

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA

“TOR VERGATA”

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Alta Formazione Consumatori e Mercati

ELABORATO FINALE

**“LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE
NEI RAPPORTI BANCA-CLIENTE”**

Dott.ssa Gaia Cocciarelli

INDICE

CAPITOLO I – LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE..... 3

1. Le pratiche commerciali scorrette e il mercato
2. L'iter normativo: la direttiva 2005/29/CE, il d.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007 ed il Codice del Consumo
3. L'incidenza della disciplina delle pratiche commerciali scorrette sul Codice del Consumo: buona fede, correttezza e lealtà
4. L'ambito oggettivo della tutela, i parametri applicativi: la contrarietà alla diligenza professionale e la falsità o idoneità a falsare il comportamento del consumatore
5. L'ambito soggettivo della tutela: la figura del "consumatore medio" e la microimpresa
6. Le pratiche commerciali ingannevoli e le pratiche commerciali aggressive
7. Le liste nere
8. Osservazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali scorrette: il principio informativo, la trasparenza ed il principio di lealtà
9. I rimedi: il "doppio binario" di tutele
10. Le omissioni ingannevoli e gli obblighi di informazione precontrattuale
11. I rimedi a tutela dei consumatori collettivamente considerati

CAPITOLO II – LA DISCIPLINA BANCARIA E LA TRASPARENZA..... 29

1. La normativa e l'iter evolutivo
2. La trasparenza bancaria ed il rapporto banca-cliente
3. Disciplina e principi tra strumenti e documenti di trasparenza precontrattuale –
4. L'ambito oggettivo di applicazione della disciplina –
5. L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina: il principio di proporzionalità e le diverse categorie di clienti
6. Considerazioni sul rapporto tra Titolo VI e disciplina della materia contrattuale bancaria –
7. La fattispecie regolata: l'annuncio pubblicitario, le esigenze conoscitive e le sanzioni
8. Il sistema informativo: tra normativa e rilevanza dell'informazione doverosa
9. La tutela della trasparenza e della correttezza nel rapporto banca-cliente

CAPITOLO III – LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE NEL SETTORE BANCARIO..... 55

1. Il sistema bancario, la crisi economica e le pratiche commerciali scorrette
2. Il giudizio di scorrettezza e la diligenza professionale esigibile dall'operatore bancario nella giurisprudenza dell'AGCM
3. La giurisprudenza dell'AGCM: le pratiche commerciali scorrette nel settore bancario
4. Divieti generali e regolamentazione speciale degli operatori bancari: contrasti e competenze
5. Le Plenarie del Consiglio di Stato
6. Rilievi critici e recenti orientamenti: il comma 1°-bis dell'art. 27 del Codice del Consumo

CAPITOLO I

LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

SOMMARIO: 1. Le pratiche commerciali scorrette e il mercato – 2. L'iter normativo: la direttiva 2005/29/CE, il d.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007 ed il Codice del Consumo – 3. L'incidenza della disciplina delle pratiche commerciali scorrette sul Codice del Consumo: buona fede, correttezza e lealtà – 4. L'ambito oggettivo della tutela, i parametri applicativi: la contrarietà alla diligenza professionale e la falsità o idoneità a falsare il comportamento del consumatore – 5. L'ambito soggettivo della tutela: la figura del “consumatore medio” e la microimpresa – 6. Le pratiche commerciali ingannevoli e le pratiche commerciali aggressive – 7. Le liste nere – 8. Osservazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali scorrette: il principio informativo, la trasparenza ed il principio di lealtà – 9. I rimedi: il “doppio binario” di tutele – 10. Le omissioni ingannevoli e gli obblighi di informazione precontrattuale – 11. I rimedi a tutela dei consumatori collettivamente considerati

1. Le pratiche commerciali scorrette e il mercato

Le nuove tecniche e strategie commerciali impiegate al fine di promuovere e distribuire i prodotti – rese possibili dalle sempre maggiori conoscenze tecniche e scientifiche, nonché dai progressi tecnologici – hanno notevolmente incrementato nella contrattazione il rischio di decisioni commerciali non sufficientemente libere e consapevoli, in relazione alle quali è stata da subito evidente la poca efficienza dei tradizionali strumenti di tutela del consenso.¹

Il settore della produzione e dello scambio di beni e servizi in effetti è da tempo caratterizzato da una peculiare contrattazione di massa che, nel costituire il risvolto giuridico della produzione industriale e del commercio su larga scala di beni e servizi, si contraddistingue da un lato per la presenza di parti in posizione di forza contrattuale differente e dall'altro per l'assenza della fase delle trattative nell'iter di formazione contrattuale.²

A mezzo del suddetto atteggiamento negoziale dunque, l'impresa crea dei moduli di comportamento conformi alle proprie esigenze a cui, mediante il contratto medesimo, conferisce il carattere della obbligatorietà, nella piena ed assoluta consapevolezza che lo strumento contrattuale è idoneo ad incidere sia sui profitti che sulla struttura stessa del mercato.³

Dalla semplice osservazione del comportamento delle imprese e dall'esame dei modelli contrattuali immessi dalle stesse sul mercato, si evince che il contenuto contrattuale è divenuto a tutti gli effetti un importante strumento di concorrenza,⁴ anche in ragione del crescente sviluppo del mercato che ha reso il consumatore/cliente più attento e sensibile al fatto che la maggiore o minore convenienza

¹ A. GIANOLA, *Digesto delle discipline privatistiche (sez. civ.)*, voce “Pratiche commerciali sleali”, Appendice 2009, Utet, Torino, pag. 382 e ss.

² F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, vol. 16, pag. 196

³ P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996, pag. 471

⁴ G. ALPA, voce *Contratti di massa*, a) *Profili generali*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, vol. I, Giuffrè, Milano, 1997, pag. 408

del bene e del servizio offerto non dipende solo dalle qualità intrinseche del servizio o del prodotto, rapportate al prezzo, quanto piuttosto dalle condizioni contrattuali che accompagnano lo scambio.⁵ E' quindi possibile sostenere che alla questione inerente il contenuto e la funzione del contratto nell'ambito del rapporto impresa/consumatore, si affianca un'ulteriore problematica e precisamente quella relativa al pericolo delle cosiddette distorsioni del mercato e della concorrenza.⁶

La disciplina dettata in tema di pratiche commerciali scorrette infatti, nell'impedire il ricorso a "trucchi e trabocchetti" altrimenti leciti, persegue sia l'obiettivo di rafforzare la tutela dei consumatori, sia, allo stesso tempo, quello di ristabilire condizioni paritarie tra gli operatori commerciali affinché si abbia un'effettiva e virtuosa concorrenza, mediante la regolazione di singoli e specifici mercati, di settori di attività economica identificati in relazione alla tipologia dei beni o dei servizi che formano oggetto del contratto.⁷

Il processo volto a realizzare e concretizzare una protezione integrale del consenso – e quindi del mercato – ha pertanto registrato un importante passo avanti proprio con la regolamentazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, operata in primo luogo dal legislatore comunitario e poi dai singoli legislatori nazionali degli Stati membri dell'Unione Europea.⁸

2. L'iter normativo: la direttiva 2005/29/CE, il d.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007 ed il Codice del Consumo

L'Unione Europea con la Direttiva 2005/29/CE ha inteso disciplinare le pratiche commerciali sleali in tutti i settori del mercato comune, imponendo ai professionisti il divieto di porre in essere condotte o omissioni che abbiano l'effetto di creare nel consumatore una falsa rappresentazione della realtà in ordine ai beni e ai servizi che offre la grande impresa.

Questa direttiva si presenta come un provvedimento che intende realizzare un'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali dei Paesi membri in tema di pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, espressamente volto ad eliminare le differenze esistenti e a creare così un quadro giuridico uniforme in tutti gli Stati europei con la precipua finalità di rimuovere, o quantomeno ridurre, quegli ostacoli che si frappongono all'intensificazione delle negoziazioni transfrontaliere.

La prospettiva dell'armonizzazione completa è quindi apparsa al legislatore comunitario come la soluzione ideale per spingere i consumatori ad acquistare beni e prodotti offerti da imprese che

⁵ E. GUERINONI, *I contratti del consumatore. Principi e regole*, Giappichelli, Torino, 2011, pag. 5

⁶ N. SCANNICCHIO, *Consumatori e conclusione dei contratti a distanza tra ordinamenti nazionali, direttive comunitarie e diritto comparato*, in *Rivista critica del diritto privato*, Mulino, 1994, pag. 30

⁷ E. GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette: Fattispecie e rimedi*, Giuffrè, 2010, pag. 23

⁸ A. GIANOLA, *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, Milano, 2008

abbiano la propria sede in altri stati, nonché per stimolare le stesse imprese nazionali ad offrire i propri prodotti o servizi a consumatori residenti in tutti gli stati europei.⁹

Proprio in ragione delle importanti finalità, la Direttiva 2005/29/CE si caratterizza per una particolare severità di trattamento che trova giustificazione nel dato che tali pratiche sleali danneggiano sia il consumatore che gli stessi professionisti “virtuosi”, configurandosi come veri e propri atti lesivi della pacifica concorrenza e del mercato.¹⁰

Per quanto attiene alle pratiche commerciali sleali, l’Italia ha recepito la Direttiva 2005/29/CE a mezzo dell’emanazione del Decreto Legislativo n. 146 del 2 agosto 2007 con cui si è provveduto alla sostituzione, integrazione ed innovazione – anche con gli artt. 2, 4 e 8 del Decreto Legislativo n. 221 del 23 ottobre 2007 – delle disposizioni che vanno dall’art. 18 al 27 del Codice del Consumo, che costituiscono ad oggi il corpus normativo attualmente in vigore sul tema.

E’ bene accennare al fatto che, in sede di recepimento, si è verificata un’evidente discordanza terminologica tra la direttiva comunitaria, che parla di pratiche commerciali “sleali”, ed il provvedimento di attuazione, in cui le medesime pratiche mutano denominazione divenendo “scorrette”.

Tale differenza tuttavia, non comporta ripercussioni o conseguenze di qualsivoglia rilievo, né sul piano dell’inquadramento sistematico del nuovo corpus normativo, né tantomeno sul piano delle singole disposizioni che lo compongono, e può quindi considerarsi una mera opzione lessicale, dal momento che l’efficacia evocativa del termine rimane sicuramente molto forte.¹¹

Inoltre, è opportuno dare risalto al fatto che il Governo, in sede di attuazione, non sembra aver adeguatamente provveduto ad un’opera di raccordo tra le nuove disposizioni e la disciplina preesistente e di ciò sono emblematiche alcune statuizioni contenute nell’art. 19 cod. cons., ricche di espressioni alquanto oscure e criticabili.¹²

In ogni caso, la disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette, recepita con il d.lgs n. 146 del 2007, si è andata a collocare nell’ambito di un ormai orizzonte normativo dedicato alla tutela della parte legislativamente presunta debole – il “consumatore” – e che risulta composto da un insieme di norme di varia origine, che si sono via via stratificate nel nostro sistema e che hanno trovato la loro prima importante ordinazione nel Codice del Consumo.¹³

3. L’incidenza della disciplina delle pratiche commerciali scorrette sul Codice del Consumo: buona fede, correttezza e lealtà

⁹ G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra tra professionisti e consumatori*, in *Le nuove leggi commentate*, XXXI, n. 5, 2008, pag. 1059 e ss

¹⁰ E. GUERINONI, op. cit., pag. 93 e ss.

¹¹ G. DE CRISTOFARO, op. cit., pag. 1079 e ss

¹² G. DE CRISTOFARO, op. cit., pag. 1071 e ss

¹³ E. GUERINONI, op. cit., pag. 1 e ss.

Con la Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali si introduce nel nostro ordinamento una nuova disciplina di applicazione intersettoriale volta a coprire, con un decalogo di divieti specifici, tutta una serie di condotte “commerciali” degli operatori, tanto diffuse quanto – alla luce della nuova normativa – scorrette.¹⁴

La collocazione sistematica delle norme di recepimento – nelle disposizioni che vanno dall’art. 18 al 27 del Codice del Consumo – denota chiaramente quella che è l’intenzione del legislatore, ossia l’introduzione di una serie di indicazioni di carattere generale che possano trovare applicazione con riferimento all’intero atto di consumo nel suo aspetto dinamico: a) nella fase del primo contatto commerciale; b) in quella della comunicazione commerciale; c) in quella propriamente negoziale (che coinvolge anche la fase della trattativa precontrattuale); d) nella fase dell’esecuzione del contratto.¹⁵

L’art. 19 Cod. Cons. al comma n. 1 infatti dispone che, alla luce del giudizio di scorrettezza, rilevano le condotte poste in essere prima, durante e dopo un’operazione commerciale relativa ad un prodotto o ad un servizio offerto da un professionista ad un consumatore, a condizione che le medesime influenzino o siano idonee ad influenzare la decisione di natura commerciale del consumatore, riguardante *“se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo, a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto”*, portandolo a compiere un’azione o ad astenersi dal compierla.¹⁶

L’ambito di applicazione della disciplina in esame si rivela dunque assai ampio, dal momento che si considerano pratiche commerciali, per espressa previsione normativa, tutte le azioni, le omissioni, le condotte, le dichiarazioni, le comunicazioni commerciali – compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto – poste in essere da un professionista in relazione alla promozione, alla vendita o alla fornitura di un prodotto ai consumatori,¹⁷ nonché tutte quelle condotte che intervengono nella fase post-vendita di un prodotto.¹⁸

Il vero e proprio cardine della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori è dato dalla clausola generale di divieto posta dall’art. 20 Cod. Cons. che espressamente vieta, in quanto scorretta, ogni pratica commerciale, posta in essere da un professionista nei confronti di un consumatore, che sia *“contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta ad un determinato gruppo di consumatori”*.¹⁹

¹⁴ E. GUERINONI, op. cit., pag. 96 e ss.

¹⁵ P. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali sleali ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Contratto e impresa*, 2007, n. 6, pag. 1417 e ss.

¹⁶ Art. 18 lett. m) Cod. Cons.

¹⁷ Art. 18 lett. d) Cod. Cons.

¹⁸ A. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, vol. I, pag. 765 e ss.

¹⁹ Art. 20 co 1 Cod. Cons.; A. GENOVESE, op. cit., pag. 766 e ss.

E' bene porre in risalto che, come a livello comunitario, anche la disciplina italiana di recepimento si astiene dall'imporre ai professionisti precisi obblighi di contenuto positivo, limitandosi piuttosto ad introdurre uno specifico divieto.²⁰

Dalla semplice lettura dell'art. 20 Cod. Cons. inoltre, è facile intuire che l'applicazione della previsione richiede necessariamente la concretizzazione della clausola generale e quindi anche la valutazione dei parametri idonei a garantire questa esigenza.

Tuttavia, prima di procedere ad analizzare i contenuti ed i parametri di concretizzazione del predetto divieto, è importante esaminare il rapporto che intercorre tra la "scorrettezza" di cui all'art. 20 Cod. Cons. ed i "*principi di buona fede, correttezza e lealtà*" a cui devono conformarsi le "*attività commerciali*" ex art. 39 Cod. Cons., anche alla luce dei diritti "fondamentali" riconosciuti ai consumatori ai sensi dell'art. 2 Cod. Cons., che al comma II^o lett. c-bis) espressamente fissa il diritto "*all'esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà*".²¹

E' innegabile che sia l'art. 2 che l'art. 39 Cod. Cons. facciano riferimento ai medesimi principi di buona fede, lealtà e correttezza, come del resto è innegabile la stretta connessione esistente tra la disciplina delle pratiche commerciali sleali e le due disposizioni appena citate.

Difatti, non solo l'espressione "pratiche commerciali" di cui all'art. 2 comma II^o lett. c-bis) Cod. Cons. deve intendersi nell'accezione di cui all'art. 18 Cod. Cons., anzi, la stessa accezione sembra doversi attribuire anche alla locuzione "attività commerciali" di cui all'art. 39 Cod. Cons., a prescindere dalla differenza terminologica.²²

Tenuto conto di ciò è dunque possibile affermare che la scorrettezza di una pratica commerciale, nel senso e ai fini di cui agli artt. 20 e ss del Cod. Cons., esprime indubbiamente anche la non corrispondenza di tale pratica ai principi di buona fede, correttezza e lealtà di cui agli artt. 2 e 39 del Cod. Cons., con la conseguenza che il professionista che non dovesse rispettare il divieto dettato dal primo comma dell'art. 20 Cod. Cons. verrebbe meno con il suo comportamento anche al precetto di cui all'art. 39 e, soprattutto, violerebbe un diritto riconosciuto al consumatore come fondamentale dall'art. 2 comma II^o lett. c-bis) del Codice del Consumo.²³

4. L'ambito oggettivo della tutela, i parametri applicativi: la contrarietà alla diligenza professionale e la falsità o idoneità a falsare il comportamento del consumatore

²⁰ G. DE CRISTOFARO, op. cit., pag. 1079 e ss

²¹ La lettera c-bis) "*all'esercizio delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà*" è stata inserita dall'art. 2 comma, D.Lgs. 23 ottobre 2007, n. 221

²² M. SANDULLI, in aa. vv., *Codice del consumo. Commentario*, a cura di Alpa e Rossi Carleo, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, sub art. 39

²³ G. DE CRISTOFARO, op. cit., pag. 1080 e ss

E' ora fondamentale chiarire quale sia l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette, determinando con precisione i "parametri applicativi" del divieto imposto dall'art. 20 Cod. Cons.

Tra i criteri di valutazione troviamo, da un lato, la contrarietà alle norme di "diligenza professionale" e dall'altro, la falsità o l'idoneità della pratica a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore.

Per ciò che attiene la "diligenza professionale" – definita nell'art. 18 lett. h) Cod. Cons.²⁴ – essa costituisce una nozione tipica della disciplina in esame e totalmente autonoma dalla nozione civilistica di diligenza o di colpa.

La contrarietà alla diligenza professionale può definirsi come un *deficit* rispetto al normale grado di competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori si aspettano da un determinato professionista, in forza dei principi generali di correttezza e buona fede riferiti al settore di attività interessato dal caso concreto.²⁵

Il dettato normativo fa riferimento alla cosiddetta "ragionevole aspettativa" del consumatore che assume un'importanza essenziale proprio ai fini della determinazione del livello di competenza ed attenzione dovuto dal professionista, e che nella sua ragionevolezza dovrà valutarsi alla luce di un unico parametro, individuato – dallo stesso art. 18 Cod. Cons. – nei "*principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista*".²⁶

Appare comunque opportuno sottolineare, che non deve assolutamente confondersi la "diligenza professionale" con i "principi generali di correttezza e buona fede", dal momento che questi ultimi rappresentano soltanto i parametri idonei ad individuare il livello di competenza, cura ed attenzione, che può reputarsi (mediamente) dovuto nel settore di attività del professionista e di cui, quindi, può pretendersi il rispetto.

Le regole di diligenza si vengono così a configurare come regole oggettive di comportamento corrispondenti ad un determinato livello di conoscenze specialistiche, di cura ed attenzione, che il professionista è tenuto ad osservare nello svolgimento delle pratiche commerciali che pone in essere nei confronti dei consumatori.

Pertanto, la valutazione del livello di conoscenza che possa e debba considerarsi dovuto al consumatore, diviene una questione da risolvere volta per volta, tenendo conto del settore di attività economica interessato e di tutte le peculiarità del caso concreto.

Per quanto attiene al secondo parametro, anch'esso viene puntualmente definito dall'art. 18 Cod. Cons. alla lettera e), come "*l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del*

²⁴ Art. 18, lett. h) Cod. Cons. "*diligenza professionale*": il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista"

²⁵ A. GENOVESE, op. cit., pag. 766 e ss

²⁶ G. DE CRISTOFARO, op. cit., pag. 1080 e ss

consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.

La pratica commerciale che può considerarsi “scorretta” è dunque quella idonea, anche solo in astratto, ad alterare in misura apprezzabile la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, effetto quest’ultimo che – dalla lettura del disposto – deve ritenersi conseguenza *iuris et de iure* della mera idoneità della pratica ad incidere sulla volontà del cliente.²⁷

La pratica “scorretta”, per essere ritenuta tale, deve quindi falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore, dal momento che l’illecito consiste proprio nell’impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare le capacità del consumatore di assumere consapevolmente la propria decisione, così inducendolo a fare scelte di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

Sono dunque irrilevanti le caratteristiche che può assumere di per sé la condotta tenuta dal professionista, come pure irrilevanti si presentano il contenuto, la causa e l’oggetto del contratto al quale la condotta tenuta dal professionista sia correlata e preordinata, senza contare che non si esige neppure che si tratti di condotte strumentali alla stipulazione di futuri contratti.

Ciò che invece risulta essenziale ed indispensabile è la sussistenza di una “relazione”, di un nesso tra la condotta tenuta dal professionista e la promozione di beni o di servizi a consumo, e/o l’instaurazione o l’esecuzione di rapporti contrattuali fra professionisti e consumatori.²⁸

E’ possibile affermare pertanto, che sono assoggettati al nuovo Titolo III del Codice del Consumo tutti i comportamenti tenuti da professionisti – anteriormente, contestualmente o anche posteriormente all’instaurazione di uno o più rapporti contrattuali con consumatori – che siano correlati alla promozione, alla vendita o fornitura di un qualsivoglia bene o servizio a consumatori, e qualificabili come “scorretti”, in quanto idonei – anche solo in astratto – ad indurre il consumatore, incidendo sulla sua capacità di decidere consapevolmente, ad effettuare una scelta commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

5. L’ambito soggettivo della tutela: la figura del “consumatore medio” e la microimpresa

Per quanto concerne l’ambito soggettivo di applicazione della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette, bisogna tener conto del fatto che nell’art. 20 comma II^o Cod. Cons. – diversamente dall’art. 18 lett. e) Cod. Cons. che si riferisce al “consumatore” *sic et simpliciter* – il nostro legislatore fa espresso riferimento alla particolare figura del “consumatore medio”, senza tuttavia fornirne un’adeguata definizione normativa.

²⁷ E. GUERINONI, op. cit., pag. 111 e ss

²⁸ G. DE CRISTOFARO, op. cit., pag. 1077 e ss

A livello comunitario, e precisamente nel considerando n. 18 della Direttiva 2005/29/CE – che si rifà agli orientamenti della Corte di Giustizia²⁹ – esiste una definizione di riferimento del “consumatore medio”, che lo identifica non tanto nell’immagine di un soggetto debole e vulnerabile a cui siamo abituati, quanto piuttosto in un modello di consumatore critico e consapevole giacché normalmente informato ed avveduto riguardo le varie pratiche commerciali.

Ebbene, è questione assai delicata valutare se ed in quale misura le affermazioni contenute nel considerando n. 18 possano considerarsi vincolanti, in quanto tema strettamente connesso con la problematica della natura giuridica e della rilevanza dei considerando delle direttive CE recepite. Oltretutto, nell’ipotesi in cui si volesse riconoscere un grado di vincolatività alle affermazioni contenute nel considerando n. 18, la questione dell’esatta determinazione del contenuto di tale nozione non potrebbe comunque ritenersi risolta, *in primis*, per la generica portata della definizione, la cui concretizzazione comporterebbe necessariamente valutazioni di natura discrezionale, ed *in secundis*, per il diverso atteggiarsi della nozione stessa a seconda che la pratica scorretta sia diretta alla generalità dei consociati o soltanto ad un determinato gruppo di consumatori.³⁰

Tenuto conto di queste premesse, è comunque possibile concludere affermando che l’idoneità “effettuale” della pratica commerciale deve essere valutata con riferimento al cosiddetto “consumatore medio”, la cui definizione va individuata nel considerando n. 18 della direttiva del 2005, e precisamente, con quella di consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, ferme restando in ogni caso le problematiche esposte sulla vincolatività di tale formula.³¹

Ciò posto, risulta in ogni caso evidente che l’astrattezza della figura porterà necessariamente ad una applicazione non uniforme della definizione di “consumatore medio” e che pertanto, nei Tribunali nazionali non vi sarà un’applicazione uniforme della nozione, conseguentemente, il Giudice Comunitario si porrà come unico punto di riferimento per l’interpretazione e la corretta attuazione della normativa, così assumendo una posizione preminente nella realizzazione dei fini perseguiti dal legislatore europeo.

Anche la disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette, in pieno accordo con il tessuto normativo in cui si inserisce, risulta quindi articolata intorno alla coppia di figure soggettive, il professionista ed il consumatore, già ben note all’ambito della tutela dei consumatori di derivazione comunitaria.

Lo stesso art. 18 lettera a) Cond Cons. conferma che il “Consumatore” è “*qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività*”

²⁹ Sentenza Corte di Giustizia 16 luglio 1998 C-2010/96 “...per stabilire se una dicitura destinata a promuovere le vendite sia idonea ad indurre in errore l’acquirente, il giudice nazionale deve riferirsi all’aspettativa presunta connessa a tale dicitura di un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto...”

³⁰ G. DE CRISTOFARO, op. cit., pag. 1099 e ss

³¹ A. GENOVESE, op. cit., pag. 767 e ss

commerciale, industriale, artigianale o professionale” e così pure alla lettera b) riqualifica il “*professionista*” come “*qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista*”, in pieno accordo con le definizioni generali presenti nell’art. 3 Cod. Cons.

Tale pacifico schema soggettivo risulta, tuttavia, intaccato da recenti interventi normativi.³²

Occorre rilevare infatti che nel 2012 il D.L. del 24 gennaio 2012 n. 1, cosiddetto Decreto Liberalizzazioni, ha assimilato, ai fini della tutela contro le pratiche commerciali scorrette, lo status della micro-impresa a quello del consumatore persona fisica.³³

Per effetto di tale novità dunque, la tutela garantita al consumatore dal Titolo III del Codice del Consumo avverso le pratiche scorrette attuate dai professionisti, viene estesa anche alle micro-impresе, definite nel testo del Governo come le entità, società di persone o società per azioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un’attività economica artigianale e altre attività a titolo individuale o familiare.

Nell’art. 18 del Codice del consumo viene così inserita la lettera d-bis) che qualifica le “*microimpresa*” come “*entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un’attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo, oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro*”.

Tale definizione, piuttosto ampia, comprende tutti i soggetti che svolgono un’attività economica, indipendentemente dalla forma giuridica prescelta, e perciò anche imprese individuali o basate prevalentemente sul lavoro del titolare e dei suoi familiari, purché il numero delle persone complessivamente occupate sia inferiore a dieci unità ed il fatturato annuo o il totale di bilancio non superino la soglia di due milioni di euro. Anche una società di capitali può quindi, a tutti gli effetti, rientrare nella definizione di “*microimpresa*” e così godere della tutela consumeristica contro le pratiche scorrette.

Alla luce di ciò, non v’è quindi alcun dubbio sul fatto che la “*microimpresa*” non sia un consumatore bensì, a sua volta, un professionista, che gode, per espressa volontà normativa, di tutte quelle tutele in tema di pratiche commerciali scorrette originariamente pensate per il consumatore.³⁴ Sotto questo profilo pertanto, in forza di tale recente intervento normativo, il Codice del Consumo diviene fonte di disciplina anche dei rapporti commerciali tra imprese – *business to micro-business* – tant’è che per l’operatore professionale diventa ora necessario adottare le medesime cautele sia nei confronti del cliente/consumatore, che nei confronti del cliente/micro-impresa.

6. Le pratiche commerciali ingannevoli e le pratiche commerciali aggressive

³² V. Meli, voce “*Pratiche commerciali scorrette*”, in *Enciclopedia Giuridica Treccani Online*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2012, par. 2

³³ D.L. del 24 gennaio 2012 n. 1, artt. 5 e 7

³⁴ V. Meli, op. cit., par. 2

La definizione generale di pratica commerciale scorretta, di cui si è precedentemente detto, viene a concretizzarsi in due “macro-categorie” ed esattamente, quella delle pratiche ingannevoli, di cui agli artt. 21 e 22 Cod. Cons., e quella delle pratiche aggressive, di cui agli artt. 24 e 25 Cod. Cons.

Gli artt. 23 e 26 riportano inoltre, un’elencazione di singole e specifiche tipologie di pratiche commerciali, rispettivamente ingannevoli ed aggressive – denominata *black list* – “*considerate in ogni caso scorrette*”, cui si aggiungono ancora quelle indicate dall’art. 21 Cod. Cons. ai commi terzo, terzo bis e quarto.³⁵

Per quanto attiene alle pratiche ingannevoli, il Codice del Consumo distingue tra “azioni” ed “omissioni” ingannevoli.

L’art. 21 primo comma del Codice, definisce come “azioni ingannevoli” quelle pratiche che, inducendo o essendo idonee ad indurre il consumatore ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso, contengono informazioni non rispondenti al vero o che, seppure di fatto corrette, in qualsiasi modo, anche nella loro presentazione complessiva, inducono o siano idonee ad indurre in errore il consumatore riguardo ad almeno uno degli elementi indicati, tra cui troviamo: la natura del prodotto, le sue caratteristiche, gli impegni del venditore, il prezzo la necessità di manutenzione, la qualifica del professionista ed i diritti del consumatore.³⁶

Dall’incipit della norma si evince chiaramente che l’informazione scorretta non è solo quella non corrispondente al vero, giacché anche l’informazione vera può essere scorretta quando la pratica, al di là o meno della veridicità delle informazioni trasmesse, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio su elementi essenziali della contrattazione.³⁷

Nel medesimo articolo, al secondo comma, vengono poi individuate altre due azioni ingannevoli e precisamente da un lato, le azioni confusorie, e dall’altro, quelle pratiche con consistano nel mancato rispetto degli impegni previsti in un codice di condotta che il professionista si è impegnato a rispettare; ipotesi queste, che vengono quindi considerate, per espressa previsione del legislatore, come idonee di per sé ad indurre in errore il consumatore.

Inoltre, i successivi commi terzo, terzo bis e quarto, prevedono tre presunzioni di scorrettezza inerenti: i) le pratiche commerciali che, riguardando i prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori, omettano di darne notizia; ii) quelle pratiche che, suscettibili di raggiungere bambini ed adolescenti, possano anche indirettamente minacciare la loro sicurezza; iii) le pratiche commerciali di banche, istituti di credito o intermediari che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obblighino la clientela alla sottoscrizione di una polizza assicurativa dai medesimi erogata ovvero all’apertura di un conto corrente presso di loro.³⁸

³⁵ G. DE CRISTOFARO, op. cit., p. 1085 e ss.

