



CARMELITA CAMARDI

Professore ordinario di diritto privato - Università Ca' Foscari di Venezia

LA PROTEZIONE DEI CONSUMATORI TRA DIRITTO CIVILE E REGOLAZIONE DEL MERCATO. A PROPOSITO DEI RECENTI INTERVENTI SUL CODICE DEL CONSUMO (*)

Sommario: 1. Possibili linee di indagine sulle recenti tendenze del diritto dei consumi. - 2. Diritto del mercato e diritto dei consumatori nell'ottica della regolazione. - 3. Segue. Dal diritto privato dei consumi al diritto amministrativo dei consumi. - 4. Diritto dei consumi e diritto della concorrenza. Una relazione pericolosa?. - 5. Segue. Il controllo dell'AGCM sulle clausole vessatorie. - 6. Segue. Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie nell'ambito delle competenze dell'Autorità Antitrust. - 7. Segue. La procedura di attuazione dell'art. 37 bis del Codice di consumo (ancora sulle nuove competenze dell'Antitrust). - 8. Riflessioni sull'impatto delle nuove competenze dell'Antitrust sulla contrattazione d'impresa nel sistema dell'autonomia privata. Altri elementi. - 9. Ipotesi finale

1. In occasione di un non lontano seminario palermitano svoltosi nel 2009, e nella successiva pubblicazione del relativo contributo (¹), avevo già avuto modo di occuparmi del tema delle pratiche commerciali scorrette, in prospettiva consumeristica e puntando l'attenzione sui profili strettamente civilistici della disciplina, con riferimento particolare a quelli della invalidità dei contratti.

Già in quell'occasione tuttavia, abbozzando una riflessione di carattere più strategico e sistematico, avevo espresso l'idea che il Diritto dei Consumi stesse assumendo la tendenza ad allontanarsi, nella sua recente evoluzione, dal modello di un *diritto privato dei consumatori*, per avvicinarsi ad un modello sempre più di *diritto delle imprese e del mercato*. E ciò ad onta del crescente catalogo dei "diritti fondamentali" dei consumatori e degli utenti, che il nostro Codice esibisce nell'*incipit* della sua parte generale, sebbene orientato di recente verso la garanzia di diritti "anche" collettivi (art.2, 139 – 140 *bis*, Cod. Cons.).

La recente ulteriore modifica del Codice del Consumo realizzata attraverso l'inserimento dell'art.37 *bis*, in materia di tutela amministrativa contro le clausole vessatorie, e recante l'attribuzione del potere preventivo e successivo di accertamento della vessatorietà in capo all'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato, rende possibile approfondire la riflessione, e individuare (forse) una nuova tendenza normativa nel sistema di protezione dei consumatori. D'altra parte, l'emanazione da parte della stessa Autorità del nuovo Regolamento, che unifica la disciplina del procedimento per l'accertamento della scorrettezza delle pratiche commerciali e della vessatorietà delle clausole inserite nei contratti per adesione, completa il quadro normativo che assumiamo ad oggetto di osservazione. Mentre l'estensione della tutela contro le pratiche

¹) C.Camardi, Pratiche commerciali scorrette e invalidità, in A. Bellavista e A. Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2001, p.143; anche in *Obbligazioni e Contratti*, 2010, 6, p.408; e in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, p.357.



commerciali scorrette anche alle cosiddette “microimprese” (soggetti che si affacciano nel palcoscenico della ‘debolezza’ economica), con ciò riportandole per questo aspetto sotto l’ombrello protettivo della medesima Autorità, sollecita interrogativi ancora una volta sistematici sulla visione della competizione mercantile che il nostro legislatore (dell’emergenza?) vuole adottare, allineandosi con i superiori orientamenti dell’Unione Europea (²).

L’assunzione ad oggetto di studio di provvedimenti, come quelli suddetti, non perfettamente omogenei, richiede una preventiva messa a fuoco dei problemi che si intendono affrontare.

a) Da un primo punto di vista, ci si potrebbe limitare a misurare semplicemente la crescita dei provvedimenti attraverso i quali la disciplina dei rapporti di consumo viene integrata in quella della regolazione economica, semplicemente come conseguenza della evidente constatazione per la quale il consumatore, o l’utente, altro non sono che protagonisti di un mercato unitario o unitariamente regolato, nel senso che, ad esempio nella regolazione di alcuni servizi essenziali, non si può non prendere in considerazione *anche* la posizione del consumatore o dell’utente. In tale contesto, sembra naturale che un’Autorità amministrativa, così come si occupa di tariffe e Carte dei servizi, si occupi *anche* di pratiche commerciali scorrette e di clausole vessatorie.

In tale prospettiva, i provvedimenti cui si è fatto da ultimo riferimento sarebbero in linea di continuità con quelli precedenti che, sempre facendo capo alla definizione dei compiti delle Autorità indipendenti, hanno direttamente assunto la protezione dei consumatori nell’ambito del diritto della concorrenza e dei mercati, formalizzandola come oggetto dell’attività amministrativa di una o di un’altra Autorità.

Così impostato il campo di osservazione, gli interrogativi dello studioso potrebbero riguardare due aspetti.

Il primo aspetto sarebbe quello della definizione dei confini e degli ambiti del doppio binario di tutela così introdotto nel sistema di protezione dei consumatori. Il riferimento alla “tutela civilistica” e/o alla “tutela amministrativa” dei diritti dei consumatori individuerrebbe due ben differenti e indipendenti sistemi di attivazione dei rimedi giuridici ai tradizionali fallimenti del mercato, e due indipendenti (o relativamente indipendenti) tecniche di reazione allo *stesso atto o comportamento* con il quale il professionista ‘aggrede’ il consumatore. Ci si potrebbe chiedere se ciò sia efficiente oppure no, dal punto di vista della economicità dei mezzi giuridici di tutela; e se sia efficace, dal punto di vista del risultato a favore del consumatore (al quale è assegnata la scelta,

²) Questi i riferimenti. Artt.5, 7 Legge n.27/2012, di conversione del DL n.1/2012. Il Regolamento dell’Antitrust è quello del 10 settembre 2012, disponibile nel sito www.agcm.it

(*) il presente contributo è una rielaborazione dell’Intervento svolto in occasione della Giornata di Studio su “Tutela della concorrenza e diritti dei consumatori”, svoltasi a Palermo il 28 maggio 2012.



non l'alternativa, di segnalare la vessatorietà della clausola all'AGCM oppure chiederne la dichiarazione di nullità all'AGO; oppure entrambe le cose).

Il secondo aspetto sarebbe quello della “misurazione” del grado di tutela assegnata al consumatore in un sistema che, in prospettiva e a regime, potrebbe registrare una prevalenza del binario amministrativo, accessibile in forma collettiva e soprattutto dotato di efficacia comunicativa e di *moral suasion* assai forti, su quello civilistico. Sicchè verrebbe da chiedersi se la *ratio* ultima della doppia tutela non sia quella di rafforzarne una a scapito dell'altra. Il che però richiederebbe un supplemento di ragionevole motivazione.

b) Da un altro punto di vista, lo studioso civilista potrebbe cercare o già riscontrare nel contesto normativo indicato, in special modo nell'art.37 *bis*, un secondo segnale, meno evidente, ma non meno significativo, legato alla dimensione teorico-domatica del contratto con i consumatori, il quale si presenta nella più parte dei casi come contratto standard, piuttosto che come contratto individuale. La recente disciplina potrebbe in tal senso riportare all'attenzione dello studioso la (vecchia) questione della ricostruzione della fattispecie del contratto predisposto o per adesione, alla luce di un controllo ormai sistematizzato quale controllo amministrativo *anche* in via preventiva del contenuto delle clausole vessatorie e/o abusive.

In questa prospettiva, assumono rilievo sia il procedimento che l'AGCM segue ai fini della dichiarazione di vessatorietà (in particolare la formula della consultazione pubblica e la natura meramente dichiarativa del provvedimento finale); sia la previsione dell'istituto dell'interpello preventivo, mediante il quale il professionista sollecita la valutazione dell'Autorità di sua iniziativa.

L'interpello si affianca così, nonostante alcune differenze tecniche, ad un altro istituto che, nell'ambito della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, assolve alla non dissimile funzione concreta di prevenire il provvedimento negativo dell'Autorità attraverso una sorta di negoziato. Si tratta dell'istituto degli “impegni”, puntualmente disciplinato –come adesso l'interpello- nel nuovo Regolamento emanato dall'AGCM nel settembre 2012 per la disciplina di tutti i procedimenti in materia di protezione dei consumatori.

E tuttavia, mentre attraverso gli impegni il professionista finisce per “negoziare” una semplice modalità di comunicazione; attraverso l'interpello l'attività dell'Autorità è –per così dire- inserita nella fase preparatoria della predisposizione delle clausole del contratto standard, con una potenziale incidenza, cioè, sul modo di atteggiarsi di quella particolare espressione dell'autonomia privata (d'impresa) che è l'unilaterale predisposizione di clausole destinate ad avere ingresso nel regolamento contrattuale indipendentemente dall'inserzione o dal richiamo che di esse si sia fatto nel contratto con l'aderente, e a prescindere dalla sua accettazione, secondo i presupposti di cui all'art.1341, co.1 del codice civile, non toccati per questo effetto dalla disciplina del codice del



consumo. Sarebbe questo allora un non banale profilo delle ricadute della disciplina della concorrenza e del mercato sulla teoria del contratto e sulle forme di manifestazione dell'autonomia privata in questo settore di rapporti. Attraverso i tentativi di incentivare una contrattazione non vessatoria e meno "abusiva", verrebbero così introdotti strumenti *soft* di co-determinazione del contenuto del regolamento contrattuale per quelle parti potenzialmente suscettibili di un controllo successivo di vessatorietà da parte dell'AGO.

La protezione del consumatore passerebbe perciò attraverso la preventiva valutazione dell'Autorità, la quale presterebbe la propria competenza tecnica e la propria unitaria visione del mercato per offrire una patente di "correttezza" alle imprese le quali, operando per condizioni generali, preferiscono una maggiore stabilità contrattuale e –in ipotesi- minori vantaggi economici, al rischio di incorrere in tutte le conseguenze di una eventuale dichiarazione di vessatorietà, cui si può accompagnare però la probabilità dei maggiori guadagni indotti dalle clausole vessatorie. Ma così facendo, la fattispecie contrattuale potrebbe risultare quale frutto di una sorta di autonomia concordata tra il professionista e l'Autorità, almeno in parte.

Ancora, ed infine, l'art.37 *bis*, letto in questa chiave, sarebbe la naturale conclusione del processo già avviato in sordina qualche anno fa attraverso la riforma delle Camere di Commercio, la quale ha istituito preso i vecchi enti camerali le *Unità di regolazione del mercato*, deputate per l'appunto al controllo di vessatorietà delle condizioni generali di contratto.

Le note successive sono dirette ad approfondire gli aspetti problematici sumenzionati.

2. Preliminare ad ogni ragionamento sul primo dei due aspetti considerati, mi sembra la condivisione di una definizione almeno stipulativa del concetto di "regolazione", mediante il quale si indicano e si riassumono le moderne tecniche di intervento dei pubblici poteri nel mercato e sull'attività delle imprese.

Ebbene, secondo una tradizione di origine anglosassone penetrata anche nella cultura italiana, per *regolazione* si intende l'insieme delle tecniche di controllo pubblico delle attività economiche private che, agendo dall'interno delle relazioni di mercato, intendono porre rimedio a disfunzioni, fallimenti e asimmetrie del mercato concorrenziale, utilizzando strumenti procedimentali, con l'obiettivo di implementare, conservare o istituire logiche comportamentali conformi ai principi della concorrenza (³). Per quanto differenti nei diversi modelli attuativi, le tecniche di regolazione

³) Attesa la natura di queste note, ci si limita ad alcune citazioni di carattere istituzionale, e fra queste ai contributi di A. La Spina, G. Majone, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2010; G. Tesauro, M. D'Alberti, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000; M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; S. Valentini, *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, 2005; G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003; E. Cardi, *Mercati e istituzioni in Italia*, Torino, 2009; A. Lalli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008; M. Maugeri, A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010; R. Natoli, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, in particolare p. 5 ss.



sono tuttavia accomunate da taluni elementi normativi ricorrenti. Il soggetto “regolatore” è un soggetto istituzionale pubblico, gestito da tecnici indipendenti che applicano e formulano regole comportamentali e assumono provvedimenti amministrativi, spesso anche in funzione giurisdizionale. Utilizzando gli strumenti del diritto amministrativo, i regolatori controllano o impongono taluni comportamenti, o ne vietano altri, alle imprese che operano nei mercati di riferimento, il tutto in un contesto che è anche dialogico e interlocutorio, e include la partecipazione degli interessati ed anche dei destinatari finali dell’attività (ad esempio i consumatori) al procedimento regolatorio.

Ai fini dell’analisi che qui interessa, è importante rilevare che l’attività svolta dalle Autorità di regolazione, in quanto rivolta alla promozione della concorrenza e alla protezione dei consumatori, viene ritenuta lontana dai moduli tradizionali di attività legati al perseguimento di obiettivi di politica economica; e per lo stesso motivo anche irriducibile ai moduli del potere amministrativo discrezionale (⁴). L’attività di regolazione piuttosto, specie se osservata dal punto di vista della disciplina dei servizi pubblici, si configurerebbe come attività neutrale, o terza, rispetto agli interessi dei soggetti privati coinvolti (imprese, utenti), in quanto prevalentemente orientata a correggere i fallimenti del mercato che la relazione distorta o dispari tra tali soggetti esibisce. In tal senso, si osserva, la funzione regolatoria si atteggia quale strumento di garanzia dell’autonomia privata e della parità delle armi, a dispetto dell’incidenza che gli strumenti utilizzati possono determinare su taluni atti di autonomia in taluni settori di rapporti più resistenti alla stabilizzazione di una logica di mercato concorrenziale effettivamente competitiva. Sicchè non sembra più un paradosso, almeno per gli studiosi di matrice pubblicistica, affermare che l’obbligo di contrarre o la determinazione autoritativa delle tariffe o delle modalità di selezione del contraente, siano strumenti utili a *simulare la concorrenza* prima, e a garantirla dopo (⁵). Nel che per l’appunto si risolverebbe la regolazione. Vedremo più avanti come il civilista sia in grado di rettificare, o rifinire, questa visione attraverso la valorizzazione di altri profili.

