatore di un processo legislativo comunitario finalizzato ad unificare il quadro giuridico di tutela dei dati personali, giunto ad una compiuta realizzazione con il Trattato di Lisbona (entrato in vigore nel dicembre 2009 e ratificato dall’Italia con l. 2 agosto 2008, n. 130) il quale ha espressamente riconosciuto nella protezione dei dati personali un «*diritto fondamentale della persona*».

In questo contesto, focalizzando l’analisi sull’attività svolta dal Garante nel corso dell’ultimo anno, risulta particolarmente utile illustrare i contenuti dei provvedimenti più rilevanti attraverso il filo conduttore dei diversi ambiti di intervento, molti dei quali costituiscono espressione di orientamenti consolidati nel corso degli anni pregressi. Tra questi, è certo opportuno segnalare quelli in materia sanitaria relativi alle prenotazioni e al ritiro delle analisi presso le farmacie (cfr. provvedimento del 19 gennaio 2011, doc. web n. 1787887); alla tutela dei disabili che acquistano autovetture (cfr. provvedimento del 16 febbraio 2011, doc. web n. 1792975); all’autorizzazione generale al trattamento dei dati genetici (cfr. provvedimento del 24 giugno 2011, doc. web n. 1822650); alle Linee guida per il trattamento dei dati a fini di “*customer satisfaction*” sulla qualità dei servizi sanitari offerti nel settore pubblico e privato (cfr. provvedimento 5 maggio 2011, doc. web n. 1812910).

In materia di trattamento di dati personali per lo svolgimento di attività di carattere economico, assume particolare importanza il provvedimento concernente le prescrizioni in materia di circolazione di informazioni in ambito bancario e di tracciamento delle operazioni bancarie (cfr. provvedimento del 12 maggio 2011, doc. web n. 1813953), il quale rileva giuridicamente anche in rapporto ai sistemi di informazione creditizia.

Tra i provvedimenti emanati dal Garante che investono il delicato tema del trattamento dei dati personali per finalità di *marketing* mediante l'impiego di operatore telefonico è da ricordare quello del 19 gennaio 2011 (cfr. doc. web n. 1784528), dal quale sono conseguiti numerosi interventi volti a rafforzare l'educazione preventiva del consumatore "interessato" che, a séguito dell'istituzione del Registro pubblico delle opposizioni (*ex* d.P.R. 7 settembre 2010, n. 178), è risultata tuttavia essere notevolmente indebolita dal sistema di manifestazione del consenso nella modalità «*opt-out*» (in cui gli abbonati presenti nei pubblici elenchi telefonici possono esprimere la volontà di non ricevere comunicazioni telefoniche a carattere commerciale).

In particolare, il provvedimento del 24 febbraio 2011 (doc. web n. 1794638) recante i modelli di informativa e di richiesta del consenso specifico degli abbonati presenti nei pubblici elenchi alla ricezione di chiamate promozionali, sembra aver raggiunto solo parzialmente l'obiettivo di garantire la preventiva e consapevole cognizione del consumatore "interessato" circa l'esistenza del Registro pubblico delle opposizioni e delle relative modalità di iscrizione allo stesso. Nello stesso ambito di intervento, meritano un richiamo i provvedimenti relativi al trattamento di dati personali in capo a soggetti che si avvalgono di agenti promozionali, finalizzato ad obbligare i titolari dei trattamenti (che generalmente si avvalgono di call center o di società in outsourcing) a nominarli formalmente "responsabili del trattamento", assumendosene di conseguenza le relative responsabilità (cfr. provvedimento del 15 giugno 2011, doc. web n. 1821257); quello relativo alle telefonate promozionali con operatore verso soggetti intestatari di un'utenza telefonica non presente nei pubblici elenchi, finalizzato a chiarire che per questa tipologia di utenti, i quali non possono iscriversi nel Registro pubblico delle opposizioni, ogni telefonata è legittima solo alla luce del loro consenso espresso (cfr. provvedimento del 21 luglio 2011, doc. web n. 1832551); infine, quello inerente le chiamate telefoniche cosiddette "mute", finalizzato ad incidere sui trattamenti di dati telefonici effettuati con sistemi automatici di chiamata continuativa (cfr. provvedimento del 6 dicembre 2011, doc. web n. 1857326).

Sulla medesima tipologia di intervento, relativa al fenomeno del cosiddetto *marketing aggressivo*, risulta degno di nota il provvedimento finalizzato a contrastare la pratica commerciale di invio di fax che, pur inoltrati da Paesi terzi, utilizzino comunque la rete telefonica italiana per giungere al destinatario (cfr. provvedimento del 7 aprile 2011, doc. web n. 1810207). Merita, al riguardo, di non essere dimenticata l'esperienza d'oltreoceano, ispirata ad una rigorosa tecnica rimediale di stampo proprietario.