³⁶ E. GUERINONI, op. cit., pag. 116 e ss

³⁷ E. GUERINONI, op. cit., pag. 117 e ss

³⁸ A. GENOVESE, op. cit., pag. 768 e ss

L'art. 22 del Codice del Consumo al contrario, qualifica le cosiddette “omissioni ingannevoli”.

Al primo comma del predetto articolo, si definisce come ingannevole quella pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, consiste nell'omettere informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in un determinato contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale; al secondo comma viene inoltre aggiunto, che sono considerate ingannevoli anche le pratiche commerciali in cui un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno per prendere una decisione consapevole di natura commerciale, ovvero quelle in cui non indica l'intento commerciale della pratica stessa, qualora non risulti evidente dal contesto.

L'articolo in questione decreta quindi l'illiceità di tutte quelle pratiche commerciali carenti di informazioni rilevanti per il consumatore, necessarie per assumere una decisione commerciale libera e consapevole.

Può dunque affermarsi che l'omissione rilevante è quella che causa nel contraente/consumatore un *deficit informativo* tale da indurlo a prendere una decisione che altrimenti non avrebbe preso. In base alla nozione generale pertanto, l'omissione ingannevole che rende scorretta una pratica commerciale è l'omissione di dati (veritieri), di comprensibilità dei dati forniti, di tempestività nella fornitura dei dati e l'omissione di chiarezza intorno ai fini.³⁹

E' inoltre bene evidenziare che il legislatore stabilisce solo in due ipotesi quelle che devono considerarsi “informazioni rilevanti” e ciò avviene nel caso di invito all'acquisto – art. 22 comma quarto – e nel caso del rinvio agli obblighi previsti dal diritto comunitario – art. 22 comma quinto – connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto; in tutti gli altri casi, la rilevanza dell'omessa informazione andrà valutata di volta in volta tenendo conto delle circostanze del caso, nonché delle eventuali restrizioni che il mezzo di comunicazione impiegato imponga al professionista in termini di spazio e di tempo, e delle misure che in questo caso il professionista ha assunto.⁴⁰

In ragione di quanto esposto, appare possibile affermare che le due differenti tipologie di pratiche ingannevoli contemplate dal legislatore sono a sua volta costituite da una pluralità di sottogruppi e che la suddivisione tra azioni ed omissioni incide anche sugli stessi presupposti utilizzati per definire se una pratica sia ingannevole o meno.

I presupposti in presenza dei quali una pratica commerciale può e deve essere considerata ingannevole sono quindi due: il primo, costante e generale, consiste nell'attitudine della pratica ad *“indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso”*; il secondo al contrario, si presenta come un parametro variabile, in quanto l'art. 21 Cod. Cons. individua ben quattro tipologie differenti di azioni ingannevoli e l'art. 22 Cod. Cons. contempla tre

³⁹ E. GUERINONI, op. cit., pag. 121 e ss

⁴⁰ E. GUERINONI, op. cit., pag. 122 e ss

ulteriori tipologie di omissioni ingannevoli. Con la necessaria osservazione che, anche in tal caso, la valutazione relativa alla sussistenza di entrambi i requisiti dovrà sempre essere condotta “in concreto”, tenendo conto cioè di tutte quelle che sono le circostanze e le peculiarità caratteristiche del caso.⁴¹

Per quanto riguarda invece la seconda macro-categoria e precisamente quella delle pratiche aggressive, esse vengono definite dall'art. 24 Cod. Cons. come quelle pratiche commerciali che, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limitano o sono idonee a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto, essendo in tal modo idonee ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso.⁴²

Già dalla sola definizione di pratica aggressiva è possibile dedurre che tali pratiche scorrette sono evidentemente atte a pregiudicare la libertà anche “non negoziale” del consumatore, a condizione tuttavia che la limitazione della libertà di scelta di quest'ultimo sia relativa all'assunzione di una decisione di natura commerciale.⁴³

La categoria delle pratiche commerciali aggressive quindi, viene individuata attraverso una definizione unitaria ed onnicomprensiva, i cui presupposti sono principalmente tre. In primis, è necessario che il professionista, nella pratica commerciale che pone in essere nei confronti del consumatore, abbia fatto ricorso a molestie, alla coercizione o all'indebito condizionamento (art. 25 Cod. Cons). In secondo luogo, è necessario che la pratica risulti idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio, ed infine, che tale attitudine della pratica a limitare la libertà di scelta del consumatore sia allo stesso tempo suscettibile di indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

Occorre tuttavia, fare alcune osservazioni in merito alle nozioni di “molestia”, “coercizione” ed “indebito condizionamento”.

In ordine alle “molestie” è bene precisare, che queste debbono essere individuate con riguardo allo spirito ed alle funzioni di cui alla normativa in esame, senza quindi fare alcun riferimento a nozioni analoghe proprie di altri settori dell'ordinamento. In ragione di ciò si è ritenuto, anche analizzando alcune delle ipotesi previste dall'art. 26 Cod. Cons., che quando si parla di “molestie” si allude a

⁴¹ G. DE CRISTOFARO, op. cit., p. 1085 e ss.

⁴² A. GENOVESE, op. cit, pag. 768 e ss

⁴³ G. DALLE VEDOVE, *Le pratiche aggressive*, (a cura di) A. Genovese, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, 2008. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. Imp./Europa*, 2007, p.37 e ss; DE CRISTOFARO, *Le Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Torino, 2007, p.215 e ss.

quelle pratiche commerciali che si configurano come atti fastidiosi ed invasivi della sfera privata del consumatore, tali da ingenerare in quest'ultimo una interferenza o suggestione, come nel caso di continue visite da parte del professionista presso l'abitazione del consumatore o come quello di ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza.⁴⁴

Riguardo alla "coercizione" invece, secondo l'opinione maggioritaria in dottrina, questa deve identificarsi come una pressione molto penetrante accompagnata da quantomeno velate minacce, ovvero minacce verbali o costrizioni fisiche, che in ogni caso, devono essere tali da indurre il consumatore medio a determinate scelte per evitare il verificarsi degli eventi prospettati, che possono riguardare sia la sfera personale del consumatore, sia quella di altri soggetti a lui legati da vincoli parentali o comunque affettivamente vicini.⁴⁵

Diversamente dalle nozioni di "molestia" e di "coercizione", quella di "indebito condizionamento" è stata espressamente individuata dal legislatore nazionale nella lettera h) dell'art. 18 Cod. Cons., che rifacendosi alla definizione fornita dal legislatore comunitario, definisce l'indebito condizionamento come lo sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare sui di lui una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o alla minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del medesimo di prendere una decisione consapevole.⁴⁶

Ad ogni modo e tenuto conto di quanto sopra detto, nel valutare il ricorso a molestie, coercizione ed indebito condizionamento, dovranno essere presi in considerazione anche i criteri indicati nell'art. 25 Cod. Cons., espressamente volti – in particolar modo per quanto attiene ai tempi, al luogo, alla natura o alla persistenza – a concretizzare l'illecito e contestualizzarlo nella sua portata reale.

In conclusione, sulla base di quanto è stato detto, sembra possibile riconoscere che il solo tratto comune alla nozione "generale" di pratica commerciale scorretta e alle diverse categorie di pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive, è l'attitudine del comportamento tenuto dal professionista ad influenzare in modo apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio, spingendolo ad assumere decisioni di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso, o che avrebbe preso a condizioni differenti da quelle in concreto adottate.⁴⁷

In effetti, posto che la scorrettezza di una pratica commerciale presuppone imprescindibilmente la sua idoneità ad influenzare in misura decisiva le scelte economiche dei consumatori, in assenza di siffatta idoneità, espressamente prevista dal legislatore, deve considerarsi preclusa a priori la possibilità stessa di qualificare in termini di scorrettezza una determinata pratica commerciale.

⁴⁴ E. GUERINONI, op. cit., pag. 122 e ss

⁴⁵ *"in quest'ottica le pratiche coercitive «richiamano almeno a prima vista un classico vizio del consenso: la violenza»* E. GUERINONI, op. cit., pag. 128 e ss; L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali "aggressive"*, (a cura di) G. De Cristofaro, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, pag. 239 e ss

⁴⁶ E. GUERINONI, op. cit., pag. 129 e ss

⁴⁷ G. DE CRISTOFARO, op. cit., p. 1086 e ss.

7. Le liste nere

Il legislatore comunitario ha ritenuto di dover assicurare al consumatore una tutela maggiore a fronte di pratiche commerciali giudicate più pericolose. Per tale motivo, l'allegato I della Direttiva contiene un elenco di trentuno pratiche commerciali considerate in ogni caso sleali, a prescindere quindi, dalla ricorrenza dei requisiti generali.

Nel rispetto della finalità di armonizzazione completa della Direttiva, le pratiche commerciali elencate nell'allegato I sono state espressamente recepite a livello nazionale con l'art. 23 del Cod. Cons., in cui vengono individuate le pratiche "*considerate in ogni caso ingannevoli*", e con l'art. 26 Cod. Cons. in cui invece vengono indicate le pratiche "*considerate in ogni caso aggressive*".

In ragione dell'inclusione in questi elenchi, le pratiche commerciali possono essere qualificate come "scorrette" in base alla semplice riconducibilità ad una delle statuizioni contenute nelle liste in questione e, pertanto, senza che sia necessario dimostrare, di volta in volta, la non conformità della pratica alla diligenza professionale e la sua idoneità ad influenzare il consumatore, prescindendo in questo modo dall'accertamento della sussistenza degli elementi costitutivi individuati dal legislatore nelle varie disposizioni.⁴⁸

Dinnanzi alle fattispecie elencate negli artt. 23 e 26 del Cod. Cons. non dovrà perciò effettuarsi alcuna valutazione del caso concreto, al contrario, si dovrà semplicemente sussumere la fattispecie nel tipo legale.

In sostanza quindi, le cosiddette "black list" individuano pratiche commerciali rispetto alle quali non vige una semplice presunzione di illiceità, quanto piuttosto pratiche, che in funzione di una maggiore certezza del diritto, possono considerarsi scorrette *ex se*, ovvero senza che vi sia la necessità di valutare caso per caso la sussistenza dei presupposti di cui alla clausola generale dell'art. 20 Cod. Cons., che in tal modo viene ad assumere una valenza residuale rispetto alle clausole di specie in commento, che non richiedono né la dimostrazione della negligenza né dell'idoneità della condotta a falsare la scelta economica del consumatore, ed anzi, privano lo stesso professionista della possibilità di addurre la prova liberatoria contraria.⁴⁹

Ad ogni modo – a prescindere dalla questione dell'eventuale carattere di residualità del divieto posto dall'art. 20 Cod. Cons. assai dibattuta in dottrina – l'analitica previsione di una serie di pratiche considerate "in ogni caso" scorrette, si affianca alla presenza della clausola generale, con la finalità di garantire una tutela completa del consumatore dalle pratiche commerciali scorrette, in

⁴⁸ G. DE CRISTOFARO, op. cit., p. 1105 e ss.

⁴⁹ R. PARTISANI, *Le pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli*, in *Codice ipertestuale del consumo*, (diretto da) M. Franzoni, Torino, 2008, pag. 23 e ss; **contra**, alcuni autori in dottrina ritengono che la correttezza e l'innocuità della pratica possano comunque essere eccepite dal professionista, così tenendo conto anche dell'evoluzione in concreto di tutte le circostanze del caso. Secondo quest'orientamento, la lista nera sembrerebbe quindi porre soltanto presunzioni semplici, anziché assolute, di scorrettezza della condotta, M. LIBERTINI, *La pubblicità commerciale*, in *Manuale di diritto privato europeo*, (a cura di) C. Castronovo e S. Mazzamuto, Giuffrè, Milano, 2007, pag. 466 e ss

quanto o riconducibili alle black list o perchè, in ogni caso, collocabili nel campo di applicazione della clausola generale, che ha funzione di norma di chiusura, con lo scopo di colmare eventuali “vuoti di tutela” a fronte di un’analitica descrizione delle fattispecie “incriminate”.⁵⁰

Nel procedere ad un’analisi dell’intervento realizzato dal legislatore nazionale, risulta in primo luogo apprezzabile la scelta di inserire i relativi elenchi in apposite disposizioni del Codice, anziché relegarli in allegati esterni; ciò nonostante, suscita riserve il fatto che, in sede recepimento, il nostro legislatore si sia praticamente astenuto dall’affrontare i vari dubbi suscitati dalla formulazione testuale delle corrispondenti previsioni nell’allegato della Direttiva, limitandosi a riprodurle fedelmente e a lasciare agli interpreti il compito di sciogliere i relativi nodi interpretativi.

Le fattispecie richiamate in questi elenchi sono numerose ed estremamente eterogenee, la cui quantità non ne consente tra l’altro una trattazione analitica.

In una ipotetica suddivisione in gruppi – inevitabilmente destinata ad avere limiti e difetti data l’assoluta eterogeneità delle fattispecie – le pratiche “in ogni caso scorrette” possono essere raccolte, ad avviso di alcuni autori, in nove gruppi: 1) le false affermazioni; 2) le omissioni; 3) i comportamenti scorretti perchè contraddittori; 4) i comportamenti intrinsecamente illeciti; 5) le pratiche connesse alla fornitura di beni e servizi non richiesti; 6) le pratiche rivolte ad ostacolare in modo pretestuoso ed infondato l’esercizio di diritti spettanti al consumatore; 7) le pratiche volte ad indurre il consumatore ad assumere decisioni di natura commerciale al solo scopo di sottrarre sé o altri a situazioni di disagio o di pericolo; 8) le pratiche attraverso le quali viene violata la sfera privata dei consumatori; 9) le pratiche che si rivolgono direttamente ai bambini. Con la possibilità oltretutto, di suddividere il primo gruppo in ulteriori sottocategorie: a) le false affermazioni fatte sul conto del professionista, della sua attività e della sua azienda, b) sul conto del prodotto, c) sul conto prestazioni ed utilità ulteriori che il consumatore dovrebbe conseguire in aggiunta al prodotto che viene offerto, d) le affermazioni false in merito ai costi che il consumatore dovrà sostenere per ottenere i beni o i servizi che vengono offerti, e) le affermazioni false relative alle caratteristiche del prodotto promosso attraverso la pratica commerciale, f) sul conto della pratica commerciale, g) in merito a circostanze “esterne” suscettibili di influenzare in misura rilevante la decisione del consumatore.⁵¹

E’ inoltre opportuno ricordare, come già accennato nel paragrafo 6, che il legislatore italiano, diversamente da quello comunitario, ha aggiunto altre tre fattispecie ai noti elenchi degli artt. 24 e 26 Cod. Cons. Difatti, a norma dell’art. 21 comma terzo, terzo bis e quarto Cod. Cons. vengono disciplinate altre tre presunzioni di scorrettezza non affatto contemplate dalla Direttiva.

⁵⁰ E. GUERINONI, op. cit., pag. 126 e ss; M. DONA, *L’elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell’allegato I della direttiva 2005/29/CE*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007, pag. 195 e ss.

⁵¹ G. DE CRISTOFARO, op. cit., p. 1107 e ss

Concludendo, malgrado le varie osservazioni che possono farsi sull'argomento, la *ratio* di questi elenchi appare quella di assicurare una maggiore tutela al consumatore dinnanzi a pratiche commerciali giudicate particolarmente pericolose dal legislatore comunitario; *ratio* questa, che tra l'altro, raggiunge la sua massima estrinsecazione grazie alla particolare "tecnica" dell'armonizzazione completa tra i vari sistemi nazionali, che si configura come scopo ed obiettivo dell'intervento comunitario stesso.

Proprio in ragione di ciò, in sede di recepimento, il legislatore italiano ha optato per l'adozione di un *numerus clausus* di pratiche commerciali scorrette, le cosiddette "liste nere", che devono quindi considerarsi come tassative ed immodificabili, se non mediante una specifica revisione della medesima direttiva comunitaria del 2005.

8. Osservazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali scorrette: il principio informativo, la trasparenza ed il principio di lealtà

Il recepimento della normativa inerente le pratiche commerciali scorrette, anche per ciò che attiene la sua collocazione sistematica, rivela chiaramente l'intenzione del legislatore di introdurre una serie di indicazioni di carattere generale volte a disciplinare l'intero atto di consumo, *«innanzitutto la fase del primo contatto commerciale, qual'è quella che si esplica ad esempio attraverso la pubblicità; successivamente si passa alla fase della comunicazione commerciale, intesa come quell'insieme di comportamenti, di sollecitazioni, di contatti, non propriamente rientranti nella pubblicità strettamente intesa, ma che fanno parte comunque di una strategia di marketing rivolta al consumatore; dalla fase extracontrattuale, si passa poi a quella negoziale che può giungere (per la verità molto raramente) ad una trattativa precontrattuale, per finire poi nella fase dell'esecuzione del contratto ed – eventualmente – a quella rimediale in caso di mancata esecuzione.»*⁵²

Tenuto conto della dinamicità del relazione commerciale tra consumatore e professionista, la pratica commerciale è dunque vietata nei casi in cui essa, essendo contraria alla diligenza professionale, in ragione del suo ruolo informativo o della sua efficacia evocativa e persuasiva, alteri o sia meramente idonea ad alterare la scelta economica del consumatore medio.⁵³

La finalità della disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette infatti, è stata quella di introdurre in questa fase, che non può essere definita precontrattuale in senso stretto, una serie di garanzie e tutele sostanziali, affinché le scelte del consumatore possano maturare senza eccessive pressioni di carattere commerciale.⁵⁴

⁵² cit., P. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali sleali ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Contratto e impresa*, n.6, 2007, pag. 1417 e ss

⁵³ cit. *«Il ruolo informativo è quello connesso all'indicazione delle caratteristiche del prodotto o del servizio che si intende proporre; l'efficacia evocativa è, invece, quella legata ai contenuti di determinati messaggi o alle modalità con cui vengono assunti determinati comportamenti, i quali hanno caratteristiche tali da attrarre il consumatore verso quel determinato servizio o prodotto.»*, P. BARTOLOMUCCI, op. cit., p. 1417 e ss

⁵⁴ P. BARTOLOMUCCI, op. cit., pag. 1417 e ss

E' bene osservare tuttavia, che l'attenzione generalmente prestata dalla disciplina consumeristica alla posizione del consumatore si riferisce principalmente alla contrattazione che, com'è noto, in tale settore, è prevalentemente – se non quasi esclusivamente – standardizzata; e dove tra l'altro, nei rari casi in cui il professionista non faccia ricorso a moduli o formulari, egli in ogni caso risulta essere l'unico predisponente del testo contrattuale.⁵⁵

Nonostante i numerosi interventi volti a difendere il consumatore dalla propria condizione di *deficit informativo*, la contrattazione in materia di consumo sembra continuare a caratterizzarsi per l'impossibilità della parte “debole” del rapporto di incidere effettivamente sul contenuto contrattuale e sulle singole pattuizioni.

Proprio per tale motivo, il preciso intento del legislatore comunitario è stato quello di assicurare strumenti e rimedi al consumatore che si fosse vincolato ad un contratto i cui processi di formazione non avessero fornito le garanzie minime relative ad un “consenso informato”, ed esattamente assicurandogli due diverse alternative: da un lato, il diritto ad un'adeguata informazione, dall'altro, in caso di mancata o insufficiente informativa, la possibilità di liberarsi dal vincolo contrattuale comunque concluso.⁵⁶

Prendendo a riferimento quindi le suddette esigenze di tutela, è possibile affermare che tutta la legislazione comunitaria – per ciò che attiene la vicenda contrattuale – muove intorno al principio informativo, che nella pratica si traduce in una serie di obblighi che incombono in capo al proponente, il quale dovrà perciò fornire e mettere a disposizione della controparte, con completezza e correttezza, tutte le necessarie indicazioni, garantendo inoltre una formulazione trasparente e completa delle singole clausole.⁵⁷

Appare dunque evidente, che la problematica relativa all'informazione si interseca con il cosiddetto principio della trasparenza che, costituisce tutt'ora, un problema giuridico, strettamente connesso alla disciplina del contratto.⁵⁸

Il termine trasparenza diviene in effetti un *“modo riassuntivo per esprimere il concetto di informazione completa ed adeguata, e deve intendersi come piena conoscibilità delle condizioni contrattuali (...); la trasparenza consiste allora nel dovere per l'imprenditore di far conoscere al cliente le condizioni del contratto, (anche) prima della stipula del contratto stesso”*.⁵⁹

Ciò nonostante, è d'obbligo rilevare che il ruolo assegnato al principio di trasparenza è quello di criterio di valutazione formale, ed in quanto tale insufficiente a garantire efficacemente una completa tutela del consumatore.

⁵⁵ P. BARTOLOMUCCI, op. cit., pag. 1420 e ss

⁵⁶ P. BARTOLOMUCCI, op. cit., pag. 1421 e ss

⁵⁷ P. BARTOLOMUCCI, op. cit., pag. 1421 e ss

⁵⁸ P. BARTOLOMUCCI, op. cit., pag. 1422 e ss; E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e con i consumatori)*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, vol. I, pag. 94 e ss

⁵⁹ P. BARTOLOMUCCI, op. cit., pag. 1421 e ss; G. ALPA, *La trasparenza del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1993, vol. IV, c. 411

Si è posta così la necessità pratica di predisporre degli ulteriori controlli, questa volta di natura sostanziale, sull'operato dei professionisti, i quali in ragione della loro posizione contrattuale possono porre in essere comportamenti, che seppur formalmente corretti, costituiscono una vera e propria minaccia per il contraente debole.

E' quindi in tale contesto che assume un ruolo centrale la nozione di lealtà della pratica commerciale, con la quale si impone un criterio di valutazione sostanziale dell'operato del professionista e viene spostata l'attenzione del legislatore su quella particolare fase del "contatto commerciale" in cui si determina la scelta.

Già nel momento della sollecitazione commerciale, viene così ad imporsi l'applicazione di determinate regole di condotta leali, *rectius* corrette.⁶⁰

L'effetto di tale scelta normativa è l'anticipazione, rispetto alla vicenda contrattuale che pure comprende la fase precontrattuale, dell'esigenza di trasparenza e completezza delle informazioni, al solo fine di garantire la piena consapevolezza del consumatore rispetto alle sue scelte economiche: *«in quest'ottica, ancor prima delle informazioni "obbligatorie" le comunicazioni commerciali costituiscono le forme più consone a prendere il luogo della parola: la parola si materializza nello scritto e nei simboli e si unisce al "prodotto" (...)*».⁶¹

In sostanza le modalità con cui vengono in contatto professionista e consumatore, richiedono che già nella fase del contatto commerciale si imponga il rispetto della trasparenza e della correttezza del comportamento e delle informazioni, in quanto criteri su cui viene a conformarsi la nozione di lealtà della pratica commerciale stessa.

Non bisogna tuttavia dimenticare che, l'oggetto della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette non è limitato alla sola fase della sollecitazione commerciale, giacché, come espressamente previsto a livello normativo, la valutazione sostanziale di lealtà si spinge anche alla fase precontrattuale e addirittura a quella dell'esecuzione.⁶²

Con la disciplina in tema di pratiche scorrette vengono così introdotti dei criteri di valutazione sostanziale che vanno ad accompagnarsi con quelli più strettamente formalistici, per il solo fine di tutelare efficacemente e realmente il consumatore non più e solo come soggetto debole, vittima di un'asimmetria informativa, quanto piuttosto come soggetto a cui deve essere garantito di poter scegliere tra tanti operatori presenti nel mercato unico in un determinato settore commerciale.⁶³

In ragione del riconoscimento della clausola generale di correttezza di una pratica commerciale, oltre alla categoria delle informazioni contrattuali (o precontrattuali), oggi vengono prese in considerazione anche una serie di messaggi pubblicitari, comportamenti, notizie e sollecitazioni di

⁶⁰ P. BARTOLOMUCCI, op. cit., pag. 1425 e ss; E. MINERVINI, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, *Le pratiche commerciali sleali*, op. cit., pag. 75 e ss

⁶¹ L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, *Le pratiche commerciali sleali*, op. cit., pag. 1 e ss

⁶² P. BARTOLOMUCCI, op. cit., pag. 1426 e ss

⁶³ P. BARTOLOMUCCI, op. cit., pag. 1426 e ss

diversa natura, che interessano l'atto di consumo nella sua dinamicità, ad esempio precedendo la conclusione del contratto, inducendo alla sua conclusione, determinando l'assetto dei diritti e degli obblighi oppure misurandone l'esecuzione.⁶⁴

Il principio generale di lealtà diviene così criterio di valutazione sostanziale della condotta del professionista, rilevante in sé e per sé, anche prima della formazione del consenso, il cui mancato rispetto porta a conseguenze differenti, in base al momento in cui la pratica commerciale si colloca nell'ambito dell'evoluzione dinamica dell'atto di consumo, che può essere la fase della sollecitazione commerciale – vera novità introdotta dalla disciplina – della formazione del consenso, oppure dell'esecuzione del contratto.⁶⁵

9. I rimedi: il “doppio binario” di tutele

Il legislatore nazionale, in attuazione della Direttiva 2005/29/CE, si è mosso nell'ottica di predisporre sanzioni e rimedi volti alla tutela del mercato, e con esso dei consumatori collettivamente considerati, senza dare particolare attenzione alla tutela della posizione del singolo consumatore concretamente vittima di una pratica commerciale scorretta.⁶⁶

Tacendo dunque in merito ai rimedi accessibili dal singolo consumatore, si è venuto a creare uno spazio problematico, indotto dallo stesso testo legislativo, laddove il legislatore fa riferimento alle pratiche commerciali poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa da un prodotto, senza nulla accennare in merito alla disciplina dei contratti conclusi a seguito o all'esito di una pratica commerciale scorretta ed ai problemi di validità/invalidità che vengono irrimediabilmente a porsi.⁶⁷

La questione riporta necessariamente al rapporto che intercorre tra normativa speciale e generale, che il legislatore nazionale, come del resto quello comunitario, tenta di risolvere per mezzo di una controversa espressione contenuta nel 2° comma, lett. a) dell'art. 19 Cod. Cons., che in merito statuisce: *“Il presente titolo non pregiudica: a) l'applicazione delle disposizioni in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto; (...)”*.

Questa espressione assai controversa – utilizzata anche nel considerando 9 della direttiva – deve essere valutata nell'ottica di quel riparto di competenze in virtù del quale, i legislatori nazionali – nel

⁶⁴ P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali scorrette: note a prima lettura*, in *Contratti*, n. 10, 2005, pag. 960 e ss

⁶⁵ P. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali sleali ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, op. cit., pag. 1428 e ss

⁶⁶ C. GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: L'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, pag. 776 e ss; inoltre cit. *“Il nostro legislatore si è infatti limitato: a) da un lato, a rendere implicitamente accessibili anche per combattere le le pratiche commerciali sleali (art. 11, par. 1°, dir. 2005/29/CE) i già collaudati procedimenti (conciliativi, nonché cautelari e di merito avanti all'Autorità Giudiziaria ordinaria) di cui all'art 140 c. cons., (...); b) da altro lato, a prevedere con espresso riferimento alle sole pratiche commerciali scorrette, un procedimento avanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (art. 25 c. cons.) (...)”*, C. GRANELLI, op. cit., pag. 777 e ss

⁶⁷ C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Le Riviste Iperestuali, Obbligazioni e Contratti*, VI, n.6, 2010, p. 412 e ss

rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità – mantengono tutte quelle prerogative che si vengono a configurare “oltre” l'intervento comunitario.⁶⁸

Ciò significa che nel caso in questione – in ragione di un'armonizzazione completa della dir. 2005/29/CE che disciplinava espressamente soltanto forme di tutela collettiva – al nostro legislatore residuava la piena facoltà di intervenire (o meno) sulla disciplina del contratto e sul piano dei rimedi contrattuali, nell'ambito di una possibile rinnovata tutela individuale del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette.⁶⁹

Tuttavia il legislatore italiano non ha sfruttato tale facoltà, lasciando “inalterate” le norme “non pregiudicate” dal legislatore comunitario, inerenti la formazione, la validità e l'efficacia del contratto ed addossando così all'interprete il delicato compito di coordinare il generale divieto di pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionista e consumatore, con il sistema dei rimedi contrattuali (e non) che emerge dal nostro sistema complessivamente considerato.⁷⁰

In sostanza, nel caso di violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette, il legislatore determina espressamente solo le conseguenze “amministrative” o “pubblicistiche” che possono scaturire dall'attivazione del procedimento di verifica realizzato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Non potendo al contrario la pratica commerciale scorretta – data l'assenza di precise statuizioni – costituire “di per sé ed in quanto tale” una causa di invalidità del contratto, almeno fino a quando non venga accertato che la pratica è effettivamente entrata nelle dinamiche contrattuali ovvero nel suo specifico regolamento.⁷¹

Il senso dell'espressione utilizzata dal legislatore nel comma 2°, lett. a) dell'art. 19 Cod. Cons, per cui la nuova disciplina “non pregiudica” l'applicazione della disciplina generale del contratto, sta nel fatto che essa né la implica né la esclude automaticamente.

Sarà dunque necessario valutare volta per volta *«la ricorrenza effettiva dei presupposti di applicazione delle norme che regolano la validità e l'esecuzione del contratto, se “prima durante e dopo” il contratto, la pratica scorretta si sia posta come causa efficiente di “quel” contratto con “quel” consumatore, o è in altro modo penetrata in “quel” regolamento contrattuale»*.⁷²

Ciò che si deduce dalla lettura generale della novella, è dunque l'introduzione di un cosiddetto “doppio binario” di tutele: quella pubblicistica del mercato da un lato (novità della direttiva comunitaria stessa), e quella privatistica del singolo consumatore “non esclusa né implicata, in quanto non pregiudicata” dall'altro. Ciascuna delle due applicabile in ragione dei suoi presupposti.⁷³

⁶⁸ C. CAMARDI, op. cit., pag. 412 e ss

⁶⁹ C. CAMARDI, op. cit., pag. 412 e ss

⁷⁰ C. GRANELLI, op. cit., pag. 778 e ss

⁷¹ C. CAMARDI, op. cit., pag. 413 e ss;

⁷² C. CAMARDI, op. cit., pag. 413 e ss

⁷³ C. CAMARDI, op. cit., pag. 413 e ss; C. GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: L'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007, pag. 782 e ss

I problemi che l'interprete si è trovato a dover affrontare nella pratica attengono dunque alla declinazione degli istituti del diritto contrattuale di volta in volta implicati, in un'ottica di intesa con i principi posti in tema di pratiche commerciali scorrette.