Così ricostruite le tecniche di regolazione del mercato, la protezione dei consumatori tende ad atteggiarsi come *ratio* e come obiettivo finale anche delle norme che plasmano le competenze delle Autorità investite di questa funzione nei vari settori, secondo modalità non omogenee. Le quali vanno messe in luce al fine di individuare una continuità o una discontinuità fra la disciplina che, ad esempio, si prefigge un obiettivo consumeristico nella regolazione dei servizi pubblici, e quella che -più di recente- ha conferito all’ Autorità antitrust la “regolazione” anche delle attività di comunicazione e predisposizione di clausole contrattuali.

⁴)Sul punto si rinvia a G.Napolitano, A.Zoppini, La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati, in G. Gitti (a cura di), L’autonomia privata e le autorità indipendenti , Bologna, 2006, p.130 ss.

⁵) F. Merusi, Il potere normativo delle autorità indipendenti, in G. Gitti, (a cura di), L’autonomia privata, cit.p.43 ss.



Ed infatti, se si volesse adottare un paradigma non ancora del tutto scientifico ma più descrittivo, si potrebbe osservare che mentre la disciplina di regolazione di taluni servizi esibisce un percorso che dalle logiche proprie del diritto amministrativo si sposta verso logiche privatistiche, in particolare di (incidenza *anche* sulla) disciplina dei contratti; quella più recente dalla quale stiamo prendendo le mosse esibisce un percorso che va (almeno apparentemente) in senso contrario.

In particolare, se la prima perviene ad intaccare la disciplina del contratto, quale momento finale di una procedimentalizzazione dell'attività dei soggetti erogatori del servizio, che approda a quello che si è definito "processo di amministrativizzazione in senso tecnico dell'autonomia contrattuale" (⁶); sembrerebbe del tutto opposto il percorso delle discipline in materia di pratiche commerciali scorrette o di controllo delle clausole vessatorie. Qui, infatti, l'originaria disciplina tipica dello strumentario privatistico, nella costruzione delle fattispecie come negli strumenti giurisdizionali di applicazione dei rimedi, si muove verso una "sua" palese e inequivocabile amministrativizzazione, con progressiva cessione o condivisione di competenze rimediali dal giudice ordinario a quello amministrativo, e prima ancora attraverso l'allargamento progressivo del potere regolatorio dell'attività privata in questione dagli originari soggetti privati che ne erano esclusivi titolari (in quanto dotati di piena "autonomia contrattuale") alle Autorità indipendenti con funzioni di vigilanza, ma non solo.

Proviamo ad esporre alcune esemplificazioni.

Nella materia dei servizi di pubblica utilità, sottoposti alla vera e propria attività di regolazione da parte di autorità specializzate di settore (così tipicamente per l'erogazione di servizi elettricità e gas, o per le telecomunicazioni), la protezione dei consumatori/utenti appare quale elemento certamente non secondario degli obiettivi di sistema perseguiti attraverso la promozione della concorrenza e dell'efficienza. Obiettivi che portano con sé, quale naturale conseguenza, anche la promozione della qualità dei servizi per l'utenza, della trasparenza dei contratti e delle tariffe, e in generale della correzione di tutti quei comportamenti dell'esercente (che si direbbero "opportunistic") intesi a scaricare sull'utente disfunzioni e inefficienze dell'azienda di erogazione (ad es., indennizzi per i ritardi nella prestazione; accesso agli uffici e alle informazioni; semplificazione delle procedure; libertà di disdetta e diritti di recesso; meccanismi agevolati di soluzione delle controversie) (⁷).

⁶) Così G.Gitti, Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti, in G. Gitti, (a cura di), *L'autonomia privata*, cit., p.94; C. Solinas, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato*, in *Contratto e impresa*, 2010, p. 1368 ss.

⁷) Sul punto, molto efficacemente, M. Clarich, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori delle autorità di regolazione settoriale*, relazione al Convegno AGCM del 29 gennaio 2010, *Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela*, reperibile nella pagina http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/2438-ven-0129intervento-clarich.html, poi pubblicato negli Studi in onore di Alberto Romano, Napoli, 2011, vol. III, p.1963.



In altre parole, dal punto di vista della costruzione formale dei procedimenti amministrativi attraverso i quali beni come l'energia o il gas, o le risorse della telecomunicazione, arrivano nella disponibilità dei singoli, la protezione del consumatore/utente entra come elemento necessario di un percorso che parte, originariamente, dallo smantellamento di un monopolio, passa attraverso la moltiplicazione dei soggetti di erogazione del servizio e/o la loro privatizzazione (in tutti i sensi che questo termine assume in rapporto al carattere nazionale o locale del servizio), ed arriva al singolo utente attraverso un contratto; il quale perciò si presenta inevitabilmente disciplinato –dal regolatore- anche attraverso l'inserzione di clausole o di altri atti del soggetto erogatore (ad esempio, le Carte dei servizi), tutti intesi a proteggere la sua posizione come soggetto la cui corretta trasparente ed efficiente fruizione è elemento logicamente imprescindibile dell'efficienza e competitività del servizio (si pensi alle pratiche di valutazione), e non solo come soggetto genericamente e paternalisticamente “debole”.

In tal modo, gli strumenti del diritto privato (il contratto, principalmente) fanno ingresso a pieno titolo nel sistema di regolazione di questi servizi, e sul piano della tecnica di costruzione delle norme e su quello rimediale, assumendo altresì il ruolo di strumenti espressione di un(a *ratio* che diventa) principio generale di organizzazione del servizio e principio generale alla luce del quale applicare la relativa disciplina. Echi non troppo lontani di questa metamorfosi sono presenti anche nella giurisprudenza. La condanna delle Autorità indipendenti di settore al risarcimento dei danni patiti dai consumatori per mancata od omessa vigilanza dell'attività degli intermediari finanziari (poi rivelatasi dannosa), esibisce l'applicazione del principio di protezione dei consumatori quale presupposto di sistema, il cui esito sfiora nella cittadella della responsabilità civile, dando spazio all'affidamento tradito e al nesso di causalità quali elementi della fattispecie di responsabilità delle autorità ex art.2043 cod.civ. per lesione di diritti soggettivi (⁸).

Non è un caso, del resto, che la dottrina amministrativistica si vada interrogando su pubblico e privato nel modello dell'azione amministrativa, con esiti ricostruttivi che sono in grado di mostrare l'interazione o l'interferenza tra i due sistemi nell'attuale configurazione di tutti gli istituti attraverso i quali l'azione amministrativa si esplica (⁹).

3. D'altra parte, come ho appena avuto modo di dire, i recenti provvedimenti in materia di tutela dei consumatori introducono strumenti di diritto amministrativo, segnando una discontinuità rispetto ai modelli privatistici fin qui praticati di protezione dei consumatori.

⁸) Per tutti, Cass., 23 marzo 2011, n.6681, in *Danno e responsabilità*, 7/2011, p.717, con Commento di S.Osella. Per i profili più generali del tema, si veda il recente contributo di L. Castelli, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012.

⁹) Ne è un esempio il recente volume di V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, significativamente sviluppato su capitoli che riecheggiano i libri del Codice civile.



Nel precedente paragrafo ho parlato di amministrativizzazione dello strumentario privatistico, per descrivere in prima battuta la nuova logica della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e delle clausole vessatorie quale consegnata nelle mani dell'AGCM.

Se si volesse utilizzare un secondo paradigma o punto di osservazione, si potrebbe ancora dire che, mentre nelle discipline sui servizi di pubblica utilità fin qui menzionate la protezione dei consumatori si inserisce nella strategia della promozione della concorrenza in questi mercati; nei provvedimenti sulle pratiche commerciali scorrette e sul controllo delle clausole vessatorie è la promozione della concorrenza che viene ad inserirsi e a interferire con la protezione dei consumatori. Insomma, due percorsi normativi paralleli, opposti, ma convergenti verso un comune obiettivo.

Non si tratta, evidentemente, di un mero gioco di parole. Il che proverò ad argomentare.

Va ricordato in primo luogo che la dottrina giusprivatistica si è da tempo resa conto della matrice pro-concorrenziale di molti degli istituti di protezione del consumatore introdotti nella disciplina dei contratti tra professionisti e consumatori, individuando nella concorrenza un bene giuridico tutelato dalla normativa contrattuale per così dire “dall'esterno”; rinvenendo cioè nella concorrenza la *ratio* della normativa in questione nel senso specifico della giustificazione –anche non esclusiva- del contenuto delle regole contrattuali. Il che si ritiene da molti essere verosimile con riferimento a gran parte della disciplina consumeristica, ove gli strumenti tipici del diritto contrattuale (dagli obblighi di informazione, alla nullità di protezione, al recesso) sono piegati ad una logica rimediale tutta speciale, che tradisce la funzionalità della tutela del consumatore (contraente debole) alla garanzia esterna del mercato concorrenziale, attraverso l'incentivazione di comportamenti virtuosi (¹⁰).

Il rilievo non è privo di ricadute interpretative, atteso che l'individuazione della *ratio* pro-concorrenziale serve a controllare i procedimenti di applicazione estensiva o analogica della disciplina di tutela a quei rapporti nei quali (non) si ritrova la stessa esigenza di protezione.

In secondo luogo va pure ricordato che, ancora dal punto di vista degli studiosi del diritto della concorrenza (come tipico diritto della regolazione), è frequente l'affermazione per la quale tra le due *policies* –tutela della concorrenza e tutela dei consumatori- esiste una stretta correlazione e un rapporto inestricabile, anche in seno al diritto antitrust in generale (¹¹). Ne sarebbero dimostrazione gli stessi articoli della legge antitrust, letti alla luce dei Trattati Europei, e la giurisprudenza ordinaria, nonché quella europea e della stessa AGCM, laddove tutte collegano

¹⁰) Mi permetto di rinviare sul punto al mio Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo, in Europa e diritto privato, 2008, p. 831 ss. e ai riferimenti ivi segnalati.

¹¹)Vedi M. Siragusa, F. Caronna, Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Antitrust, intervento al Convegno IL diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela, Roma, 29 gennaio 2010, reperibile in <http://www.agcm.it/ventennale-dellautorita/4276-il-diritto-dei-consumatori-nella-crisi-e-le-prospettive-evolutive-del-sistema-di-tutela-organizzato-e-promosso-dalle-universita-roma-tre-e-luiss-roma-auditorium-agcm.html>.



direttamente il beneficio fruito o il danno patito da parte dei consumatori ai comportamenti virtuosi piuttosto che distorsivi tenuti dalle imprese, e in tal senso favoriti o sanzionati dalle Autorità.

Ebbene, se si tengono presenti queste discipline, formalmente rappresentate dalla normativa e dalla giurisprudenza Antitrust e dal Codice del consumo, il rapporto tra diritto della concorrenza e diritto dei consumi si inserisce in una dialettica sistematica tra settori dell'ordinamento per così dire fisiologica, nell'ambito della quale la presenza di comuni principi ispiratori non comporta necessariamente interferenze operative nell'applicazione dei relativi strumenti di tutela, o perlomeno non in forma eccessiva⁽¹²⁾. Entrambi i settori di disciplina confluiscono, nell'autonomia dei loro strumenti applicativi, verso il comune obiettivo della competitività del mercato, incentivata vuoi dalla garanzia della non distorsività dei comportamenti tenuti dalle imprese nei loro specifici rapporti (le intese, le concentrazioni); vuoi dal presidio che il diritto dei contratti dei consumatori fornisce, allorchè “arma” i consumatori di efficaci rimedi atti a neutralizzare i comportamenti opportunistici (abusivi e vessatori) dei professionisti, così trasformandoli in “agenti” e “selettori” di un mercato concorrenziale⁽¹³⁾.

Diverso è il caso in cui, invece, il diritto della concorrenza allarga la propria competenza e si appropria –per così dire- di *beni giuridici* tutelati tradizionalmente dal diritto civile con i suoi strumenti e con le sue logiche, ad esempio quelli dell'impugnativa contrattuale nel contesto del processo civile avanti al giudice ordinario e delle ordinarie regole dello stesso. Si pensi, per cominciare, ad una tipica tutela realizzata attraverso il diritto privato contrattuale, quella della libertà del consenso, o libertà del volere, alla garanzia della quale si dirigono -senza invocare in questa sede gli strumenti negoziali classici- gli strumenti/rimedi della nullità delle clausole vessatorie nel contratto tra professionisti e consumatori, o il recesso di pentimento per i contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali. In questi ed altri casi il bene tutelato è, volta per volta e sempre, la libertà del consenso contrattuale del consumatore, per una qualche ragione compromessa dalle circostanze della negoziazione (a loro volta indici di un fallimento del mercato). E i rimedi previsti sono tutti rimedi tipicamente “contrattuali”: nell'un caso il depennamento della clausola vessatoria, mentre il contratto rimane efficace per il resto; nell'altro la caducazione dell'atto.