Un ulteriore settore di intervento in relazione al quale l'attività di intervento del Garante si è rivelata essere particolarmente produttiva di risultati è stato quello del rapporto di lavoro e del trattamento dei dati nell'ambito dei rapporti di impiego. In particolare, hanno assunto valore di vero e proprio "precedente" le misure di intervento costituite: dal provvedimento relativo al trattamento

illecito dei dati effettuato mediante un questionario per la selezione del personale (cfr. provvedimento del 21 luglio 2011, doc. web n. 1825852); dal provvedimento di carattere generale relativo ai sistemi di localizzazione dei veicoli nell'ambito dei rapporti di lavoro (cfr. provvedimento del 4 ottobre 2011, doc. web n. 1850581); infine, da provvedimento relativo alle verifiche preliminari sulle rilevazioni di dati biometrici dei dipendenti (cfr. provvedimento del 26 maggio 2011, doc. web n. 1832558).

Particolare importanza ha rappresentato il lavoro svolto dal Garante nel fornire, attraverso specifiche Linee guida, indicazioni per il corretto trattamento dei dati in delicati settori inerenti la vita del consumatore "interessato", tra cui la navigazione su Internet con riguardo all'utilizzo prudente di *blog, forum, social network* e siti *web* che si occupano di salute (cfr. provvedimento del 25 gennaio 2012, doc. web n. 1870212). In particolare, il Garante ha precisato che i gestori di tale tipologia di siti *web* dovranno inserire nella loro *home page* una specifica "avvertenza di rischio", il cui scopo sarà quello di richiamare l'attenzione sui rischi connessi al fatto di rendersi identificabili sul *web* in relazione alla propria patologia. Ciò anche alla luce della possibilità che tali informazioni possano essere indicizzate dai motori di ricerca generalisti o conosciuti dalla generalità degli utenti Internet e non dai soli iscritti al sito. Inoltre, nell'ambito delle medesime Linee guida, il Garante ha imposto ai gestori di tali siti di adottare rigorose misure di sicurezza per i dati raccolti, disponendo che gli stessi debbano rimanere riservati e non essere comunicati o diffusi a terzi nonché essere trattati solo da personale autorizzato.

Resta aperto il problema del c.d. "*diritto all'oblio*", il quale stenta a trovare una definitiva soluzione in relazione ad almeno due profili: il primo, relativo ai presupposti oggettivi sulla cui base il soggetto interessato ha diritto di esercitarlo; il secondo, inerente le modalità procedurali attraverso cui lo stesso può essere garantito in concreto. Da questo punto di vista, occorre distinguere tra il diritto all'oblio che si presume di poter esercitare rispetto a notizie diffuse dalla stampa o altri mezzi di informazione (cfr., in tal senso, la nota decisione di Cass. 5 aprile 2012 n. 5525) da quello che può riguardare, invece, informazioni diffuse dallo stesso interessato o da soggetti terzi al di fuori di ogni attività di informazione o di esercizio delle libertà di stampa. Tale problematica interpretativa è stata a lungo affrontata anche in sede comunitaria, al punto che la Commissione europea, nella sua recente proposta di regolamento [cfr. proposta di Regolamento 2012/0011 (COD) del 25 gennaio 2012], ha ritenuto ragionevole limitare il riconoscimento esplicito e la tutela del diritto all'oblio rispetto a notizie o informazioni che non siano state oggetto di diffusione a mezzo stampa o altro media, configurandolo essenzialmente come esercizio del diritto di ottenere la cancellazione dei propri dati.

Alla luce del quadro regolatorio sopra delineato, risulta interessante constatare come i poteri riconosciuti dall'ordinamento in capo al Garante Privacy concorrano a garantire, in un sistema

integrato di tutele, il riequilibrio delle posizioni giuridiche soggettive nel rapporto intercorrente, anche alla luce delle definizioni dell'art. 4 del codice privacy, tra il professionista "titolare" del trattamento e il consumatore "interessato". In ogni caso, resta evidente come la realizzazione del sotteso obiettivo di politica legislativa, finalizzato a garantire la massima tutela del consumatore "interessato", passi inevitabilmente attraverso il consolidamento di una leale collaborazione tra poteri dello Stato (legislativo; regolatorio e paragiurisdizionale del Garante Privacy; giurisdizionale delle corti di merito).