E' bene evidenziare che la clausola generale di scorrettezza pone delle specifiche norme di comportamento in capo al professionista, che possono attenersi alle diverse fasi dinamiche dell'atto di consumo, determinando effetti differenti a seconda della fase su cui la clausola interviene.⁷⁴

Tenuto conto di ciò, in merito all'istituto della nullità contrattuale, pare dunque da escludere che, nel nostro sistema, il contratto che consegua all'adozione di una pratica commerciale scorretta da parte del professionista sia per ciò solo nullo ex art. 1418, 1° comma c.c., e questo in ragione del fatto che la violazione di una "regola di comportamento" non può mai determinare la nullità del contratto successivamente stipulato, salva l'ipotesi in cui sia la stessa legge a comminare espressamente questa conseguenza.⁷⁵

La medesima dottrina tuttavia, non esclude qualsiasi effetto invalidante della pratica commerciale scorretta secondo le norme ordinarie del codice civile; in effetti, nel caso in cui la pratica scorretta vietata penetri nel regolamento del contratto, potrà senza dubbio causarne la nullità ai sensi del comma 2° dell'art. 1418 c.c.⁷⁶

La violazione di una regola di comportamento se di norma non è idonea a determinare la nullità del contratto posto in essere, può invece, in non pochi casi, comportarne l'invalidità nella forma dell'annullabilità.⁷⁷

In effetti è incontestabile l'esistenza di una connessione tra la disciplina in tema di pratiche commerciali vietate e quella in tema di annullamento del contratto per dolo o per violenza, evidenziata tra l'altro dalle stesse nozioni legislative di pratica ingannevole ed aggressiva previste nel Codice del Consumo,⁷⁸ e dal fatto che, sia la normativa sulle pratiche commerciali vietate che quella in tema di "vizi del consenso", risultano essere istituzionalmente destinate alla repressione di condotte scorrette tenute da uno dei contraenti in fase prenegoziale.⁷⁹

⁷⁴P. BARTOLOMUCCI, op. cit., pag. 1428 e ss

⁷⁵M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 238 e ss

⁷⁶C. CAMARDI, op. cit., pag. 413 e ss; inoltre cit. "(...)ad esempio, se il prodotto oggetto di vendita al consumatore dovesse rivelarsi inesistente, il relativo contratto sarà nullo non (ex art. 1418, 1° co., cc) perchè il professionista (in violazione del divieto di cui all'art. 21, 1° co, lett. a, c. cons.) abbia falsamente affermato la sua esistenza, bensì (ex art. 1418, 2° co., c.c.) nella misura in cui il suo oggetto dovesse risultare carente del requisito della possibilità (art. 1346 c.c.); se la vendita del prodotto dovesse rivelarsi illecita, il relativo contratto sarà nullo non (ex art. 1418, 1° co., cc) perchè il professionista (in violazione del divieto di cui all'art. 21, 1° co, lett. a, c. cons.) abbia falsamente affermato o generato comunque l'impressione che detta vendita sia lecita, bensì (ex art. 1418, 2° co., c.c.) nella misura in cui illeciti dovessero risultare la sua causa o il suo oggetto (art. 1343 e 1346 c.c.); se l'acquisto effettuato dal consumatore dovesse rivelarsi frutto di una violenza fisica che ne abbia annientato la volontà, al punto di rendere solo apparentemente a lui riferibile la dichiarazione negoziale, il relativo contratto sarà nullo non (ex art. 1418, 1° co., c.c.) perchè il professionista (in violazione di cui all'art. 24 c. cons.) abbia posto in essere una pratica commerciale aggressiva in danno del consumatore, bensì (ex art. 1418, 2° co., c.c.) nella misura in cui detta pratica dovesse aver determinato il difetto di quel requisito essenziale del contratto costituito dal consenso (art. 1325, 1° co., n. 1, c.c.)", C. GRANELLI, op. cit., pag. 781 e ss

⁷⁷C. GRANELLI, op. cit., pag. 781 e ss

⁷⁸C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p. 414 e ss

⁷⁹C. GRANELLI, op. cit., pag. 781 e ss

Tuttavia, è bene evidenziare, che i contesti problematici in cui si collocano tali principi sono irrimediabilmente destinati ad attenuare le analogie esistenti e ad accentuare invece le differenze.

Difatti, per quanto riguarda il piano soggettivo, né la disciplina della novella, né tantomeno la direttiva, fanno espresso riferimento agli aspetti dell'intenzionalità dell'inganno o dell'esigenza di raggiri. Anzi, le pratiche commerciali vietate prese in considerazione, altro non sono che anonime tecniche di comunicazione di massa, insuscettibili in quanto tali, di essere classificate come dolose o colpose secondo le categorie proprie del linguaggio individuale, posto che *“sono scorrette e basta, o non lo sono”*.⁸⁰

Sul piano oggettivo dei contenuti della pratica inoltre, la novella attribuisce rilevanza a condotte del professionista – quali il raggiro o il mendacio – che non sembra di poter ritenere sempre rilevanti ai sensi dell'art. 1439 c.c. In molti casi effettivamente, appare evidente che la novella attribuisce rilevanza anche a condotte del professionista che difficilmente lo sarebbero nell'ambito del codice civile, come ad esempio nel caso delle pratiche ingannevoli omissive (ai sensi art. 22 Cod. cons.).⁸¹

Tenuto conto di ciò, tornando a valutare la circostanza per la quale la novella *“non pregiudica”* l'applicazione delle norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto, se ne deduce che per ottenere l'annullamento di un contratto concluso a seguito di una pratica commerciale scorretta, il consumatore dovrà dare prova dell'effettiva realizzazione di tutti i presupposti richiesti dagli artt. 1434 e 1439 c.c., non essendo sufficiente la sola prova dell'idoneità della pratica ad indurre un consumatore medio ad assumere una decisione che altrimenti non avrebbe preso.

Sarà dunque necessario provare che la pratica in questione ha ingannato “quel” consumatore e che tale inganno è stato determinante del “suo” specifico consenso.⁸²

Il Giudice ordinario dovrà di conseguenza valutare gli effetti della pratica commerciale prescindendo dal concetto di “consumatore medio”, fondando il proprio giudizio sulla concreta posizione di “quel” consumatore e delle circostanze effettive nelle quali si è concluso “quel” contratto di cui si chiede l'annullamento, alla luce degli elementi richiesti dagli articoli di riferimento del Codice Civile.⁸³ E' inoltre bene ricordare, che questi sopra esposti costituiscono i limiti del potere valutativo del Giudice ordinario in tale materia, non potendo egli in nessun caso arrogarsi la competenza di qualificare come “scorretta” una pratica commerciale denunciata da un consumatore, spettando tale competenza solo ed esclusivamente all'Autorità, nel rispetto del procedimento e dei diritti del professionista denunciato.

Ad oggi quindi, deve prendersi atto del fatto che la scorrettezza di una pratica commerciale, oltre ad essere presupposto dei rimedi collettivi previsti, può allo stesso tempo costituire motivo di valutazione del comportamento precontrattuale del predisponente (che attiene all'ambito della

⁸⁰C. CAMARDI, op. cit., p. 413 e ss

⁸¹C. CAMARDI, op. cit., p. 414 e ss

⁸²C. CAMARDI, op. cit., p. 415 e ss

⁸³ S. ORLANDO, *Commento agli art. 24 e 26*, in *Codice del consumo, Aggiornamento*, a cura di G. Vettori, Padova, 2009, p.105 e ss.

responsabilità derivante da *culpa in contrahendo*), può essere un motivo di impugnabilità del contratto mediante azione di annullamento per vizio di volontà, può altresì originare una questione di inadempimento contrattuale (giustificando l'azione di risoluzione), o motivare controlli circa la validità del contratto nell'ipotesi in cui essa abbia effettivamente determinato uno sviamento della scelta del contraente debole.⁸⁴

Rimane infine da affrontare la questione di natura interpretativa inerente agli effetti che la disciplina del Codice del Consumo può determinare sulla normativa del Codice Civile, ovvero, del rapporto che intercorre tra tutela collettiva e quella individuale.

Nel riprendere il tema del rapporto tra disciplina delle pratiche scorrette ed annullamento del contratto del singolo consumatore, postulata l'indipendenza delle due discipline secondo la logica del “doppio binario”, sembra quindi opportuno verificare l'eventuale rilevanza del provvedimento dell'Autorità – che dichiari scorretta una determinata pratica – sul giudizio ordinario di annullamento eventualmente instaurato da un consumatore.⁸⁵

Risulta così indispensabile appurare se il Giudice ordinario possa dichiarare – nell'ambito del giudizio civile di annullamento del contratto – l'automatica effettività del provvedimento preso dall'Autorità, ritenendo superfluo, in presenza di una decisione dell'AGCM, qualsiasi altro accertamento richiesto dalla legge processuale e civile per motivare la decisione.⁸⁶

La questione sta appunto nel verificare se la logica adottata nel codice speciale possa o debba riversarsi nel codice generale, operando così una tacita, sebbene non secondaria, riforma del “punto di vista” adottato dal Codice Civile in questa materia.

E' evidente che assumere la logica della “efficacia automatica” diviene assai problematico, soprattutto in ragione del fatto che il Codice del Consumo, relativamente alle valutazioni della “scorrettezza di una pratica”, opera in termini di mera ed astratta idoneità, mentre il Codice Civile opera nell'ottica della concreta distorsione della volontà negoziale, tutelando così la continuità dei traffici commerciali attraverso la garanzia della validità e dell'efficacia dei contratti, a differenza del primo che invece tende a raggiungere la trasparenza del mercato mediante la regolazione della condotta delle imprese. Un'eventuale meccanismo di “operatività immediata” provocherebbe di fatto inevitabili “effetti perversi”.⁸⁷

Risulta tuttavia parimenti certo che l'esistenza di un doppio livello di tutele – collettiva ed individuale – contro le pratiche commerciali scorrette, non comporta la totale impermeabilità delle

⁸⁴ P. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali scorrette ed il principio di trasparenza*, cit., p.1429 e ss; BORTONE, *Pratiche commerciali sleali, obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale*, (a cura di) L. Rossi Carleo e Minervini, *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento interno*, Milano, 2007, pag. 275 e ss; A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, (a cura di) L. Rossi Carleo e Minervini, *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento interno*, Milano, 2007, pag. 245 e ss

⁸⁵ C. CAMARDI, op. cit., p. 416 e ss

⁸⁶ C. CAMARDI, op. cit., p. 417 e ss

⁸⁷ C. CAMARDI, op. cit., p. 418 e ss

une rispetto alle altre, rimanendo in sostanza compito del giurista il verificare se ed in che misura la novella si rifletta sull'interpretazione ed applicazione del diritto comune in materia contrattuale.⁸⁸

In conclusione quindi, non sembra potersi postulare una soluzione univoca e definitiva per quanto riguarda i rapporti intercorrenti tra tutela collettiva ed individuale nel caso di pratiche commerciali scorrette, dal momento che l'individuazione del rimedio corretto ed appropriato sembra essere legata alla definizione del problema specifico degli effetti che la pratica commerciale scorretta determina nell'economia e nel contesto del contratto individualmente concluso dal "quel" consumatore. Sempre fatta salva, tuttavia, quella rilevanza "pubblicistica" della pratica commerciale scorretta dovuta all'idoneità ad indurre il "consumatore medio" ad un contratto che altrimenti non avrebbe stipulato (tutela collettiva).⁸⁹

10. Le omissioni ingannevoli e gli obblighi di informazione precontrattuale

Come sopra già anticipato, le pratiche commerciali ingannevoli vengono suddivise dal legislatore in azioni ed omissioni ingannevoli.

Le omissioni ingannevoli, disciplinate ai sensi dell'art. 22 del Cod. Cons., constano sostanzialmente in pratiche commerciali che "omettono" (tenuto conto del mezzo utilizzato e delle circostanze del caso) le informazioni rilevanti di cui il consumatore "medio" necessita per prendere una decisione consapevole, inducendolo così ad assumere una scelta commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

Già ad una prima lettura del testo della disposizione, appare evidente l'esigenza di circoscrivere la *ratio* ed i limiti del divieto in questione, nonché i caratteri del corrispondente obbligo informativo posto a carico del professionista che pone in essere pratiche commerciali.

Il limite dell'obbligo informativo del professionista è stabilito dalla "consapevolezza del consenso", ciò significa che egli, quale professionista, non dovrà fornire al consumatore tutte le informazioni di cui dispone, quanto piuttosto quelle strettamente rilevanti e di cui mediamente si ha bisogno ai fini di una decisione consapevole.

Da ciò può quindi desumersi che la novella in questione non introduce affatto un obbligo di informazione generalizzato a tutte le caratteristiche del prodotto e dell'affare o a tutti i vantaggi ed i rischi dell'informazione, quanto semmai *"un obbligo generale nell'an, ma parziale nel quantum"*.⁹⁰

La violazione da parte del professionista di tali obblighi informativi viene a collocarsi nell'ambito della garanzia del consenso informato, i cui rimedi non potranno che essere l'annullamento del contratto (nel caso in cui venga accertato che il consumatore non lo avrebbe concluso se avesse

⁸⁸C. GRANELLI, op. cit., pag. 783 e ss

⁸⁹C. CAMARDI, op. cit., p. 419 e ss

⁹⁰C. GRANELLI, op. cit., p. 784 e ss; in C. CAMARDI, op. cit., si legge *"...si intende dire che il professionista deve sempre fornire le informazioni dovute, ma che sono dovute solo le informazioni rilevanti necessarie per un consenso consapevole..."*

saputo), oppure il risarcimento del danno (nel caso in cui si accerti che lo stesso contratto sarebbe stato comunque concluso dal consumatore sebbene a condizioni differenti).

Come già detto nel precedente paragrafo, non è infatti possibile far scaturire dalla violazione degli obblighi informativi stabiliti dall'art. 22 Cod. Cons. la sanzione della nullità del contratto conseguentemente stipulato, giacché da un lato la norma violata si atteggia a regola di comportamento, e dall'altro il legislatore medesimo costruisce la questione come un problema di informazione funzionale alla comprensione della convenienza dell'affare e non al suo contenuto precettivo.⁹¹

Nel caso in cui l'obbligo informativo imposto non venga rispettato, il consumatore avrà così la possibilità di agire ai sensi dell'art. 1439 e 1440 c.c., sempre fatta salva – come ho già detto nel paragrafo precedente – quella che è la rilevanza “pubblicistica” della pratica commerciale ritenuta scorretta (tutela collettiva).⁹²

Tuttavia, non sembra comunque possibile invocare una soluzione automatica, unitaria e definitiva per le violazioni degli obblighi informativi legati alla diffusione delle pratiche commerciali scorrette. L'individuazione del rimedio corretto ed appropriato, infatti, è legata alla definizione del problema specifico che l'omissione determina nell'economia e nel contesto del contratto individualmente concluso dal consumatore.⁹³

In ragione di quanto detto, non è improprio concludere che sebbene vi siano ancora autori convinti che l'esistenza di un generale obbligo precontrattuale di informazione non possa desumersi dalla clausola generale di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., questi non potranno di certo dubitare del fatto che – almeno per ciò che riguarda i contratti tra professionista e consumatore – un generale obbligo di informazione trova fondamento proprio nel disposto del nuovo art. 22, co. 1° Cod. Cons., e di conseguenza del fatto che, in tali ipotesi di violazione, trovino possibile applicazione i rimedi (invalidante e risarcitorio) previsti dall'art. 1439 c.c. e agli art. 1337 e 1440 c.c.⁹⁴

11. I rimedi a tutela dei consumatori collettivamente considerati

⁹¹C. CAMARDI, op. cit., p. 418 e ss

⁹²“Il divieto di reticenza nelle pratiche commerciali è poi puntualizzato per quella particolare pratica consistente nell'invito all'acquisto (art. 22, 4° co.). (...) Fermo restando che un'informazione oscura, ambigua o incompleta potrà rilevare ai fini dell'annullamento o del risarcimento, alle condizioni di cui agli artt. 1439 e 1440 c.c., si può osservare quanto segue. –la mancanza assoluta del prezzo determinerà, in mancanza di altri validi indicatori di rinvio, la nullità del contratto, ma non per violazione dell'obbligo informativo, bensì per mancanza di un elemento essenziale del contratto. –la mancanza di altre “poste” di prezzo o altre “imposte”, qualora non risultino evidenti dal contesto o non vi sia un adeguato rinvio con indicazione delle modalità di calcolo, non dà luogo né a nullità né a pretese da parte del professionista che non ne abbia previsto la possibilità di esazione. (...) –La mancanza di indicazioni sulle modalità di pagamento consegna, ecc (lett. d), non determinerà la nullità del contratto, né altre conseguenze invalidanti, ma semmai l'applicazione delle norme dispositive vigenti in materia. –la mancanza di informazioni sul diritto di recesso, comporterà ugualmente per il consumatore la possibilità di esercitare tale diritto, ove previsto, o le altre conseguenze previste dalla legge. La mancanza o il difetto delle informazioni di cui alla lett. a e b, infine, potrà comportare l'annullabilità del contratto.” cit., C. CAMARDI, op. cit., p. 418 e ss

⁹³C. CAMARDI, op. cit., p. 419 e ss

⁹⁴C. GRANELLI, op. cit., p. 784 e ss.

Come già più volte sottolineato, il legislatore italiano, in sede di attuazione, non ha ritenuto opportuno predisporre alcuno specifico rimedio civilistico alla scorrettezza di una pratica commerciale – lasciando impregiudicata l'applicazione della normativa in materia contrattuale – preferendo piuttosto demandare la valutazione della sua sussistenza e la decisione in ordine alle misure volte alla rimozione direttamente all'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, autorità di vigilanza incaricata (tutela amministrativa).⁹⁵

L'intervento dell'Autorità ha come espressa finalità – previa verifica della scorrettezza della pratica ed eventuale provvisoria sospensione ai sensi dell'art. 27, comma 3° Cod. Cons. – quella di inibire la continuazione della pratica scorretta ed eliminarne gli effetti i relativi effetti.

Il procedimento in questione potrà essere avviato d'ufficio o su istanza di ogni soggetto od organizzazione che ne abbia interesse, e nel corso del suo svolgimento, l'Autorità potrà richiedere ad imprese, enti o persone che ne siano in possesso, le informazioni ed i documenti rilevanti al fine dell'accertamento dell'infrazione, con l'opportunità, in caso di inottemperanza, di irrogare una specifica sanzione amministrativa al professionista.

Il professionista, nel caso in cui l'Autorità ritenga scorretta la pratica commerciale – ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità – potrà impegnarsi a porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificando la pratica al fine di eliminare i profili di illegittimità.

In tali ipotesi l'Autorità, valutata l'idoneità ed accettato l'impegno proposto, potrà disporre la pubblicazione e altresì renderlo obbligatorio per il professionista, definendo in tal senso il procedimento, senza proseguire all'effettivo accertamento dell'infrazione.

Al contrario, una volta accertata la scorrettezza della pratica, l'Autorità ne vieterà la diffusione o la continuazione, potendo inoltre disporre, con il medesimo provvedimento, sia la pubblicazione della delibera o di un'apposita dichiarazione rettificativa, sia una sanzione amministrativa pecuniaria per il professionista, tenuto conto sia della gravità che della durata della violazione.

Il professionista può in ogni caso ricorrere avverso le decisioni adottate dall'Autorità, innanzi alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo.

D'altro canto, sempre nell'ambito delle tutele collettive, il nostro legislatore rende implicitamente accessibili anche per combattere le pratiche commerciali sleali – vedasi art. 11 par. 1°, dir. 2005/29/CE – i già collaudati procedimenti conciliativi, cautelari e di merito esperibili avanti l'Autorità giudiziaria ordinaria disciplinati ai sensi dell'art. 140 Cod. Cons., nonché l'azione di classe di cui all'art. 140 *bis* lett. c) Cod. Cons.

⁹⁵E. GUERINONI, op. cit., pag. 137 e ss

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA BANCARIA E LA TRASPARENZA

SOMMARIO: 1. – La normativa e l’iter evolutivo – 2. La trasparenza bancaria ed il rapporto banca-cliente – 3. Disciplina e principi tra strumenti e documenti di trasparenza precontrattuale – 4. L’ambito oggettivo di applicazione della disciplina – 5. L’ambito soggettivo di applicazione della disciplina: il principio di proporzionalità e le diverse categorie di clienti – 6. Considerazioni sul rapporto tra Titolo VI e disciplina della materia contrattuale bancaria – 7. La fattispecie regolata: l’annuncio pubblicitario, le esigenze conoscitive e le sanzioni – 8. Il sistema informativo: tra normativa e rilevanza dell’informazione doverosa – 9. La tutela della trasparenza e della correttezza nel rapporto banca-cliente

1. La normativa e l’iter evolutivo

Negli ultimi anni, parallelamente all’evoluzione normativa in ambito europeo, la disciplina di settore relativa alle operazioni e ai servizi bancari e finanziari si è venuta ad arricchire di un sistema organico di tutele nei confronti dei clienti finali: depositanti, utenti di servizi di pagamento, imprese e consumatori che chiedono finanziamenti.⁹⁶

Nel tentare di ricostruire la progressiva trasformazione di tale sistema di tutele è bene ricordare che la normativa bancaria ha trovato la sua prima sistematica disciplina della trasparenza con la Legge n. 154 del 19 febbraio 1992, recante *“Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari”*, che è stata poi trasfusa nel Titolo VI del d.lgs. n. 385 del 1 settembre 1993 (TUB), denominato *“Trasparenza delle operazioni contrattuali e dei rapporti con i clienti”*.

In forza di tale normativa primaria, che involgeva nuove esigenze di tutela del cliente e di efficienza nel settore del credito, il Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) adottava la Delibera CICR del 4 marzo 2003, avente ad oggetto la *“Disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari”*, in cui oltre all’individuazione di precise regole, veniva espressamente investita la Banca d’Italia del potere di declinare i precetti relativi alla disciplina della trasparenza bancaria.

La Banca d’Italia, avvalendosi proprio di tale potere, nel 2003 adottava la disciplina secondaria in materia di trasparenza bancaria per mezzo di due distinti provvedimenti rivolti, l’uno diretto alle banche – Titolo X, Capitolo I, delle Istruzioni di Vigilanza per le Banche della Circolare n. 229 del 21 aprile 1999 e successive modifiche ed integrazioni – e l’altro, agli intermediari finanziari – Provvedimento del Governatore del 25 luglio 2003.

Tuttavia, ci si rese conto ben presto che tali provvedimenti presentavano vari punti di criticità – nell’eccesso e nella duplicazione di informazioni, nella ridotta chiarezza e comprensibilità dei

⁹⁶ *Convegno CNEL del 12 luglio 2012, La tutela del consumatore di servizi bancari e finanziari: quadro normativo e competenze della Banca d’Italia*, intervento del Vice Direttore Generale della Banca d’Italia

documenti di trasparenza, nonché nella limitata capacità della clientela di selezionare e confrontare le diverse offerte presenti sul mercato – tant'è che la Banca d'Italia si trovò ad adottare una nuova disciplina in materia di trasparenza bancaria, ad oggi rappresentata dal Provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009 in tema di *“Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”*.

Sia la normativa contenuta nel Titolo VI del TUB, che la disciplina contenuta nel Provvedimento del 29 luglio 2009, hanno subito negli ultimi anni profonde modificazioni dovute da un lato, al recepimento nel nostro ordinamento di discipline di origine comunitaria, e dall'altro, alle stesse iniziative del legislatore nazionale finalizzate a garantire una maggiore concorrenza nel settore creditizio.

Tra le variazioni dovute al recepimento di direttive comunitarie troviamo: i) nel 2010, le modifiche apportate con la Direttiva 2007/64/CE in materia di servizi di pagamento; ii) nel 2011, le modifiche dovute al recepimento della Direttiva 2008/48/CE in materia di credito al consumo; iii) nel 2012, le modifiche relative all'attuazione della Direttiva 2009/110/CE riguardante gli Imel (Istituti in materia di moneta elettronica); iv) ed infine nel 2013, le modifiche in merito al recepimento della Direttiva 2011/90/CE sulle ipotesi di calcolo del TAEG.

Tenuto conto di ciò, appare evidente che la disciplina bancaria italiana in tema di trasparenza è stata costretta negli anni a confrontarsi con modelli, finalità ed impostazioni di fondo di diverse discipline di matrice comunitaria, e che lo stesso legislatore nazionale è più volte intervenuto in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari – disciplinando il recesso dai contratti, l'estinzione anticipata dai mutui immobiliari, la surrogazione nei contratti di finanziamento ed il regime di portabilità – tanto da legittimare un vero e proprio tentativo di coordinamento, poi attuatosi con il d.lgs. n. 141 del 13 agosto 2010.

In particolare, con il d.lgs. n. 141 del 13 agosto 2010 – che ha recepito la direttiva in tema credito al consumo – è stata espressamente riconosciuta “la trasparenza delle condizioni contrattuali e la correttezza dei rapporti tra intermediari e clientela” quale autonoma finalità dell'azione di vigilanza della Banca d'Italia, accanto ai tradizionali obiettivi di supervisione prudenziale, portando così la tutela del cliente, a tutti gli effetti, tra gli interessi pubblici perseguiti dalla normativa di settore.

Inoltre, sempre con tale decreto legislativo, la Banca d'Italia è stata investita di nuovi e più pervasivi strumenti di intervento per assicurare il rispetto delle norme: da un lato, con l'estensione dei poteri sanzionatori dalle sole norme in materia di pubblicità a tutte le norme di trasparenza, e dall'altro, con l'attribuzione di nuovi e specifici poteri inibitori – consistenti nel divieto di continuazione dell'attività o di specifiche forme di offerta, o nell'ordine di restituzione delle somme indebitamente

percepito dall'intermediario – volti essenzialmente ad impedire la prosecuzione di comportamenti irregolari o scorretti.⁹⁷

Dal semplice esame della disciplina in tema di trasparenza bancaria si nota altresì che la sua evoluzione è stata progressiva e costante, sebbene non sempre ancorata ad una precisa e meditata linea di fondo.

Al riguardo è bene sottolineare che la Banca d'Italia, nel giugno 2013, ha infatti posto in consultazione pubblica alcune modifiche al documento *“Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”* (Provvedimento del 29 luglio 2009), con il preciso intento di effettuare interventi di necessario adeguamento alle novità normative introdotte, di fornire chiarimenti interpretativi od integrazioni in merito alla disciplina attuale, di soddisfare esigenze di semplificazione (soprattutto in merito all'informativa alla clientela), nonché per individuare la specifica disciplina sulla trasparenza e sulla correttezza applicabile ai mediatori creditizi e ai confidi.

Ad oggi, si è in attesa che la Banca d'Italia emani il testo definitivo del documento, risultante dalla suddetta consultazione pubblica conclusasi nel settembre 2013.

Occorre infine evidenziare che la normativa sulla trasparenza bancaria contenuta nel TUB, in termini sistematici, risulta strutturata in tre “sotto-regimi”: 1) le norme applicabili alle operazioni e servizi bancari e finanziari (Titolo VI, Capitolo I del TUB); 2) le norme applicabili solo ai contratti di credito ai consumatori (Titolo VI, Capitolo II del TUB); 3) le norme applicabili solo ai servizi di pagamento in moneta scritturale (Titolo VI, Capitolo II-*bis* del TUB).

Questi tre nuclei, che nel complesso costituiscono il nuovo regime di trasparenza bancaria, trovano la propria *“chiave di volta”* nell'art. 115, comma 3°, TUB, in forza del quale ciascuno dei tre sotto-regimi è autonomo ed autosufficiente rispetto agli altri.⁹⁸

Sembra quindi potersi parlare di *“scissione parziale”*, sia per la disciplina dei contratti di credito al consumo che per la disciplina dei servizi di pagamento, che ambiscono entrambi a divenire settori autonomi ed autosufficienti, seppur sempre integrati e legati alla disciplina delle operazioni e servizi bancari e finanziari, in caso di espresso richiamo.⁹⁹

Le differenze tra i tre regimi sono in ogni caso molteplici e rilevanti.

In primo luogo, mentre la trasparenza delle operazioni e servizi bancari e finanziari può essere liberamente disciplinata dal legislatore nazionale, per quanto riguarda il credito al consumo e la normativa sui servizi di pagamento, il nostro legislatore è invece rigorosamente vincolato a direttive

⁹⁷ Convegno CNEL del 12 luglio 2012, *La tutela del consumatore di servizi bancari e finanziari: quadro normativo e competenze della Banca d'Italia*, intervento del Vice Direttore Generale della Banca d'Italia

⁹⁸ *“In particolare, le norme applicabili alle operazioni e servizi bancari e finanziari (Titolo VI, Capitolo I del TUB) si applicano ai contratti di credi ai consumatori (disciplinati dal Titolo VI, Capitolo II del TUB) ed ai servizi di pagamento in moneta scritturale (disciplinati dal Titolo VI, Capitolo II-bis del TUB) solo ove espressamente richiamate”* cit., F. CIVALE, *La trasparenza bancaria*, (a cura di) P. Cendon, *Il diritto privato oggi*, Giuffrè, 2013, pag. 8 e ss

⁹⁹F. CIVALE, op. cit., pag. 8 e ss

comunitarie di massima armonizzazione. Oltretutto, distinzioni importanti si riscontrano nei punti salienti delle tre discipline e precisamente nella classificazione della clientela, nei documenti e nelle modalità di informazione precontrattuale, nei contenuti minimi, nel regime del recesso e nelle caratteristiche delle comunicazioni periodiche.