Si rifletta adesso, invece, al caso in cui lo stesso bene giuridico – la libertà del consenso - divenga oggetto di tutela fuori e ancor prima che il consenso sia manifestato nell'ambito di una

¹²⁾ La tutela per i danni derivanti dagli illeciti antitrust ammessa in capo ai consumatori potrebbe essere un esempio di interferenza di cui nel testo. In argomento, si veda il menzionato contributo di L. Castelli, *Disciplina antitrust e illecito civile*, cit.

¹³⁾ Esplicito in tal senso S.Mazzamuto, *IL contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, pp. 95 ss.



trattativa o di un contratto, e con altri strumenti che giocoforza non incidono, perché non possono incidere, sul contratto, che ancora talvolta non c'è.

Ebbene, questo è proprio il caso della disciplina delle pratiche commerciali scorrette o sleali, oggetto di una Direttiva europea nonché di una puntuale regolazione attuativa inserita nel Codice di consumo, la quale consegna la tutela della libertà e del consenso contrattuale ad una tipica procedura di regolazione, che vede protagonista da una parte l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, come soggetto valutatore dei comportamenti delle imprese e assuntore delle decisioni che tali comportamenti riguardano; e dall'altra le imprese, come soggetti chiamati ad interloquire con l'Autorità in merito alla "scorrettezza" della pratica. Mentre il consumatore, o meglio, i consumatori, rimangono sullo sfondo del procedimento, anzi fuori, quali antagonisti astratti del professionista, ovvero come soggetti parti di quell'altro "binario" di tutela che potrebbe parallelamente sfociare nell'annullamento per dolo o per violenza del contratto concluso a seguito di una pratica ingannevole o aggressiva, qualora ne ricorressero i presupposti. E' noto infatti che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette "non pregiudica" l'applicazione della disciplina contrattuale ordinaria sulla validità ed efficacia dei contratti.

E tuttavia, nonostante il "non pregiudica" ed anzi in ragione di ciò, non si può negare che la capacità del consumatore di assumere consapevolmente una decisione di natura commerciale, senza essere indotto in errore, molestato o condizionato da pratiche ingannevoli o aggressive, si trovi adesso sdoppiata, replicata e trasfigurata in un'astratta generale 'capacità' di scegliere in autonomia, come tale consegnata nelle mani dell'Antitrust e dei suoi tipici strumenti regolatori, non di diritto privato, ma di diritto amministrativo; non confezionati allo scopo di una tutela individualizzata del singolo contraente o del concreto contratto, ma calibrati nei confronti dell'impresa in vista di una generale ed astratta tutela delle dinamiche di un mercato ideale, costruite a tavolino sulla base di standard oggettivi (primo fra tutti la figura del consumatore medio, cui si affianca il professionista diligente e corretto).

Ancora una volta, sono le parole della stessa Autorità garante a rappresentare con chiarezza le novità di prospettiva introdotte dal legislatore delle pratiche commerciali scorrette. Adottando un'ottica di tipico bilanciamento di interessi, Antonio Catricalà ha avuto modo di dichiarare che la capacità di giudizio del consumatore deve essere protetta da pressioni esterne, coerentemente con il principio costituzionale di un mercato libero e concorrenziale, ma senza conculcare la libertà di organizzazione dell'impresa. A questo scopo –si aggiunge– si "addice una tecnica amministrativa di intervento di natura essenzialmente giudiziale, affidata ad un'Autorità ad elevata imparzialità... La



legge si realizza attraverso la mediazione dell'amministrazione che, in contraddittorio con le parti ... raggiunge il punto di equilibrio" (¹⁴).

D'altra parte, si aggiunge, non possono sottacersi i "rischi che l'azione a tutela dei consumatori possa, se non adeguatamente calibrata e ponderata, generare il paradosso di ostacolare, piuttosto che agevolare, il corretto funzionamento del mercato". Un eccesso di tutela, infatti, potrebbe depotenziare l'effetto disciplinante della domanda, "riducendo gli incentivi dei consumatori ad essere attivi e responsabili"; potrebbe anche "limitare gli incentivi all'innovazione", ovvero "attribuire artificiosi vantaggi ... imponendo livelli qualitativi ... più elevati di quelli altrimenti assicurati dal solo confronto concorrenziale" (¹⁵).

L'interesse del consumatore, dunque, nella sua valenza di interesse del consumatore "medio" si atteggia quale variabile relativa nell'ambito di un assetto di interessi ben più ampio di quello normalmente preso in considerazione dal giudice ordinario quando valuta la sussistenza dei vizi della volontà, ovvero l'integrità del consenso del contraente di fronte a pratiche aggressive o fraudolente dell'altro contraente. Indipendentemente dal livello di tutela che si vuole attribuire, infatti, il giudice ordinario valuta pur sempre la lesione della libertà del volere del singolo sul parametro, ad esempio, della "persona sensata" nel caso di violenza (ex art.1435 cod. civ), ovvero sulla base del carattere determinante del dolo (raggiri tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato, ex art.1439). Laddove invece l'Autorità valuta –come noto- l'idoneità della pratica scorretta a falsare "il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore *medio* che essa raggiunge...", ovvero la *sua* capacità di assumere una "decisione commerciale", conformandosi dunque a parametri standard che richiedono la valutazione di *più* interessi, del consumatore e del professionista, non separabili dalla valutazione del mercato di riferimento nel quale il prodotto e la pratica commerciale in esame si collocano.

Ma questo non è tutto.

L'adozione del cosiddetto doppio binario di tutela, quella civilistica e quella regolatoria, non è senza conseguenze sul complessivo livello di tutela dei consumatori che il sistema giuridico può realizzare. Lo spostamento dell'asse della protezione dalla prospettiva individuale e microeconomica del singolo contraente/contratto alla prospettiva macroeconomica dell'intervento amministrativo sulle pratiche commerciali svolte dalle imprese, in un quadro di diritto europeo ormai attestato sull'armonizzazione massima, non permette più di considerare "incondizionata" la

¹⁴) A.Catricalà, Introduzione al convegno su "Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela", Roma, 29 gennaio 2010, pag. 4, reperibile in <http://www.agcm.it/ventennale-dellautorita/4276-il-diritto-dei-consumatori-nella-crisi-e-le-prospettive-evolutive-del-sistema-di-tutela-organizzato-e-promosso-dalle-universita-roma-tre-e-luiss-roma-auditorium-agcm.html>.

¹⁵) In questi termini, si veda M. Siragusa, F. Caronna, Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Antitrust, cit., p.5



tutela del consumatore, e nemmeno di considerare quest'ultimo sempre e comunque alla stregua di un contraente debole e inerme contro i tentativi di vessazione consumati in suo danno o tentati dalle imprese (¹⁶).

Da una parte, infatti, alla richiesta del requisito della contrarietà della pratica alla diligenza professionale si affianca anche quello del misura “rilevante” e del carattere “sensibile” dell’alterazione riferiti, rispettivamente, all’effetto distorsivo del comportamento del consumatore e alla capacità di scelta del consumatore, quali indotti dalla diffusione della pratica; sicchè la repressione di una pratica è limitata a quelle per così dire più gravi, facendosi salve le imprese standard troppo elevati di correttezza.

Dall'altra, come più volte sottolineato, una volta attratta la tutela nell'orbita della regolazione della concorrenza, il protagonista virtuale del procedimento, e il titolare del bene giuridico tutelato non è più il singolo consumatore, ma il “consumatore medio”, ossia un medium argomentativo, come lo avevo definito nel mio precedente contributo, ovvero uno standard, come più giustamente lo definiscono gli studiosi del diritto industriale, più avvezzi del civilista alla valutazione *oggettiva* delle pratiche comunicative delle imprese e dei procedimenti avanti all'Antitrust. Non essendovi ormai alcun dubbio circa l'identificazione del consumatore medio nella figura del soggetto avveduto, informato e ragionevole, e perciò capace di resistere e fronteggiare le pratiche *scorrette* almeno al di sotto di un certo limite (¹⁷).

Infine, e giusto per ribadire l'indeffettibile profilo europeo della disciplina di cui parliamo, la circostanza per la quale l'Autorità Antitrust è onerata di valutare la correttezza di una pratica commerciale in astratto, attraverso l'uso di un parametro di riferimento oggettivo, determina una seconda fatale attrazione della protezione del consumatore nell'orbita della tutela (non solo della concorrenza in generale, ma anche) della libertà di circolazione delle merci e dei servizi nel mercato unico, principio fondamentale del diritto dell'UE; il che induce ad ulteriori valutazioni di proporzionalità e bilanciamento delle misure repressive nei confronti delle imprese, nell'ambito delle quali la tutela del consumatore potrebbe anche risultare incompatibile con il buon funzionamento del mercato (¹⁸).

Alla figura del consumatore contraente debole destinatario di una “elevata” tutela individuale di diritto civile, dunque, si tende così a sostituire in questo nuovo quadro normativo una figura di consumatore informato avveduto e ragionevolmente accorto, protagonista attivo –quasi

¹⁶) V. Meli, “Diligenza professionale”, “consumatore medio” e regola *de minimis* nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni, a cura di V.Meli e P.Marano, Torino, 2011, p.4 ss.

¹⁷) V. Meli, op. cit., p.24; N.Zorzi, Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato, in Contratto e impresa, 2010, pp.433, 451 ss.

¹⁸) Esplicita in tal senso la stessa Direttiva, al considerando n.18. In argomento Meli, op. cit., pp.23, 24 ss.



cooperativo- del mercato nel quale eserciterà la sua sovranità di scelta del miglior ‘professionista’; destinatario di una (forse meno elevata, ma più immediata) tutela da parte di un organo ad elevata imparzialità, di natura “regolatoria”, non individuale ma generale, amministrativa e non giurisdizionale. Mentre le imprese vengono nel contempo esonerate dai maggiori costi derivanti dalla necessità di modulare i propri messaggi –e dunque la loro sistematica attività di comunicazione - con riferimento a categorie “deteriori” di consumatori marginali, distratti e poco avveduti. Questa, del resto, è la tendenza che la stessa Unione Europea non fa più mistero di aver prescelto, nel momento nel quale la Direttiva 2011/83 definitivamente adotta il principio dell’armonizzazione massima, ricostruendo il profilo del consumatore nel contesto generale del *favor* per i traffici transfrontalieri e a distanza regolati da una normativa non frammentaria ma uniforme, e nell’ambito di comportamenti responsabili e in qualche modo rispettosi delle esigenze delle imprese, pur nell’esercizio dei più tipici diritti del ‘contraente debole’ (¹⁹).

4. A dire il vero, le considerazioni che precedono cominciano a diventare consuete anche presso i giusciviliisti, abituati a coltivare la tutela del consumatore come uno *step* del processo evolutivo contemporaneo del diritto dei contratti, ma sensibili ai richiami operati da chi –in primis l’UE- sempre più colloca i modelli giuridici di disciplina dei contratti nella prospettiva dei modelli di organizzazione dei mercati e segnatamente dei traffici transfrontalieri (²⁰).

L’idea di fondo è pur sempre quella per la quale il diritto del mercato –segnatamente il diritto della concorrenza- e il diritto dei consumatori –quantomeno ma non solo nella versione delle pratiche commerciali scorrette- riguardano i medesimi fenomeni economici e i medesimi comportamenti delle imprese. Sicchè non si può sfuggire alla constatazione per la quale il diritto del mercato contiene disposizioni funzionali alla protezione dei consumatori, e viceversa il diritto dei consumi rientra nel più eterogeneo gruppo di disposizioni funzionali all’operare del mercato, a motivo dell’indubitabile funzionalità in tal senso della garanzia della libertà di scelta del consumatore.

Ma questa connessione non sarebbe soltanto l’esito di una constatazione meramente logica, quanto piuttosto l’applicazione di un paradigma scientifico, alla luce del quale la politica della concorrenza sarebbe uno strumento per promuovere la crescita economica e il benessere dei

¹⁹) Significativa in tal senso la disciplina del diritto di recesso, informata al principio della “dovuta diligenza” da parte del consumatore (considerando 47) e regolata poi all’insegna di una responsabilità del consumatore per una “manipolazione” dei beni ulteriore e diversa da quella necessaria a stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento dei beni medesimi (art.14).

²⁰) Per tutti, si vedano i due pareri del CESE del 29 marzo 2012 in merito alla Proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio relativo ad un diritto comune europeo della vendita per agevolare le transazioni commerciali transfrontaliere nel mercato unico, in GUE 21 giugno 2012; e del 19 gennaio 2011, relativo al Libro verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e per le imprese, in GUE 17 marzo 2011.



cittadini, come tale da gestire alla luce delle dinamiche di mercato, verificando cioè l'impatto delle condotte sul mercato (²¹).

Questa metodologia avrebbe peraltro sorretto l'operato della Commissione nell'applicazione del diritto Antitrust con un approccio incentrato (non più sulla mera struttura del mercato piuttosto che sulla forma degli atti, quanto) sull'impatto effettivo o potenziale dei comportamenti dell'impresa sul mercato, sì da porre il benessere dei consumatori come risultato ultimo della tutela del processo concorrenziale (²²). Ad esempio, si dice che un'intesa è distorsiva della concorrenza se l'impatto sul mercato è visibile come impatto sul prezzo, sulla quantità o su altre variabili del processo concorrenziale, ma tenendo conto anche dell'effetto che la decisione di divieto avrebbe sul sistema degli incentivi ad investire (²³).

Coerente con tale approccio, pertanto, si rivela la scelta di riferire la tutela contro le pratiche commerciali scorrette al consumatore *medio*, cioè a colui il quale è già di per sé in grado di sviluppare e mantenere una soglia di attenzione sufficiente a selezionare e fronteggiare le proposte commerciali. Una soglia che la normativa non deve incentivare ad abbassare! E che può al contrario essere incentivata dall'affidamento della vigilanza sulla correttezza delle pratiche commerciali scorrette alla medesima autorità che applica le regole della concorrenza: sì da render possibile quell'analisi di impatto dei comportamenti delle imprese da un punto di vista completo, onde evitare che la tutela dei consumatori (*rectius*: una eccessiva tutela dei consumatori) vada in conflitto con i meccanismi della concorrenza e viceversa.