2. *Strumenti giuridici di tutela e prevenzione nel settore delle comunicazioni indesiderate (ex art. 130 d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196). Il caso del Registro delle opposizioni e del telemarketing effettuato mediante telefonate anonime*

Nel contesto della società dell'informazione, i professionisti dei vari settori economici del mercato interno esercitano, sempre più diffusamente, la pratica di promuovere i propri beni e/o servizi cercando nuovi clienti, talora a scapito della riservatezza del pubblico degli utenti, effettuando così comunicazioni indesiderate verso elenchi di *e-mail* o numerazioni telefoniche fisse e/o mobili senza aver ottenuto un preventivo consenso al riguardo.

In questo senso, il fenomeno delle comunicazioni a carattere commerciale non sollecitate (spamming) assume sicuramente un ruolo determinante per la idoneità a ledere il diritto dei consumatori "interessati" dal trattamento dei loro dati personali per finalità promozionali. Tale fattispecie trova una disciplina puntuale nell'art. 130 del d. lgs. n. 196 del 2003 il quale, per effetto della novella apportata dal d. lgs. 28 maggio 2012, n. 69, recepisce una serie di principi e criteri oggettivi di valutazione di tali condotte, già definiti a livello comunitario dalla direttiva n. 2009/136/CE.

Ai fini di una corretta e incisiva applicazione di tale normativa, risulta essenziale il ruolo svolto dal Garante Privacy che, nel corso dell'ultimo anno, è intervenuto con diversi provvedimenti nei confronti delle varie tipologie di *marketing* aggressivo. A tale riguardo, particolare importanza hanno assunto i provvedimenti in materia di *spamming* effettuato via e-mail (cfr. provvedimento del 19 maggio 2011, doc. web n. 1823148), via *telefax* (cfr. provvedimenti del 2 marzo e 7 aprile 2011, rispettivamente doc. web n. 1802423 e 1810207) ovvero via sms (cfr. provvedimento del 5 maggio 2011, doc. web. n. 1822815).

In tali occasioni, il Garante ha confermato la validità del principio contenuto nell'articolo 130 del codice in materia di protezione dei dati personali, secondo cui «*a prescindere da dove vengano estratti i recapiti, chiunque invii messaggi promozionali mediante sistemi automatizzati*

(es. fax, e-mail, sms) è sempre obbligato a raccogliere preventivamente il consenso specifico ed informato dei destinatari».

Ancora nell'ambito delle diverse fattispecie di *spamming* finora delineate, particolare importanza assume il ruolo del Garante in relazione al fenomeno del *telemarketing* a séguito dell'entrata in funzione del Registro delle opposizioni, la cui disciplina è divenuta parte integrante del codice in materia di protezione dei dati personali per effetto della novella al testo del sopra citato art. 130 realizzata dal d.P.R. 7 settembre 2010, n. 178. La funzione primaria di tale registro, gestito dalla Fondazione Bordini, è stata quella di predisporre un meccanismo per tutelare i dati personali di tutti quegli utenti, presenti nei pubblici elenchi, che non desiderassero essere disturbati da telefonate a scopo promozionale. Più nel dettaglio, si tratta di uno strumento giuridico di tutela, entrato in vigore il 1 febbraio 2011, che ha determinato il passaggio da un sistema basato sul consenso preventivo dell'interessato ("*opt-in*") ad un sistema basato, invece, sulla manifestazione espressa di un diniego a ricevere comunicazioni telefoniche di carattere commerciale ("*opt-out*") (cfr. art. 130, comma 3 *bis*, d. lgs. n. 196 del 2003).

Deve essere apprezzato che lo stesso Garante ha espresso più volte perplessità circa la scelta di questa modalità di esercizio del diritto di opposizione, in quanto registri di questo tipo non hanno in realtà ben funzionato negli altri ordinamenti dove sono stati istituiti. La disciplina applicativa di questo Registro, inoltre, deve essere letta in combinato disposto con il provvedimento del Garante del 19 gennaio 2011 (doc. web n. 1784528) che ha fissato dei limiti precisi, proprio per garantire il rispetto della volontà espressa dagli utenti di servizi di telefonia fissa e mobile in relazione al trattamento dei dati per finalità commerciali da parte dei professionisti "titolari".