In tale contesto, la Banca d'Italia ha dunque svolto un importante ruolo di coordinamento tra i tre “sotto-regimi” di trasparenza bancaria, in ragione del fatto che questa “*scissione parziale*” non solo ha imposto un considerevole ripensamento delle “abitudini” degli utenti dei servizi bancari e finanziari, quanto piuttosto ha imposto a banche ed intermediari difficili esercizi di adeguamento alle tre discipline, soprattutto dinnanzi a contratti e prodotti (misti) che di per sé possono essere soggetti a più regimi.¹⁰⁰

2. La trasparenza bancaria ed il rapporto banca-cliente

La progressiva evoluzione della disciplina della trasparenza bancaria, comporta l'ineludibile necessità di rielaborare il modello relazionale banca-cliente.

In effetti, i cambiamenti e le nuove necessità di tutela che sollecita il mercato, impongono di evolvere da un'esigenza di trasparenza informativa *strictu sensu*, verso una logica ed una disciplina del servizio bancario e finanziario strettamente connessa alle esigenze di riequilibrio del rapporto banca-cliente, che diviene così l'oggetto della normativa sulla trasparenza.¹⁰¹

Nell'assetto della disciplina in esame, assumono uguale rilevanza sia l'interesse di tutela del cliente, sia il più generale interesse all'efficiente funzionamento dello specifico mercato dei servizi e quindi, di sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, il cui temperamento a volte assai difficile, viene garantito dal legislatore attraverso la previsione di dettagliate regole di comportamento, nonché attraverso regole di organizzazione e procedura, che si rivelano sempre più adeguate a disciplinare fenomeni di contrattazione di massa come quelli tipicamente utilizzati dagli istituti di credito.

Date le esigenze di mercato, la nota distintiva della normativa sulla trasparenza sembra essere la “modulabilità” della disciplina, che si estrinseca in una graduazione della tutela informativa in funzione alle distinte categorie di clienti – consumatori, clienti al dettaglio, microimprese – e dei diversi livelli di servizio.

In quest'ottica dunque, la strutturazione della normativa in diversi sotto-regimi, a prescindere dalle difficoltà iniziali riscontrate da clienti, banche ed intermediari finanziari, rappresenta una scelta che può comportare notevoli effetti positivi e che dovrebbe quindi essere positivamente salutata.

¹⁰⁰ F. CIVALE, op. cit., pag. 8 e ss

¹⁰¹ F. CIVALE, op. cit., pag. 9 e ss

La differenziazione dei regimi di tutela infatti, prevede un'impostazione strutturata per livelli distinti di servizio a cui il cliente può accedere, potendo quest'ultimo usufruire, quindi, di volta in volta, di differenti regimi di effettiva e proporzionata tutela.¹⁰²

Ciò nonostante è bene evidenziare, che la sistematica dei sotto-regimi di trasparenza, per essere effettiva, necessita di essere coordinata in un regime di trasparenza integrato, unitario e sovraordinato che possa abbracciare l'intera disciplina in tema di trasparenza attraverso comuni principi e regole di generale applicazione.

In merito, la Banca d'Italia ha già svolto un'importante opera di coordinamento tra i differenti sotto-regimi di tutela a mezzo della disciplina di settore contenuta nel Provvedimento del 29 luglio 2009; tuttavia, appare in ogni caso auspicabile un'effettiva revisione del Capo III, Titolo VI del TUB recante "Regole generali e controlli", al fine di individuare precetti che possano ben applicarsi a tutti i regimi di trasparenza, con la precisa finalità di raggiungere una "sognata" tutela unitaria del cliente seppur sempre modulata sulle esigenze del caso concreto.¹⁰³

3. Disciplina e principi tra strumenti e documenti di trasparenza precontrattuale

La Banca d'Italia con il Provvedimento del 29 luglio 2009 – di normativa secondaria – ha definito le nuove regole in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, così sostituendo le disposizioni precedentemente contenute nel Titolo X, Capitolo I delle Istruzioni di Vigilanza per le banche, oggi espressamente abrogato.

La disciplina in questione, più volte integrata in base all'evolversi della normativa comunitaria, ha introdotto importanti novità, tra le quali vanno senz'altro annoverate: una più dettagliata regolamentazione dell'ambito di applicazione della normativa (con specifico riguardo ai casi di prodotti "composti"), l'introduzione del cosiddetto "principio di proporzionalità" (consistente in una differenziazione della disciplina in base alle caratteristiche delle attività e dei servizi prestati, nonché alla tipologia di clientela che ne usufruisce), la distinzione della clientela in più categorie, ed una maggior attenzione alla semplificazione e alla comprensibilità delle informazioni rese, tanto in fase precontrattuale quanto in corso di rapporto.¹⁰⁴

Il nucleo delle "nuove istruzioni" non si identifica precisamente con quelle che sono le finalità espressamente declamate nella relativa disciplina e, cioè, di mettere a conoscenza i clienti degli elementi essenziali del rapporto contrattuale e delle loro variazioni, così tutelando anche la concorrenza nei mercati. Al contrario le nuove istruzioni, si concentrano manifestamente sul principio di trasparenza e di correttezza e sulla sua applicazione "nei rapporti con i clienti".

¹⁰² F. CIVALE, op. cit., pag. 11 e ss

¹⁰³ F. CIVALE, op. cit., pag. 11 e ss

¹⁰⁴ C. MARINI, *La nuova disciplina della trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Rivista di diritto bancario*, www.dirittobancario.it, Aprile 2010.

Per la prima volta, con queste “istruzioni” – sebbene la correttezza sia un concetto diffuso nell’ambito del nostro ordinamento giuridico – si è tentato di individuare dei comportamenti corretti da seguire, o quanto meno, dei modelli di comportamento da rispettare nella dinamica dei rapporti banca-cliente; a volte, sostituendosi direttamente agli intermediari nel predisporre correttamente un documento (delineando prototipi di documenti contenenti le informazioni che devono essere conosciute), altre invece, addirittura indicando le regole sintattiche e di costruzione della frase da utilizzarsi per comunicare con la clientela.¹⁰⁵

Come già accennato, è bene sottolineare che con il Provvedimento del 29 luglio 2009 è stato introdotto sia il principio di proporzionalità, che la distinzione della clientela bancaria in tre fasce: quella dei consumatori, della clientela al dettaglio (che include oltre ai consumatori: professionisti, artigiani, enti senza fine di lucro, e “microimprese”), e delle altre imprese.¹⁰⁶

Proprio in forza del principio di proporzionalità è dunque possibile realizzare una diversificazione della disciplina da applicare in tema di trasparenza, tenendo conto delle caratteristiche delle attività e dei servizi prestati e delle peculiarità della clientela cui tali attività e servizi si rivolgono.

Nelle nuove Disposizioni di Vigilanza del 2009 inoltre, vengono specificati in poche righe, sia gli strumenti, che le modalità di attuazione delle disposizioni previste dal TUB in materia di trasparenza bancaria. Precisamente, nel Provvedimento si distingue tra “strumenti di trasparenza” e “documenti di pubblicità e trasparenza”, categorie queste che sembrano potersi ricondurre ad un rapporto di *genus a species*.¹⁰⁷

Vengono così individuati quelli che la Banca d’Italia definisce “strumenti di trasparenza”, riguardo ai quali svolge un ruolo centrale l’informazione e che essenzialmente consistono in particolari accorgimenti che vanno ad incidere sulla relazione banca-cliente: i) attraverso forme di pubblicità delle condizioni economiche dei contratti (in linea con quanto previsto dall’art. 116 TUB); ii) attraverso specifici requisiti di forma e di contenuto minimo dei contratti (precisando le previsioni dell’art. 117 TUB); iii) tramite forme di tutela del cliente in caso di variazione delle condizioni contrattuali (in attuazione di quanto già previsto dall’art. 118 TUB); iv) mediante obblighi di comunicazione periodica al cliente (art. 119 TUB); v) nonché attraverso requisiti organizzativi.

E’ bene evidenziare che la Banca d’Italia ha indicato solo i principali strumenti di trasparenza, rimettendo alle banche e agli intermediari finanziari sia la facoltà di individuarne altri, che di declinare le caratteristiche di quelli già specificati.

Come è possibile osservare nelle norme contenute nella Sezione II delle Disposizioni di Vigilanza del luglio 2009, tutti gli “strumenti di trasparenza” che gli intermediari sono tenuti ad adottare

¹⁰⁵ A. LUPOI, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alle Nuove Istruzioni di Banca d’Italia sulla trasparenza)*, in *Contratto e impresa*, 2009, 1244 ss.

¹⁰⁶ A. MIRONI, *L’evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, ottobre 2010, n.5.

¹⁰⁷ F. CIVALE, op. cit., pag. 29 e ss

riguardano principalmente la fase precontrattuale e costituiscono in parte attuazione di quegli obblighi di pubblicità già previsti ai sensi dall'art. 116 TUB, che impone agli intermediari di pubblicizzare (rendendoli noti ai clienti in modo chiaro) i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi, demandando comunque alle Autorità di vigilanza il compito di dettare disposizioni più specifiche al riguardo.¹⁰⁸

Nell'ambito del *genus* degli “strumenti di trasparenza” vengono poi individuati, dal medesimo Provvedimento, anche i cosiddetti “documenti di pubblicità e trasparenza”, che tutt'ora rivestono un ruolo importante nella fase precontrattuale, sebbene non più centrale, e che precisamente sono: i) il “documento contenente i principali diritti del cliente”; ii) le “guide pratiche”; iii) i “fogli informativi e comparativi”; IV) il “documento di sintesi”; v) l’“indicatore sintetico di costo” (ISC); vi) ed il diritto del cliente di ottenere, qualora ne faccia richiesta, la consegna di una copia del testo contrattuale idonea alla stipula (o, in alternativa, del documento di sintesi), prima della conclusione del contratto.¹⁰⁹

Nell'attuale contesto normativo e sociale, risulta tuttavia evidente che l'obiettivo della trasparenza contrattuale sia maggiormente perseguibile (e perseguito) attraverso diversi ed ulteriori strumenti, rispetto ai tradizionali “documenti di pubblicità e trasparenza”. In effetti, è indiscutibile che oramai l'attenzione sia sempre più rivolta verso strumenti di trasparenza non più rappresentati da meri documenti cartacei, quanto piuttosto da nuovi requisiti organizzativi e da controlli interni.¹¹⁰

Ciò nonostante, anche in merito alla redazione dei citati documenti di trasparenza, è opportuno analizzare le regole generali e quanto espressamente previsto dall'art. 116 TUB, che impone che le informazioni vengano rese dagli intermediari alla clientela “*in modo chiaro*”, non essendo più previsto l'obbligo di pubblicità “*in ciascun locale aperto al pubblico*”.¹¹¹

Proprio a tal fine, la Banca d'Italia fornisce alle banche ed agli intermediari degli standard minimi e generali di carattere redazionale da rispettare – consistenti in criteri di impaginazione, di strutturazione del documento, di costruzione sintattica e lessicale e di coerenza delle informazioni in relazione allo specifico mezzo di comunicazione utilizzato – la cui previsione non presenta carattere precettivo innovativo, bensì trae origine ed è strettamente connessa alla clausola generale di correttezza e buona fede, nonché alla disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette (art. 20 e ss Cod. Cons.).¹¹²

¹⁰⁸ C. MARINI, op. cit.

¹⁰⁹ C. MARINI, op. cit.

¹¹⁰ F. CIVALE, op. cit., pag. 29 e ss

¹¹¹ in F. CIVALE, op. cit., si legge “*La modifica, attuata con d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141, sembra principalmente (se non esclusivamente) riflettere l'evoluzione delle modalità di contatto tra banca e cliente che, sempre più di frequente, prescindono da una relazione materiale e fisica nei locali della banca potendosi attuare anche a distanza.*”, pag. 30 e ss

¹¹² F. CIVALE, op. cit., pag. 31 e ss

I documenti informativi, oltre che chiari, dovranno anche essere “*completi*” – sebbene il d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141 abbia espunto la completezza dagli aggettivi che caratterizzano la comunicazione periodica – e con ciò non si intende assolutamente l’impiego di una informativa eccessiva e sovrabbondante, bensì la realizzazione di un’informativa completa che, nel rispetto del principio di chiarezza, potrà essere selettiva solo se anche esaustiva.¹¹³

Riguardo allo svolgimento dell’attività informativa pertanto, gli intermediari dovranno assicurare correttezza – intesa come coincidenza tra le informazioni fornite e le condizioni effettivamente praticate – chiarezza ed esaustività ai propri clienti, allo scopo di consentirgli di avere una adeguata comprensione e conoscenza dei servizi loro offerti e delle caratteristiche degli stessi, non solo con la finalità di tutelare il cliente in sé, quanto piuttosto per garantirgli un’effettiva libertà di scelta e così favorire la concorrenza stessa nel mercato.¹¹⁴

In sostanza, analizzando la disciplina bancaria in tema di trasparenza e considerando il concetto di trasparenza e correttezza ad essa sotteso, sembra potersi affermare che “*non è sufficiente mostrare ciò che deve «essere visto»*” poiché “*occorre mostrarlo in modo appropriato*”.¹¹⁵

E’ altresì possibile ritenere tuttavia, che sebbene via sia un’idonea normativa di settore ed un’apprezzabile disciplina secondaria, il rispetto del principio di trasparenza, come interesse del cliente ad essere attivamente tutelato dalla banca e dagli intermediari, non è ancora riuscito ad affermarsi realmente nella pratica. Difatti, l’attività degli intermediari sembra sempre protesa ad una pedissequa applicazione delle regole di trasparenza, piuttosto che a porre in essere un comportamento contrattuale finalizzato a soddisfare le esigenze di trasparenza del cliente, presumibilmente a causa della falsa tradizione per cui “*maggior trasparenza è uguale a minor profitto (e maggiori costi)*”.¹¹⁶

La debolezza tipica della disciplina della trasparenza, sta proprio nella necessità di un’attiva collaborazione da parte di chi deve applicare quella regola; ed una tale “cooperazione”, di certo, non si sostanzia nella mera applicazione della regola, quanto piuttosto in uno sforzo teso al perseguimento delle finalità stesse del principio, in un “atteggiamento” positivo che dovrebbe essere assunto proprio dai soggetti che applicano la disciplina in questione.

Lo spazio esistente tra l’applicazione pedissequa della regola e quello che può definirsi come “atteggiamento collaborativo”, può essere riempito soltanto da “modelli di comportamento” (cioè codici di autodisciplina e procedure interne definite dall’organo preposto). In merito a ciò, alcuni autori ritengono che questo spazio debba rimanere gestito dalle banche e dagli intermediari che

¹¹³ F. CIVALE, op. cit., pag. 32 e ss

¹¹⁴ in C. MARINI, op. cit., si legge “...merita infatti di essere precisato come con le nuove Disposizioni di Vigilanza sia mutato l’approccio alla concorrenza, che è ora favorito e non solamente salvaguardato, come invece disposto dalle precedenti Istruzioni di Vigilanza...”.

¹¹⁵ LUPOI, op. cit., p. 1254 e ss.

¹¹⁶ In LUPOI, op. cit., p. 1254 e ss, si legge “...si tratta di un atteggiamento, più che di un comportamento (questo diverse volte evidenziato dai tribunali e sanzionato), che tende nel migliore dei casi ad una svogliata applicazione della regola e in altri a sminuire l’impatto della regola, piuttosto che a contribuire al successo della sua applicazione...”.

avranno, in questo modo, la possibilità di differenziarsi in modo concorrenziale proprio in base del grado di effettività e di applicazione garantito alla normativa sulla trasparenza.

4. L'ambito oggettivo di applicazione della disciplina

Un'analisi organica della disciplina in tema di trasparenza non può prescindere da un'esatta individuazione dell'ambito di applicazione oggettivo della stessa.

Difatti, posto che la normativa in questione si applica alle attività svolte nel territorio italiano dalle banche e dagli intermediari finanziari, assai complesso risulta definire a quali operazioni, in concreto, siano applicabili le regole di trasparenza contenute nel Titolo VI, Capo I del TUB e nel Provvedimento del 29 luglio 2009.

E' bene sottolineare, che per alcune operazioni e servizi non vi è alcun dubbio in merito all'applicazione della predetta disciplina in materia di trasparenza; si pensi, a titolo esemplificativo, ai depositi, ai conti correnti, ai mutui e alle aperture di credito, alle anticipazioni bancarie, ai crediti di firma, agli sconti di portafoglio, al leasing finanziario, al factoring ed ulteriori forme di finanziamento. Oltretutto, per il credito al consumo e per i servizi di pagamento con moneta scritturale, è addirittura prevista una specifica disciplina.¹¹⁷

Al contrario invece, alcune specifiche operazioni e servizi finanziari necessitano, in taluni casi, di una concreta verifica circa l'effettiva applicabilità della disciplina in materia di trasparenza bancaria. Ciò in particolar modo si rivela necessario per quei prodotti e servizi di natura complessa e "composta", che presentano sia caratteristiche proprie dei prodotti e dei servizi di natura bancaria, che finalità di investimento, se non addirittura i profili tipici degli strumenti finanziari.

Tenuto conto di ciò, appare opportuno evidenziare che, ai sensi dell'art. 23, 4° co. del TUF, viene espressamente indicato che la disciplina sulla trasparenza bancaria *"non si applica ai servizi e attività di investimento, al collocamento dei prodotti finanziari nonché alle operazioni e servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'art. 25 bis"* del TUF.¹¹⁸

Alla luce di tale statuizione, perlomeno in astratto, sembra dunque esistere una netta linea di demarcazione che separa, da un lato, le operazioni ed i servizi bancari sottoposti alla disciplina in materia di trasparenza contenuta nel TUB e nel Provvedimento della Banca d'Italia del 2009, e dall'altro, i servizi e le attività di investimento, di collocamento di prodotti finanziari e le operazioni e servizi che siano componenti di prodotti finanziari, a cui invece si applicano le previsioni contenute nel TUF e nei relativi regolamenti attuativi.

¹¹⁷ F. CIVALE, op. cit., pag. 19 e ss

¹¹⁸ F. CIVALE, op. cit., pag. 20 e ss

Diversamente, sono molti i prodotti, i servizi e le operazioni che per le proprie caratteristiche e peculiarità vengono a collocarsi in una posizione di mezzo tra le due tipologie, così rappresentando dei casi problematici.¹¹⁹

La stessa Banca d'Italia infatti, quale Autorità di Vigilanza preposta, nel Provvedimento del 29 luglio 2009, forniva agli operatori criteri ed indicazioni per stabilire se, in relazione a specifici prodotti “composti”, si dovesse o meno applicare la disciplina in tema di trasparenza bancaria.

Veniva così indicato, quale criterio distintivo applicabile ai prodotti “composti”, quello della “finalità esclusiva o preponderante”, che tra l'altro per sua natura e qualità, viene a configurarsi come un indice di per sé mutevole e di incerta valutazione.

Ad ogni modo, tenuto conto di tale criterio e di quanto statuito dall'art. 23, 4° co. del TUF, nel tentativo di risolvere in parte la problematica dei prodotti “composti”, è dunque possibile formulare tre differenti schemi: 1) nel caso di prodotti aventi finalità esclusiva o preponderante di finanziamento, troverà applicazione della disciplina in materia di trasparenza prevista dal TUF e dai relativi regolamenti attuativi, piuttosto che quella contenuta nel TUB e nel Provvedimento del 2009. Sebbene, debbano in ogni caso essere assoggettate al TUB ed al Provvedimento del luglio 2009 le singole componenti del prodotto composto che costituiscono un'operazione di credito al consumo; 2) in caso di prodotti composti la cui finalità esclusiva e preponderante, non sia di investimento, ma riconducibile a quella di servizi o operazioni disciplinati ai sensi del titolo VI del TUB, sarà applicabile all'intero prodotto la disciplina in materia di trasparenza bancaria contenuta nel TUB e nel Provvedimento Banca d'Italia del 2009; infine, 3) nel caso di prodotti composti la cui finalità, non sia né di investimento, né tantomeno riconducibile al Titolo VI del TUB, troverà applicazione la disciplina in materia di trasparenza bancaria contenuta nel TUB e nel Provvedimento Banca d'Italia del 2009, limitatamente alle componenti del prodotto riconducibili a servizi ed operazioni disciplinati ai sensi del Titolo VI del TUB.¹²⁰

5. L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina: il principio di proporzionalità e le diverse categorie di clienti

All'epoca dell'emanazione del TUB, era stata individuata un'unica differenziazione per qualità soggettive: tra contratti di credito con consumatori e contratti di credito con soggetti non consumatori. Nel Titolo VI dunque, non venivano previste differenziazioni fondate sulle caratteristiche del cliente, giacché la controparte della banca o dell'intermediario finanziario era in

¹¹⁹ F. CIVALE, op. cit., pag. 20 e ss

¹²⁰ F. CIVALE, op. cit., pag. 21 e ss

ogni caso il “cliente” o la “clientela”, di per sé tutelati a prescindere dalle proprie qualità soggettive.¹²¹

In tale contesto, era assolutamente improprio parlare di “proporzionalità” delle tutele, in quanto nessuna di quelle previste era predisposta in modo tale da poter essere graduata in ragione di una maggiore o minore necessità di tutela.

Il sistema delle garanzie veniva così a configurarsi come una struttura rigida in cui il “bisogno” di protezione o di informazione non era in alcun modo considerato criterio di determinazione del grado di rigore della tutela.¹²²

E’ bene evidenziare che nel TUB si è parlato di “principio di proporzionalità” o di “differenti esigenze di protezione”, solo a seguito dell’ingresso nella disciplina della figura della micro-impresa (all’art. 118, comma 2-*bis*), ed a seguito altresì, dell’attribuzione di nuova rilevanza alla natura di “consumatore” del cliente ai fini di una modulazione di alcune tutele.¹²³

Tenuto conto di ciò, risulta quindi destinato all’insuccesso il tentativo di individuare uno specifico dettame a cui collegare la decisione della Banca d’Italia di graduare le tutele ammesse. In effetti, la scelta assunta dalla Banca è stata quella di rendere gli strumenti di trasparenza commisurati ai bisogni di tutela, da un lato, sottraendo alla categoria dei clienti un gruppo di soggetti non meritevoli di tutela e, dall’altro, spezzando in più parti l’unitaria categoria della “clientela”.¹²⁴

E’ dunque in forza del principio di proporzionalità, che si applica quindi anche in materia di trasparenza bancaria, che viene imposto che a distinte categorie di clienti, corrispondano altrettanti distinti livelli e regole di tutela.

In effetti, un’efficace tutela di coloro che intrattengono relazioni con banche o intermediari, non può non tenere conto del fatto che la definizione di “clientela” comprende varie tipologie di soggetti – che vanno dal consumatore alla grande impresa – e che la capacità di gestire il rapporto con la banca è diversa, in quanto differenti sono le competenze e la forza contrattuale.¹²⁵

Ne consegue che, se da un lato risulta necessario definire un sistema di regole generali per garantire un livello minimo di trasparenza e correttezza, dall’altro diviene opportuno adottare particolari disposizioni a tutela dei clienti ritenuti “più deboli”.¹²⁶

Con il Provvedimento del 29 luglio 2009, secondo le norme sulla trasparenza, la Banca d’Italia differenzia tre categorie di clienti, a cui vengono riconosciuti altrettanti livelli di tutela e, precisamente: i “consumatori”, i “clienti al dettaglio” e gli “altri clienti”. Oltretutto, viene

¹²¹ M. DE POLI, *La contrattazione bancaria: tra tutela della liquidità ed obblighi di trasparenza*, Cedam, 2012, p. 178 e ss

¹²² M. DE POLI, op. cit., pag. 179 e ss

¹²³ M. DE POLI, op. cit., pag. 179 e ss

¹²⁴ M. DE POLI, op. cit., pag. 180 e ss

¹²⁵ A. PROTO, *La trasparenza nei rapporti banca-cliente*, in (a cura di) P. BIFFIS, *Le operazioni e i servizi bancari*, Giappichelli, Torino, pag. 49 e ss

¹²⁶ A. PROTO, op. cit., pag. 49 e ss

individuata un'ulteriore categoria, di “non clienti”, nei cui confronti non trova applicazione la disciplina in tema di trasparenza prevista nel Provvedimento.¹²⁷

La graduazione degli obblighi di trasparenza in base all'appartenenza a diverse categorie di clientela vede ad un primo livello i “consumatori”, cioè le persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta – conformemente alla definizione presente nel Codice del Consumo – a cui corrisponde la più elevata esigenza di tutela.

Il livello intermedio di tutela viene invece riconosciuto ai cosiddetti “clienti al dettaglio”, che costituiscono una categoria eterogenea in cui sono comprese le persone fisiche che svolgono attività professionale o artigianale, le persone giuridiche, gli enti senza finalità di lucro, nonché le microimprese, tutti soggetti che si considerano accomunati da una pari esigenza di tutela.

La terza categoria infine, presenta al tempo stesso un carattere generale e residuale. In essa vi rientrano gli altri “clienti”, così intendendosi *“qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, che ha in essere un rapporto contrattuale con la banca o che intenda entrare in relazione con l'intermediario”*.¹²⁸

E' bene sottolineare che in tale ultima categoria, rientrano anche i cosiddetti clienti “potenziali”, ovvero tutti quei soggetti che sebbene non abbiano un rapporto con la Banca, entrando comunque in relazione con gli intermediari, necessitano di tutte le fondamentali informazioni di trasparenza pre-contrattuale.¹²⁹

Come sopra già detto, in sostanza la “proporzionalità” consiste nell'introduzione di una differenziazione della disciplina a seconda, da un lato, delle caratteristiche delle attività e dei servizi prestati e, dall'altro, della clientela cui tali attività o servizi si rivolgono. Ciò risulta evidente anche dallo stesso Provvedimento del 2009 che, in tema di trasparenza ed obblighi informativi, prevede presidi e tutele applicabili solo nei rapporti con “consumatori”, obblighi applicabili nei soli rapporti con “clienti al dettaglio”, nonché tutele generali riferibili a tutti gli altri “clienti”.¹³⁰

Proprio al fine di garantire tale proporzionalità, l'intermediario dovrà, prima dell'instaurazione del rapporto contrattuale, rilevare e classificare la specifica categoria del cliente che ha dinanzi; considerandosi possibili successive modifiche di tale classificazione, nel caso in cui ricorrano i necessari presupposti, solo su espressa richiesta del cliente.

Nel ribadire l'assoluta opportunità di una tutela differenziata per categorie di clientela, occorre in ogni caso rilevare che la differenziazione proposta dal Provvedimento 29 luglio 2009 appare, per certi versi, eccessivamente rigida, soprattutto perchè non prevede espressamente le modalità di

¹²⁷ F. CIVALE, op. cit., pag. 27 e ss; cfr. Nota n. 1 “Non rientrano nella definizione di cliente i seguenti soggetti: banche; società finanziarie; istituti di moneta elettronica (IMEL); imprese di assicurazione; imprese di investimento; organismi di investimento collettivo del risparmio (fondi comuni di investimento e SICAV); società di gestione del risparmio (SGR); società di gestione accentrata di strumenti finanziari; fondi pensione; Poste Italiane s.p.a.; Cassa Depositi e Prestiti e ogni altro soggetto che svolge attività di intermediazione finanziaria; società appartenenti al medesimo gruppo bancario dell'intermediario; società che controllano l'intermediario, che sono da questo controllate ovvero che sono sottoposte a comune controllo.”, del Provvedimento Banca d'Italia del 29 luglio 2009, Sezione I, paragrafo 3

¹²⁸ cfr. Provvedimento Banca d'Italia del 29 luglio 2009, Sezione I, paragrafo 3

¹²⁹ F. CIVALE, op. cit., pag. 27 e ss

¹³⁰ F. CIVALE, op. cit., pag. 28 e ss

variazione della classificazione su richiesta del cliente che, non di rado, potrebbe voler ottenere un livello di tutela più elevato rispetto a quello assegnatogli in forza del Provvedimento.¹³¹

6. Considerazioni sul rapporto tra Titolo VI e disciplina della materia contrattuale bancaria

Il Titolo VI del TUB viene ad inserirsi all'interno di un corpo normativo che aspira ad essere percepito come *lex generalis* della materia bancaria. Nonostante ciò, il Titolo VI non contiene una disciplina di sistema, tendenzialmente autosufficiente e generale.

Tale Titolo in effetti, si configura essenzialmente come un contenitore di regole – alcune specifiche ed altre generali – volte a disciplinare i seguenti aspetti della materia contrattuale: “i) *an e quommodo dell'attività informativa – in incertam personam – sulle condizioni economiche praticate alla clientela*; ii) *quommodo dell'attività promozionale dei contratti*; iii) *modalità di formazione dei contratti*; iv) *scelta della denominazione di taluni contratti (art. 117, ult. comma)*; v) *determinazione del contenuto contrattuale, anche, ma non solo (v. infatti il nuovo art. 117-bis) in rapporto a quanto previamente pubblicizzato*; vi) *an e quommodo della variazione dei termini di un contratto*; vii) *estinzione o surrogazione di taluni contratti*; viii) *an e quommodo dell'informazione contrattuale*”.¹³²

Riguardo al Titolo VI del TUB, si pone altresì il problema del rapporto e del coordinamento tra i tre regimi disciplinari della trasparenza bancaria: quello contenuto nel Capo II, riguardante le operazioni di credito rivolte ai consumatori; quello relativo ai servizi di pagamento, contenuto nel Capo II-bis; ed infine quello contenuto nel Capo I, relativo alle altre operazioni e servizi svolte nel territorio della repubblica da banche e intermediari finanziari.

Ognuno di questi tre regimi è, almeno apparentemente, autonomo rispetto all'altro, dato che l'unico elemento di condivisione risultano essere le disposizioni contenute nel Capo III sulle Regole generali e sui controlli.¹³³

In effetti, anche le stesse disposizioni contenute nel Capo I, che sembrano avere un primato rispetto alle altre, arretrano dinnanzi alla constatazione per cui una loro eventuale applicazione ai contratti di credito ai consumatori e ai servizi di pagamento, è possibile solo ed esclusivamente in caso di “espreso richiamo”; sebbene si debba in ogni caso riconoscere al Capo I una valenza sistematica maggiore rispetto agli altri capi, proprio in ragione di tale possibile applicazione analogica.¹³⁴

Come sopra accennato tuttavia, anche in ragione di un'apparente autonomia, la disciplina del Capo I e quelle regolate dai capi seguenti non si trovano tra loro in un rapporto di genere a specie,

¹³¹ F. CIVALE, op. cit., pag. 28 e ss

¹³² M. DE POLI, op. cit., pag. 124 e ss

¹³³ M. DE POLI, op. cit., pag. 125 e ss

¹³⁴ M. DE POLI, op. cit., pag. 125 e ss

giacché ciascun capo disciplina uno o più tipologie diverse di operazioni bancarie e finanziarie, con la sola particolarità che le fattispecie contemplate nel Capo II e nel Capo II-bis risultano essere più circoscritte e definite di quelle contemplate nel Capo I.¹³⁵

Oltretutto tra i vari capi sono individuabili specifiche differenze, dal momento che le disposizioni contemplate nei Capi I e II-bis si dirigono tendenzialmente a disciplinare operazioni con clienti consumatori e “non consumatori”, mentre quelle contenute nel Capo II si rivolgono solo a clienti consumatori.