Coerente con tale approccio, ancora, è la valutazione di chi afferma che, scelta la via della difesa della concorrenza attraverso la regolazione (piuttosto che attraverso la conformazione delle dinamiche economiche da parte dello Stato, o l'attivazione di *countervailing powers*), la disciplina giuridica appare intesa a ripristinare una razionalità interrotta da un comportamento del

²¹) M. Monti (European Commissioner for Competition Policy), A reformed competition policy: achievements and challenges for the future, reperibile nel sito http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-04-477_en.htm, afferma tra l'altro che "... This mandate has also consolidated consumer interest as the central goal of competition policy. This has been reflected in the policy approach followed in different areas. For instance, appropriate efficiencies may countervail anticompetitive mergers and agreements only if they ultimately benefit consumers. Consumer interest has a bearing in priority setting. Cases that directly affect consumer interests have been given preference. The establishment of bi-annual competition days is the most obvious example of the importance given to consumer interests in public communication...", per aggiungere poi che "competition policy is an instrument to foster economic growth, to promote a good allocation of resources and to strengthen the competitiveness of the European industry for the benefit of the citizens".

²²) In argomento, G.Bruzzone, M.Broccaccio, Il rapporto fra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica, Roma, 29 gennaio 2010, pag. 6 ss, reperibile in <http://www.agcm.it/ventennale-dellautorita/4276-il-diritto-dei-consumatori-nella-crisi-e-le-prospettive-evolutive-del-sistema-di-tutela-organizzato-e-promosso-dalle-universita-roma-tre-e-luiss-roma-auditorium-agcm.html>

²³) G.Bruzzone, M.Broccaccio, Il rapporto, cit. p.8



professionista che, sfruttando la propria posizione di potere e l'altrui razionalità limitata, produce – per l'appunto- una 'irrazionalità', alla quale occorre rimediare (²⁴).

Tanto più simili ricostruzioni acquistano importanza nell'odierna ricostruzione del pensiero della dottrina in questa materia, quanto più si rileva che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette sarebbe la testimonianza di una significativa inversione di tendenza nella politica di tutela del consumatore, quale rappresentata dal superamento della tutela meramente contrattuale, in favore di una tutela incentrata sulle regole del mercato (²⁵). Il consumatore trascorre cioè dalla posizione di soggetto da "tutelare" a quella di soggetto da "rispettare", "quale parte di un mercato regolamentato" nel quale egli assurge ad un rilievo macroeconomico, "divenendo centro aggregante della disciplina che caratterizza la domanda", "figura relazionale" sullo sfondo di un mercato che conforma la sua posizione come quella della sua controparte. Ovvero, "formula neutra" che per un verso si frantuma in relazione ai diversi contesti nei quali l'atto del consumare si realizza; e per altro verso si standardizza come minimo comune denominatore e "presupposto logico ... atto a verificare la correttezza dei comportamenti della potenziale controparte" (²⁶).

In tale contesto, torna ancora in rilievo l'individuazione del destinatario della tutela nello standard del *consumatore medio*. La scelta legislativa sarebbe l'indice non solo di un generico abbassamento del livello o grado di tutela dei consumatori, quale effetto di un bilanciamento di (contrapposti) interessi effettuato dall'AGCM in occasione della valutazione della singola pratica; quanto piuttosto l'indice di un'inversione metodologica nella scelta degli "incentivi" da lanciare ai singoli consumatori. Più precisamente, trattandosi di una nozione astratta con finalità normativa e con funzione di filtro tra le pratiche dalle quali la norma protegge i consumatori e le pratiche dalle quali invece non li protegge, essa non descrive "il modo in cui i consumatori europei mediamente

²⁴) A. Gentili, Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica, Intervento al Convegno La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore cliente nei servizi bancari e finanziari, reperibile nella pagina <http://www.agcm.it/ventennale-dellautorita/4861-la-riforma-del-codice-del-consumo-la-tutela-del-consumatore-cliente-nei-servizi-bancari-e-finanziari-in-collaborazione-con-luniversita-roma-tre-facolta-di-economia-roma-auditorium-agcm.html>.

²⁵) Non ha dubbi in tal senso M. Libertini, La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari, reperibile nelle pagine http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/2436-ven-0129intervento-libertini.html, <http://associazione.orizzontideldirittocommerciale.it/media/10966/libertini.pdf>, ove l'A. distingue la libertà di scelta del consumatore a livello di sistema (come libertà di selezione delle diverse offerte sostituibili), e al livello di singolo atto (come scelta libera e incondizionata nel senso civilistico del termine), considerando il primo profilo quale parte integrante della disciplina antitrust e della competenza dell'AGCM, e il secondo ... altrettanto (p.4); dello stesso A. si veda pure il contributo Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, in *Contratto e impresa*, 2009, p.73 ss., nel quale si legge, fra l'altro, che la Direttiva sulle pratiche commerciali scorrette colmerebbe una lacuna nelle normative sulla concorrenza sprovviste di tutele dirette nei confronti dei consumatori (p.81); che la clausola generale introdotta dalla Direttiva andrebbe interpretata in maniera coerente con le finalità del diritto della concorrenza (p.85 ss.); che le norme a tutela della libertà di scelta del consumatore, e lo stesso diritto dei consumi, sarebbero parte integrante ed essenziale del diritto generale della concorrenza (p.94, 104 ss.). Ciò posto, l'A. sviluppa poi un' interpretazione coerente e rigorosa della Direttiva e della trasposizione domestica, incentrata sull'idea che la clausola generale della diligenza debba sempre essere tenuta in considerazione nella valutazione delle singole pratiche, anche se conformi alle fattispecie indicate nelle varie "liste", in quanto norma fondamentale della materia (vedi sviluppato il ragionamento da pag.73 ss.). Nello stesso senso sembrerebbe anche N.Zorzi, *Le pratiche scorrette*, cit. p.458 ss. In argomento si vedano da ultimo le considerazioni di G. Grisi, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa e diritto privato*, 2013, p.1, 6 ss.

²⁶) Così, molto efficacemente, L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 3, p.685.



si comportano”, ma il modo “in cui essi *devono comportarsi se vogliono ottenere adeguata protezione*” (cn) (²⁷). Il parametro dunque è un modello di comportamento, ovvero un *dover essere*, un incentivo a comportarsi in un certo modo, anzi a determinare “un’unificazione forzosa del modo di comportarsi di tutti i consumatori”, mediante il quale si esprimerebbe in realtà l’abbandono da parte del legislatore dell’obiettivo connesso alla massimizzazione del benessere di *tutti i consumatori*. In tale ottica, il legislatore europeo e quello domestico (²⁸) avrebbero abbandonato l’ipocrisia e l’ambiguità concettuale proprie di una tutela generalizzata e indistintamente riferita a categorie sociali arbitrariamente aggregate –i consumatori in generale-, all’interno delle quali convivono interessi anche divergenti; per svelare invece la scelta di proteggere soltanto un “tipo” di consumatore, alle cui caratteristiche tutti gli altri dovranno perciò adeguare i loro comportamenti, se vogliono beneficiare delle tutela normativa. E questo “tipo” è quello del consumatore “non più partner di uno scambio, ma imprenditore di se stesso”, dotato di una razionalità e di un’attenzione quasi professionale, che lo rendono capace di fronteggiare da solo e senza protezione una serie di rischi, quantomeno quelli legati al reperimento delle informazioni necessarie a distinguere le varie offerte che riceve. Ma il (raggiunto) benessere del consumatore medio non comporta automaticamente –con ogni evidenza- la massimizzazione del benessere di tutti i consumatori (²⁹).

5. A coronamento (non sappiamo se parziale o meno) del processo indicato di progressiva penetrazione (degli strumenti) del diritto della concorrenza nei territori del diritto civile, si pone oggi il già citato recente art.37 *bis* del codice di consumo, introdotto dalla legge 24 marzo 2012, n.27 (conversione in legge del DL 24 gennaio 2012, n.1) (³⁰), a tenore del quale l’Autorità antitrust

²⁷) E’ questa la complessa impostazione di F.Denoza, *Aggregazioni arbitrarie v. “tipi” protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, 6, p.1057, e in particolare p.1070- 1072.

²⁸) Ricorda N.Zorzi, *Le pratiche scorrette*, cit., p.451, che la nozione di consumatore medio fa la sua comparsa ufficiale proprio nella Direttiva sulle pratiche commerciali scorrette, sebbene già accolta nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

²⁹) Sul punto vedi ancora F.Denoza, op. ult. cit., p. 1064 ss. e p.1083 ss. per la nozione di consumatore “medio” come imprenditore di se stesso. Nell’insieme del contributo l’A. polemizza –per così dire- con la scientificità del concetto di “benessere dei consumatori” (come degli analoghi concetti che aggregano arbitrariamente categorie di soggetti in forma indiscriminata: i *soci*, i *creditori*, ecc.) quale *ratio* e giustificazione del diritto dei consumi; ed esprime una valutazione critica verso codesto approccio, il quale sarebbe il frutto dell’importazione nel ragionamento giuridico di categorie della scienza economica (p.1073 ss.), utili non per risolvere i complessi problemi determinati dalle aggregazioni arbitrarie di categorie differenziate di soggetti e di interessi, ma semmai –dice Denoza- per aggirarli. Si ritrova in questa impostazione una più generale critica del cd. approccio economico al diritto antitrust, per il quale invece si esprime in senso non negativo R.Pardolesi, *Chi ha paura dell’interpretazione economica del diritto antitrust?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2007, I, p.119 ss., secondo il quale, in definitiva, l’approccio economico, accompagnato da un adeguato *economic wisdom*, sarebbe utile ad abbandonare le liturgie dei sillogismi formali, in favore di una più autentica ‘giustizia economica’ (op. cit., p.127). In argomento si veda anche, per una interessante comparazione tra il punto di vista dei giuristi e quello degli economisti sul valore del cd. “interesse dei consumatori” nei ragionamenti antitrust, il citato saggio di G.Bruzzo e M.Boccaccio, in nota 14.

³⁰) A dire in vero, il citato DL contiene un’altra previsione relativa alla *Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e alimentari* (art.62), alla stregua della quale si introduce per questi contratti (quelli della cosiddetta filiera agricola, tra produttori e distributori, ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore finale) una regolamentazione che sembra essere una *summa* dei più recenti principi di “protezione del contraente debole” adottati per i contratto B&c o per i contratti B&b. Dalla forma scritta a pena di nullità; al vincolo di condotta leale, trasparente e corretta; alla fissazione di un termine legale per il pagamento del corrispettivo; fino al divieto di “imporre direttamente o indirettamente condizioni ... contrattuali ingiustificatamente



acquista una nuova competenza tipica del giudice civile (o prevalentemente tale), con la quale è destinata a coesistere, quella del controllo sulla vessatorietà delle clausole inserite nei contratti standard tra professionisti e consumatori. Consegnate adesso (anche) al procedimento di cui all'art.14 della legge n.287/1990, commi 2-4 (emendati dal Regolamento del 10/09/2012 di diretta emanazione dell'Autorità), e per logica conseguenza al successivo vaglio del giudice amministrativo; rimanendo al giudice ordinario la competenza sulla validità delle clausole ai sensi del Codice del consumo e sul risarcimento del danno.

Conviene in primo luogo chiarire i termini di questa competenza e i rapporti instaurati con quella del giudice ordinario.

La valutazione dell'AGCM intesa ad *accertare* la vessatorietà delle clausole è finalizzata esclusivamente all'applicazione di una sanzione cosiddetta *reputazionale*, consistente nella pubblicazione del provvedimento nel sito Internet dell'Autorità, in quello del professionista che le proponeva e comunque laddove l'Autorità ritenga opportuno darne diffusione per informare compiutamente i consumatori. In altre parole, e quasi in armonia con un'altra competenza prevista dalla stessa legge in materia di Rating di legalità delle imprese (³¹), la funzione di vigilanza dell'AGCM è piegata a questa sorta di verifica della correttezza e diligenza dei comportamenti imprenditoriali, la quale, unita a quella in materia di pratiche commerciali scorrette, le attribuisce un insolito ruolo di ufficiale guardiano (o di pubblico ministero) di garanzia delle migliori pratiche, abilitato non soltanto ad irrogare sanzioni le più varie, ma anche a redigere pagelle di “buoni e cattivi”, di virtuosi e non, da offrire alla valutazione di consumatori (si suppone) avveduti e informati, pronti a loro volta ad irrogare la sanzione che la legge economica ritiene più efficace sul mercato di qualunque sanzione legale: l'abbandono dell'impresa “cattiva” e la selezione invece per l'acquisto dell'impresa “virtuosa”. Sorvegliare e punire, si direbbe, ma solo mettendo alla gogna il trasgressore e incentivando in tal modo i *competitors* ad emendare i loro comportamenti di mercato, per raggiungere una buona posizione –e un premio- nel rating della legalità “etica”. Ferma restando

gravose, nonché condizioni extracontrattuali retroattive”; o altre clausole/condizioni di abuso di una eventuale posizione di dominanza economica (art.62, co.2, lett. a-e e co.3). Naturalmente, il soggetto al quale è affidato il potere di vigilanza sul rispetto della legge e di irrogazione delle eventuali sanzioni è l'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato (in argomento, si vedano i recenti contributi di Argentati, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare. Riflessioni sull'art. 62 l. n. 27 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2012, 9, p. 441 ss.; e di S.Zorzetto, *La nuova disciplina delle relazioni commerciali e dei contratti di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari. Note a prima lettura*, aprile 2013, dattiloscritto in corso di pubblicazione, letto per la cortesia dell'Autrice.