In tale ambito, particolare importanza ha assunto l'attività di intervento del Garante nel contrastare una tra le più insidiose tipologie di *spam* telefonico, realizzata mediante la linea telefonica chiamante occultata e tale, dunque, da impedire al destinatario della chiamata di identificarne l'autore. A questo riguardo, il Garante ha adottato tre provvedimenti (cfr. provvedimenti del 23 febbraio 2012, doc. web nn. 1877065, 1877080 e 1878559) mediante cui ha disposto il blocco del trattamento dei dati nei confronti di tre società operanti nel settore del *telemarketing* in quanto effettuavano chiamate promozionali indesiderate verso utenze iscritte nel Registro delle opposizioni rendendo non identificabile la numerazione telefonica chiamante. Nel dettaglio, la violazione della normativa posta a fondamento dei tre provvedimenti sopra richiamati riguarda l'art. 9 d.P.R. n. 178 del 2010 che, a sua volta, riprendendo il disposto dell'art. 130, comma 3 *ter*, lett. f), d. lgs. n. 196 del 2003, prevede l'espresso obbligo di presentazione dell'identificazione della numerazione chiamante.

In una prospettiva limitrofa, proiettata alla tendenziale massimizzazione della tutela del consumatore "interessato", è necessario sottolineare come il Garante abbia disposto l'apertura di tre

autonomi procedimenti amministrativi anche nei confronti dei rispettivi professionisti, quali titolari del trattamento, che si sono avvalsi dei servizi offerti dai tre *call center* destinatari dei provvedimenti sanzionatori in esame. Tale decisione appare chiaramente in linea con i principi affermati dal provvedimento di carattere generale del Garante del 15 giugno 2011 (doc. web n. 1821257: “titolarità del trattamento di dati personali in capo ai soggetti che si avvalgono di agenti per attività promozionali”) in quanto anche nella specie si potrebbe ritenere che gli agenti operino di fatto, e a tutti gli effetti, come se fossero stati “*preposti dal titolare del trattamento di dati personali*”; ciò in sostanziale aderenza alla definizione di “*responsabile*” di cui all’art. 4, comma 1, lett. g), d. lgs. n. 196 del 2003.

In particolare, nel sistema delineato dal codice privacy, segnatamente ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 4, comma 1, lett. f) e g), 28 e 29, l’esternalizzazione delle attività promozionali costituisce una libera scelta organizzativa ed imprenditoriale di competenza esclusiva del titolare, di tal che i tre provvedimenti sanzionatori sopra ricordati valgono quindi a porre in rilievo l’intento di responsabilizzare l’attività di trattamento dei dati personali effettuata da quei soggetti che talora sperano di eludere il divieto di cui all’art. 130 d. lgs. n. 196 del 2003 mediante insidiose modalità di anonimizzazione dei soggetti materialmente incaricati del trattamento.

3. *Le nuove frontiere della e-privacy alla luce della più recente normativa comunitaria sulla sicurezza e integrità delle reti di comunicazione elettronica accessibili al pubblico degli utenti. Le nuove modifiche al codice privacy operate dal d. lgs. 28 maggio 2012, n. 69*

Lo svilupparsi delle nuove tecnologie e, in particolare, dei sistemi di comunicazione elettronica, ha indotto le più autorevoli istituzioni comunitarie e rispondere alle sempre crescenti esigenze di tutela manifestate dal vasto pubblico degli utenti in relazione alla protezione dei propri dati personali.

In tale contesto, si inserisce l’originario quadro normativo delineato dalla direttiva n. 2002/58/CE (c.d. direttiva “*e-privacy*” relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche) e dalla successiva direttiva n. 2006/24/CE (c.d. direttiva “*data retention*” relativa agli obblighi di conservazione dei dati di traffico da parte dei fornitori per le finalità di accertamento di “gravi reati”) mediante cui il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno inteso disciplinare in maniera uniforme il funzionamento delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica al fine di eliminare discrasie di normazione tra i singoli Stati su questa materia, perseguendo l’obiettivo primario di realizzare uno spazio europeo unico dell’informazione.

Tale quadro normativo è stato successivamente oggetto di una ulteriore modifica per effetto della direttiva n. 2009/136/CE, entrata in vigore il 25 maggio 2011, la quale ha integrato il

precedente sistema di tutele con specifiche norme in materia di violazioni dei dati personali (“*data breaches*”) – introducendo precisi obblighi di notifica delle stesse alle autorità nazionali competenti e, in determinate circostanze, anche agli utenti interessati – e in materia di memorizzazione di, o accesso a, informazioni contenute nei terminali degli utenti (in particolare, attraverso l’utilizzo di *cookies* o altri dispositivi simili, come *spyware* o *virus*). In particolare, le disposizioni della recente direttiva hanno chiarito la necessità di un consenso preventivo dell’utente nei riguardi di quei dispositivi (quali i *cookies*) utilizzati da soggetti terzi – ad esempio le imprese pubblicitarie – per profilare e tracciare la navigazione a fini di *marketing* o similari.