Inoltre, è assai evidente la distonia esistente tra i vari regimi normativi in tema di obblighi precontrattuali. Basti evidenziare che, l’art. 124 disciplina capillarmente gli obblighi precontrattuali di chi concede credito ai consumatori; meno puntuale risulta al contrario l’art 126-*quater*, che disciplina tali obblighi in materia di servizi di pagamento; invece, in materia di altre operazioni bancarie e finanziarie, manca totalmente una disciplina sul punto, dato che l’art. 116 non introduce alcun obbligo di informazione precontrattuale, bensì un obbligo di pubblicizzazione dei termini minimi e massimi dell’offerta bancaria.¹³⁶

Sembra opportuno osservare che l’art. 124 prevede, al comma 1° e 5°, due norme che esplicitano, in tema di credito al consumo, due principi generali che non appartengono solo a tale materia.

Il comma 1° in effetti, costituisce la traduzione in norma del principio di buona fede come fonte di obblighi d’informazione precontrattuale, che in stretta connessione con il comma 2° del medesimo articolo, conferma che la scelta legislativa per la realizzazione di tale buona fede precontrattuale cade ancora una volta su un’informazione scritta e standardizzata.¹³⁷

Importante portata pratica riveste poi il comma 5° del medesimo articolo, che si caratterizza non per l’introduzione di un consueto obbligo di mera informazione – trasmissione di dati – bensì per l’imposizione di un vero e proprio obbligo di “illustrazione” e/o “spiegazione”, per di più orale, che non potrà in alcun modo essere resa in forma standardizzata, dovendo piuttosto essere necessariamente individualizzata, in quanto calata nel contesto della specifica trattativa.¹³⁸

La previsione contenuta nel comma 5° merita attenzione anche in ragione del fatto che costituisce l’unica disposizione presente nel TUB, che pone direttamente in capo all’intermediario l’obbligo di “cooperare” con il proprio cliente, al solo fine di consentirgli così di assumere una scelta adeguata alle proprie intenzioni.

Tale posizione appare in ogni caso pienamente coerente con i valori di fondo della trasparenza bancaria. Difatti la finalità dell’intera disciplina, che sta nel mero irrobustimento del consenso del cliente, può ritenersi effettivamente raggiunta una volta fornite al cliente tutte quelle informazioni

¹³⁵ M. DE POLI, op. cit., pag. 125 e ss

¹³⁶ M. DE POLI, op. cit., pag. 126 e ss

¹³⁷ M. DE POLI, op. cit., pag. 127 e ss

¹³⁸ M. DE POLI, op. cit., pag. 129 e ss

necessarie a consentirgli di prendere, autonomamente, una decisione informata (art. 124 comma 1°).

Oltretutto, con l'introduzione di un "dovere di assistenza" – da intendersi come dovere di chiarimento/illustrazione, che in ragione del grado di professionalità, deve essere anche "adeguato" al compimento da parte del consumatore di una scelta economica coerente alle sue esigenze ed alla sua situazione finanziaria – sembra finalmente prendersi atto dell'"inadeguatezza" della mera trasmissione di dati al raggiungimento dell'obiettivo, ovvero della scarsa attitudine di tale genere di comunicazione ad irrobustire effettivamente il consenso del cliente.¹³⁹

Il pregio dell'introduzione di tale "dovere di assistenza" sta dunque nel rendere la cooperazione tra le parti più efficace, in quanto orientata a realizzare il fine ultimo dell'intero impianto legislativo, volto a garantire un mercato efficiente riducendo al minimo le scelte insoddisfacenti.

Mostrandosi quindi, come un obbligo pienamente coerente con un sistema di disciplina teso a rimuovere le asimmetrie informative, sembrerebbe addirittura ipotizzabile un'estensione della norma in esame (art. 124 comma 5) al di fuori dei casi direttamente disciplinati.¹⁴⁰

Riguardo a ciò tuttavia, è bene evidenziare che il dovere di assistenza, così come delineato, presuppone, allo stesso tempo, in capo all'intermediario un dovere di acquisire informazioni in merito alle esigenze ed alla situazione finanziaria del consumatore. Ciò posto, in assenza di una chiara indicazione dell'esistenza di un generale dovere dell'intermediario di acquisire informazioni, appare opportuno limitare un'eventuale estensione della disposizione ai soli contratti di credito, dato che, solo in tali ipotesi, l'intermediario ha interesse ad assolvere il compito di assumere informazioni circa la situazione finanziaria e le esigenze creditizie del cliente, per effettuare la dovuta verifica sul merito creditizio.¹⁴¹

Infine, quanto alla finalità comune delle tre discipline sulla trasparenza, l'analisi appare orientata proprio dall'intitolazione del Titolo VI, che precisa come la normativa in esame, a mezzo di una regolamentazione protezionistica della parte "più debole", sia diretta a realizzare l'effettiva "trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti" – obiettivo confermato anche dall'art. 127 del TUB – in un'ottica di promozione e salvaguardia della concorrenza dei mercati bancario e finanziario.

Nel tentativo dunque di delineare un quadro generale della disciplina della trasparenza bancaria presente nel TUB e nei provvedimenti regolamentari di attuazione, sembra potersi affermare che gli interventi volti a correggere la disparità di potere contrattuale esistente tra banche/intermediari e clientela, che il TUB intende attenuare, opereranno da un lato, nella dimensione bilaterale e nella fase delle trattative, della formazione dell'accordo e nell'esecuzione del medesimo (vedi artt. 117,

¹³⁹ M. DE POLI, op. cit., pag. 131 e ss

¹⁴⁰ M. DE POLI, op. cit., pag. 131 e ss

¹⁴¹ M. DE POLI, op. cit., pag. 132 e ss

117 bis, 118, 119, 120), e dall'altro, attraverso strumenti di trasparenza e correttezza – sia delle condizioni contrattuali che dei rapporti con la clientela – senza comunque disdegnare interventi che operino nella dimensione di mercato e concorrenziale, anche a mezzo di strumenti, non tanto di trasparenza, quanto di “riequilibrio”.¹⁴²

7. La fattispecie regolata: l'annuncio pubblicitario, le esigenze conoscitive e le sanzioni

Come già detto, la normativa contenuta nel Titolo VI disciplina alcuni aspetti della concessione di credito ai consumatori, regola i servizi di pagamento, nonché le altre operazioni e servizi bancari e finanziari.

È bene osservare, che con tale regolamentazione della trasparenza, il legislatore sottopone a disciplina solo le operazioni contrattuali il cui *iter* negoziale viene abitualmente ed interamente pianificato dalle imprese che offrono al mercato tali prodotti, e che così facendo, privano il destinatario di quelle offerte, sia di efficaci margini di trattativa, che di un'utile interazione anche di tipo meramente informativo.

E' possibile affermare ciò, in primo luogo, in ragione di quanto statuito dall'art. 115 TUB, dato che il termine “attività” in esso utilizzato già potrebbe far intuire che le disposizioni contenute nel Titolo VI siano applicabili alle sole operazioni di massa sebbene questo sia un dato di per sé non decisivo.¹⁴³ Ben più solidi appaiono invece i riferimenti testuali presenti nell'art. 116 comma 1° TUB – che si riferisce a servizi ed operazioni “offerti” – e nell'art. 117 ai commi 6° e 7° - dove si allude a prezzi e condizioni “praticati” dalla banca. Ancor più convincente è il dato offerto dall'art. 117 TUB, quando pone in capo alla banca o all'intermediario l'obbligo di consegna dell'esemplare del contratto, circostanza che fa ben presupporre che la redazione del documento spetti quindi interamente a tali soggetti.¹⁴⁴

Oltretutto, un'ulteriore conferma si ha nel dato offerto al comma 8° dell'art. 117, che esplicitamente tratta di contratti con “contenuto tipico determinato”, così alludendo ad un contratto necessariamente predeterminato.¹⁴⁵

Senza contare poi, che sia la materia del credito al consumo, che quella dei servizi di pagamento, poggiano entrambe, su un'ancor maggiore proceduralizzazione dell'operazione contrattuale rispetto a quella delle più generiche operazioni bancarie e finanziarie.

Infine, lo stesso provvedimento del 29 luglio 2009, sebbene non affermi nulla esplicitamente, permette comunque di concludere in maniera conforme alla posizione sin qui sostenuta.¹⁴⁶

¹⁴² M. DE POLI, op. cit., pag. 137 e ss

¹⁴³ M. DE POLI, op. cit., pag. 149 e ss

¹⁴⁴ M. DE POLI, op. cit., pag. 150 e ss

¹⁴⁵ M. DE POLI, op. cit., pag. 151 e ss

¹⁴⁶ M. DE POLI, op. cit., pag. 151 e ss

In effetti, proprio la costruzione normativa fondata sullo stretto legame esistente tra offerta pubblicizzata e contenuto contrattuale, è la dimostrazione che la fattispecie oggetto della disciplina – o in ogni caso di gran parte di essa – è quella di un contenuto contrattuale unilateralmente predisposto.¹⁴⁷

Conseguentemente, i contratti che non rientrano tra le operazioni e i servizi pubblicizzati, ovvero quelli negoziati individualmente, non saranno neanche soggetti all'obbligo di redazione in forma scritta, all'obbligo di consegna dell'esemplare, né tantomeno all'obbligo d'indicazione del tasso di interesse e di ogni altro prezzo o condizione praticati.¹⁴⁸

Le norme in esame sono quindi volte a mitigare il potere di predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale: in modo concorrente, rispetto a quanto fatto dalla disciplina sulle clausole abusive, e sicuramente, in modo più efficiente, di quanto non facciano le disposizioni di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c.¹⁴⁹ Tale conclusione, tra l'altro, trova conferma in molte circostanze.

Già da una semplice analisi del Capo I, risulta evidente che la fattispecie in esso regolata è ben più ampia di quella che tradizionalmente costituisce l'“area contrattuale” in senso lato, ovvero il classico iter negoziale “trattativa, formazione, esecuzione”.

Proprio dal tenore dell'art. 116 TUB si evince come l'attività bancaria venga regolata e disciplinata già da un momento antecedente a quello della discussione precontrattuale, ovvero della trattativa. L'articolo in questione prevede infatti, che le banche e gli intermediari finanziari debbano rendere noti ai clienti, in modo chiaro, gli elementi economici dei propri prodotti, imponendo così al “professionista” un vero e proprio obbligo di “pubblicizzazione” – dopo la riforma del 2010 non si parla più di “pubblicizzare” bensì di “rendere noti in modo chiaro ai clienti” – delle condizioni economiche dei prodotti e dei servizi offerti.

Appare chiaro dunque, che la scelta del legislatore è di far sì che la persona interessata alla conclusione di un contratto bancario o finanziario, venga messa nella condizione di poter apprendere autonomamente e di poter conoscere il contenuto economico delle operazioni e dei servizi offerti dall'intermediario, fin dal suo primo ingresso nei locali della banca ed a prescindere da una successiva “relazione contrattuale”.¹⁵⁰

In tale contesto e tenuto conto di quanto sopra, l'obbligo di pubblicizzare tutte le componenti economiche delle operazioni offerte posto in capo ai professionisti – in primis agli istituti bancari – viene ad estrinsecarsi nell'obbligo di “rendere pubbliche” tali informazioni, con ciò intendendosi, che tutti i dati rilevanti per un'eventuale successiva trattativa, dovranno così essere “messi a disposizione” della clientela ed, oltretutto, “in modo chiaro”.¹⁵¹

¹⁴⁷ M. DE POLI, op. cit., pag. 152 e ss

¹⁴⁸ M. DE POLI, op. cit., pag. 152 e ss

¹⁴⁹ M. DE POLI, op. cit., pag. 141 e ss

¹⁵⁰ M. DE POLI, op. cit., pag. 142 e ss

¹⁵¹ M. DE POLI, op. cit., pag. 142 e ss

E' in ogni caso opportuno precisare, per sciogliere eventuali dubbi, che il comportamento obbligatoriamente richiesto a banche ed intermediari non riguarda, né un'attività di consegna materiale della documentazione, né tantomeno – per possibile equivoco dovuto ad identità semantica – una “pubblicità” intesa come promozione del servizio bancario.

La pubblicizzazione delle condizioni economiche, come emerge dalla lettura degli artt. 116 e 117 TUB, viene a configurarsi come un vero e proprio dovere della banca o dell'intermediario e non, al contrario, come un mero onere, ed oltretutto essa risulta genericamente rivolta al pubblico e non esclusivamente ad un determinato soggetto.

In ragione di ciò, questa attività non attiene alla fase dinamica (pre)contrattuale, quanto piuttosto alla fase organizzativa dell'impresa stessa.

In effetti, l'osservanza di tale dovere non può essere intesa come l'incipit di un atto voluto e ciò risulta confermato anche dal richiamo relativo all'esclusione dell'offerta al pubblico,¹⁵² con cui viene chiarito che l'attività di pubblicizzazione si presenta funzionale solo all'esigenza di consentire al cliente la più consapevole espressione di una scelta di tipo negoziale.¹⁵³

Dall'art. 117 TUB si evince inoltre che le condizioni pubblicizzate costituiscono un vero e proprio vincolo all'azione contrattuale dell'intermediario, che troverà pertanto in esse un limite al proprio potere di condizionamento della controparte.¹⁵⁴

Infatti, con tale disposizione, viene specificatamente previsto che le condizioni economiche pubblicizzate andranno ad integrare il contenuto contrattuale in caso di lacune riguardanti: i) la mancata indicazione nel contratto delle condizioni economiche (prezzi e condizioni); ed ii) in caso di nullità delle clausole che abbiano determinato quelle tipologie di condizioni rinviando agli usi.

Oltretutto, al comma 6° del medesimo articolo, viene prevista la nullità di tutte le clausole contrattuali che prevedano tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti rispetto a quelli pubblicizzati; clausole queste, che si considereranno non apposte e quindi integrabili con le condizioni più favorevoli già pubblicizzate.

Con la previsione di tale nullità, appare evidente che la scelta del legislatore è stata in questo caso quella di imporre un generale divieto per la banca o l'intermediario di concludere un contratto che preveda condizioni economiche deteriori rispetto a quelle pubblicizzate, sebbene, preme evidenziare, che può in ogni caso concludersi un contratto senza aver pubblicizzato quelle condizioni.

Da quanto detto, se risulta ben individuabile il trattamento del contratto che presenti anomalie – quali la mancata indicazione dei dati economici o la nullità per rinvio agli usi – non altrettanto

¹⁵² in Art. 116 TUB, si legge “...omissis...4. Le informazioni pubblicizzate non costituiscono offerta al pubblico a norma dell'articolo 1336 del codice civile.”

¹⁵³ M. DE POLI, op. cit., pag. 142 e ss

¹⁵⁴ M. DE POLI, op. cit., pag. 143 e ss

agevole appare individuare il trattamento del contratto che non preveda anomalie ma che non sia stato preceduto da alcuna pubblicizzazione delle informazioni.¹⁵⁵

La mancanza assoluta di pubblicità rende infatti inoperante il divieto di *reformatio in pejus* ex art. 117 TUB posto a garanzia della clientela.

E' bene ribadire che, nonostante la problematica evidenziata, va assolutamente respinta una configurazione della pubblicizzazione delle condizioni economiche come “mero onere”, la cui violazione non comporterebbe per la banca alcuna conseguenza risarcitoria,¹⁵⁶ poichè tale conclusione trascura la circostanza della possibilità per la Banca d'Italia di sottoporre a sanzione amministrativa l'istituto di credito che sia stato irrispettoso del precetto, come si ricava dall'art. 128-ter TUB “Misure inibitorie” e dall'art. 144, 3° co., TUB “Altre sanzioni amministrative pecuniarie”.

Oltretutto, la mancata pubblicizzazione delle condizioni economiche e quindi la mancata informazione, può a tutti gli effetti configurare anche gli estremi di una pratica commerciale scorretta ai sensi del D.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007.¹⁵⁷

Resta invece incerta la sorte della violazione delle norme in materia di pubblicità sul piano civilistico, in quanto non espressamente regolata dal legislatore.

L'inadempimento dei predetti obblighi in effetti, non può comportare né la nullità del contratto – data l'assenza di una chiara disposizione che ciò preveda – né tantomeno il venire meno di un qualsiasi obbligo pecuniario del cliente verso la banca – giacché non è possibile vedere nella mancata pubblicità un'ipotesi in cui ognuna delle condizioni sia peggiore di quella (non) pubblicizzata.

In sostanza, mancando la pubblicità, sembrerebbe far difetto un requisito di applicazione del trattamento invalidatorio.

Nella previsione della lettera b) del comma 7° dell'art. 117 del TUB si prevede che in mancanza di pubblicità nulla è dovuto alla banca. Occorre tuttavia precisare che tale previsione, con cui il legislatore rinuncia al suo naturale proposito di salvaguardare la corrispettività economica del rapporto, assume un significato residuale e consegue solo nel caso in cui si tratti della mancata indicazione di una componente economica del contratto prevista ai sensi dell'art 117 comma 4° TUB, oppure di quelle sanzionate con la nullità ai sensi del comma 6° del medesimo articolo.

Ciò posto non può sostenersi che in ragione di tale previsione, operi la nullità in ogni caso in cui le condizioni contrattuali non siano state fatte oggetto di preventiva pubblicizzazione.¹⁵⁸

¹⁵⁵ M. DE POLI, op. cit., pag. 143 e ss

¹⁵⁶ U. MAJELLO, *Art. 115*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, (a cura di) F.Belli-G.Contento-A.Patroni Griffi-M.Porzio-V.Santoro, II, Bologna 2003, pag. 1922 e ss

¹⁵⁷ M. DE POLI, op. cit., pag. 144 e ss

¹⁵⁸ V. P. GAGGERO, *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova 2008, pag. 511 e ss; M. DE POLI, op. cit., pag. 145 e ss

E' dunque possibile affermare che la violazione totale dell'obbligo di pubblicizzare le condizioni economiche rileverà principalmente, se non esclusivamente, sul piano amministrativo ed in sede di valutazione di correttezza del comportamento commerciale tenuto dalla banca e dall'intermediario. Come già ampiamente illustrato, il comportamento cui sono tenute le banche e gli intermediari finanziari ai sensi dell'art. 116 TUB, si colloca in una fase antecedente all'instaurazione di una relazione giuridicamente rilevante tra la banca ed un determinato soggetto – ovvero nota della trattativa e della formazione – e ciò a prescindere dall'utilizzo nella normativa in esame di termini quale “cliente”, che si mostrano tendenzialmente allusivi ad una relazione contrattuale già formata tra i due soggetti. In effetti, lo stesso Provvedimento della Banca d'Italia del 29 luglio 2009 definisce “cliente”, qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, che ha in essere un rapporto contrattuale con l'intermediario o che comunque intenda entrare in relazione con il medesimo.¹⁵⁹

In conclusione quindi, l'art. 116 TUB è a tutti gli effetti una disposizione tesa a rafforzare la trasparenza del mercato, ed a mezzo di essa, la trasparenza del rapporto tra banca e cliente, e ciò a dimostrazione del fatto che gli obblighi informativi non sono destinati solo a colmare il gap cognitivo tra le parti di una relazione negoziale (precontrattuale), quanto piuttosto a tutelare più efficientemente chi ha interesse ad un servizio od un prodotto presente sul mercato.¹⁶⁰

Anche in tema il credito al consumo – ai sensi dell'art. 123 TUB che disciplina gli annunci pubblicitari ed il loro contenuto – viene estesa la tutela già ad una fase precedente a quella delle trattative o della formazione della volontà negoziale; difatti, lo stesso art. 124 TUB rubricato “Obblighi precontrattuali”, dispone espressamente che il consumatore debba ricevere le informazioni necessarie per consentirgli il confronto delle diverse offerte di credito presenti sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un eventuale contratto di credito.

Tuttavia, la disciplina sulla trasparenza in materia di credito al consumo non contiene una disposizione sulla pubblicizzazione delle condizioni contrattuali – come prevista dall'art. 116 del TUB – diversamente, ai sensi dell'art. 124 TUB, la disciplina dell'informazione precontrattuale viene piuttosto a calarsi in una relazione personale tra concedente credito e consumatore, che appare già negozialmente avviata e definita.¹⁶¹

Per ciò che attiene infine la materia dei servizi di pagamento, è opportuno evidenziare che, sebbene alcuna disposizione del Capo II-*bis* disciplini la fase dell'annuncio o quella della pubblicizzazione delle condizioni contrattuali, l'art. 126-*quinquies* TUB, al comma 1°, richiama l'art. 117 TUB commi 1°, 2°, 3°, 4°, 6° e 7°.¹⁶²

¹⁵⁹ M. DE POLI, op. cit., pag. 146 e ss

¹⁶⁰ M. DE POLI, op. cit., pag. 147 e ss

¹⁶¹ M. DE POLI, op. cit., pag. 147 e ss

¹⁶² M. DE POLI, op. cit., pag. 147 e ss

Un espresso richiamo ai commi 6° e 7° dell'art. 117 TUB sembrerebbe supporre la necessaria pubblicizzazione delle condizioni economiche, benché vada in ogni caso sottolineato che l'art 115 TUB al comma 3° prevede che le disposizioni del Capo I non si possano applicare al Capo II ed al Capo II-*bis* se non in caso di espresso richiamo, ed a tutti gli effetti, l'art. 116 TUB rubricato "Pubblicità" non viene espressamente richiamato nel Capo II-*bis* sui servizi di pagamento.¹⁶³

Tuttavia, ciò appare più una svista del legislatore che una scelta normativa volta all'esclusione dei servizi di pagamento dall'ambito di applicazione di tale importante tutela.

Sembra dunque potersi concludere con la convinzione che l'obbligo di pubblicizzazione degli elementi economici sussista anche nella disciplina dei servizi di pagamento, con l'effetto, anche in tale ipotesi, di far arretrare la tutela del "cliente" ad un momento antecedente all'inizio delle trattative.¹⁶⁴

8. Il sistema informativo: tra normativa e rilevanza dell'informazione doverosa

Nel Titolo VI del TUB si concentra il maggior numero di interventi in tema di contrattazione bancaria e precisamente, all'interno del Capo I, è racchiuso il più importante gruppo di disposizioni in materia.

Nel complesso normativo del Capo I assume un ruolo preminente l'obbligo di pubblicizzazione delle condizioni economiche, disciplinato ai sensi dell'art. 116 TUB, che impone il dovere a banche ed intermediari di "mettere a disposizione" della potenziale clientela una serie di informazioni.

Tale obbligo di pubblicizzazione non può essere annoverato tra quelli che vengono propriamente considerati obblighi di informazione precontrattuale, in quanto esso dovrà essere adempiuto prima ed a prescindere dall'instaurazione di un eventuale contratto, ed oltretutto, poichè la sua tipica funzione eccede l'intento di irrobustire il consenso del singolo cliente, indirizzandosi piuttosto a garantirgli la possibilità di valutare criticamente ed analiticamente la proposta contrattuale dell'intermediario con cui si appresta a trattare, così tentando di ridurre il rischio di una "sorpresa".¹⁶⁵

L'obbligo di pubblicizzazione viene poi a tradursi, ai sensi dell'art. 117 comma 6° TUB, in un limite al potere di negoziazione della banca o dell'intermediario, che non potrà così "forzare" il consenso dal cliente su condizioni che siano deteriori rispetto a quanto pubblicizzato, pena l'eventuale impugnativa del contratto e la sostituzione delle condizioni pattuite con altre più favorevoli al cliente.¹⁶⁶

¹⁶³ M. DE POLI, op. cit., pag. 148 e ss

¹⁶⁴ M. DE POLI, op. cit., pag. 148 e ss

¹⁶⁵ M. DE POLI, op. cit., pag. 191 e ss

¹⁶⁶ M. DE POLI, op. cit., pag. 192 e ss

E' possibile affermare che il legame che intercorre tra gli artt. 116 e 117 TUB, e quindi tra pubblicizzazione e contenuto contrattuale, costituisce ad oggi uno dei più riusciti sistemi di depotenziamento del potere contrattuale della banca, in quanto impedisce alla stessa di sfruttare a proprio vantaggio tutte quelle zone d'ombra che sono connaturate proprio alla fase della trattativa negoziale.¹⁶⁷

Esaminando la normativa del Capo I, si osserva inoltre che la disciplina della fase della “reclame” – ovvero della pubblicità commerciale – viene interamente delegata al CICR, ai sensi dell'art. 116 comma 3° lett. d) TUB, ed affidata, in quanto alla repressione dell'eventuale ingannevolezza – nel silenzio del CICR sulla fissazione di specifici criteri – ai dettami stabiliti dal D.lgs n. 145 del 2 agosto 2007 in tema di pratiche commerciali scorrette.

É altresì possibile rilevare la totale mancanza di una disciplina della fase della negoziazione, mentre, per ciò che attiene la fase della contrattazione, essa ruota quasi totalmente attorno alla documentazione dei termini dell'accordo e viene a sostanziarsi: i) nella forma scritta, prevista *ab substantiam*; ii) nella specifica sottoscrizione, della clausola che consente la variazione unilaterale delle condizioni economiche; iii) nella necessaria indicazione nel contenuto contrattuale delle condizioni; iv) nel divieto di indicare le condizioni rinviando agli usi.¹⁶⁸

A tale disciplina vengono poi ad affiancarsi, nella fase della contrattazione, alcune peculiari forme di controllo dei termini dello scambio, in particolare il divieto di pattuire condizioni economiche deteriori rispetto a quelle pubblicizzate, che potranno variare, in corso di trattativa, solo *in melius* per il cliente.¹⁶⁹

Nel Capo I infine, viene disciplinata anche la fase di esecuzione del rapporto, se di durata, con l'imposizione di specifici obblighi informativi – ai sensi dell'art. 119 commi 1° e 2° TUB – che talvolta persistono anche *post finitum contractum* (comma 4°).¹⁷⁰

Tuttavia, tale schema di intervento sulla libertà contrattuale delle parti contraenti contenuto nel Capo I, non viene fedelmente ripetuto nella disciplina in tema di credito al consumo, né tantomeno in quella sui servizi di pagamento.

In materia di credito al consumo, la prima fase dell'operazione contrattuale ad essere disciplinata è quella della “pubblicità”, nel tradizionale senso di annuncio o messaggio pubblicitario.

L'art. 123 TUB per l'appunto, disciplina le modalità di realizzazione della pubblicità commerciale al fine di “*prevenire l'inganno*”, posto che l'ingannevolezza è data proprio dall’“incompletezza” del dato

¹⁶⁷ M. DE POLI, op. cit., pag. 192 e ss

¹⁶⁸ M. DE POLI, op. cit., pag. 194 e ss

¹⁶⁹ M. DE POLI, op. cit., pag. 196 e ss

¹⁷⁰ M. DE POLI, op. cit., pag. 196 e ss

reso pubblico, rispetto al tipico bisogno informativo del consumatore, a cui interessa il costo effettivo e complessivo del denaro prestatogli.¹⁷¹

Pertanto, in ragione di quanto statuito ai sensi dell'art. 123 TUB, *“ogni qual volta che il messaggio pubblicitario contenga un dato numerico, esso dovrà contenere anche tutti gli altri dati co-essenziali all'assunzione di una scelta negoziale consapevole e razionale”*,¹⁷² indicati in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata ed oltretutto, con l'impiego di un *“esempio rappresentativo”*, inteso quale strumento di trasparenza volto ad agevolare la comprensione in situazioni di marcata asimmetria informativa.¹⁷³

Inoltre, nel Capo II viene prevista – diversamente dal Capo I – una disciplina dell'informazione pre-contrattuale, articolata in maniera capillare e tendenzialmente standardizzata, che riguarda obblighi di informazione da adempiere mediante la consegna di un documento standardizzato, l'obbligo di consegna (su richiesta) di una bozza del contratto, ed *“obblighi di assistenza”* non standardizzati (art. 124 TUB).¹⁷⁴

Per quanto attiene la fase della contrattazione, analogamente a quanto statuito nel Capo I, anch'essa ruota prevalentemente attorno alla documentazione dei termini dell'accordo; come pure per la fase esecutiva, in materia di credito al consumo, anch'essa risulta caratterizzata dall'imposizione al finanziatore o all'intermediario di un obbligo di rendicontazione periodica *“completa e chiara”*, oltre che da ulteriori obblighi di informazione *post finitum contractum*.¹⁷⁵

Infine, in tema di servizi di pagamento è possibile rilevare la mancanza di una specifica disciplina sia degli annunci pubblicitari che di un espresso richiamo all'art. 116 e all'obbligo di pubblicizzazione, sebbene, ciò appaia, come già detto, più una dimenticanza che un'effettiva presa di posizione del legislatore.¹⁷⁶

Gli interventi appena analizzati possono, almeno genericamente, ricondursi a due grandi nuclei delle forme di controllo legale: da un lato quelli che, facendo leva sugli obblighi informativi – non solo di tipo precontrattuale – sono volti a rimuovere le asimmetrie informative o, comunque, ad irrobustire il consenso della parte aderente ed a favorire la concorrenza nel mercato; dall'altro, quelli che – nonostante già i primi garantiscano una scelta critica della controparte ed una conoscenza, sempre critica, dei termini dell'offerta contrattuale – si traducono in interventi autoritativi sul contenuto dell'accordo, mediante l'imposizione di obblighi a carico del predisponente del

¹⁷¹ M. DE POLI, op. cit., pag. 199 e ss

¹⁷² cit. M. DE POLI, op. cit., pag. 199 e ss

¹⁷³ in Art. 123 TUB, si legge *“1. Fermo restando quanto previsto dalla parte II, titolo III, del Codice del consumo, gli annunci pubblicitari che riportano il tasso d'interesse o altre cifre concernenti il costo del credito indicano le seguenti informazioni di base, in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata con l'impiego di un esempio rappresentativo: a) il tasso d'interesse, specificando se fisso o variabile, e le spese comprese nel costo totale del credito; b) l'importo totale del credito; c) il TAEG; d) l'esistenza di eventuali servizi accessori necessari per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni pubblicizzate, qualora i costi relativi a tali servizi non siano inclusi nel TAEG in quanto non determinabili in anticipo; e) la durata del contratto, se determinata; f) se determinabile in anticipo, l'importo totale dovuto dal consumatore, nonché l'ammontare delle singole rate...omissis...”*

¹⁷⁴ M. DE POLI, op. cit., pag. 199 e ss

¹⁷⁵ M. DE POLI, op. cit., pag. 200 e ss

¹⁷⁶ M. DE POLI, op. cit., pag. 199 e ss

regolamento contrattuale, a mezzo dell'esclusione di talune sue parti o attraverso la correzione dei suoi esiti.¹⁷⁷

Per ciò che riguarda il Testo Unico Bancario, considerata la difficoltà di congegnare sistemi che siano appartenenti esclusivamente all'uno o all'altro modello, sembra in ogni caso prevalente la scelta che poggia le basi del sistema sugli obblighi informativi.