Conviene infine ricordare in questa sede che l'art.7 dello stesso Decreto ha esteso alle “microimprese” (quelle che occupano 10 persone, o realizzano un bilancio fino a 2 milioni di euro) la tutela prevista dal Codice del consumo contro le pratiche commerciali scorrette utilizzate dai professionisti nei loro confronti. Sicchè in definitiva –escludendo le tradizionali competenze antitrust- l'AGCM vigila e sanziona in generale PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE e clausole vessatorie nei contratti B&C; pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e microimprese; e in generale, per tutti i profili indicati, le relazioni commerciali nelle filiere agroalimentari. Competenze che si aggiungono a quelle già previste dalla legge sulla subfornitura in materia di abuso di dipendenza economica

³¹) Il riferimento è all'art.5 ter della L.n.27/2012, alla stregua del quale l'AGCM segnala al Parlamento le modifiche normative necessarie a promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali, anche per favorire la tutela dei consumatori; ma soprattutto elabora un rating di legalità del quale tener conto nella concessione di finanziamenti pubblici e bancari alle imprese.



la libertà del professionista di continuare a riproporre nei suoi contratti le clausole dichiarate vessatorie dall'Autorità, atteso che soltanto la sentenza del giudice ordinario che eventualmente le dichiarasse nulle ai sensi degli artt.33 e ss. del codice del consumo potrebbe definitivamente impedirgliene l'uso; mentre l'AGCM non dispone per il controllo sulle clausole vessatorie nemmeno di quello strumento inibitorio che l'art. 27 dello stesso codice del consumo le attribuisce contro le pratiche commerciali scorrette.

E' forse questa vaghezza della sanzione irrogabile che spiega lo scarso entusiasmo e le critiche che la novità legislativa ha suscitato. Ed infatti, dal punto di vista dell'efficacia dell'operazione di *enforcement*, è abbastanza diffusa l'opinione per la quale ci si sarebbe potuti limitare ad attribuire all'Autorità la legittimazione all'esercizio di un'azione inibitoria, sul modello dell'art.37 cod. cons, ovvero competenze non dirigistiche né inquisitorie, bensì di concertazione, a vari livelli, finalizzata alla predisposizione di clausole tipo non vessatorie (³²). Aggiungendosi che la pervasività dell'intervento rischia piuttosto di determinare una sovrapposizione di competenze che non un rafforzamento effettivo della tutela dei consumatori, effetto che una più adeguata analisi costi-benefici avrebbe consentito di evitare (³³).

Dal più complesso punto di vista della collocazione dell'intervento nel sistema dei controlli dell'autonomia privata, tradizionalmente compreso tra legge e autorità giudiziaria, la vaghezza della sanzione meramente "reputazionale" sembra echeggiare le perplessità che –prevalentemente in passato- venivano avanzate contro forme amministrative di limitazione dell'autonomia contrattuale, ritenute inadeguate rispetto al controllo giurisdizionale e per taluni versi nemmeno costituzionalmente legittime, quantomeno in assenza di un conclamato interesse generale da porre a fondamento del potere amministrativo di controllo (³⁴). Queste perplessità si affiancano, nel periodo attuale ed a fronte del diffuso orientamento a considerare la tutela dei consumatori come profilo della tutela del mercato e della concorrenza, a quelle altre che investono più da lontano la strategia del legislatore intesa ad ampliare (a dismisura) le competenze dell'Autorità antitrust, e criticano perciò *sistematicamente* l'opzione amministrativa realizzata anche attraverso l'affidamento alla stessa del controllo sulle pratiche commerciali scorrette, ritenendola esorbitante ed inutile rispetto alle tradizionali competenze dell'Antitrust, ovvero foriera di prassi dirigistiche ritenute meno valide rispetto ad un *enforcement* privatistico realizzabile, ad esempio, attraverso i più agili ed efficaci strumenti di Autodisciplina (³⁵).

³²) In tal senso A.Mirone, Verso la despecializzazione dell'Autorità antitrust. Prime riflessioni sul controllo delle clausole vessatorie ai sensi dell'art.37 bis cod.cons., in L.C.Ubertazzi (a cura di), Annali AIDA, Milano, 2013, p.296 ss., 318; T.Rumi, Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie, in I contratti, 2012, 638, 645 ss.

³³) Ancora A.Mirone, op. cit., pp.297, 319 ss.

³⁴) T.Rumi, op. cit., p.643.

³⁵) Sono queste le critiche più diffuse presso la dottrina giuscommercialistica ed espresse, ad esempio da V. Di Cataldo, Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement, in Giur. comm. 2011, 6, p. 803 ss.; F. Ghezzi, Codici di condotta, autodisciplina,



Per non dire, infine, delle critiche rivolte da una prospettiva interna alla stessa soluzione legislativa, con riguardo questa volta alla tutela giurisdizionale contro gli atti dell’Autorità, evidentemente assegnata al giudice amministrativo, con tutti i limiti che tale sindacato presenterebbe in quanto sindacato “debole”. La presente sede non rende possibile analizzare questo profilo problematico, legato alla complessa questione della “natura” della valutazione esplicita dall’Antitrust in questa materia, se discrezionale piena o discrezionale in senso tecnico, e perciò del conseguente sindacato del TAR in termini di eccesso di potere, manifesta illogicità e travisamento dei fatti, ovvero anche di “ragionevolezza” della decisione assunta (³⁶). Se ne fa menzione per sottolineare la dimensione problematica dell’intervento legislativo nell’ottica –qui perseguita– di una valutazione degli effetti che la descritta attrazione del diritto privato (qui *sub specie* di diritto dei contratti) nel diritto della concorrenza può determinare. Nonché per enfatizzare allo stesso scopo la piena salvezza che l’art.37 *bis* dispone della giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole, sul risarcimento del danno e sulla responsabilità del professionista nei confronti dei consumatori (art.37 *bis*, commi 3,4).

Quale dunque l’obiettivo di una riforma dichiaratamente “additiva”, non abrogativa né sostitutiva, ma di mero *enforcement*, al di là della certamente condivisibile ma facile critica della sovrapposizione di competenze di controllo già esistenti e per molti versi efficaci?

In quest’ottica, per la verità, non si può trascurare di considerare che il controllo amministrativo delle clausole vessatorie, in una versione *soft* ed orientata verso principi di *moral suasion* e di cooperazione fra professionisti e istituzioni, era già presente nel nostro sistema sin da quando la legge di riforma delle Camere di Commercio ha assegnato a questi enti il compito di “predisposizione di contratti-tipo tra imprese, loro associazioni e associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti; e di promozione di forme di controllo sulla presenza di “*clausole inique inserite nei contratti*”; peraltro configurando le Camere di Commercio alla stregua

pratiche commerciali scorrette. Un rapporto difficile in Riv. Società, 2011, 4, p. 680; condivise da A.Mirone, op.cit., p.318 ess., e riferite da T.Rumi, op. cit., p.642 ss. Salutano con più favore la riforma, invece, E.Minervini, La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore, in Le nuove leggi civili commentate, 2012, p.564 ss.; L. Rossi Carleo, La tutela amministrativa contro le clausole abusive, reperibile alla pagina http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/formazione/docCat.2207.1.40.2.all_ar.html, quale Relazione al VII Congresso Giuridico Forense del 16 marzo 2012, ma anche in Obbligazioni e Contratti n. 7/2012, p.492 (dal quale le citazioni successive), che sembra valorizzare l’effetto di “circolarità virtuosa” che il legislatore perseguirebbe proprio attraverso l’espansione delle competenze dell’Antitrust verso un ruolo di “guardiana” di un mercato corretto e perciò libero. Un ruolo, come vedremo, sistematicamente perseguito anche attraverso interventi di altro tipo.

³⁶) Anche questo è un tema ampiamente svolto da A.Mirone, op.cit., p.313 ss., il quale comunque osserva che nella materia delle pratiche commerciali scorrette come in quella delle clausole vessatorie l’Autorità deve applicare “clausole generali di tipo propriamente civilistico”, e più propriamente “normativo”. Sicché il sindacato giurisdizionale dovrebbe potersi ritenere “pieno” e più orientato verso la violazione di legge che non verso l’eccesso di potere. Da questa valutazione l’A. trae ulteriore argomento per rovesciare il punto di vista sulla riforma di cui all’art.37 bis: nel senso che, proprio la pienezza del sindacato del TAR dimostrerebbe l’irrazionalità della riforma, atteso che si tratterebbe di una competenza perfettamente sovrapponibile a quella del giudice ordinario di cui agli artt.36 e 37 del cod.cons., e perciò ingiustificata, in considerazione peraltro della maggiore esperienza dei giudici civili e dell’inesperienza -per contro- di quelli amministrativi in questa materia (op.cit., p.315). In argomento si rinvia comunque alla letteratura specialistica, quale riferita e rappresentata da A.Lalli, Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo, Napoli, 2008, in particolare pp.178, 269 ss., ed ivi ulteriori indicazioni bibliografiche.



di “enti pubblici dotati di autonomia funzionale che svolgono, nell'ambito della circoscrizione territoriale di competenza, sulla base del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 118 della Costituzione, funzioni di interesse generale per il sistema delle imprese, curandone lo sviluppo nell'ambito delle economie locali” (³⁷). Al di là della terminologia adottata per l'individuazione dell'oggetto del controllo (³⁸), l'attività delle Camere si esercita sui contratti con i consumatori e con le imprese allo scopo di valutare i profili complessivi dell'equilibrio contrattuale (dunque alla stregua dell'art.33 cod.cons.), e può esitare nella redazione di un “parere” mediante il quale – motivata l'eventuale vessatorietà delle clausole- la Camera sollecita l'impresa a modificare il contenuto del regolamento contrattuale adeguandosi al parere espresso. In caso di mancato adeguamento, la Commissione valutatrice potrà segnalare alla Giunta Camerale l'opportunità di promuovere l'azione inibitoria ai sensi dell'art.37 cod. cons.

A tale attività di controllo si affianca quella –tipicamente cooperativa e di vera e propria *moral suasion*- consistente nella redazione concertata di modelli contrattuali-tipo, proposta o promossa attraverso la collaborazione con le associazioni dei professionisti e/o dei consumatori (³⁹).

Come sembra evidente, anche l'attività delle Camere di Commercio è connotata dall'assenza di ogni potere autoritativo nei confronti delle imprese (salva la “minaccia” dell'azione inibitoria), sicchè da questo punto di vista il nuovo testo dell'art. 37 bis si limita a confermare un orientamento già consolidato. Mentre, per altro verso, la dottrina ha sempre ritenuto che l'eventuale inserimento in un contratto individuale di clausole per così dire “validate” dalle Camere di commercio o da queste “promosse” non produce la conseguenza di privare il singolo consumatore del diritto di impugnare individualmente la singola clausola davanti al giudice ordinario. Sicchè anche per i controlli esercitati dalle Camere di commercio, può dirsi (retroattivamente) che rimane salva la competenza dell'autorità giudiziaria per la validità delle clausole, la responsabilità e il risarcimento del danno a carico del professionista, ai sensi del Codice del consumo (⁴⁰).

Possiamo così ritornare all'interrogativo posto in precedenza. Quale allora l'obiettivo di una riforma dichiaratamente “additiva”, non abrogativa né sostitutiva, ma di *enforcement pubblico* di un sistema privatistico di controllo (successivo) delle clausole vessatorie nei contratti standard, ma già connotato da forme di controllo amministrativo decentrato seppur non autoritativo? Quale il maggior vantaggio sistemico dell'affiancamento alle Camere di Commercio della competenza centralizzata dell'Autorità Antitrust? Non basta evidentemente richiamarsi alla –oramai assodata-

³⁷) DL.gvo 15 febbraio 2010 , n. 23, Riforma dell'ordinamento relativo alle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, in attuazione dell'articolo 53 della legge 23 luglio 2009, n. 99.

³⁸) Si parla di clausole inique, non vessatorie né abusive.

³⁹) Sull'attività delle Camere di commercio si veda E. Battelli, Il controllo amministrativo delle clausole inique, in Europa e diritto privato, 2012, p.1093 e 1127, 1133 ss., e ampiamente E.Posmon, Tecniche di controllo della contrattazione standardizzata fra imprese e consumatori e fra imprese. Le Camere di commercio e il mercato, Venezia, 2012, Tesi di Dottorato consultabile nella pagina <http://dspace.unive.it/bitstream/handle/10579/1149/Posmon%20elisabetta-tesi%20dottorato.pdf?sequence=1>.

⁴⁰) In tal senso, per tutti, E.Battelli, op. cit., p.1141



complementarità del diritto dei consumi e del diritto della concorrenza quali baluardi della tutela dell'economia di mercato. Occorre approfondire l'analisi.

6. A partire da questa esigenza, va certamente presa in considerazione ma anche più correttamente soppesata l'interpretazione prima citata del nuovo intervento in chiave di sovrapposizione, piuttosto che di rafforzamento delle tutele del consumatore (⁴¹).

E' vero che l'art.37 *bis* si aggiunge alle competenze prima menzionate delle Camere di Commercio, oltre che a quelle delle Autorità di settore nei mercati regolati sottoposti alla loro vigilanza (⁴²), ma è anche vero che l'accrescimento così realizzato –e sebbene in forma *soft*- delle competenze dell'Autorità antitrust si inserisce in un trend normativo degli ultimi anni che non può essere sottovalutato, e che forse può costituire una chiave di lettura (più) significativa (⁴³).