In relazione agli elementi normative sopra delineati, è utile segnalare come l’obiettivo di politica legislativa perseguito a livello comunitario abbia riguardato, in via generale, il rafforzamento della tutela dei consumatori contro possibili violazioni dei propri dati personali e lo *spam*, ponendo in atto la strategia economica comunitaria *Europa 2020*, volta a incentivare lo sviluppo del settore delle comunicazioni elettroniche, nell’ottica di realizzazione programmatica della c.d. *Agenda digitale europea*.

A tale riguardo, il codice privacy è stato interessato da nuove, ampie modifiche per effetto dell’entrata in vigore, il 1 giugno 2012, d.l. 28 maggio 2012, n. 69; attraverso tale provvedimento è stata data attuazione alla delega prevista dall’art. 9 l. 15 dicembre 2011, n. 217 (legge comunitaria del 2010) per il recepimento, appunto, della direttiva n. 2009/136/CE, in materia di trattamento dei dati personali e tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, della direttiva n. 2009/140/CE, in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica e, infine, del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell’esecuzione della normativa a tutela dei consumatori.

Tra le novità più importanti apportate al codice privacy dal d. lgs. n. 69 del 2012, assume particolare rilievo l’introduzione di una nozione di “*violazione di dati personali*” (art. 4, comma 3, lett. *g-bis*). La definizione normativa di violazione, risulta tuttavia non priva di ambiguità perché si riferisce tautologicamente a una «*violazione della sicurezza che comporta anche accidentalmente la distruzione, la perdita, la modifica, la rivelazione non autorizzata o l’accesso ai dati personali trasmessi, memorizzati o comunque elaborati nel contesto della fornitura di un servizio di comunicazione accessibile al pubblico*». In un’ottica sistematica attenta alla struttura del codice privacy, la nozione ora introdotta sembra, infatti, ripercorrere pedissequamente gli elementi costitutivi della fattispecie di “*trattamento illecito di dati*”, già definita espressamente dalla norme dell’art. 167 del codice.

La novella ha delineato gli obblighi inerenti la sicurezza dei dati personali degli utenti che gravano sui fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico (art. 32), introducendo specifici adempimenti conseguenti una violazione di dati personali così come ora

definita dall'art. 4, comma 3, lett. *g bis*. Tra questi, rileva l'obbligo di tempestiva "comunicazione" al Garante Privacy (art. 32 *bis*), la cui *ratio* è verosimilmente rinvenibile nel considerando n. 58 della già ricordata direttiva n. 2009/136/CE, là dove viene riconosciuta l'importanza per le autorità nazionali competenti di avere a disposizione un quadro costantemente aggiornato su tutte le violazioni di dati personali commesse all'interno del territorio nazionale, al fine di elaborare e diffondere le "migliori prassi" nell'attività di trattamento e custodia dei dati personali degli utenti di servizi di comunicazione elettronica, anche in relazione alle misure di sicurezza che i professionisti del settore sono chiamati ad adottare.

Sembra opportuno segnalare che, in ottemperanza al nuovo quadro normativo sopra richiamato, il Garante ha fissato un primo quadro di regole in base alle quali le società di telecomunicazione e i fornitori di servizi di accesso a Internet saranno tenuti a comunicare, all'Autorità stessa e agli utenti interessati, le violazioni di dati personali (*ex art. 4, comma 3, lett. g bis*) che i loro data base dovessero aver subito a séguito di attacchi informatici o di eventi avversi, quali incendi o altre calamità. Nello specifico, le Linee guida adottate dal Garante (cfr. provvedimento del 26 luglio 2012, doc. web n. 1915485) stabiliscono: chi deve adempiere all'obbligo di comunicare; in quali casi scatta l'obbligo di avvisare gli utenti; le misure di sicurezza tecniche e organizzative da mettere in atto per avvisare l'Autorità e gli utenti di un avvenuto "*data breach*"; i tempi e i contenuti della comunicazione.

Il d. lgs. n. 69 del 2012 ha comunque rafforzato la protezione dei dati personali degli utenti di Internet in merito all'uso di quei sistemi informatici in grado di memorizzare le scelte di navigazione degli utenti (ad esempio i *cookies*). In particolare, il novellato art. 122 del codice privacy limita e disciplina l'accesso dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica alle informazioni raccolte nei riguardi dei propri utenti; attività, questa, consentita «unicamente a condizione che il contraente o l'utente abbia espresso il proprio consenso dopo essere stato informato con le modalità semplificate di cui all'art. 13, comma 3»; mentre in ogni altro caso, salvo eccezioni giustificate da modalità tecniche di esecuzione dei servizi, è espressamente «vietato l'uso di una rete di comunicazione elettronica per accedere a informazioni archiviate nell'apparecchio terminale di un contraente o di un utente, per archiviare informazioni o per monitorare le operazioni dell'utente».