In tale contesto l'art. 116 TUB, imponendo un'informazione che riveste un contenuto di "doverosità giuridica", costituisce l'asse portante dell'intero sistema dal momento che esprime quella tendenza legislativa di coniugare, ove ciò sia possibile, protezione ed auto-responsabilità.¹⁷⁸

In sostanza è possibile affermare che il legislatore ha disciplinato sia l'informazione "dovuta" – vale a dire quella divenuta oggetto d'obbligo (artt. 116, 117 comma 4°, 118 comma 2°, 119, 123, 124, 125-bis commi 1° e 4°, 126-*quater*) – sia quella "libera" nell'*an* – come ad esempio l'annuncio pubblicitario (art. 116 comma 3° lett. d), art. 123) – funzionalizzando altresì, l'obbligo informativo, non solo al rafforzamento del consenso contrattuale, quanto piuttosto all'accentuazione del gioco concorrenziale,¹⁷⁹ tipizzando l'interesse all'informazione (in forza di una casistica rispondente ai bisogni informativi statisticamente più frequenti) e così standardizzandone i relativi obblighi.¹⁸⁰

9. La tutela della trasparenza e della correttezza nel rapporto banca-cliente

La conoscenza delle caratteristiche di operazioni e servizi bancari, la comparazione tra i diversi servizi offerti sul mercato e la possibilità di effettuare una scelta consapevolmente diretta al soddisfacimento dei propri bisogni, sono tutte conseguenze legate alle informazioni che vengono rese disponibili.¹⁸¹

Tali informazioni spesso, si rivelano insufficienti ed inadeguate, tanto da rendere difficoltosa un'effettiva valutazione delle operazioni e dei servizi offerti, sia per quanto concerne la convenienza economica, sia per ciò che attiene il profilo della funzionalità del prodotto in relazione ai bisogni del cliente.¹⁸²

Proprio in tale quadro si collocano le regole sulla trasparenza delle condizioni contrattuali e sulla correttezza delle relazioni con la clientela, al fine di garantire la possibilità per il cliente di accedere

¹⁷⁷ M. DE POLI, op. cit., pag. 201 e ss

¹⁷⁸ M. DE POLI, op. cit., pag. 203 e ss

¹⁷⁹ in M. DE POLI, op. cit., pag. 208 e ss si legge "Ciò potrà essere obiettato che quanto più il cliente – consumatore o no, ora non rileva – è informato, tanto più agevolmente egli si muove sul mercato, sicché è naturale l'osmosi tra le due finalità. Ciò è solo in parte vero, perché gli obblighi informativi servono a rafforzare la posizione del destinatario sul mercato, oltre a quella della controparte di un rapporto bilaterale, solo quando il contenuto dell'informazione sia stato in precedenza selezionato da un'autorità terza e da questo standardizzato, sì da impedire a ciascun prestatore dell'informazione di sceglierne il contenuto. Solo introducendo – per via normativa – il predicato della comparabilità del dato, l'informazione è in grado di uscire dalla dimensione dello scambio bilaterale e assurgere al rango di componente di una dimensione di mercato."

¹⁸⁰ M. DE POLI, op. cit., pag. 207 e ss

¹⁸¹ A. PROTO, *La trasparenza nei rapporti banca-cliente*, in (a cura di) P. BIFFIS, op. cit., pag. 50 e ss

¹⁸² A. PROTO, op. cit., pag. 50 e ss

alle informazioni relative alle clausole contrattuali, in particolar modo alle condizioni economiche, che disciplinano le relazioni con le banche, e si configurano come conoscenze indispensabili ai fini di una corretta valutazione della convenienza dell'operazione.

Nella contrattazione bancaria in effetti, dati i vari aspetti critici che presenta – carenza di informazioni, contenuto predefinito ed efficacia che si protrae nel tempo – viene palesemente a manifestarsi la posizione di forza dell'istituto bancario nei confronti del cliente, che assume pertanto il ruolo di contraente meritevole di una particolare tutela.¹⁸³

Come abbiamo visto, a tutela della trasparenza e della correttezza vengono previste specifiche norme che intervengono nelle diverse fasi in cui si articola il rapporto banca-cliente e che consistono: nella ricerca e nella raccolta delle informazioni necessarie per scegliere la banca con cui operare, nell'instaurazione del rapporto attraverso la stipula di uno o più contratti, nell'effettuazione delle operazioni e nell'utilizzo dei servizi, nell'illustrazione dell'andamento dell'operazione attraverso idonei supporti informativi.

In sostanza dunque, le norme sulla trasparenza e la correttezza disciplinano quella che è la pubblicità e l'informazione precontrattuale, la forma ed il contenuto dei contratti e le comunicazioni alla clientela relativamente alle operazioni ed ai servizi disciplinati dal TUB, offerti ai clienti delle banche, anche fuori sede e mediante tecniche di comunicazione a distanza.¹⁸⁴

In ragione di tale disciplina, gli intermediari dovranno pertanto far conoscere alla clientela i costi e le caratteristiche dei servizi offerti, assicurando la piena corrispondenza tra le condizioni pubblicizzate e quelle poi applicate, e saranno altresì tenuti ad inviare comunicazioni periodiche sull'andamento del rapporto, se di durata, ed in particolare, notizie sulla consistenza delle effettive linee di credito disponibili.

Con l'ulteriore precisazione che, la perfetta ed efficace attuazione della regolamentazione prevede oltre a ciò anche il rispetto da parte degli istituti bancari, di alcuni requisiti organizzativi finalizzati a ridurre i rischi legali e reputazionali derivanti dalle relazioni con la clientela.¹⁸⁵

Un'informazione chiara e corretta sui prodotti e i servizi offerti è essenziale sia per gli intermediari che per la clientela, in quanto, per gli uni, significa prevenire rischi di contenzioso con la clientela e gli eventuali danni di reputazione, mentre per gli altri, significa appunto la possibilità di confrontare varie offerte per assumere una scelta consapevole.

Il Provvedimento del 29 luglio 2009, avente ad oggetto le Disposizioni sulla trasparenza delle condizioni contrattuali tra banche e clienti, emanato da Banca d'Italia e via via aggiornato ed adeguato in ragione dell'evoluzione del quadro normativo e dell'esperienza applicativa, mira appunto al raggiungimento di una correttezza sostanziale delle relazioni tra intermediari e clienti

¹⁸³ A. PROTO, op. cit., pag. 50 e ss

¹⁸⁴ A. PROTO, op. cit., pag. 51 e ss

¹⁸⁵ A. PROTO, op. cit., pag. 51 e ss

facendo perno su due obiettivi: da un lato, l'innalzamento del grado di comprensibilità e comparabilità dei documenti destinati agli utenti, così favorendo la concorrenza, e dall'altro, l'imposizione di un obbligo per gli intermediari di introdurre e mantenere dei presidi organizzativi interni volti a perseguire tali scopi.

In tale contesto la Banca d'Italia, quale Autorità di settore, svolge controlli di tipo integrato (cartolare ed ispettivo), diretti sia ai singoli intermediari che al sistema nel suo complesso, finalizzati a garantire il pieno rispetto delle regole di trasparenza e correttezza, e condotti mediante ispezioni presso gli intermediari e verifiche sul buon funzionamento dell'organizzazione e delle procedure interne, con la possibilità, nel caso in cui vengano riscontrate anomalie, irregolarità e comportamenti scorretti, di poter intervenire in base alla loro rilevanza, a mezzo dei poteri amministrativi di cui è investita, al fine di: i) chiedere agli intermediari di adottare misure correttive sul piano organizzativo o di adeguare gli schemi contrattuali alla normativa; ii) inibire la continuazione di una determinata attività ed ordinare la restituzione ai clienti di somme indebitamente percepite; iii) inibire specifiche forme di offerta, promozione o conclusione di contratti; iv) nei casi più gravi ed in situazioni d'urgenza, disporre la sospensione dell'attività contestata all'intermediario; v) irrogare sanzioni pecuniarie; vi) pubblicare i relativi provvedimenti nel Bollettino di Vigilanza e disporre altre forme di pubblicazione, eventualmente a cura e spese della banca.

Inoltre, è bene tenere conto che, proprio al fine di rendere maggiormente efficace la normativa e, quindi, di garantire anche al singolo consumatore di potersene avvalere in ogni controversia, la Banca d'Italia ha istituito nel 2009 l'Arbitro Bancario e Finanziario (ABF), ovvero un sistema specialistico di risoluzione stragiudiziale delle controversie nel settore bancario-finanziario che assicura decisioni rapide ed imparziali, con costi assai contenuti per il cliente che se ne voglia avvalere.

In sostanza dunque, sembra potersi affermare che la tutela dei consumatori di servizi bancari e finanziari è venuta a tutti gli effetti ad inserirsi – con il TUB, le delibere del CICR e le disposizioni regolamentari della Banca d'Italia – tra le parti integranti della normativa relativa al settore bancario e a quello dell'intermediazione finanziaria. Le fonti oltretutto, abilitano l'Autorità di settore, la Banca d'Italia, ad integrare ulteriormente la disciplina e ad offrire così una tutela ancor più efficace e tempestiva alla clientela, operante sin dalla fase pre-contrattuale e basata su strumenti di intervento diversificati ed incisivi.¹⁸⁶

¹⁸⁶ *Convegno CNEL del 12 luglio 2012, La tutela del consumatore di servizi bancari e finanziari: quadro normativo e competenze della Banca d'Italia*, intervento del Vice Direttore Generale della Banca d'Italia

CAPITOLO III

LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

NEL SETTORE BANCARIO

SOMMARIO: 1. – Il sistema bancario, la crisi economica e le pratiche commerciali scorrette – 2. Il giudizio di scorrettezza e la diligenza professionale esigibile dall'operatore bancario nella giurisprudenza dell'AGCM – 3. La giurisprudenza dell'AGCM: le pratiche commerciali scorrette nel settore bancario – 4. Divieti generali e regolamentazione speciale degli operatori bancari: contrasti e competenze – 5. Le Plenarie del Consiglio di Stato – 6. Rilievi critici e recenti orientamenti: il comma 1°-bis dell'art. 27 del Codice del Consumo

1. Il sistema bancario, la crisi economica e le pratiche commerciali scorrette

L'attuale sistema di mercato, nella quotidiana offerta professionale di beni e servizi, si caratterizza oggi più che mai, per la "fisiologica" presenza di condotte di agganciamento del cliente, di sfruttamento del medesimo ed, allo stesso tempo, di soddisfacimento dei suoi bisogni di consumo.

Tali condotte, se meramente opportunistiche, hanno come diretta conseguenza quella di frustrare l'agire di consumo, di danneggiare la clientela, anche in senso patrimoniale, nonché di ledere indirettamente i concorrenti meno spregiudicati e la stessa economia di mercato.

Ponendo in essere tali pratiche gli operatori che ne fanno ricorso, possono così eludere il confronto concorrenziale basato sui meriti, finendo con il tempo per ridurre il tasso di fiducia che alimenta le transazioni ed, a lungo andare, causando un'inevitabile depressione dei traffici e dei mercati.¹⁸⁷

Peraltro, le pratiche commerciali scorrette, risultano essere particolarmente pericolose quando riguardano l'offerta di beni o servizi bancari in senso lato, e ciò per molteplici ragioni.

In effetti, i prodotti offerti dal canale bancario sono assai diffusi ed interessano un'ampia fascia di clientela, per la quale tra l'altro, possono anche rivelarsi indispensabili; oltretutto, tali prodotti sono anche oggetto di un'offerta cospicua, poco diversificata e difficile da valutare, sia in termini di qualità che di convenienza. Senza contare che la stessa contrattualistica di riferimento, spesso è complessa a tal punto da risultare di difficile interpretazione anche per il consumatore assai istruito, avveduto e consapevole.¹⁸⁸

In ragione di ciò, fra imprese bancarie e consumatori, di regola, vengono ad instaurarsi relazioni commerciali fortemente squilibrate e quindi, strumentalizzabili dal professionista, che può con

¹⁸⁷ A. GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario. Gli interventi dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in AA.VV. (a cura di) P. Marano e V. Meli, *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Giappichelli, 2011, p. 41 e ss.

¹⁸⁸ A. GENOVESE, op. cit., p. 42 e ss

estrema facilità porre in essere circostanze e modi atti ad “ingannare” o “aggreddire” commercialmente il cliente al solo fine di trarne un maggior profitto.

Inoltre, l'intrinseca pericolosità di alcuni atteggiamenti commerciali sta nel fatto che alcune pratiche scorrette poste in essere nel settore bancario, sono idonee a sviluppare tipiche criticità di settore, tali da potersi diffondere anche ad altri ambiti, così trasformandosi in vere e proprie criticità di sistema.¹⁸⁹

Difatti si rivela importante valutare, dato il periodo economico che stiamo attualmente vivendo, il rapporto che intercorre tra fasi di criticità del mercato e pratiche commerciali scorrette bancarie. Va in effetti considerato che proprio nel settore bancario e creditizio, mentre talune pratiche commerciali scorrette possono costituire l'elemento scatenante di crisi del sistema, altre al contrario, possono trarre beneficio ed impulso, nell'immediato, proprio da congiunture di crisi di sistema.¹⁹⁰

La crisi economica, intesa quale evento, si caratterizza per la presenza una domanda che abbraccia quella dei consumatori più deboli e manipolabili, in quanto aggrava lo stato di bisogno di credito della clientela già normalmente indotta a ricorrere a tale genere di finanziamento e, nel contempo, amplia in modo repentino la platea di tali soggetti.¹⁹¹

In quest'ottica, è la stessa congiuntura di crisi di cui sopra a rendere necessario nel settore bancario un urgente ed effettivo controllo, nonché pratico contrasto alle condotte commerciali scorrette poste in essere, e ciò in quanto, la crisi stessa porta tale genere di professionisti ad avere un approccio ancor più spregiudicato nei confronti di una clientela oggi facilmente manipolabile; oltretutto, un maggiore controllo è essenziale anche per la ripresa del mercato stesso, a tutela del fattore fiducia nell'affidabilità, nella correttezza e nella stabilità del settore bancario medesimo.¹⁹²

Il contrasto alle pratiche commerciali scorrette relative al settore bancario, per tutte le ragioni sopra dette, si presenta come una priorità specifica dell'azione amministrativa a tutela dei consumatori, e ciò trova adeguato riscontro anche nella stessa attività dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, dal momento che il settore bancario risulta ad oggi, per il numero di provvedimenti assunti, secondo solo al settore delle telecomunicazioni.

E' in effetti innegabile che l'AGCM ha assunto, in ambito bancario, alcune delle sue più significative, ed allo stesso tempo discutibili, decisioni basate sul Codice del Consumo, con cui sono

¹⁸⁹ in A. GENOVESE, op. cit., p. 42 si legge “...omissis...E' noto che all'origine delle presente crisi finanziaria ed economica globale vi sono state, oltre a carenze di regolazione dei mercati finanziari, scorrette condotte di agganciamento e sfruttamento dei consumatori da parte di intermediari del credito, particolarmente avidi e spregiudicati. I famigerati mutui subprime americani (poi cartolarizzati ed immessi nel circuito finanziario mondiale, che ne è stato infettato) sono stati accordati ed elevatissimo tasso d'interesse, a clienti privi di merito creditizio – ossia privi di adeguate possibilità di rimborso – attirati in trappola anche da subdole pubblicità...omissis...”; P.A. MCCOY, *Il Contagio dei subprime*, in (a cura di) M. Rispoli Farina-G. Rotondo, *La crisi dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2009, p.25; L. FIORE, *I mutui subprime: dal prestito predatorio ai fasti, ed ai disastri, della finanza cartolare*, ivi, p.85

¹⁹⁰ A. GENOVESE, op. cit., p. 42 e ss

¹⁹¹ A. GENOVESE, op. cit., p. 42 e ss; Relazione annuale AGCM per il 2009, del 31 Marzo 2010, presentata al Parlamento il 15 Giugno 2010, p. 248; L. FIORENTINO, *Autorità Garante e tutela dei consumatori nel settore bancario e finanziario*, Interventi ABI, Dimensione Cliente 2010, *La Customer Experience nel mercato Retail*, 25 marzo 2010.

¹⁹² A. GENOVESE, op. cit., p. 43 e ss

stati fissati importanti punti fermi in materia, tra cui la specificazione del concetto di diligenza professionale esigibile dall'operatore bancario; sebbene incorrendo, talune volte, in estremizzazioni che hanno portato alcuni provvedimenti ad essere poi cassati dal Giudice amministrativo.¹⁹³

In altre occasioni invece, la giurisprudenza dell'AGCM ha trovato riscontro sia nelle valutazioni del Giudice amministrativo – con conferma dei provvedimenti impugnati dalle imprese – sia nelle disposizioni oggetto del Provvedimento del 21 luglio 2009, dove tra l'altro, viene espressamente riconosciuta la necessità di rafforzare la tutela della clientela bancaria mediante una disciplina sull'organizzazione e i controlli interni degli operatori, al fine così di intervenire laddove la disciplina della trasparenza dei rapporti non riesce da sola a garantire la lealtà delle relazioni banca-cliente.¹⁹⁴

2. Il giudizio di scorrettezza e la diligenza professionale esigibile dall'operatore bancario nella giurisprudenza dell'AGCM

Dall'analisi della giurisprudenza dell'AGCM in tema di condotte commerciali scorrette poste in essere nel settore bancario, si evince che l'Autorità appare volta ad accrescere il livello di tutela e protezione garantito al consumatore dalla disciplina sui contratti bancari e ciò a mezzo di scelte interpretative di assoluto rilievo riguardanti gli elementi costitutivi della fattispecie, e precisamente: i) la contrarietà della pratica alla diligenza professionale di cui all'art. 18 lett. h) Cod. Cons.; ii) l'idoneità della pratica a falsare il comportamento del "consumatore medio".¹⁹⁵

Riguardo al primo elemento, l'Autorità Garante ha stabilito che è possibile esigere dall'istituto bancario, in quanto organizzato per svolgere la propria attività con un alto livello di diligenza professionale interna, pari grado di diligenza esterna (correttezza) nei rapporti con la clientela.

L'AGCM dunque, basandosi su quanto stabilito dalla normativa settoriale, che disciplina lo svolgimento dell'attività bancaria, e dalla normativa generale, che vieta le pratiche commerciali scorrette, conclude che banche ed intermediari, quando interagiscono con i consumatori, sono tenute ad osservare standard di correttezza professionale parimenti elevati ai protocolli adottati internamente per perseguire gli scopi della loro attività.¹⁹⁶

In ragione di quanto statuito dall'AGCM, la diligenza che la clientela può dunque attendersi dalle imprese bancarie è quella di volta in volta adeguata a garantire la necessaria "protezione", ovvero quella diligenza indispensabile a neutralizzare i rischi commerciali connessi al forte squilibrio che caratterizza la relazione banca-cliente.¹⁹⁷ Pertanto, tale diligenza professionale bancaria dovrà essere

¹⁹³ A. GENOVESE, op. cit., p. 43 e ss

¹⁹⁴ A. GENOVESE, op. cit., p. 47 e ss

¹⁹⁵ A. GENOVESE, op. cit., p. 44 e ss

¹⁹⁶ A. GENOVESE, op. cit., p. 44 e ss

¹⁹⁷ in A. GENOVESE, op. cit., p. 45 alla Nota n. 6 si legge "*cf. L. Fiorentino, op. cit., parla di una sorta di "dovere di soccorso" del cliente che incomberebbe sulle banche nelle varie fasi del rapporto con il consumatore*"

tanto più elevata quanto più elevata si presenti l'asimmetria informativa specifica in cui versa il consumatore, che pur essendo sempre particolarmente accentuata, può variare di intensità in ragione della complessità del rapporto interessato dalla pratica o dalla scarsa o elevata frequenza con cui il consumatore ricorre ad alcuni servizi o prodotti.

In sostanza, la diligenza professionale che l'ordinamento richiede all'operatore bancario si individua grazie al parametro della legalità specifica dell'attività esercitata, benché non si esaurisca nell'osservanza delle prescrizioni di settore, se e quando queste non siano in grado di rendere privi di efficacia i rischi dell'asimmetria.¹⁹⁸

Il canone di diligenza imposto all'operatore bancario si rivela dunque "specifico", perchè funzionale alla salvaguardia di uno specifico interesse, ed oltre a ciò poichè, nell'interazione con il consumatore, il professionista bancario sarà sempre tenuto ad adeguarsi diligentemente alle specifiche le circostanze del caso, riconducibili: 1) da un lato, al livello di "reattività" della domanda e, dall'altro, 2) alle caratteristiche dell'organizzazione industriale dell'offerta.¹⁹⁹

Il secondo novero di circostanze, quelle attinenti l'organizzazione industriale dell'offerta, riguarda le "caratteristiche dell'offerta"; offerta che, il professionista bancario dovrà effettuare tenendo costantemente sotto controllo i propri "terminali commerciali", in modo tale da poter così prevenire anche possibili ed occasionali disservizi.²⁰⁰

E' bene sottolineare che l'AGCM, nello svolgimento della propria attività di vigilanza e controllo, ha preso posizione anche in tema di soglia minima di rilevanza della condotta (cd. soglia *de minimis*) affinché sia integrata una pratica commerciale, adottando un'interpretazione della disciplina particolarmente stringente per l'operatore.

Difatti, in base a quanto stabilito dall'Autorità, nel settore bancario può integrare gli estremi di una pratica commerciale scorretta anche quella pratica commerciale che, nel rispetto delle note condizioni di "scorrettezza", si riveli come occasionale e rivolta a pochi consumatori (perfino uno soltanto), a condizione che si tratti di una condotta potenzialmente sistematica, in quanto frutto di soluzioni (o disfunzioni) organizzative in essere, non corrette e rettificabili.²⁰¹

Proprio in ragione di ciò, banche ed intermediari sono quindi tenuti a dotarsi di un'organizzazione in grado di implementare attivamente, con la massima efficacia e tempestività possibile, la diligenza delle condotte dei cosiddetti "terminali commerciali"²⁰² che, in tale ottica, assumono un ruolo essenziale nell'evoluzione dei rapporti con la clientela.

Il primo novero di circostanze, quelle inerenti alla "reattività" della domanda, è invece correlato alle "caratteristiche della domanda", di cui il professionista deve diligentemente tenere conto.

¹⁹⁸ A. GENOVESE, op. cit., p. 45 e ss

¹⁹⁹ A. GENOVESE, op. cit., p. 46 e ss

²⁰⁰ A. GENOVESE, op. cit., p. 46 e ss

²⁰¹ A. GENOVESE, op. cit., p. 46 e ss

²⁰² cfr. PS1481 – BNL – Cancellazione ipoteca del 26 agosto 2009; A. GENOVESE, op. cit., p. 46 e ss

Questo gruppo di circostanze rileva altresì in sede di valutazione dell'idoneità di una pratica a falsare il comportamento del “consumatore medio”, requisito questo che unitamente alla contrarietà alla diligenza professionale configura la fattispecie vietata della pratica commerciale scorretta.²⁰³

Difatti, proprio riguardo a tale requisito, l'AGCM ha evidenziato che nel contesto bancario la “reattività della domanda” viene amplificata da due fattori specifici: da un lato, la vulnerabilità della clientela bancaria, che per necessità si rivolge all'istituto di credito, e dall'altro, la manipolabilità della clientela medesima, incapace di decodificare le informazioni sul prodotto e portata a fare un uso incontrollato ed inconsapevole del credito.

Tali fattori, nell'accentuare l'influenzabilità dell'agire di consumo del singolo cliente, amplificano oltre misura gli effetti pregiudizievoli della pratica commerciale scorretta posta in essere da banche ed intermediari.

Nel settore bancario pertanto, l'elevata influenzabilità del “consumatore medio” a cui si rivolge l'offerta, impone al professionista una maggiore diligenza, con doveri supplementari di attenzione e/o responsabilità. In tale contesto infatti, fornire alla clientela un'informativa incompleta o inappropriata integra una condotta commerciale di “grave” effetto distorsivo.²⁰⁴

In sostanza, l'analisi complessiva ed il ragionamento effettuato dall'Autorità sulla fattispecie delle pratiche commerciali scorrette in esame, porta a richiedere una particolare accortezza nella pubblicità informativa di prodotti e servizi bancari, e più in generale, porta ad esigere dall'operatore bancario un elevato grado di diligenza ed attenzione in ogni fase del rapporto con il consumatore, di tenore non inferiore a quello della diligenza professionale interna dell'azienda medesima ed, in ogni caso, idoneo a neutralizzare i rischi dell'asimmetria informativa specifica in cui versa il cliente. Come già accennato, il canone di diligenza dovuto è dunque un canone “specifico” che non si esaurisce nella mera osservanza della disciplina di settore, se e quando questa non sia sufficiente a scongiurare lo squilibrio informativo.

L'operatore bancario dovrà pertanto interagire con il consumatore adeguando diligentemente il proprio comportamento commerciale a circostanze specifiche, riconducibili alle caratteristiche dell'organizzazione industriale dell'offerta, nonché alla “reattività” ed alle caratteristiche della domanda, tenendo conto di fattori quali la vulnerabilità della clientela o la manipolabilità della medesima, che in un mercato fisiologicamente asimmetrico come quello bancario divengono criteri essenziali nel giudizio di scorrettezza di una pratica commerciale.

3. La giurisprudenza dell'AGCM: le pratiche commerciali scorrette nel settore bancario

²⁰³ A. GENOVESE, op. cit., p. 46 e ss

²⁰⁴ A. GENOVESE, op. cit., p. 47 e ss

I provvedimenti dell’Autorità in tema di accertamento di pratiche commerciali scorrette nel settore bancario sono vari e numerosi e, quasi per la totalità, incentrati sulla problematica dell’elevata diligenza professionale che il consumatore può esigere e motivatamente attendersi dall’operatore bancario e che, solitamente, non viene garantita.²⁰⁵

E’ opportuno evidenziare che la giurisprudenza dell’AGCM sulle condotte commerciali scorrette poste in essere nei settori regolati, si presenta come fortemente influenzata dai contenuti della normativa settoriale benché, nel contempo, essenzialmente volta ad ampliare lo standard di correttezza esigibile dal professionista attivo, in tal modo accrescendo anche il livello di protezione garantito al consumatore dalla stessa disciplina settoriale.²⁰⁶

Difatti, è proprio nell’attività di determinazione e concreta definizione del concetto ampio di diligenza professionale – attraverso la possibilità di colmare i vuoti che una disciplina analitica immancabilmente presenta – che viene ad identificarsi la specifica funzione della normativa sulle pratiche commerciali scorrette, in rapporto alla disciplina generale dei contratti e alle discipline di settore.²⁰⁷

In ogni caso, non bisogna dimenticare che l’AGCM trae dalla normativa di settore indicazioni utili a concretizzare la nozione di diligenza professionale esigibile dal professionista – in quanto “specificata” – sebbene, le vicende di tale regolamentazione settoriale spesso integrino più una dialettica di contrapposizione, che di convergenza con le istanze del Codice del consumo.²⁰⁸

L’attività di concretizzazione della diligenza professionale bancaria, nel giudizio sulla correttezza delle pratiche operato dall’AGCM, assume pertanto una valenza precettiva, che trascende le previsioni settoriali – che in ogni caso il professionista è tenuto ad osservare – e di cui, allo stesso tempo, tiene conto.²⁰⁹

Nel tentare di redigere un elenco casistico dei provvedimenti più importanti, sia a livello giurisprudenziale che collettivo, sembra opportuno analizzare, *in primis*, i provvedimenti che hanno interessato le pratiche commerciali scorrette di cui varie ed importanti aziende si sono rese responsabili, e precisamente quelli riguardanti l’offerta di servizi di “portabilità attiva e passiva” dei mutui ipotecari, prevista dall’art. 8 del D.lgs. 31 gennaio 2007, n. 7.²¹⁰

²⁰⁵ A. GENOVESE, op. cit., p. 48 e ss

²⁰⁶ intervento A.GENOVESE, *La concretizzazione del giudizio di scorrettezza delle pratiche commerciali rivolte ai consumatori nella giurisprudenza dell’AGCM relativa al settore bancario e il divieto di pratiche commerciali scorrette come principio generale dell’ordinamento*, in II^o Convegno Nazionale “Le clausole generali nel diritto commerciale ed industriale”, Orizzonti del diritto commerciale–Associazione Italiana dei Professori di Diritto Commerciale, Roma 11 febbraio 2011, p.9

²⁰⁷ cfr. PS4126 Barclays Bank – Rata di cauzione del 15 giugno 2010; intervento A.GENOVESE, *La concretizzazione del giudizio di scorrettezza delle pratiche commerciali rivolte ai consumatori nella giurisprudenza dell’AGCM*, op. cit., p.9

²⁰⁸ intervento A.GENOVESE, *La concretizzazione del giudizio di scorrettezza delle pratiche commerciali rivolte ai consumatori nella giurisprudenza dell’AGCM*, op. cit., p.9

²⁰⁹ intervento A.GENOVESE, *La concretizzazione del giudizio di scorrettezza delle pratiche commerciali rivolte ai consumatori nella giurisprudenza dell’AGCM*, op. cit., p.8

²¹⁰ A. GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario. Gli interventi dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in AA.VV. (a cura di) P. Marano e V. Meli, p. 48 e ss

In questi ultimi anni, vari istituti di credito hanno assunto atteggiamenti differenti benché tutti genericamente restii a dare corso alla portabilità gratuita (attiva e passiva) dei mutui ipotecari, incorrendo così nel divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette.