Ed infatti, già con l'emanazione del Decreto cd. Salva Italia (DL 6/12/2011, n.201, convertito in L.22 dicembre 2011, n.214) le competenze “antitrust” dell'AGCM sono “potenziate” e indirizzate contro “gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato”. In ragione di ciò, se l'AGCM ritiene esistente la violazione, emette un parere motivato al quale la PA dovrà conformarsi entro 60 gg., potendo l'AGCM altrimenti presentare ricorso contro il provvedimento “anticoncorrenziale” entro i successivi 30 gg. (art.35 DL citato, che introduce l'art.21 *bis* della legge antitrust) (⁴⁴).

Successivamente, lo stesso Decreto *cd* Cresci Italia (DL 24 gennaio 2012, n.1, convertito in legge 24 marzo 2012, n.27), nell'introdurre l'art.37 *bis* del cod. cons. di cui qui si discute, premette

⁴¹) Secondo la lettura prima indicata di A.Mirone, op. cit., pp. 318, 319 ss.

⁴²) Ci si riferisce ai ben più corposi interventi dell' Autorità per le telecomunicazioni, dell' Autorità per l'energia, come della Banca d'Italia e della CONSOB, ciascuna nei rispettivi ambiti, sull'attività contrattuale delle imprese di settore. In argomento si vedano i saggi raccolti nel volume a cura di G.Gitti, *L'autonomia privata e le Autorità indipendenti*, Bologna, 2006, in particolare i contributi di M.Orlandi, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, p.65; F.Macario, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controlli di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, pp.191, 206 ss.; e G.Amadio, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, p.217 ss.; e in quello a cura di M.Maugeri e A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009. In chiave pubblicistica, di coordinamento delle normative di settore, si veda anche M.Clarich, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori delle autorità di regolazione settoriale*, Roma, 2010, disponibile nella pagina <http://www.agcm.it/ventennale-dellautorita/4276-il-diritto-dei-consumatori-nella-crisi-e-le-prospettive-evolutive-del-sistema-di-tutela-organizzato-e-promosso-dalle-universita-roma-tre-e-luiss-roma-auditorium-agcm.html>.

⁴³) In senso critico sul processo indicato, si veda per tutti V. Di Cataldo, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, cit., passim.

⁴⁴) Una prima ricognizione dell'attività svolta in attuazione dell'art.21 *bis* si trova nella pagina http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/3229-appendice2.html; e un primo commento tecnico in S.Rebecchini, *La tutela giurisdizionale della concorrenza nei confronti della PA*, disponibile nella pagina http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/3417-milanoset2012.html, con riferimento agli interventi nel settore dei servizi pubblici locali. Per i primi commenti della dottrina si vedano invece i contributi di F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, in www.giustamm.it, 2012; R. Giovagnoli, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in www.giustamm.it, 2012; M.A. Sandulli, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in www.federalismi.it, 2012.



un primo articolo “di principio” (⁴⁵) il quale, richiamandosi ad una precedente disposizione di qualche mese prima, dispone un’inedita abrogazione generalizzata di tutte le norme (ma non sappiamo *esattamente* quali) in contrasto con l’art.41 della Costituzione e con il principio di concorrenza sancito dai Trattati europei, o comunque limitative dell’iniziativa economica in maniera “non ragionevole”, o non adeguata o non proporzionata; proponendo comunque un’interpretazione restrittiva delle norme di divieto, ed ammettendo quali limiti possibili (e, si suppone, anche legittimi) soltanto quelli derivanti dai principi di cui al comma 2 (⁴⁶).

⁴⁵) *Art. 1. Liberalizzazione delle attività economiche e riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese.*

1. Fermo restando quanto previsto dall’articolo 3 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito dalla legge 14 settembre 2011, n.148, in attuazione del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall’articolo 41 della Costituzione e del principio di concorrenza sancito dal Trattato dell’Unione europea, sono abrogate, dalla data di entrata in vigore dei decreti di cui al comma 3 del presente articolo e secondo le previsioni del presente articolo:

a) le norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell’amministrazione comunque denominati per l’avvio di un’attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l’ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità;

b) le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate e che in particolare impediscono, condizionano o ritardano l’avvio di nuove attività economiche o l’ingresso di nuovi operatori economici ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi, ovvero impediscono, limitano o condizionano l’offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità, ovvero alterano le condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici oppure limitano o condizionano le tutele dei consumatori nei loro confronti.

2. Le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all’accesso ed all’esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l’iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all’ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l’utilità sociale, con l’ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica.

⁴⁶) Ancora più sorprendente era l’esordio del testo dell’art.3 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante direttamente l’*Abrogazione delle indebite restrizioni all’accesso e all’esercizio delle professioni e delle attività economiche*:

“1. In attesa della revisione dell’articolo 41 della Costituzione, Comuni, Province, Regioni e Stato, entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, adeguano i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l’iniziativa e l’attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge nei soli casi di:

a) vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali;

b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione;

c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l’utilità sociale;

d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell’ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale;

e) disposizioni che comportano effetti sulla finanza pubblica.

2. Il comma 1 costituisce principio fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena tutela della concorrenza tra le imprese...”

L’esordio che “anticipava” la revisione dell’art.41 della Costituzione è poi scomparso dalla norma per effetto della legge di conversione 14 settembre 2011, n.148. Sui provvedimenti citati in questa nota e nella precedente, è sufficiente il rinvio all’Editoriale di S. Rodotà, in *Rivista Critica di diritto privato*, n.1, 2012. L’art.3 citato è stato poi sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale, su impugnativa di alcune Regioni e sotto lo specifico –e risultato assorbente- angolo visuale del riparto di competenze tra Stato e Regioni. La decisione (la n.200/2012 disponibile nella pagina <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2012&numero=200>), respinge la maggior parte delle questioni poste dalle Regioni, ad eccezione di quella concernente il comma 3 dell’art.3 (il quale disponeva in ogni caso la soppressione, decorso l’anno, delle disposizioni normative statali incompatibili con quanto sopra disposto, con conseguente diretta applicazione degli istituti della segnalazione di inizio attività e dell’autocertificazione con controlli successivi. Nelle more della decorrenza del predetto termine, l’adeguamento al principio di cui al comma 1 può avvenire anche attraverso gli strumenti vigenti di semplificazione normativa.), così statuendo: “L’art. 3, comma 3, è costituzionalmente illegittimo, in quanto dispone, allo scadere di un termine prestabilito, l’automatica «soppressione», secondo la terminologia usata dal legislatore, di tutte le normative statali incompatibili con il principio della liberalizzazione delle attività economiche, stabilito al comma 1.

Alla luce delle precedenti considerazioni relative al tenore normativo dell’art. 3, comma 1, *che contiene disposizioni di principio, e non prescrizioni di carattere specifico e puntuale* (cn), la soppressione generalizzata delle normative statali con esso incompatibili appare indeterminata e potenzialmente invasiva delle competenze legislative regionali. Infatti, sebbene la disposizione abbia ad oggetto le sole normative statali, la «soppressione» di queste per incompatibilità con principi così ampi e generali come quelli



Ulteriormente dilatate risultano ancora le competenze dell'AGCM a seguito dell'approvazione del cosiddetto *Statuto delle imprese* (con Legge 11 novembre 2011, n.180), che le attribuisce per un verso il potere di “verificare le condizioni di trasparenza del comportamento degli intermediari finanziari nei rapporti con le imprese e di accertare pratiche concertate, accordi o intese” (art. 16, comma 1, lettera c), numero 1); e per altro verso all'art. 10, nel delegare il Governo per il recepimento della nuova Direttiva in tema di ritardi di pagamento (direttiva 2011/77/UE), ha integrato la disciplina dell'abuso di dipendenza economica (art. 9 Legge n. 192/1998) prevedendo che “in caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al D.Lgs. 231/2002 (sui ritardi di pagamento) posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, *l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica*”. In tal caso, l'AGCM può indagare e contrastare tali condotte anche con provvedimenti che impongono sanzioni pecuniarie equivalenti al 10% del fatturato. (⁴⁷)

In questo contesto, del quale le recenti riforme del Codice del consumo (ma non solo) oggetto di riflessione in queste pagine sono parte integrante, la posizione istituzionale dell'Autorità Antitrust risulta notevolmente ridefinita, e non soltanto *meramente* ampliata nelle sue competenze.

Attraverso una progressiva “de-specializzazione” della sua attività, il legislatore della crisi ha istituito un centro unitario di regia della cosiddetta regolazione del mercato, i cui interlocutori sono dati da tutti i possibili protagonisti delle dinamiche del mercato, in un'ottica di vigilanza della struttura competitiva delle relazioni che detti soggetti stabiliscono tra loro. Consumatori, imprese, microimprese, soggetti pubblici imprenditori, nella loro individualità ma anche nelle espressioni “associative” e quali rappresentanti di interessi diffusi, possono interloquire con l'AGCM nell'esercizio delle sue (nuove) funzioni di regolatore generale. La somma delle recenti competenze fa poi sì che il “dialogo” si sviluppi in tutte le forme che meglio rendono possibile prevenire oltre che sanzionare comportamenti anticompetitivi, dotando così l'AGCM di una sorta di ‘occhio panoramico’ o di visione circolare che spazia dal controllo tradizionale delle classiche *performances* antitrust (intese, abusi –di posizione dominante o di dipendenza economica- e concentrazioni), alla vigilanza degli altri possibili comportamenti che –a ridosso dell'esercizio dell'autonomia contrattuale dei privati ma anche delle pubbliche amministrazioni- possono avere effetti rilevanti sulla concorrenza e sulla trasparenza o correttezza del mercato.

enunciati all'art. 3, comma 1, e che richiedono una delicata opera di bilanciamento e ponderazione reciproca, a parte ogni considerazione sulla sua praticabilità in concreto, non appare suscettibile di esplicare effetti confinati ai soli ambiti di competenza statale...”.

⁴⁷) La riforma della disciplina in materia di ritardi di pagamenti è stata poi introdotta attraverso il D. lgs 9 novembre 2012, n.192., che recepisce la Direttiva 2011/77/UE, a norma dell'art.10 Legge 11 novembre 2011, n.180. Indicazioni informative nella pagina http://www.gop.it/doc_publicazioni/79_jlagogtus4_ita.pdf.



Quanto poi tutto ciò incida sul piano dell'assetto istituzionale costituisce il "costo transattivo" che il sistema paga, per così dire, per una riforma concepita per piccoli pezzi, la cui somma politica però esubera dalla somma matematica delle singole competenze via via aggiunte dal legislatore, nella costruzione di un processo di liberalizzazione che sembra frutto, a sua volta, di una strategia economica (quasi) integralmente concepita e giustificata nel nome dell'efficienza.

Certamente sarebbe interessante, sul piano del diritto pubblico ad esempio, riflettere sulla posizione dell'AGCM risultante dal processo indicato nel sistema costituzionale e nei rapporti con le altre Autorità di regolazione settoriale e con gli altri soggetti pubblici (gli enti locali in primis).

Mentre dal punto di vista strettamente civilistico, non si può sfuggire alla suggestione di misurare l'effetto che le nuove competenze possono dispiegare sulla configurazione (della contrattazione d'impresa, ma in particolare) del contratto standard nel sistema dell'autonomia privata.

Il tema è stato accennato nelle premesse iniziali di questo lavoro, e va adesso ripreso, non prima però di aver dato conto brevemente di altri elementi della disciplina introdotta dall'art.37 *bis*.

7. Uno di questi elementi è dato dalla disciplina dell'interpello. Stabilisce il comma 3 che le imprese interessate possono "interpellare preventivamente" l'Autorità in merito alla vessatorietà di clausole che intendono utilizzare nei rapporti con i consumatori; se l'Autorità ritiene le clausole non vessatorie, ciò impedisce una successiva valutazione dell'AGCM medesima agli effetti del comma 2 della norma, ma non esclude "la responsabilità dei professionisti nei confronti dei consumatori". In altre parole, non esclude un accertamento successivo alla stipulazione del contratto, e men che meno conferisce una sorta di "patente di impunità" all'impresa che ha fatto con successo ricorso all'interpello preventivo. Peraltro –come già detto- il comma 4 fa salva in generale la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno, stigmatizzando senza equivoci la complementarità e l'autonomia dei due procedimenti (⁴⁸). La soluzione scaturisce dalla *ratio* del procedimento preventivo.

Quest'ultimo, infatti, conferisce un viatico autorevole di non vessatorietà ai contratti dell'impresa, la quale si presenta sul mercato attraverso offerte in qualche modo certificate e perciò dotate di un effetto persuasivo, che fa da *pendant* all'effetto dissuasivo che invece scaturisce dalla dichiarazione di vessatorietà da parte della stessa autorità. La valutazione effettuata dall'autorità si sviluppa in astratto, sulla base –ancora una volta- di standard che assumono i contenuti propri di cui agli artt.33 e ss. del codice del consumo, e però depurati dai riferimenti alle specificità di un singolo

⁴⁸) In argomento L.Rossi Carleo, La tutela amministrativa, cit., p.495 ss.; E. Minervini, La tutela amministrativa, cit., p.565 ss, secondo il quale la norma rende possibile l'interpello anche da parte di associazioni di professionisti che semplicemente "raccomandano", ma non utilizzano le clausole; A.Mirone, op. cit., p.317, sottolinea che la salvezza delle azioni civili si applica anche al procedimento preventivo, in quanto la norma è riferita a tutti "gli atti dell'autorità".



contratto o di un singolo contraente e legate alle relative concrete circostanze. L'autorità prenderà in considerazione il tipo di contratto (l'operazione economica) e l'insieme delle clausole contenute (e non soltanto quelle sottoposte al suo scrutinio), allo scopo di misurare l'equilibrio, ovvero il significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, alla stregua della buona fede (⁴⁹). Non può pertanto escludersi che la valutazione, esercitata attraverso l'interpretazione del contratto come regolamento e non solo di singole clausole, avvenga nell'ottica di un bilanciamento di interessi, contestualizzato nel quadro della (vigilanza sulla) correttezza dell'offerta prospettata dall'impresa che si sottopone al vaglio preventivo. Da una parte sarà soppesato l'interesse tipico dell'impresa ai vantaggi che la contrattazione standardizzata gli offre in quel settore di mercato; dall'altra, sarà soppesato l'interesse "dei consumatori" in generale: con tutte le aporie che una simile "aggregazione arbitraria" potrà generare nel contesto di una valutazione astratta (⁵⁰). L'art.37 *bis* nulla di preciso dispone in proposito, né sembra utilizzabile nella fattispecie il parametro del consumatore "medio", atteso che l'oggetto della valutazione dell'autorità non è uno strumento comunicativo per relazione alla percezione che un soggetto avveduto o sprovveduto, informato o disinformato, può averne; ma uno strumento normativo –un contratto- con particolare riferimento al suo contenuto regolamentare prescrittivo e al significato che oggettivamente lo stesso assume (⁵¹).