Sullo sfondo della disciplina comunitaria è possibile individuare, anche alla luce del considerando n. 66 direttiva n. 2009/136/CE, un chiaro invito del legislatore europeo alle istituzioni nazionali competenti, volto a incoraggiare la diffusione di campagne di informazione *ad hoc* verso il pubblico degli utenti di servizi Internet affinché questi ultimi vengano resi edotti circa le misure precauzionali disponibili per proteggere le loro apparecchiature terminali contro eventuali trattamenti illeciti dei propri dati personali da parte di soggetti terzi non autorizzati.

A tale riguardo, costituirebbe una buona prassi – e sarebbe auspicabile un più incisivo intervento del Garante – che i professionisti che offrono sul mercato servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico di Internet offrissero informazioni più chiare e dettagliate agli utenti circa le possibili misure da adottare per proteggere la sicurezza delle loro comunicazioni, ad esempio attraverso l'uso di particolari tipi di programmi o tecniche di criptaggio.

4. *Il ruolo del Garante ed i nuovi diritti dei consumatori “interessati” alla luce della recente proposta di riforma della normativa comunitaria in materia di protezione dei dati personali [proposte di regolamento 2012/0011 (COD) e direttiva 2012/0010 (COD) del 25 gennaio 2012]*

Lo sviluppo della rete Internet ha sconvolto le tradizionali strutture di informazione del mercato, costituendo di fatto un'infrastruttura globale comune per la fornitura di un'ampia serie di servizi di comunicazione elettronica i quali, da un lato, aprono nuove possibilità al vasto pubblico degli utenti ma possono rappresentare, dall'altro, nuovi potenziali pericoli per i loro dati personali e la loro vita privata. In questo contesto, assume particolare importanza la recente proposta di riforma della normativa comunitaria in materia di protezione dei dati personali, presentata dalla Commissione europea il 25 gennaio 2012, definita “globale” perché rivolta a modificare l'intero quadro normativo europeo in questa materia, con interventi strutturati ed incisivi, nell'intento di rafforzare la tutela *on line* del diritto alla privacy e delle facoltà ad esso ascrivibili, mirando a stimolare lo sviluppo dell'economia digitale europea.

L'intervento della Commissione Europea, così come più volte dichiarato dalla stessa, ha avuto tra le proprie finalità primarie anche quella di armonizzare la normativa comunitaria avente ad oggetto l'effettivo esercizio del diritto alla protezione dei dati personali, riconoscendo un ruolo chiave in capo alle Autorità garanti dei singoli Stati membri. Più nel dettaglio, la predetta riforma si sostanzia nell'introduzione di un Regolamento (cfr. proposta di regolamento 2012/0011 (COD) del 25 gennaio 2012) in sostituzione della direttiva n. 95/46/CE, che istituisce un quadro generale comunitario per la protezione dei dati personali, e di una direttiva (cfr. proposta di direttiva n. 2012/0010 (COD) del 25 gennaio 2012) che dovrà disciplinare il trattamento dei dati per finalità di giustizia e di polizia in sostituzione del quadro regolatorio definito dalla decisione quadro 2008/977/GAI.

Dal punto di vista giuridico-formale, la scelta del regolamento piuttosto che di altro strumento normativo risulta condivisibile nell'ottica di armonizzazione massima del quadro giuridico europeo di protezione dei dati personali, anche alla luce dell'art. 288 T.F.U.E. il quale,

come è noto, espressamente dispone che «*il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri*». In tal modo, si potrà fare affidamento su un testo normativo chiaro e uniforme per tutti gli Stati membri, le cui disposizioni dispiegheranno identici effetti in ogni singolo ordinamento giuridico nazionale.

La previsione dei tempi circa l'effettiva entrata in vigore della riforma in esame è nell'ordine di un paio di anni, posto che *l'iter* per l'approvazione definitiva dei due strumenti normativi proposti comporterà l'intervento congiunto di Parlamento europeo e Consiglio UE in virtù della cosiddetta "*procedura legislativa*" (*ex art. 294 T.F.U.E.*) così come disciplinata dal Trattato di Lisbona.