Analizzando un caso per tutti – quello del marzo 2009 che ha interessato l'attività della Barclays Bank – è possibile osservare che l'Autorità ha ritenuto la prova “dialettica” della pratica scorretta proprio nell'anomalia per cui i clienti erano portati a fare ricorso a più onerose operazioni di sostituzione attiva del mutuo, piuttosto che alla più favorevole portabilità attiva del mutuo stesso. L'AGCM ricavava in tal senso la prova del fatto che la banca non forniva alla propria clientela un quadro informativo completo, né tantomeno esercitava quell'attività di cooperazione all'esercizio del diritto che la legge le aveva attribuito proprio in relazione alla portabilità attiva del mutuo.²¹¹

A tali operatori veniva perciò contestato da un lato, il divieto di pratiche ingannevoli tipiche – quale l'omesso rilascio di informazioni di cui il cliente necessita per assumere decisioni commerciali consapevoli (art. 22 Cod. Cons.) – e dall'altro, il divieto di pratiche aggressive tipiche – integratesi nella frapposizione di ostacoli non contrattuali al cliente che intenda esercitare il diritto di risolvere un contratto o quello di mutare prodotto rivolgendosi ad altro professionista (art. 25 comma 1° lett. d) Cod. Cons.).

Nella fattispecie specifica relativa al caso Barclays Bank, veniva altresì contestata all'operatore bancario la pratica in ogni caso aggressiva consistente nell'omissione sistematica di dare risposta alla corrispondenza del consumatore con la sola finalità di tentare così di dissuaderlo dall'esercitare eventuali diritti (art. 26, comma 1°, lett. d) Cod. Cons.).

Nel caso in esame, l'Autorità valuta dunque come pratiche commerciali scorrette tutte le condotte tenute dai professionisti bancari – restii a dare corso alla portabilità del mutuo del mutuo, ostacolando o rendendo maggiormente oneroso il passaggio del cliente ad altra banca – che abbiano equivocato la portata della richiesta ricevuta dal consumatore, omettendo, nel contempo, di dare puntuali e tempestive risposte alle richieste di chiarimenti o informazioni della propria clientela.

L'AGCM ha considerato tali comportamenti commerciali, ripetuti nel tempo seppur non sistematici, come pratiche scorrette frutto della carenza di idonee precauzioni organizzative, tra l'altro giudicandole di “grave” entità, in quanto consistenti in atteggiamenti finalizzati a svuotare di contenuto una specifica tutela che il legislatore ha imperativamente previsto per il consumatore-mutuuario.²¹²

In ogni caso, sembra comunque possibile sostenere, che a prescindere dalla condotta commerciale tenuta dai vari istituti di credito, è la stessa legislazione settoriale analitica relativa alla portabilità attiva e passiva dei mutui ipotecari, prevista ai sensi dell'art. 8 del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, ad aver

²¹¹ cfr. PS740 – Barclays Bank Estinzione mutuo del 12 marzo 2009

²¹² A. GENOVESE, ult. op. cit., p. 49 e ss

alimentato nel tempo, data la sua struttura tecnicamente difettosa e lacunosa, diffuse pratiche commerciali che l'AGCM poi, come sopra meglio chiarito, ha ritenuto commercialmente scorrette. Ciò nonostante, molti dei provvedimenti assunti dall'AGCM su tale questione, tra cui quello in esame, non hanno superato il vaglio del giudice amministrativo e sono stati annullati sia dal TAR che dal Consiglio di Stato, i quali, rispettivamente in primo grado e in appello, hanno ritenuto di dover dare rilievo ad interventi legislativi settoriali successivi (vd. legge n. 2 del 2009) che, colmando le lacune esistenti, hanno reso tale regolazione un'esimente nella valutazione complessiva della diligenza della condotta delle banche.²¹³

Ulteriori pronunce dell'Autorità hanno ancora riguardato i contratti di mutuo ipotecario, seppur in riferimento alla scorrettezza di altre condotte commerciali ad essi inerenti.

In un caso, si è sanzionata la pratica dell'operatore bancario di spingere il cliente a ricorrere a servizi post vendita, resi a titolo oneroso da altri professionisti, e segnatamente da notai, per la cancellazione dell'ipoteca accesa contestualmente al mutuo, in luogo della procedura di cancellazione automatica e gratuita prevista dalla legge.²¹⁴

L'Autorità ha accertato nella suddetta fattispecie una "pratica" commerciale scorretta in quanto diretta ad ostacolare il consumatore in relazione all'esercizio di un proprio diritto ed altresì idonea a danneggiare economicamente il cliente, imponendogli spese non necessarie e procrastinando un vincolo, seppur meramente formale, volto ad ostacolare la libera circolazione del bene gravato da ipoteca.²¹⁵

Così pure nel caso di surroga passiva di un mutuatario ipotecario, è stato sanzionato il comportamento di alcuni istituti di credito che, in occasione della comunicazione dei conteggi relativi al debito residuo, richiedevano al cliente il pagamento di un'ultima rata di mutuo a titolo di cauzione, da restituirsi dopo l'incasso del capitale residuo conteggiato.²¹⁶

La richiesta di tale "cauzione" è stata ritenuta dall'Autorità, in ragione delle modalità concrete adottate – sistematica ripetizione della condotta, tempi lunghi ed incerti di restituzione della medesima, assenza di informativa al riguardo – una condotta contraria sia all'art. 8 del D.lgs. 31 gennaio 2007 n. 7,²¹⁷ sia alla diligenza professionale esigibile dall'operatore bancario,²¹⁸ che con tale

²¹³ cfr. TAR Lazio, sez. I, 6 aprile 2009 n. 3692; TAR Lazio, sez. I, 24 novembre 2009, n. 11589; cfr. Cons. Stato, sez. VI, sentenza n. 201009329 del 23 dicembre 2010; intervento A.GENOVESE, *La concretizzazione del giudizio di scorrettezza delle pratiche commerciali rivolte ai consumatori nella giurisprudenza dell'AGCM*, op. cit., p.8

²¹⁴ cfr. PS1130 – Intesa Sanpaolo Cancellazione ipoteca del 6 agosto 2009 e PS1481 BNL Cancellazione ipoteca del 26 agosto 2009; cfr. TAR Lazio, Sez. I, 19 maggio 2010, n. 12283

²¹⁵ A. GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario. Gli interventi dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in AA.VV. (a cura di) P. Marano e V. Meli, p. 50 e ss

²¹⁶ cfr. PS4126 Barclays Bank Rata cauzione del 16 giugno 2010; A. GENOVESE, ult. op. cit., p. 50 e ss

²¹⁷ in PS4126 Barclays Bank Rata cauzione del 16 giugno 2010, si legge "...omissis...In via preliminare si evidenzia che la portabilità dei contratti di mutuo è stata introdotta dall'art. 8 del c.d. Decreto Bersani, che, tra l'altro, sancisce la nullità di ogni patto che impedisca o renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione. La legge finanziaria per il 2008 ha precisato che la surrogazione "comporta il trasferimento del mutuo esistente, alle condizioni stipulate tra il cliente e la banca subentrante, con l'esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura". Gli adempimenti devono inoltre svolgersi "secondo procedure di collaborazione interbancaria improntate a criteri di massima riduzione dei tempi, degli adempimenti e dei costi connessi". Da ultimo è stato introdotto un termine massimo entro il quale perfezionare la procedura di portabilità e un risarcimento per i clienti in caso di ritardo."

comportamento oltretutto, arrecava al consumatore un effettivo pregiudizio patrimoniale, dovuto all'indisponibilità della somma data a titolo di "cauzione" per un lungo lasso di tempo, indeterminabile *ex ante*.²¹⁹

Un recente procedimento avviato dall'Autorità, conclusosi con l'accettazione degli impegni proposti dall'operatore bancario Barclays Bank PLC, ha nuovamente esaminato il comportamento del professionista consistente nell'aver posto in essere condotte finalizzate ad ostacolare il proprio cliente mutuatario nel trasferimento del finanziamento ad altro istituto bancario. Tra l'altro, la banca avrebbe anche ritardato il perfezionamento di operazioni di surroga - mediante l'adozione di comportamenti dilatori relativamente alle richieste dei clienti di rilascio del conteggio di estinzione anticipata del mutuo - che sarebbero state formalizzate secondo una tempistica significativamente più lunga rispetto a quella prevista dalla legge.²²⁰

La proposta di impegno presentata della Barclays Bank PLC – vertente da un lato, sul miglioramento dell'informativa al cliente sulla procedura di surroga passiva e dall'altro, sul miglioramento della procedura interna per il perfezionamento delle operazioni di surroga passiva – è stata accettata dall'AGCM in quanto l'Autorità ha ritenuto che gli impegni prospettati dal professionista fossero idonei a sanare i possibili profili di illegittimità della pratica commerciale contestati nella comunicazione di avvio del procedimento, rilevando in particolare, come le misure volte al miglioramento delle procedure e dei controlli specifici sulle surroghe passive, possano effettivamente contribuire ad accelerare ulteriormente il processo di trasferimento del finanziamento favorendo, in ultima analisi, la mobilità della clientela.

Oltre al procedimento già segnalato, che ha avuto a oggetto comportamenti della Barclays Bank PLC, l'Autorità è anche intervenuta in relazione alle condotte ostruzionistiche e dilatorie poste in essere dalla banca IW Bank che, nella fase di estinzione dei rapporti di conto corrente, non ha dato pronto seguito alle formali richieste di estinzione inoltrate dai consumatori, omettendo altresì di comunicare tempestivamente eventuali circostanze ostative all'esecuzione di dette disposizioni e, contempo, continuando ad addebitare alla clientela le spese connesse alla tenuta del conto.²²¹

²¹⁸ in PS4126 Barclays Bank Rata cauzione del 16 giugno 2010, si legge “...omissis...Con specifico riguardo alla valutazione del canone di diligenza professionale di cui all'art. 20 del Codice del Consumo, si ritiene che la richiesta di una rata di cauzione, nelle concrete modalità poste in essere da Barclays, con riferimento sia ai casi in cui la cauzione è incassata, sia ai tempi di restituzione della medesima, sia alla tipologia di informativa fornita alla clientela, non integri il normale grado di correttezza, competenza e attenzione che il consumatore avrebbe potuto ragionevolmente attendersi dal professionista, avuto riguardo alla sua rilevanza all'interno del settore bancario e alle caratteristiche dell'attività svolta. Deve inoltre ritenersi che la dimensione e il contenuto dei doveri di diligenza a carico delle banche debbano ricostruirsi tenendo conto del favor espresso dal legislatore per la portabilità gratuita dei mutui, nel senso di riconoscere uno specifico dovere a carico della banca di porre in essere procedure tali da garantire la gratuità della surroga.”

²¹⁹ in PS4126 Barclays Bank Rata cauzione del 16 giugno 2010, si legge “Con riferimento all'idoneità della pratica a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore e ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso, si osserva che questa vada apprezzata alla luce del pregiudizio economico complessivamente arrecato al medesimo. In merito si osserva che il carattere oneroso per il consumatore degli effetti del comportamento di Barclays, è atto a incidere sulle scelte di consumo, di investimento e di finanziamento del cliente, nei termini esposti in precedenza. Inoltre, se il consumatore fosse stato preliminarmente informato circa la prassi di Barclays, come effettivamente messa in atto, ciò avrebbe potuto condizionare sia la sua scelta in merito alla banca presso la quale accendere il mutuo, sia in merito alla surroga del mutuo, soprattutto con riferimento alla scelta della data di surroga.”

²²⁰ cfr. PS5419 Barclays Bank Tempistica surroga del 4 aprile 2013

²²¹ cfr. PS 7251 IWBank Mancata chiusura conti del 23 aprile 2013;

Anche in tal caso, si dunque confermato il consolidato orientamento del Consiglio di Stato – Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2011, n. 5368 – secondo il quale “*anche comportamenti successivi alla vendita del prodotto, nel caso di specie, relativi alla estinzione dei conti correnti, possano costituire pratiche commerciali scorrette*”; in altri termini, la legge impone al professionista il rispetto dell’obbligo di correttezza anche nelle fasi successive alla stipula del contratto e, quindi, anche nell’ambito delle vicende estintive del rapporto.²²²

L’attività dell’Autorità ha inoltre esaminato numerose pratiche commerciali relative all’offerta e all’erogazione di altri svariati servizi bancari.

A molti istituti bancari è stata infatti contestata la pratica commerciale scorretta consistente nella previsione e nell’applicazione della “commissione massimo scoperto” in assenza di qualsiasi informazione preventiva sulla natura della stessa e sulle relative modalità di calcolo, né attraverso la pubblicità, né a mezzo dei fogli informativi, né tantomeno con la documentazione contrattuale o periodica fornita alla clientela.²²³

In tale occasione come in altre, il provvedimento dell’Autorità ha portato ad un aggiornamento del quadro normativo di riferimento, a mezzo del quale le banche, a seguito della decisione dell’AGCM e dell’intervento del legislatore, hanno smesso di applicare la commissione di massimo scoperto in uso, e nel contempo, hanno introdotto per lo scoperto, un nuovo sistema di calcolo degli interessi che, seppure meno opaco, si è in definitiva rivelato un regime commissionale mediamente più oneroso per il consumatore.²²⁴

Un altro importante filone di attività dell’AGCM nel settore bancario riguarda la repressione della pubblicità scorretta di prodotti o servizi bancari.

²²² in Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Relazione annuale sull’attività svolta – 2014, pag. 59, si legge “*Nel settore bancario il giudice di primo grado ha ritenuto configurabile come pratica aggressiva la condotta ostruzionistica tenuta da Mediolanum S.p.a. nell’ambito delle operazioni di estinzione dei conti correnti, in quanto espletate con tempistiche lunghe e non prevedibili dai consumatori ai quali vengono addebitati i costi connessi alla tenuta del conto corrente sino alla data di estinzione contabile del rapporto. Si conferma un consolidato orientamento del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2011, n. 5368) secondo il quale anche comportamenti successivi alla vendita del prodotto (nel caso di specie, relativi alla estinzione dei conti correnti) possano costituire pratiche commerciali scorrette; in altri termini, la legge impone al professionista l’obbligo di correttezza anche nelle fasi successive alla stipula del contratto e, quindi, anche nell’ambito delle vicende estintive. Nello specifico la condotta con la quale si impedisce al correntista di interrompere il proprio rapporto contrattuale con la Banca, dilazionando in modo ingiustificato i tempi di chiusura del conto, agisce sul piano della libera determinazione da parte del consumatore di dirigere la propria scelta contrattuale nei confronti di un altro professionista e, dunque, sul piano della decisione commerciale. Osserva il giudice che se è vero, dunque, che non qualsiasi inadempimento a obbligazioni negoziali possa o debba sempre e comunque costituire una pratica commerciale scorretta, appare evidente che “allorquando si sia in presenza di un preordinato e seriale venir meno agli obblighi negoziali contratti - ovvero anche in fase antecedente alla conclusione del contratto si prometta una prestazione che si sa essere impossibile da fornire - si è ben lungi dal trovarsi al cospetto di un singolo inadempimento, od inesatto adempimento reprimibile in via (esclusivamente) negoziale ai sensi degli artt. 1176, 1453 del codice civile, ma, ove sussista il pericolo – come nella fattispecie in oggetto – di uno sviamento della scelta commerciale del consumatore la fattispecie integra pienamente (anche) quella della pratica commerciale scorretta (Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4800)”(Tar Lazio, 5 agosto 2013 n. 7837, Banca Mediolanum)”*

²²³ Cfr. PS1733 BNL Commissioni massimo scoperto del 23 dicembre 2008; A. GENOVESE, ult. op. cit., p. 50 e ss

²²⁴ in A. GENOVESE, ult. op. cit., p. 51 e ss, si legge “*Con la legge 28 gennaio 2009, n. 2 di conversione del D.L. n. 185/2008, è stata ridisciplinata la commissione di massimo scoperto...omissis...Dopo tali modifiche, l’AGCM ha ritenuto che il codice del consumo non consentisse interventi sulle condizioni economiche proposte dalle banche, ma ha segnalato al Parlamento, al Governo e alla Banca d’Italia “gli effetti economici negativi in termini di crescita dei costi per i clienti delle commissioni che hanno sostituito quelle di massimo scoperto” Le banche infatti, dopo le decisioni dell’AGCM e l’intervento del legislatore, hanno sì eliminato la commissione di massimo scoperto in uso ma hanno anche introdotto per lo scoperto un nuovo, ed in definitiva mediamente più oneroso seppure meno opaco, regime commissionale.*”

In tale contesto l’Autorità, nel confermare le precedenti posizioni assunte, ha continuato a perseguire le comunicazioni commerciali ambigue ed idonee ad alimentare nel cliente convinzioni non corrette, quelle volte a coinvolgere il consumatore in attività che altrimenti non avrebbe intrapreso, nonché quelle dirette a sfruttare la debolezza psicologica di chi è nella necessità di fare ricorso al credito.²²⁵

Nelle decisioni dell’AGCM in materia, oltretutto, trova ulteriore conferma l’assunto per cui la pubblicità di prodotti o servizi bancari, se è informativa, dovrà sempre avere ad oggetto dati ed informazioni complete e veritiere sulle caratteristiche economiche del prodotto e/o servizio offerto.²²⁶

In particolare, importanti deliberazioni sono state assunte in relazione all’offerta di finanziamenti, per i quali l’operatore veniva sanzionato a causa di pubblicità che promettevano finanziamenti facili da ottenere oppure acconti immediati, in realtà solo eventualmente concessi ad insindacabile giudizio della finanziaria.²²⁷

Numerosi provvedimenti dell’Autorità hanno riguardato anche l’offerta del servizio di deposito, in cui ad essere sanzionata era la pubblicità commerciale riferita ad elevati rendimenti sulle somme depositate, promessi senza condizione alcuna, che in realtà risultavano subordinati a requisiti stringenti.²²⁸

²²⁵ A. GENOVESE, ult. op. cit., p. 51 e ss

²²⁶ A. GENOVESE, ult. op. cit., p. 51 e ss

²²⁷ cfr. PS668 Findomestic Sollecitazione alla richiesta di finanziamento del 18 dicembre 2008; cfr. PS7684 Dream Money Pubblicità finanziamenti del 21 marzo 2012 in cui si legge *“Il messaggio riporta, oltre alla denominazione e ai riferimenti dell’impresa, un prospetto illustrativo dei piani di rimborso di alcuni prestiti con l’indicazione dei relativi importi e delle singole rate di rimborso. Con una scritta in piccolo, nella parte alta del volantino, è riportato “TAE/G min 10% - max 24% variabili in funzione del piano di ammortamento, anzianità di servizio ed età del richiedente”. Il messaggio pubblicitario inoltre la possibilità di ottenere finanziamenti “Facili e veloci con anticipi immediati” e prestiti anche per “protestati, pignorati e cattivi pagatori”. Sul lato destro del volantino si trova un numero “UIC” e un numero “MC”...omissis...In realtà, il professionista non eroga direttamente i finanziamenti pubblicizzati, non essendo un soggetto abilitato a svolgere tale attività. Anche ove si servisse di un mediatore creditizio o di un agente in attività finanziaria per offrire i servizi pubblicizzati, si limiterebbe a proporre finanziamenti erogati da altri soggetti. Pertanto, sotto tale profilo il messaggio risulta ambiguo e idoneo a indurre in errore i destinatari in merito alla qualifica dell’operatore pubblicitario, in quanto suscettibile di ingenerare nel lettore il convincimento che l’impresa sia in grado di provvedere direttamente alla prestazione dei finanziamenti. 14. Con riguardo alle caratteristiche dei finanziamenti pubblicizzati, il professionista lascia intendere di poter erogare finanziamenti, anche in via immediata, ad una vasta gamma di soggetti tra i quali anche coloro che presentano tipicamente un limitato merito creditizio.”*

²²⁸ Cfr. PS2431 Barclays Bank Scegli il 5% netto del 16 aprile 2009; in PS8712 Unicredit Conto risparmio sicuro dell’11 giugno 2013, si legge *“...omissis...Pertanto, i messaggi oggetto del presente procedimento sono idonei ad indurre in errore i consumatori con riguardo all’effettivo rendimento ottenibile complessivamente dal prodotto e alle sue caratteristiche, in quanto omettono di fornire tutte le informazioni essenziali per effettuare un scelta finanziaria consapevole. In particolare, i messaggi omettono di specificare, o non evidenziano o con sufficiente chiarezza, che il tasso di interesse massimo, superiore a quello offerto nel medesimo periodo da operatori concorrenti per conti di deposito con vincolo a dodici mesi, è riconosciuto, in realtà, solo ad esito di un vincolo di lunga durata, ovvero di cinque anni, ed esclusivamente per il quinto anno. Inoltre, in nessuno dei messaggi considerati vengono specificati i tassi di interesse, sensibilmente inferiori, riconosciuti negli anni precedenti al quinto. Infine, i messaggi non rappresentano in modo sufficientemente chiaro altre caratteristiche peculiari di tale conto di deposito, come l’esistenza di un vincolo minimo di diciotto mesi delle somme depositate, di limitazioni rispetto alla possibilità di svincolare le somme successivamente a tale data, nonché l’esistenza di un plafond minimo del conto...omissis...”; in PS8510 Banco Posta Promo 4% del 30 maggio 2013, si legge *“...omissis...Per le ragioni esposte, la pratica commerciale posta in essere da Poste Italiane, deve ritenersi ingannevole, inducendo il consumatore, cui vengono prospettati i vantaggi di un rendimento certo ed indubbiamente elevato rispetto a quello mediamente presente sul mercato, ad aderire all’offerta, senza però dare evidenza delle limitazioni connesse a tale offerta, peraltro particolarmente stringenti e in relazione alle quali risulta estremamente difficoltoso determinare il proprio comportamento. Peraltro, sebbene il professionista reputi che i dati forniti evidenzino che il [50-90%] dei consumatori ha compreso la promozione e ne ha beneficiato (considerando il rapporto tra il numero di consumatori che hanno ottenuto il tasso del 4% a dicembre 2012 e coloro che avevano soddisfatto i requisiti della promozione al marzo 2012), si osserva che, in realtà, tra i consumatori che sono stati potenzialmente danneggiati dalla natura scorretta della pratica, e probabilmente con maggiore intensità, occorre sicuramente conteggiare coloro, difficilmente censibili, tra i 5 milioni di correntisti di**

L'AGCM in alcune occasioni ha sanzionato altresì l'inadeguatezza di attività informative non strettamente pubblicitarie, ovvero la condotta di taluni operatori o mediatori che, nella fase precontrattuale o di perfezionamento del contratto di credito al consumo o di mediazione creditizia, hanno fornito al consumatore informazioni inesatte, incomplete, ambigue ed intempestive.²²⁹

In altri casi ancora, la scorrettezza della pubblicità commerciale è stata correlata ad una scorrettezza nella redazione dei "fogli informativi" messi a disposizione della clientela, per l'ambiguità dell'indicazione e della descrizione dei meccanismi relativi al calcolo del TAEG e del TAN dell'operazione o del servizio offerto, oppure per ingannevoli imprecisioni nell'indicazione di spese poi addebitate al cliente.²³⁰

Tra le condotte sanzionate relative all'offerta di servizi, un celebre provvedimento dell'AGCM è quello adottato con la decisione PS2940 Ducato Carta revolving del 3 settembre 2009, con cui venivano contestate al professionista molteplici pratiche scorrette ed in particolare, la condotta commerciale con cui effettuava l'abbinamento ad una linea di credito richiesta, di un'altra linea di

Poste Italiane che potenzialmente potevano beneficiare del 4%. Tale categoria di clienti potrebbe aver aperto un nuovo conto o depositato nuove somme su uno già esistente, tratti in inganno dalla campagna pubblicitaria che prometteva il tasso del 4% e successivamente non hanno soddisfatto nemmeno le condizioni previste al marzo 2012. 37. La pratica commerciale in esame deve, inoltre, ritenersi non conforme al livello di diligenza professionale ragionevolmente esigibile nel caso di specie, in considerazione sia dell'importanza del professionista sia della rilevanza delle carenze informative riscontrate...omissis..."; A. GENOVESE, ult. op. cit., p. 52 e ss

²²⁹ A. GENOVESE, ult. op. cit., p. 52 e ss; in PS3562 Mutuonet Costo apertura pratica del 25 novembre 2009, si legge "...omissis...In secondo luogo, al di là delle prescrizioni di forma che la legge prevede a tutela del consumatore, le risultanze istruttorie evidenziano che ciò che la società definisce "comportamento concludente" non costituisce l'accettazione di alcuna proposta contrattuale da parte del consumatore. L'Attestazione di avvenuta consegna altro non è che una dichiarazione di "aver preso in consegna l'avviso e il foglio informativo", come peraltro si evince dal tenore testuale del documento, e la sua sottoscrizione, unitamente all'invio della documentazione anagrafico-reddituale e all'autorizzazione al trattamento dei dati personali, non può certamente ritenersi idonea ad integrare una manifestazione di volontà del consumatore a stipulare un contratto di mediazione creditizia con la società destinataria del presente provvedimento, né tanto meno può rappresentare un indice della consapevolezza dello stesso consumatore di concludere un contratto. 19. Alla luce di tale premessa, non stupisce l'elevato numero di "recessi" pervenuti, quantificati dalla parte nel 15-20% dei contratti considerati conclusi dalla società in circa un anno di attività; tale dato testimonia che le modalità con cui tali contratti si ritengono stipulati prescindono in realtà dall'acquisizione del consenso del consumatore in modo chiaro e inequivocabile...omissis... 21. Le modalità con cui l'Avviso – Foglio Informativo viene reso disponibile al consumatore risultano piuttosto confuse, intempestive e non chiaramente collocabili all'interno dell'iter procedurale sopra descritto. 22. Esso viene inviato al consumatore per posta prioritaria o, più raramente, via e-mail e comunque solo dopo aver "accertato un effettivo interesse al prodotto proposto". Non costituisce, pertanto, un'informativa a disposizione del pubblico, che il consumatore deve avere a disposizione per effettuare consapevolmente la propria decisione di natura commerciale, ma configura invece un documento "riservato" a coloro che mostrino la volontà di procedere nelle trattative, volontà che evidentemente non si è formata sulla base delle informazioni in esso contenute, poiché celate a tutti coloro che non abbiano fattivamente manifestato un concreto interesse...omissis...24. Non può essere evidentemente condivisa la dichiarazione della società secondo cui l'invio a margine dell'Avviso – Foglio Informativo, che avviene solitamente a mezzo posta prioritaria, è stato scelto "proprio per evitare che il consumatore possa contestare di non aver avuto detta informazione e di aver sottoscritto il documento di presa visione, inviato assieme ai documenti richiestigli con la e-mail di benvenuto, senza aver letto effettivamente il documento". Al contrario, la prassi adottata dalla società favorisce la sottoscrizione e l'invio dell'Attestazione di avvenuta consegna indipendentemente da una qualunque verifica circa la reale disponibilità del documento presso il consumatore...omissis..."

²³⁰ A. GENOVESE, ult. op. cit., p. 52 e ss; cfr. PS1904 Che banca! Spot televisivo del 16 settembre 2009; in PS2480 BNL Spese istruttoria fido del 04 luglio 2012, si legge "...omissis...Ad alcuni clienti non sono state applicate le spese di istruttoria nella misura indicata nel corpo del testo dei fogli informativi e dei documenti di sintesi, ma nella maggior misura (generando maggiori introiti per 19.000 euro) indicata in una nota scritta in piccoli caratteri unitamente a svariate ulteriori informazioni, senza alcuna informativa ex ante. Pertanto, non solo il consumatore poteva arrivare difficilmente a comprendere che vi era la possibilità che venissero applicate spese maggiori di quelle riportate nel corpo del testo, ma non era in ogni caso possibile sapere ex ante quale era la propria categoria di appartenenza e quindi in che misura si sarebbero dovute pagare le spese di istruttoria. Dalle evidenze agli atti è possibile far risalire tale comportamento, tanto più censurabile in quanto implicante l'applicazione ad alcuni clienti di prezzi maggiori per disfunzioni attribuibili al solo professionista, al luglio 2009. Inoltre, il comportamento, che agli atti risulta da ultimo nei fogli informativi datati 30 maggio 2012, potrebbe perdurare tutt'oggi, pur in presenza di un'indicazione nel corpo del foglio informativo di spese di istruttoria pari a zero. 27. Per quanto esposto il comportamento descritto appare configurare una pratica commerciale ingannevole ai sensi dell'articolo 21 del Codice del Consumo, essendo idoneo ad indurre il consumatore in errore con riguardo al costo effettivo del rapporto di credito...omissis..."

credito non richiesta dal cliente, in forza di una clausola contenuta nei moduli contrattuali sebbene non espressamente sottoscritta dal consumatore.²³¹

In un caso analogo più recente, anch'esso conclusosi con un giudizio di scorrettezza della pratica commerciale posta in essere, l'Autorità ha ulteriormente rimarcato l'evidente carenza informativa del cliente circa il fatto che la sottoscrizione del contratto "voluto" comportasse anche la richiesta, oltre al prestito finalizzato all'acquisto del bene o servizio, di una linea di credito *revolving*, utilizzabile con carta di credito, e caratterizzata da differenti e specifiche condizioni economiche.

Nella fattispecie in esame, la sottoscrizione del contratto di un prestito finalizzato comporta dunque una mera presa d'atto, ben mascherata, della facoltà del professionista di "concedere" un'altra linea di credito con carta, senza che di ciò venga richiesta una specifica approvazione al cliente.