Si pronuncia invece abbastanza chiaramente sul punto il Regolamento emanato dall'Autorità nel settembre 2012, all'art.22 (⁵²), secondo il quale l'impresa predisponente deve indicare "compiutamente le ragioni e gli obiettivi che motivano l'inserimento della singola clausola, la sua non vessatorietà, anche in relazione all'eventuale rilevanza di altre clausole contenute nel medesimo contratto o in altro ... collegato..., nonché le modalità o circostanze in cui avverrà la negoziazione e la conclusione del contratto". Ancora più esplicito l'allegato format predisposto per l'interpello, che richiede all'impresa di specificare in modo circostanziato non solo le clausole oggetto dell'interpello, unitamente a quelle ritenute rilevanti e contenute nello stesso contratto o in altro collegato, ma anche il luogo, il contesto e le modalità della successiva eventuale conclusione del contratto (all'interno o fuori dei locali commerciali, *on line*, mediante agenti o dipendenti, su

⁴⁹) Sul punto, ancora E.Minervini, op. cit., p.571 ss., secondo il quale nel controllo preventivo avrebbe ad oggetto soltanto le clausole sottoposte allo scrutinio dell'autorità, mentre quello successivo operato dalla stessa autorità avrebbe ad oggetto le clausole sottoposte al suo scrutinio in riferimento anche alle altre inserite nelle condizioni generali di contratto.

⁵⁰) Si allude alle considerazioni già evidenziate di F.Denoza, op. cit., nota 27 di questo lavoro.

⁵¹) Si veda al proposito, per un esempio del tipo di ragionamento adottato dall'autorità, il provvedimento deliberato sull'interpello della Vittoria Assicurazioni, disponibile nella pagina <http://www.agcm.it/consumatoreclausole-vessorie/provvedimenti.html>, concernente la vessatorietà della clausola di limitazione della possibilità dell'assicurato di cessione del credito ad officine o carrozzerie non convenzionate con l'impresa, nella sola procedura di risarcimento diretto, fatta salva invece la possibilità di delega di pagamento al carrozziere, secondo modalità stabilite. L'esito di non vessatorietà è motivato sull'argomento per il quale "la clausola, nella sua unitarietà, bilancia interessi meritevoli di tutela quali, dal lato dell'impresa....; dal lato del consumatore assicurato....". L'autorità non manca peraltro di valorizzare le pratiche di trasparenza adottate dall'impresa, e consistenti nella predisposizione di Note informative sulla portata pratica e sul significato concreto delle clausole tecniche.

⁵²) Vedilo, insieme con gli allegati, nel sito dell'AGCM: http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/3293-34-12.html.



richiesta del consumatore, ecc.). L'interpello in sostanza, attraverso la richiesta di preventiva *disclosure* dei possibili contenuti delle future contrattazioni, "simula" queste ultime, consente sì all'AGCM quella valutazione puramente oggettiva dell'equilibrio fra diritti e obblighi, che esclude la vessatorietà, ovvero del significativo squilibrio che ne è invece il presupposto, ma lo fa in un contesto di contraddittorio parziale, in assenza cioè della "naturale" controparte dell'impresa che è il consumatore.

Il che da una parte conferma una volta di più l'indisponibilità sistematica della soluzione legislativa che fa "salva" in ogni caso la responsabilità del professionista verso i consumatori e la giurisdizione del giudice ordinario (⁵³); come pure la stessa competenza dell'autorità al controllo successivo, nel caso in cui l'esito dell'interpello sia stato negativo e l'impresa abbia, ciononostante, utilizzato le clausole non approvate (⁵⁴); non potendosi per vero reputare ammissibile una dichiarazione definitiva di non vessatorietà in assenza di qualsivoglia intervento dei consumatori. Dall'altra, avvicina al quesito concernente l'effetto che le nuove competenze possono dispiegare sulla configurazione (della contrattazione d'impresa, ma in particolare) del contratto standard nel sistema dell'autonomia privata.

8. Tornando allora a questo punto, mentre qualcuno nega decisamente che l'autorizzazione dell'AGCM possa far sì che le condizioni generali di contratto possano considerarsi come non più unilateralmente predisposte, dovendosi escludere qualsiasi forma di compartecipazione dell'AGCM all'attività di predisposizione delle clausole (⁵⁵); altri individua nella procedura di interpello un non banale incentivo al "*passaggio dalla predisposizione all'autoregolamentazione*", in continuità con il processo aperto dalla legge di riforma delle Camere di commercio. Il parere delle quali, non a caso, può essere richiesto dal responsabile del procedimento nel corso della procedura di interpello, unitamente a quello delle autorità di regolazione o vigilanza dei settori economici interessati dalle clausole oggetto di interpello (art.22 Regolamento AGCM, co.5) (⁵⁶).

Ci si consenta un ultimo passo indietro prima di assumere una posizione sul punto, aggiungendo al quadro che si sta cercando di comporre, e nell'economia delle presenti note, due tasselli finali.

a) Il primo concerne l'introduzione ufficiale degli strumenti di *moral suasion*. Sia nei procedimenti relativi alle pratiche commerciali scorrette, che in quelli relativi alla valutazione di

⁵³) Lo dice bene L. Rossi Carleo, La tutela amministrativa., p.496, quando osserva che anche clausole che avessero passato il vaglio del controllo preventivo potrebbero risultare vessatorie in presenza di offerte collegate attraverso prassi di mercato scorrette, quali ad esempio quelle di cui al comma 3 bis dell'art.21 del codice del consumo.

⁵⁴) Si segnala con l'occasione che il Regolamento ha introdotto il principio del silenzio assenso, decorsi 120 giorni dalla presentazione dell'interpello (art.22, co. 6).

⁵⁵) A.Mirone, op.cit., p.317

⁵⁶) L. Rossi Carleo, La tutela amministrativa, cit., p.496 ss, che ricorda peraltro la maggiore incidenza dell'attività preventiva delle Camere consistente nella predisposizione di contratti tipo con il contributo -questa volta sì- anche dei consumatori.



vessatorietà, qualora sussistano fondati motivi per ritenere che le pratiche siano scorrette o le clausole siano vessatorie, il responsabile del procedimento può *informare* di ciò per iscritto il professionista. Ai sensi dell'art.4 del Regolamento dell'autorità, quanto alle pratiche commerciali, l'informazione consiste in un "invito" a rimuovere i profili di scorrettezza, e se il professionista si adegua, ciò può portare all'archiviazione del caso, della quale l'Autorità può pure dare notizia con adeguate modalità (art.5, comma 1, lett.d Regolamento). Quanto alle clausole vessatorie, invece, ai sensi dell'art.21, l'informazione della *probabile* vessatorietà si configura come tale, puramente e semplicemente e non come invito a rimuovere i profili di vessatorietà. E tuttavia, in applicazione del rinvio che l'art.21 dispone anche al suddetto art.5, sembrerebbe di poter ritenere che se il professionista si adegua alla segnalazione del responsabile del procedimento –che si suppone motivata-, ciò possa portare all'archiviazione del caso (⁵⁷).

Ora, se un senso si vuole attribuire a queste metodologie dialogiche tra controllore e controllato, tale senso va ricercato non solo nel mero intento di suggerire pratiche o clausole maggiormente accettabili per evitare una sanzione amministrativa (con uno scopo perciò di deflazione del contenzioso), ma forse in quello di stabilire prassi di concertazione, accompagnate da modalità *soft* di pubblicità dei casi, mediante le quali i professionisti sono indotti ad esercitare il loro potere di predisposizione unilaterale delle clausole contrattuali, così come quello delle loro pratiche commerciali, in forma non "abusiva" né "vessatoria". L'Autorità interverrebbe cioè a *ridosso* dell'esercizio dell'autonomia contrattuale delle imprese, sia nella forma più tipica che questa conosce (la predisposizione unilaterale di contratti standard); sia nella forma altrettanto tipica ma non immediatamente o direttamente incisiva dei rapporti contrattuali con i consumatori che viene usualmente praticata in vista di un'operazione contrattuale (la comunicazione commerciale in senso ampio).

Questa *ratio* è del tutto evidente nell'istituto e nella procedura dell'interpello, che non a caso privilegia il dialogo con il professionista; ma non è estranea, a giudizio di chi scrive, agli istituti di *moral suasion*, salvo volerli confinare in un ambito di mera efficienza pratica.

E ricorre pure nella procedura degli impegni (⁵⁸), mediante la quale, su istanza del professionista che ha già ricevuto la comunicazione di avvio del procedimento, può aprirsi una fase di negoziazione o transazione, intesa a riformulare la pratica commerciale anche più di una volta

⁵⁷) Era questo un rilievo prospettato da ASSONIME, Circolare 12/2012, p.8, in risposta alla consultazione aperta dall'AGCM prima dell'emanazione del Regolamento in esame. Vedila nella pagina <http://www.assonime.it/AssonimeWeb2/servletDocAllegati?idSelectedDocument=240437&idSelectedDocumentType=375&idSelectedAttach=240438&reserved=false>.

⁵⁸) Per la quale il professionista che ha ricevuto comunicazione dell'avvio di procedimento per una pratica commerciale "può presentare impegni tali da far venir meno i profili di illegittimità". Se l'autorità valuta positivamente gli impegni, può accettarli "rendendoli obbligatori" e chiude il procedimento; altrimenti può suggerire un'integrazione; oppure rigettarli (art.9 Regolamento AGCM, in attuazione dell'art.27, co. 7 del Codice del consumo). Sulla procedura concernente gli impegni, si veda P. De Pasquale, Diritto dell'Unione europea e procedimenti davanti alle autorità indipendenti: i principi, in Dir. Unione Europea, 2013, I, p.73 ss.



(perché il primo impegno proposto dal professionista può essere riformulato dietro suggerimenti dell'autorità), fino ad eliminare i profili di scorrettezza .

In altre parole, e considerando sistematicamente l'attività di predisposizione di clausole standard e quella di predisposizione dei messaggi commerciali quali fasi strutturalmente collegate della proposizione dell'offerta contrattuale dell'impresa ai consumatori, l'intervento spontaneo o sollecitato dell'Autorità può proporsi -per così dire- dall'inizio alla fine, dal momento della proposta come comunicazione commerciale al pubblico, fino a quello della proposta contrattuale vera e propria diretta ad una serie di consumatori, o già sottoscritta dai consumatori.

b) In questo quadro può utilmente collocarsi il secondo tassello della disciplina in esame cui sopra si accennava, quello relativo alle procedure di consultazione che l'AGCM deve aprire in occasione del procedimento di controllo successivo inteso alla dichiarazione di vessatorietà delle clausole utilizzate dalle imprese nei contratti in atto con i consumatori; la quale dichiarazione è per l'appunto emanata (o rifiutata) "sentite le associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale e le camere di commercio interessate o loro unioni" (art.37 *bis*, cod. cons., co.1; art.21 Regolamento AGCM, con riferimento alle associazioni dei professionisti e dei consumatori che dimostrino il loro interesse alla consultazione). La consultazione avvia un primo processo di *disclosure* dell'impresa e delle clausole sottoposte allo scrutinio dell'AGCM, attraverso la pubblicazione nell'apposita sezione del sito internet dell'autorità di un comunicato che indica tutte le caratteristiche della clausola e delle modalità di contrattazione, ed invita i soggetti legittimati a partecipare alla consultazione ad inviare i loro contributi e commenti, che invece non verranno pubblicati, ma soltanto acquisiti dall'autorità ai fini della valutazione del caso.

L'effetto divulgativo-reputazionale che la legge riconduce in via esclusiva alla dichiarazione di vessatorietà delle clausole è qui per così dire anticipato in fase istruttoria, quando l'Autorità raccoglie tutti gli elementi che vanno a comporre il quadro degli interessi coinvolti dalle clausole che sono oggetto della sua valutazione, e che servono a costruire l'ambito di esercizio della sua discrezionalità in quello specifico mercato di riferimento

9. Ciò detto, non resta che formulare un'ipotesi interpretativa che fornisca anche una risposta all'interrogativo che si è posto sulla eventuale (ri)configurazione (della contrattazione d'impresa, ma in particolare) del contratto standard nel sistema dell'autonomia privata, a seguito degli interventi normativi descritti.