Tra le principali novità della proposta di Regolamento rilevanti in materia consumeristica, può essere segnalata l'introduzione dell'obbligo di nomina di un "*data protection officer*" (responsabile della protezione dei dati: artt. 35-37 della proposta di regolamento e artt. 30-32 della proposta di direttiva) per enti pubblici ed aziende con più di 250 dipendenti.

A ben vedere, sarebbe auspicabile che tale figura, che dovrà essere designata dal responsabile o dall'incaricato del trattamento, venga istituita anche nell'ambito di realtà aziendali più piccole, considerato che proprio una figura *ad hoc* potrebbe costituire la soluzione per una minore incidenza economica delle attività di tutela dei consumatori in relazione al trattamento dei propri dati personali.

A tale riguardo ha sicuro rilievo l'introduzione del "*privacy impact assessment*" (valutazione d'impatto sulla privacy artt. 33-34 della proposta di regolamento e art. 19 della proposta di direttiva) uno strumento giuridico già noto nel contesto internazionale ma meno diffuso in Europa, funzionalmente volto a incentivare delle dinamiche di *governance* aziendale più incisive e autoresponsabili nella determinazione programmatica delle attività inerenti la tutela della privacy.

In relazione a tale obiettivo di politica legislativa, inoltre, vengono introdotti i concetti di "*data protection by design and by default*" (protezione fin dalla progettazione e protezione di default: art. 23 della proposta di Regolamento) da intendersi quale specifico obbligo per il responsabile del trattamento di adottare politiche interne e misure adeguate che soddisfino i principi della protezione dei dati personali fin dalla progettazione di un determinato bene o servizio da commercializzare sul mercato.

Nell'ottica di rafforzamento del quadro di tutele predisposte a favore della posizione giuridica soggettiva del consumatore "interessato", la proposta di Regolamento enuncia espressamente (art. 18) il diritto degli interessati alla cosiddetta "portabilità del dato" (ad esempio, nel caso in cui un utente decida di trasferire i propri dati da un social network ad un altro). La *ratio* posta alla base di tale previsione normativa mira ad una semplificazione della circolazione dei dati personali che sia determinata e gestita direttamente dall'interessato e quindi all'affermazione di una

maggior efficacia del diritto al controllo dei propri dati personali da parte del vasto pubblico degli utenti di servizi di comunicazione digitale.

In relazione allo sviluppo sistematico delle regole di comunicazione digitale, assumono particolare importanza le norme relative alla protezione dei dati sul *web* riferibili al c.d. “diritto all’oblio” (identificato, a livello comunitario, dalla locuzione “*right to be forgotten*”: art. 17 della proposta di regolamento e art. 16 della proposta di direttiva), ossia del diritto per l’interessato di decidere se e quali informazioni possano continuare a circolare dopo un determinato periodo di tempo. In questa materia, il nuovo art. 17 della proposta di Regolamento configura un generalizzato diritto di opposizione al trattamento dei dati personali ed alla cancellazione degli stessi, azionabile anche nei confronti dei vari siti *web* titolari del trattamento, ogni qualvolta la loro diffusione non sia giustificata o meglio argomentata da motivi legittimi espressamente indicati dalla norma.

In linea di sintesi, sullo sfondo della proposta di riforma comunitaria sopra delineata, è possibile individuare una chiara aspirazione della Commissione europea, volta a favorire un clima di maggiore fiducia nel mercato digitale europeo attraverso il superamento della frammentazione giuridica tra i singoli ordinamenti nazionali.

Vale la pena sottolineare che, in un’ottica consumeristica, l’eventuale assenza di un sistema di regole certe ed uniformi rispetto all’utilizzo dei servizi di comunicazione digitale dissuaderebbe i consumatori dall’effettuare acquisti *on line*, riducendo così le nuove possibilità di sviluppo economico del mercato interno. Per questo motivo, risulta evidente come la predisposizione di nuovi strumenti giuridici a vantaggio della protezione dei dati personali rivesta un’importanza fondamentale per lo sviluppo dell’Agenda digitale europea e, più in generale, per la strategia economica Europa 2020.

Di fronte all’ormai prossimo quadro (non di integrale modifica ma) di significativo assestamento della disciplina complessiva della materia, un ruolo affatto particolare resta, dunque, affidato al Garante, quale Autorità inevitabilmente e funzionalmente investita del potere e del dovere di governare il cambiamento in atto, mentre all’interprete spetta ancora una volta l’altrettanto delicato compito di razionalizzare le regole, mettere a fuoco il novero degli interessi ed affinare le tecniche di tutela.

Gli Autori

FABIO BASSAN, Professore associato di Diritto internazionale - Università "Roma Tre"

ETTORE BATTELLI, Ricercatore di Diritto privato - Università "Roma Tre"

ELENA BELLISARIO, Ricercatore di Diritto privato - Università "Roma Tre"

VINCENZO CUFFARO, Professore ordinario di Diritto privato - Università di Firenze

CARLO DI SARIO, Dottorando di ricerca in "Mercato e Consumatori" - 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 GUGLIELMETTI, Dottore di ricerca in Scienze Merceologiche e Assegnista di ricerca - Università "Roma Tre"

ALFONSO INGENITO, Dottorando di ricerca in "Mercato e Consumatori" - Università "Roma Tre"

PAOLO LAZZARA, Professore associato di Diritto amministrativo - Università "Roma Tre"

ELIO LEONETTI, Avvocato in Roma

ALESSANDRO LOMORO, Dottorando di ricerca in "Mercato e Consumatori" - Università "Roma Tre"

FRANCESCO LONGOBUCCO, Ricercatore di Diritto privato - Università "Roma Tre"

ANDREA LUBERTI, Magistrato della Corte dei conti - Referendario presso la Sezione controllo per la Regione Lombardia e dottore di ricerca in "Mercato e consumatori" - Università "Roma Tre"

FRANCESCO MACIOCE, Professore ordinario di Diritto privato - Università "Roma Tre"

MARIA LETIZIA MAGNO, Dottore di ricerca in "Mercato e Consumatori" - Università "Roma Tre"

GIOVANNI MATTIA, Professore a contratto in Marketing - Università "Roma Tre"

LUCIA MINERVINI, Dottore di ricerca in "Mercato e Consumatori" - Università "Roma Tre"

PAOLO OCCHIUZZI, Dottorando di ricerca in "Mercato e Consumatori" - Università "Roma Tre"

MADDALENA RABITTI, Professore ordinario di Diritto dell'economia - Università "Roma Tre"

MARIA FRANCESCA RENZI, Professore ordinario di Scienze merceologiche - Università "Roma Tre"

LILIANA ROSSI CARLEO, Professore ordinario *senior* di Diritto privato - Università "Roma Tre"



Authority nazionali ed europee: prospettive per la tutela dei cittadini.

Roma - 28 novembre 2012

h 9.30 - 13.00

Sala Danilo Longhi - Unioncamere

Piazza Sallustio, 21



PROGRAMMA

Welcome coffee

Introduce

Fabio Picciolini

Presidente Consumers' Forum

Saluti

Ferruccio Dardanello

Presidente Unioncamere

Relazione a cura di

Liliana Rossi Carleo

Professore Ordinario di Diritto privato e docente di Diritto dei consumi nell'Università degli Studi "Roma Tre" - Facoltà di Economia

Consumerism 2012. Quinto Rapporto annuale.

Moderà

Debora Rosciani

Giornalista di Radio 24

Dibattito

Elena Bellizzi

Responsabile Servizio Tutela del Consumatore Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private e di Interesse Collettivo

Francesco Beltrame

Presidente *(del soppresso)* DigitPA

Guido Pier Paolo Bortoni

Presidente Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas

Angelo Marcello Cardani

Presidente Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Vittorio Conti

Commissario Consigliere Consob Commissione Nazionale per le Società e la Borsa

Giovanna Giurgola Trazza

Presidente Organismo per la tenuta Albo dei Promotori Finanziari

Giovanni Pitruzzella

Presidente Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Sergio Santoro

Presidente Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture

Luigi Federico Signorini

Direttore Centrale Area Vigilanza bancaria e finanziaria Banca d'Italia

Antonello Soro

Presidente Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali

Intervengono rappresentanti delle Imprese, delle Associazioni dei Consumatori e delle Istituzioni.

Light lunch



Consumers' Forum è un'associazione indipendente che dal 1999 riunisce imprese e consumatori per facilitare il dialogo, promuovere le politiche consumeriste e migliorare la qualità di vita dei cittadini.

Fanno parte di Consumers' Forum le più importanti associazioni di consumatori, istituzioni, università, numerose imprese industriali e di servizi e le loro rappresentanze. Ad oggi Consumers' Forum è composta da 34 soci.

L'associazione è luogo di confronto sui diritti dei consumatori e favorisce il "dialogo aperto" tra i diversi attori sociali, con l'obiettivo di produrre una costruttiva «coevoluzione» di politiche consumeriste e di politiche per il miglioramento della qualità della vita dei cittadini.

Consumers' Forum

Via degli Scipioni, 8 00192 Roma RM
tel. 06-39725486 fax 06-39887519
segreteria@consumersforum.it

www.consumersforum.it
www.facebook.com/consumforum
twitter.com/ConsumForum