Più in particolare ci si chiedeva all'inizio di queste note se la recente disciplina potesse riportare all'attenzione dello studioso la (vecchia) questione della qualificazione o ricostruzione della fattispecie del contratto predisposto o per adesione, alla luce di un controllo ormai



sistematizzato quale controllo *anche* in via preventiva del contenuto delle clausole vessatorie e/o abusive. E si riportavano poi talune opinioni della recente dottrina sul punto, dovendosi escludere secondo taluno qualsiasi forma di compartecipazione dell'AGCM all'attività di predisposizione delle clausole; potendosi invece riscontrare secondo altri (specie con riferimento alla procedura di interpello) l'indice di un “*passaggio dalla predisposizione all'autoregolamentazione*”(⁵⁹), suffragato peraltro dalla continuità, anzi dalla “circularità” sussistente fra la disciplina sulle clausole vessatorie e quella sulle pratiche commerciali scorrette. Una circularità che non escluderebbe che l'accertamento della vessatorietà possa fungere da presupposto per la (valutazione della) scorrettezza di una pratica, e viceversa, pur essendo i due procedimenti formalmente indipendenti; soprattutto nel caso in cui il professionista continuasse imperterrito nell'uso sistematico di clausole vessatorie dichiarate tali dall'Autorità (⁶⁰).

Al proposito, riteniamo di potere osservare quanto segue.

Volendo riprendere per un istante i termini del vecchio dibattito sulla natura normativa piuttosto che negoziale delle condizioni generali di contratto, i recenti interventi consentono ancora una volta, se ve ne fosse bisogno, di escludere la prima e di preferire la seconda.

A conferma dei migliori risultati conseguiti dalla dottrina che del fenomeno si era occupata già negli anni settanta, infatti, i recenti interventi nulla aggiungono che possa orientare verso una diversa configurazione delle contrattazione standardizzata nel sistema dell'autonomia privata. Giusto per riprendere uno dei contributi più significativi al tema, la valenza conoscitiva della teoria normativa era confinata da Roppo alla mera capacità di *descrivere* il fenomeno della predisposizione delle condizioni generali di contratto, risolvendosi in null'altro di diverso dalla *rilevazione empirica* dei caratteri salienti della contrattazione standardizzata: l'unilateralità della predisposizione, da una parte; e soprattutto la diffusione generalizzata, ovvero la capacità di riprodursi attraverso la moltiplicazione di una serie indefinita di rapporti uniformi che assumono il regolamento predisposto come contenuto (⁶¹).

Un fenomeno questo oggi esaltato dalla potenza dei mezzi di comunicazione telematici, i quali attraverso il commercio elettronico offrono alla naturale riproducibilità delle condizioni generali di contratto un moltiplicatore astrattamente senza limiti e senza confini.

Da quella configurazione delle condizioni generali di contratto, come noto, Roppo traeva la conseguenza per la quale il problema principale posto da quella prassi all'ordinamento era –ed è- il

⁵⁹) Vedi supra al paragrafo 8, all'inizio e relative note.

⁶⁰) In tal senso L.Rossi Carleo, La tutela amministrativa, cit., p. 495, nel quadro concettuale per cui il controllo sulle clausole e sulle pratiche affidato all'antitrust configurerebbe ormai un controllo sull'*abuso* della libertà contrattuale, in generale.

⁶¹) E.Roppo, Contratti standard, Milano 1989 (ristampa inalterata), pp.95-103 ss. Particolare attenzione dedica sul piano dommatico al profilo dell'atto di predisposizione, anche con riguardo alla predisposizione di un *assetto materiale* funzionale alla conclusione del contratto, M. Maggiolo, Il contratto predisposto, Padova, 1996, il quale comunque ravvisa nell'autonomia privata il fondamento del potere normativo dell'impresa esercitato nella forma delle condizioni generali di contratto (op. cit. p. 125 ss.).



problema del loro controllo, da costruirsi però a partire dall'idea per la quale la predisposizione di condizioni generali di contratto sia da inquadrare, più che nell'esercizio dell'autonomia contrattuale in senso stretto, nell'esplicazione dell'iniziativa economica privata, dovendosi ricondurre l'atto di predisposizione nell'ambito degli atti di organizzazione dell'attività dell'impresa, con il quale l'imprenditore "costruisce .. la materiale premessa della futura attività negoziale" (⁶²). Se di questo si tratta(va), non solo la norma costituzionale di riferimento appare essere l'art. 41, ma lo stesso controllo non potrebbe non configurarsi che come controllo di *attività*, non di singoli atti, e cioè come controllo prevalentemente orientato sull'atto di predisposizione, e per questa via come "controllo della politica imprenditoriale tout court" (⁶³).

Osservato da questo angolo di visuale, il recente intervento di cui all'art.37 *bis* (in una con quello precedente in materia di pratiche commerciali scorrette) viene certamente a colmare un vuoto, in coerenza con l'impostazione appena descritta, la quale –almeno sul piano teorico– contiene ancor oggi elementi di non trascurabile importanza ai fini della comprensione del fenomeno delle condizioni generali di contratto.

La nuova competenza dell'antitrust certamente dà vita ad un controllo sull'attività piuttosto che sugli atti dell'impresa predisponente, sebbene quello sugli atti venga comunque fatto salvo. Introduce una possibilità di preventiva conoscenza dell'atto di predisposizione, attraverso l'istituto dell'interpello, e istituisce modelli di valutazione e confronto (le consultazioni) della "politica imprenditoriale" del predisponente; muovendosi in un contesto caratterizzato da assenza di sanzioni (almeno fino a quando il controllo sulle clausole vessatorie non sconfini nel controllo delle pratiche scorrette), che privilegia invece l'adozione di strumenti di *moral suasion* e di controllo *soft*, e perciò di incentivi verso i comportamenti ritenuti "migliori" ai fini della correzione delle irrazionalità derivanti dalla predisposizione seriale, generale e astratta di regole contrattuali destinate a riprodursi in un numero indefinito di esemplari uniformi.

E' vero dunque che non può rilevarsi alcuna forma di compartecipazione dell'AGCM alla predisposizione delle condizioni generali di contratto da parte del professionista, specie alla luce della mancanza di strumenti penetranti e autoritativi di sanzione o di direzione del potere di predisporre condizioni unilaterali di contratto; come è vero che l'indirizzo prescelto con l'introduzione dell'art.37 *bis*, si presenta puramente additivo e –tutto sommato– in continuità rispetto alle recenti tendenze del diritto attuale dell'economia. E tuttavia esso rappresenta una

⁶²) E.Roppo, Contratti standard, cit, p.144 e passim.

⁶³) Op. ult. cit, p.146. In questa prospettiva, Roppo supera anche l'unidimensionalità della prospettiva che lega il controllo delle condizioni generali di contratto alla tutela dei consumatori, segnalando per un verso la parzialità della prospettiva dal punto di vista del reale perseguimento dell'obiettivo sperato; per altro verso la diffusione della contrattazione standardizzata in quell'area di rapporti tra imprenditori che oggi definiamo con l'espressione "terzo contratto" (op.cit. p.152 ss.). Ampia attenzione al tema, nel quadro di una rivisitazione della problematica dei "contratti d'impresa", si ritrova nel contributo di M. Bianchini, La contrattazione di impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili storico-evolutivi), Torino, 2011, in particolare pp. 320, 371 ss.



precisa scelta di campo, un'opzione che –in astratto- aveva delle alternative possibili, che però il legislatore dell'emergenza –condizionato forse dalla dominante logica del contenimento della spesa pubblica e di una certa idea della semplificazione amministrativa- non ha preso in considerazione. E in tal senso potrebbe avere valore euristico l'idea avanzata da Rossi Carleo che ci si trovi di fronte ad un passaggio “dalla predisposizione all'autoregolamentazione”. Ma vediamo in che senso.

La chiave di lettura di questa ipotesi, infatti, è quella della *vigilanza* sul corretto uso dell'autonomia contrattuale, allo scopo di evitarne l'esercizio abusivo e in un'ottica di sussidiarietà, tutt'altro che dirigistica o sanzionatoria, ma di mero incentivo a comportamenti di autolimitazione ovvero, per l'appunto, di autoregolamentazione. Si tratta di una *ratio* evidente e difficilmente contestabile, almeno sulla base degli elementi e dei dati normativi fin qui raccolti. In astratto il legislatore avrebbe certamente potuto realizzare un *enforcement* meno blando e più incisivo, sì da scoraggiare comportamenti ritenuti inaccettabili attraverso sanzioni di efficacia quantomeno pari alla nullità comminabile dal giudice ordinario o all'inibitoria esercitabile dalle Camere di commercio. Così come avrebbe potuto istituire, almeno in teoria e sulla scia di esperienze straniere, un'autorità *ad hoc* specificamente competente alla valutazione della vessatorietà in funzione squisitamente consumeristica.

Ciò che invece ritroviamo è l'ampliamento delle competenze di vigilanza dell'Antitrust, la quale può tutt'al più incidere sulla reputazione dell'impresa predisponente riluttante a comportamenti di *selfregulation*. La vigilanza, in altri termini, è orientata ad evidenziare e rendere pubblico a scopo informativo il comportamento vessatorio, non ad impedirlo; a spingere i consumatori verso altri professionisti, così esercitando la loro sovranità e il loro potere di infliggere al professionista scorretto la più efficace delle sanzioni; ovvero –in caso di valutazione negativa della vessatorietà- ad evidenziare e rendere pubblica la virtuosità del predisponente, il quale potrà sempre avvalersi di tale valutazione in ogni circostanza nella quale ciò si rendesse opportuno o necessario. Ed è qui che viene in rilievo una seconda *ratio* nascosta dell'intervento.

Per quanto il legislatore abbia voluto rendere paralleli e indipendenti i due binari del controllo sulle clausole vessatorie, quello amministrativo e quello giurisdizionale, resta il fatto che il primo è costruito con modalità tali da renderlo di per sé risonante rispetto al secondo e influente rispetto all'esito eventuale del medesimo. Vuoi per la maggiore semplicità del procedimento amministrativo, vuoi per la natura reputazionale della sanzione (⁶⁴), vuoi ancora per la possibilità di usufruire dell'interpello preventivo, sta di fatto che risulta davvero difficile immaginare che la valutazione del giudice ordinario non possa essere influenzata dalla valutazione già effettuata dall'Autorità antitrust. Il che non è senza conseguenze sulla “indipendenza” dei due procedimenti e

⁶⁴) Vedi art. 21, co.8, del Regolamento, sulla pubblicazione on line della decisione dell'autorità.



ancor di più sulla misura della tutela finale del consumatore che voglia in ogni caso adire il giudice ordinario.

In primo luogo, infatti, la valutazione dell'Antitrust applica una logica per così dire "mercataista", come è nelle sue competenze "naturali". Essa valuterà l'eventuale (non) vessatorietà dal punto di vista dell'impatto del regolamento predisposto nel settore di mercato nel quale viene offerto, in astratto, come detto, oggettivamente, e in relazione agli esiti del contraddittorio attivato con le associazioni di categoria che hanno aderito alla consultazione. Ed è questo tipo di valutazione –autorevole e tecnicamente argomentata– che giungerà avanti al giudice ordinario, eventualmente adito dal singolo consumatore che voglia ottenere la dichiarazione della nullità di clausole ritenute vessatorie nonostante la decisione contraria dell'Antitrust.

In secondo luogo, e per tutti i motivi appena indicati, la risonanza della decisione dell'Antitrust, quando positiva per il professionista, certamente potrà scoraggiare il singolo consumatore dall'intraprendere la tutela giurisdizionale, sia che la decisione sia stata resa in sede di interpello, sia che lo sia stata in sede di controllo successivo.

In terzo luogo, ed infine, non può essere sottovalutato il rischio della progressiva sterilizzazione dell'orizzonte di tutela dei diritti individuali, a favore di un diverso orizzonte tecnico che privilegia una funzione di mera vigilanza dell'atto di predisposizione delle condizioni generali di contratto, alla fonte sì, ma con un corredo di strumenti incapaci di paralizzare definitivamente operazioni di mercato vessatorie o abusive.

Se queste considerazioni non sono infondate, si deve allora ritenere che quel passaggio auspicato dalla predisposizione solitaria e unilaterale delle condizioni generali di contratto all'autoregolamentazione virtuosa, operata in relazione al disincentivo alle pratiche vessatorie rappresentato dal rischio della sanzione reputazionale, potrà realizzarsi in capo a quei professionisti nei confronti dei quali quella sanzione apparirà *davvero* efficace e dannosa, i quali avranno cioè ragione di temerne gli effetti sulla clientela, o perché poco competitivi, o perché il livello della concorrenza nel settore è elevato e i consumatori si trovano facilitati nel preferire altri professionisti.

Mentre è più difficile immaginare un effetto realmente dissuasivo nei confronti di professionisti la cui posizione di mercato, consolidata e dominante, sia tale da neutralizzare la mera sanzione reputazionale o condizionare comunque le adesioni dei consumatori, ai quali, nonostante la dichiarata vessatorietà delle clausole contrattuali, non si offrono in quel settore di mercato alternative reali e convenienti.



Ed è qui che, ancora una volta, la *ratio* “mercataista” dell’intervento si manifesta in tutta la sua evidenza, ma anche in tutta la sua debolezza (⁶⁵), nella misura in cui l’efficacia dissuasiva della sanzione è inversamente proporzionale alla posizione di mercato dell’impresa, e perciò incapace di garantire di per sé un impatto significativo sulle prassi contrattuali. Quanto più l’impresa sarà in grado di opporre alla pubblicità dell’Antitrust le proprie pratiche commerciali e la propria dominanza economica, tanto meno la sanzione sarà effettiva, e viceversa.

⁶⁵) Per una critica radicale a tale ‘tendenza’, vedi efficacemente L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010, contributo alcuni spunti del quale si trovano sviluppati nel saggio *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *Riv. Critica di diritto privato*, 2012, 2, p.211.