Il consumatore quindi, si trova nella situazione di poter finanziare l'acquisto del bene o del servizio desiderato, senza tuttavia potersi "sottrarre" alla "richiesta" della linea di credito *revolving*, dal momento che la stessa struttura contratto, non solo è carente di qualsiasi adeguata informativa al riguardo, ma oltretutto, non prevede neppure la possibilità per il consumatore di richiedere esclusivamente la concessione del prestito finalizzato all'acquisto, sola e unica ragione per cui il cliente si è rivolto all'operatore.²³²

Come si evince dalla relazione annuale, nel corso dell'anno 2013 l'AGCM ha monitorato la correttezza delle condotte e delle comunicazioni commerciali delle banche, degli operatori del settore del credito al consumo, dei servizi finanziari e del recupero crediti, in parte consolidando orientamenti già emersi nel corso degli ultimi anni ed comunque approfondendo ulteriori tematiche divenute sempre più attuali alla luce del contesto economico e sociale.²³³

Come è possibile notare anche dalla casistica riportata nel presente paragrafo, con riferimento ai procedimenti conclusi nel settore dei servizi bancari, l'Autorità ha articolato la propria attività di *enforcement* principalmente vigilando sugli ostacoli posti dai professionisti alla mobilità della clientela con riferimento ai conti correnti e ai mutui, oltre che valutando la completezza e trasparenza delle promozioni commerciali e dell'informativa pre-contrattuale fornita ai consumatori.²³⁴

Inoltre, proprio in ragione del particolare periodo di crisi congiunturale che stiamo attraversando, l'AGCM ha prestato una particolare attenzione a tutte quelle pratiche commerciali rivolte a categorie di consumatori che versano in situazioni di difficoltà/necessità patrimoniale,

²³¹ cfr. PS7366 Compass Carta di credito non richiesta del 23 ottobre 2012 si legge "*...omissis...Il procedimento concerne il comportamento posto in essere dal professionista, consistente nel fatto che Compass, Linea ed Equilon avrebbero concluso contratti di finanziamento nella forma del prestito personale o finalizzato all'acquisto di beni e servizi presso i rivenditori convenzionati senza informare adeguatamente i consumatori che la sottoscrizione del contratto comportava altresì la richiesta di concessione di una linea di credito revolving a tempo indeterminato, utilizzabile anche mediante una carta di credito. Tali carte sarebbero state emesse ed inviate ai consumatori, anche molto tempo dopo la sottoscrizione del finanziamento originario, senza aver preventivamente acquisito, in modo chiaro e inequivocabile, il loro consenso...omissis...*"

²³² cfr. PS7366 Compass Carta di credito non richiesta del 23 ottobre 2012

²³³ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Relazione annuale sull'attività svolta – 2014, pag. 18 e ss

²³⁴ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Relazione annuale sull'attività svolta – 2014, pag. 20 e ss

monitorando, ad esempio, l'offerta dei servizi di finanziamento come pure di "allettanti" servizi di deposito.

Alcune importanti criticità sono state poi individuate nell'abbinamento di prodotti assicurativi e prodotti di finanziamento e, precisamente, nell'applicazione di premi sui prodotti assicurativi - offerti congiuntamente ai finanziamenti - superiori a quelli di prodotti analoghi distribuiti sul mercato tramite canali diversi da quelli delle banche e degli operatori finanziari interessati.²³⁵

In questi casi il prodotto assicurativo viene asservito a "garanzia" del credito concesso, così permettendo l'accesso alle operazioni di credito ad una più vasta fascia di soggetti ed in un maggior numero di casi.

L'analisi e l'intervento dell'Autorità ha dunque riguardato l'eventuale impatto sulla clientela della vendita congiunta di prodotti finanziari e assicurativi, dal momento che l'abbinamento può rivelarsi scorretto sotto vari e molteplici profili.²³⁶

In relazione a tale fattispecie, spesso viene contestata all'operatore la scorrettezza di alcune pratiche commerciali consistenti nell'attivazione automatica della polizza senza un preciso consenso del cliente o nell'insufficienza dell'informativa fornita al consumatore in occasione di prodotti misti.

Si è altresì contestata al professionista la condotta commerciale consistente nel proporre, ed in ogni caso, nel vincolare, una determinata operazione finanziaria, alla sottoscrizione di un prodotto assicurativo le cui caratteristiche risultino inadeguate rispetto alle esigenze del singolo cliente; rivelandosi piuttosto, appropriate alle esigenze dell'intermediario-beneficiario o del gruppo bancario assicurativo di cui l'intermediario fa parte, così ponendosi l'operatore in un "*pericoloso conflitto di interesse con il cliente*".²³⁷

Si pensi ad esempio al caso di assicurazioni abbinate a contratti di mutuo bancario, che in talune ipotesi diventano, per come sono congegnate, veri e propri ostacoli all'applicazione della normativa in tema di portabilità ed estinzione anticipata dei mutui.²³⁸

In merito, è opportuno ricordare – sebbene tale importante presa di posizione è stata poi "ridimensionata" da una decisione del TAR Lazio del 27 ottobre 2010 – che con il Regolamento Isvap n. 35 del 26 maggio 2010, concernente la disciplina degli obblighi di informazione e della pubblicità dei prodotti assicurativi di cui al Titolo XIII (trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato) del d.lgs 7 settembre 2005 n. 209 – Codice delle assicurazioni private, si è tentato di rimuovere il suddetto conflitto di interessi imponendo un esplicito divieto di assumere contemporaneamente la qualifica di beneficiario o vincolatario delle prestazioni assicurative e quella di intermediario nella conclusione del contratto di assicurazione. Intento questo che ha trovato la trovata successiva conferma nel Provvedimento Isvap numero 2946 del 6 dicembre 2011 (il

²³⁵ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Relazione annuale sull'attività svolta – 2014, pag. 19 e ss

²³⁶ cfr. PS4755 BNL e Cardif Polizza collegata al mutuo del 25 luglio 2012;

²³⁷ si legge in A. GENOVESE, ult. op. cit., p. 54 e ss

²³⁸ A. GENOVESE, ult. op. cit., p. 55 e ss

“Provvedimento”), con cui veniva imposto agli intermediari assicurativi – ivi inclusi pertanto gli istituti eroganti il credito laddove svolgenti attività di intermediazione assicurativa – di astenersi dall’assumere contemporaneamente la qualifica di intermediario assicurativo, da un lato, e di beneficiario o vincolatario dei contratti assicurativi, dall’altro lato, considerandola come un’ipotesi di “conflitto inevitabile”.²³⁹

Con la previsione di cui all’art. 28 del d.l. n. 1/2012, convertito con la legge n. 27/2012, è stato altresì stabilito che *“le banche, gli istituti di credito e gli intermediari finanziari se condizionano l’erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo alla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita sono tenuti a sottoporre al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi non riconducibili alle banche, agli istituti di credito e agli intermediari finanziari stessi. Il cliente è comunque libero di scegliere sul mercato la polizza sulla vita più conveniente che la banca è obbligata ad accettare senza variare le condizioni offerte per l’erogazione del mutuo immobiliare o del credito al consumo”*.

In tale complesso quadro normativo, che rispecchia la relazione complicata che intercorre tra mutui e polizze assicurative, si è infine giunti al più recente intervento del legislatore italiano che ha introdotto nel Codice del Consumo, all’art. 21, comma 3 *bis*, la previsione che classifica come pratica commerciale illecita tipica l’imposizione di tali vincoli assicurativi vincolanti che precludono al consumatore di avvalersi di alternative più vantaggiose.²⁴⁰

Rimanendo in ogni caso ferma l’esigenza di una valutazione approfondita sull’impatto di tale disposizione e sul coordinamento della stessa con altre disposizioni normative, è comunque possibile osservare preliminarmente che la nuova disciplina appare in linea con il regime ed i principi di cui alla direttiva 29/2005/CE in materia di pratiche commerciali sleali.²⁴¹

4. Divieti generali e regolamentazione speciale degli operatori bancari: contrasti e competenze

La competenza dell’AGCM a valutare condotte integranti pratiche commerciali scorrette non è esclusiva, al contrario essa è concorrente con quella di altre autorità, sia giurisdizionali che amministrative.²⁴²

Per ciò che attiene il settore bancario, non rileva esaminare l’ipotesi in cui la competenza dell’AGCM si affianca a quella del giudice ordinario – nei termini dell’art. 140-bis Cod. Cons. oppure dell’art. 2598 c.c. – interessa piuttosto analizzare quelle ipotesi in cui la competenza

²³⁹ A. GENOVESE, ult. op. cit., p. 55 e ss

²⁴⁰ in art. 21, comma 3 *bis*, Cod. Cons. si legge *“E’ considerata scorretta la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all’apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario”*

²⁴¹ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Relazione annuale sull’attività svolta – 2014, pag. 19 e ss

²⁴² A. GENOVESE, ult. op. cit., p. 56 e ss

dell'AGCM si affianca a quella di altre autorità, in quanto esercitata nei confronti di condotte regolate anche dalla normativa di settore, ed in ipotesi in cui l'AGCM si trova a sanzionare degli illeciti che ben potrebbero essere sanzionati anche da altre autorità settoriali.²⁴³

L'eventualità di una competenza concorrente di autorità non è remota nel settore bancario.

Difatti, i divieti inerenti le pratiche commerciali scorrette, sanzionati dall'AGCM, condividono spesso la propria finalità con molte disposizioni settoriali in materia bancaria, la cui vigilanza è affidata alla Banca d'Italia, tant'è che in genere sembra, che la disciplina settoriale sviluppi e specifichi, adattandoli ai contesti particolari, i principi di correttezza e buona fede già declinati nel Codice del Consumo.²⁴⁴

Sebbene la regolamentazione e la vigilanza sull'attività bancaria non sia sistematicamente finalizzata, né idonea, a scongiurare abusi commerciali nei confronti della clientela, non può non tenersi conto del fatto che il Testo Unico Bancario contiene disposizioni a tutela della trasparenza delle condizioni contrattuali, obblighi in tema di pubblicità, regole di comportamento, nonché norme di natura civilistica inerenti la validità ed efficacia dei contratti bancari, senza contare, che i regimi inerenti il credito al consumo ed i servizi di pagamento, trovano ormai nel TUB una disciplina completa che include espressamente tra gli interessi garantiti dalla Banca d'Italia anche quelli degli utenti che usufruiscono di tali servizi.²⁴⁵

In sostanza è possibile affermare che, nel settore bancario, la correttezza della condotta di banche ed operatori finanziari viene assicurata anche dalla regolazione settoriale e non esclusivamente dalla normativa prevista nel Codice del Consumo.²⁴⁶

Pertanto, le questioni di contrasto amministrativo che sorgono nel settore in esame riguardano, da un lato, problematiche di coordinamento sostanziale tra le singole prescrizioni, e dall'altro, questioni di coordinamento procedurale o istituzionale fra l'agire dei diversi soggetti (autorità) competenti ad applicare previsioni coincidenti per oggetto o per contenuto (ad esempio AGCM e Banca d'Italia).²⁴⁷

Una pluralità di Autorità egualmente competenti nella tutela del consumatore bancario, non solo eleva il rischio di duplicazioni e sovrapposizioni – con potenziale lesione del principio del *ne bis in idem* – ma può altresì condurre ad orientamenti difformi e perciò lesivi delle aspettative sia dei consumatori che dei produttori di questi servizi; pericoli questi, che si è tentato di mitigare con la stipula di protocolli d'intesa tra le Autorità amministrative coinvolte, come ad esempio quello

²⁴³ A. GENOVESE, ult. op. cit., p. 56 e ss

²⁴⁴ A. GENOVESE, ult. op. cit., p. 56 e ss

²⁴⁵ A. GENOVESE, ult. op. cit., p. 57 e ss

²⁴⁶ A. GENOVESE, ult. op. cit., p. 57 e ss; T. BROGGIATO, *Pratiche commerciali scorrette: dalla direttiva europea alla normativa nazionale di recepimento*, in *Bancaria*, n. 4, 2010, pag. 74 e ss

²⁴⁷ A. GENOVESE, ult. op. cit., p. 57 e ss

sottoscritto dalla Banca d'Italia e dall'AGCM il 22 febbraio 2011,²⁴⁸ senza tuttavia ottenere risultati apprezzabili.

In ragione di quanto detto, si intende analizzare la complessa problematica che attiene al riparto di competenze tra le differenti autorità amministrative indipendenti, e precisamente, la questione relativa ai possibili conflitti di attribuzione che possono sorgere tra le *authorities* di settore e le cosiddette autorità “trasversali”;²⁴⁹ ed accertare così, se a seguito delle varie riforme legislative intervenute, la Banca d'Italia debba essere l'unica Autorità amministrativa competente a tutelare il consumatore di servizi bancari-finanziari, anche nella repressione delle pratiche commerciali scorrette, oppure se tale compito spetti piuttosto all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Sembra opportuno premettere che il fenomeno delle autorità indipendenti trova la propria origine nell'esigenza di tutelare in maniera più attenta e rigorosa valori e principi dotati di una particolare rilevanza.²⁵⁰ Tale esigenza è stata soddisfatta mediante l'istituzione di enti ed organismi, dotati di particolari conoscenze e competenze tecniche, che svolgono attività di vigilanza e garanzia in determinati settori, in una posizione di neutralità ed al di fuori di qualsiasi condizionamento politico, astraendosi completamente di quel particolare interesse di cui la pubblica amministrazione è pur sempre portatrice.²⁵¹

Nel tentare una loro possibile catalogazione,²⁵² è possibile definire come autorità “di settore” quegli organismi cui la legge attribuisce specifiche competenze e funzioni in un determinato settore del mercato economico,²⁵³ diversamente dalle autorità “trasversali” che invece svolgono la loro attività quali garanti di particolari interessi pubblici di portata generale che interessano ogni ambito di mercato.

Tenuto conto di ciò, ben si comprende come, sovrapponendosi gli ambiti di operatività di due differenti tipologie di autorità, una di settore ed una trasversale, possa accadere che una fattispecie sia contemporaneamente riconducibile a più ambiti di competenza, dando origine ad una vera e propria anomalia del sistema.²⁵⁴

²⁴⁸ *Convegno CNEL del 12 luglio 2012, La tutela del consumatore di servizi bancari e finanziari: quadro normativo e competenze della Banca d'Italia*, intervento del Vice Direttore Generale della Banca d'Italia

²⁴⁹ P. FUSARO, *Il riparto di competenze tra autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Federalismi.it*, Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato, 2013, n. 7, pag. 1 e ss

²⁵⁰ G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645 ss.; P. FUSARO, op. cit., p. 2 ss

²⁵¹ G. P. CIRILLO, *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di R. Chieppa E G. P. Cirillo, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, 2010, pag. 35 e ss; P. FUSARO, op. cit., pag. 2 e ss

²⁵² R. GAROFOLI G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2008, 226 ss; P. FUSARO, op. cit., p. 3 ss

²⁵³ in P. FUSARO, op. cit., p. 3 nella nota n. 9, si legge “*In questa categoria si inseriscono, per esempio, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), istituita con l. 31 luglio 1997, n. 249; la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB), prevista con l. 7 giugno 1974, n. 216; l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private e di Interesse Collettivo (ISVAP), istituita con l. 12 agosto 1982, n. 576; l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ora disciplinata dal d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163; l'Autorità garante per l'energia elettrica e il gas, istituita con l. 14 novembre 1995, n. 481.*”

²⁵⁴ P. FUSARO, op. cit., p. 3 ss

In questo contesto, in mancanza di un puntuale meccanismo preventivo posto dall'ordinamento per dirimere eventuali conflitti e non risultando soddisfacente il mero ricorso al criterio della competenza, la soluzione della problematica sembra dunque attenere all'identificazione di un sicuro dato ermeneutico che consenta all'interprete di individuare quale tra due autorità indipendenti sia effettivamente titolare di determinate attribuzioni.²⁵⁵

Negli ultimi anni la giurisprudenza è più volte intervenuta proprio su tale questione, spesso in maniera frammentaria, nel tentativo di risolvere i potenziali conflitti di attribuzioni.

Prima di ricostruire l'iter dei vari interventi e quindi delle posizioni assunte dalla giurisprudenza, sembra però opportuno chiarire che l'AGCM viene individuata, ai sensi dell'art. 27, comma 1°, Cod. Cons., quale autorità competente per l'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette poste in essere da professionisti in danno dei consumatori, nonché all'uopo dotata del potere di inibire, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, la continuazione delle condotte scorrette, e di eliminarne i relativi effetti; potendo altresì disporre, con provvedimento motivato, la sospensione provvisoria in casi di particolare urgenza, ed una volta definitivamente accertata la scorrettezza, vietarne la diffusione ovvero la continuazione, potendo peraltro comminare al professionista una sanzione amministrativa pecuniaria di misura variabile.²⁵⁶

Sul fronte normativo, un'altra disposizione assume un ruolo fondamentale, si tratta dell'art. 19, comma 3°, Cod. cons. in cui viene statuito che, in caso di contrasto, *“le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici”*.

Tenuto conto di ciò dunque, salvo che per specifici aspetti delle pratiche commerciali scorrette disciplinati in maniera contrastante dalle discipline di settore, verrebbe così garantita l'operatività della generale disciplina a tutela del consumatore, con l'applicazione delle comuni fattispecie di illecito disciplinate ai sensi degli artt. 18 a 27 Cod. Cons., non attinenti a settori specifici bensì al rapporto tra consumatore e professionista in quanto tali.²⁵⁷

Un quesito analogo a quello relativo al settore bancario si è posto anche per altri settori assoggettati alla vigilanza di autorità indipendenti con funzioni regolatorie.

Il Supremo Giudice Amministrativo, con specifico riferimento al settore dei servizi finanziari, nel tentativo di dare una soluzione al problema, ha ritenuto opportuno fare ricorso all'applicazione del principio di specialità,²⁵⁸ sostenendo che tale principio vada disancorato dal riferimento prevalentemente soggettivo (tipo di operatore o di soggetto tutelato), andando piuttosto calibrato sull'oggetto dell'intervento e sull'interesse generale perseguito attraverso l'intervento stesso.²⁵⁹

²⁵⁵ P. FUSARO, op. cit., p. 4 ss

²⁵⁶ P. FUSARO, op. cit., p. 8 ss

²⁵⁷ R. GAROFOLI, *Autorità indipendenti. Pratiche commerciali scorrette e rapporti tra Autorità*, in Libro del diritto 2013, Treccani, 2013

²⁵⁸ Cons. di Stato, sez. I, 03.12.2008, n. 3999

²⁵⁹ R. GAROFOLI, *Autorità indipendenti*, op. cit., 2013

In particolare i Giudici del Consiglio hanno precisato che nell'applicare il principio di specialità, occorre avere riguardo al tipo di comportamento e soprattutto alla situazione contestuale verso cui l'intervento correttivo o sanzionatorio è diretto; in sostanza, piuttosto che del tipo di operatore coinvolto, dovrà invece tenersi conto della materia su cui i due precetti vanno ad incidere, ovvero sia al settore su cui l'intervento va ad agire.

Il Consiglio di Stato pertanto, con tale pronuncia dispone che, nell'applicare il criterio della specialità, la comparazione debba essere effettuata non tra le singole fattispecie di illecito previste dalla normativa generale e di settore, quanto piuttosto tenendo conto dei *“settori su cui tale intervento correttivo o sanzionatorio va ad essere dispiegato”*.²⁶⁰

Secondo l'opinione dei Giudici amministrativi, quando l'interesse da tutelare appaia il medesimo, è dunque necessario evitare per ragioni di coerenza, non contraddizione, economia ed efficacia, la duplicazione degli interventi delle autorità, nel rispetto del principio del *ne bis in idem*. In effetti, nel caso in esame, l'azione dell'AGCM e quella della Consob sembrano perseguire, seppur con diverse caratteristiche, il medesimo interesse generale.²⁶¹

In ragione di quanto sopra detto, la prima sezione ha così concluso per la prevalenza della normativa del D.lgs 24 febbraio 1998 n. 58 (TUF), anche ai fini dell'identificazione dell'Autorità competente ad intervenire, sulla normativa generale del Codice del consumo, dato che non pare dubitabile che il settore finanziario rappresenti, per le sue caratteristiche, un contesto di sistema distinto rispetto al mercato in generale; da ciò si ricava che, sono le disposizioni del TUF e non quelle Codice del consumo a dover essere utilizzate per intervenire riguardo alle pratiche commerciali scorrette poste in essere dai professionisti operanti nei servizi finanziari e che, in tale settore, sarà pertanto la Consob l'autorità competente a intervenire per sanzionare gli eventuali illeciti.²⁶²

Va, oltretutto, messo in evidenza un altro passaggio fondamentale della pronuncia che, con riferimento al tipico settore dei servizi finanziari, precisa che il principio di specialità è destinato ad operare *“anche perché esiste una compiuta ed organica disciplina della materia”*, mentre a differenti conclusioni si potrebbe giungere *“qualora, come avviene altrove, il settore che può apparire speciale si limiti a regolare soltanto alcuni specifici aspetti dell'attività circa la quale vi è bisogno di intervento”*.

L'impianto argomentativo appena analizzato viene riproposto dal Consiglio di Stato, seppur con esiti diametralmente opposti, in un'altra pronuncia riguardante una pratica che interessava il settore dell'esercizio di credito, considerata ingannevole e scorretta da parte dell'Agcm.²⁶³

In accordo con le direttive ermeneutiche indicate nel parere del 2008, in tal caso il collegio giunse alla conclusione opposta e, per il caso in esame, ritenne rilevante la regolamentazione del Codice del

²⁶⁰ cfr. Cons. di Stato, sez. I, 03.12.2008, n. 3999

²⁶¹ P. FUSARO, op. cit, p. 14 ss

²⁶² P. FUSARO, op. cit, p. 15 ss

²⁶³ cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3763; P. FUSARO, op. cit, p. 16 ss

Consumo, così escludendo l'invocabilità del TUB, finalizzato a garantire altri interessi giuridici, quali la concorrenza, la trasparenza, la stabilità e l'efficienza del credito e del risparmio e non la tutela del consumatore.

Il Consiglio di Stato con tale sentenza ha riscontrato che l'illecito, nel caso di pratica commerciale scorretta consistente nell'offerta di uno strumento di credito finalizzato a sostenere altri atti di consumo attraverso l'apertura di una linea di credito rotativa (*revolving*), non era esclusivamente riferibile ad una modalità di credito al consumo, quanto piuttosto strettamente connesso all'atto di consumo, poiché finalizzato all'induzione al consumo in un determinato contesto.²⁶⁴

Ciò posto, il Consiglio ne deduceva che “...*omissis...la situazione contestuale e l'interesse potenzialmente leso sono quelli della distorsione del mercato e dell'informazione consapevole del consumatore; non quelli dell'equilibrio del sistema creditizio*”, posto che “*la costituzione del rapporto creditizio ...omissis...non connota autonomamente la vicenda:...omissis...*”.²⁶⁵

Nelle due pronunce esaminate, il Consiglio conclude pertanto per l'applicazione del criterio della specialità, stabilendo che l'attività di comparazione non vada astrattamente effettuata tra le singole fattispecie di illecito previste dalla normativa generale e da quella di settore di volta in volta rilevanti, bensì confrontando gli interi “*settori su cui l'intervento correttivo o sanzionatorio va ad essere dispiegato*”.²⁶⁶

Tale orientamento ha sollevato vari aspetti problematici, posti in luce anche da un'ordinanza della VI Sezione del Consiglio di Stato, con cui è stata rimessa alla cognizione dell'Adunanza Plenaria la discussa questione della delimitazione delle competenze dell'Agcm e delle singole Autorità di settore.

Il Collegio infatti, prospetta una revisione dell'orientamento costantemente accolto dalla giurisprudenza dominante del principio di specialità “per settori”, che comporta il rischio di ritenere speciale qualsiasi disciplina di settore, con conseguente esclusione di ogni margine di operatività della normativa consumeristica; diversamente, il Consiglio propone, nell'applicazione del criterio normativo della specialità, di ricorrere ad un approccio diverso caso per caso, maggiormente attento all'effettiva contestazione di volta in volta mossa.²⁶⁷

Questa posizione trova, tra l'altro, conferma proprio nella considerazione effettuata dal Consiglio nel parere del 2008, ove si precisa che nel settore dei servizi finanziari opera il principio di specialità anche in ragione del fatto che, in tal caso, esiste una disciplina della materia compiuta ed organica; considerazione questa, che impone una più attenta valutazione per tutti quei settori che appaiono

²⁶⁴ P. FUSARO, op. cit, p. 16 ss

²⁶⁵ cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3763; P. FUSARO, op. cit, p. 17 ss

²⁶⁶ P. FUSARO, op. cit, p. 17 ss

²⁶⁷ P. FUSARO, op. cit, p. 18 ss

speciali rispetto alla normativa consumeristica, quando invece si limitano esclusivamente a regolare solo taluni aspetti specifici dell'attività in cui si manifesta la necessità di intervento.²⁶⁸

Una simile interpretazione del criterio di specialità oltretutto, non solo appare maggiormente in linea con quanto disposto dall'art. 19, comma 3°, Cod. Cons., quanto piuttosto maggiormente auspicabile dato che i poteri di intervento riconosciuti alle autorità di settore spesso sono di minore portata, sia qualitativa che quantitativa, rispetto a quelli di cui gode l'autorità trasversale.²⁶⁹

I giudici del Collegio infatti, data la delicatezza della problematica, hanno ritenuto di dover deferire la questione all'esame dell'Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 96 C.p.a., per tentare di risolvere tale problema di coerenza del sistema di riparto di competenze tra pubbliche amministrazioni – destinato a confrontarsi con il principio costituzionale di buon andamento ex art. 97 Cost. – e così di fare chiarezza, una volta per tutte, sulla relazione che intercorre tra AGCM e le varie autorità di settore.²⁷⁰

5. Le Plenarie del Consiglio di Stato

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le sentenze da n. 11 a n. 16 dell'11 maggio 2012, ha così affrontato il tema della *actio finium regundorum* tra l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ed altre autorità indipendenti, in relazione a procedimenti aventi come finalità la tutela dei consumatori. Per l'appunto, le sentenze nn. 11, 12, 13, 15 e 16 del 2012 si riferiscono al riparto delle competenze tra AGCM ed Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, mentre, con la sentenza n. 14 del 2012, è stato esaminato il riparto tra le competenze di AGCM e Banca d'Italia.

In primo luogo appare opportuno sottolineare che l'Adunanza Plenaria, in occasione di tali pronunce, ha ribadito che il buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost. comporta, per ciascun settore, l'accentramento dei poteri di controllo e repressivi in capo ad una sola autorità, nel tentativo così di alleviare oneri e costi.

Oltretutto l'Adunanza, nell'applicare il criterio di specialità nel settore delle comunicazioni elettroniche, ha riconosciuto l'esclusiva competenza dell'autorità di settore nel caso i cui ricorrano precisi requisiti di specialità della disciplina codicistica rispetto a quella generale, che divengono peraltro vere e proprie condizioni da verificare, e precisamente: 1) che tra gli interessi pubblici perseguiti dalla disciplina di settore venga espressamente contemplata la tutela del consumatore; 2) che detta disciplina settoriale non comporti lacune di tutela.²⁷¹

Quanto al settore bancario invece, con la pronuncia n. 14 dell'11 maggio 2012 si è nuovamente indagato il rapporto tra la disciplina generale in materia di pratiche commerciali scorrette contenuta

²⁶⁸ P. FUSARO, op. cit, p. 18 ss

²⁶⁹ P. FUSARO, op. cit, p. 19 ss

²⁷⁰ cfr. Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, sentenza 11.5.2012, n. 14 (settore bancario); P. FUSARO, op. cit, p. 20 ss

²⁷¹ Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, sentenza 11.5.2012, n. 11 (settore comunicazioni elettroniche)

nel Codice del Consumo e la disciplina del settore del credito e del risparmio, in ragione di una possibile competenza della Banca d'Italia con riferimento all'acquisto di prodotti finanziari.²⁷²

L'Adunanza in merito ha chiarito che *“in presenza di due norme, astrattamente applicabili alla medesima fattispecie, il ricorso al principio di specialità non richiede necessariamente come presupposto una situazione di contrasto fra le due, essendo invece sufficiente una difformità di disciplina tale da rendere illogica la sovrapposizione delle due regole e invece logica l'applicazione di quella, fra le due, che presenti maggiori elementi di specificità, tenuto conto che la disciplina generale va intesa come livello minimo di tutela, cui la disciplina speciale offre elementi aggiuntivi e di specificazione”*²⁷³ ed ha oltretutto definito che *“l'applicazione della lex specialis è possibile solo laddove si riscontrino effettivi elementi di specificità in relazione al settore di riferimento, in mancanza dei quali la lex generalis è suscettibile di “riespandersi”, al fine di colmare la lacuna riscontrata nell'ordinamento di settore”*.²⁷⁴

Il Supremo Giudice, nell'impostare il rapporto tra la disciplina del Codice del consumo e quella dettata dal TUB, alla luce del principio di specialità di cui all'art. 3, comma 4, della direttiva 2005/209/CE, trasfuso nell'art. 19, comma 3 del Cod. Cons., ha così rilevato – quanto meno nella versione del Testo vigente all'epoca dei fatti – che il TUB non contiene alcuna disposizione intesa a perseguire, direttamente o indirettamente, finalità di tutela del consumatore.²⁷⁵

L'Adunanza concludeva pertanto – accertata l'assenza di una normativa di settore completa ed adeguata sotto il profilo della tutela dei consumatori – per la sussistenza della competenza dell'AGCM (non invece della Banca d'Italia) a sanzionare una pratica commerciale scorretta inerente il settore bancario e, precisamente, posta in essere nell'ambito di operazioni di finanziamento finalizzate all'acquisto di prodotti.

6. Rilievi critici e recenti orientamenti: il comma 1°-bis dell'art. 27 del Codice del Consumo

Sebbene le pronunce dell'Adunanza Plenaria del 2012 avessero come precisa finalità quella di mettere un punto fermo alla problematica del riparto di competenza tra AGCM ed autorità di settore, le conclusioni in esse prospettate si sono irrimediabilmente esposte a varie considerazioni critiche.

In ciascuna delle sentenze, l'Adunanza sembra optare e scegliere la ricostruzione interpretativa del principio di specialità che affida la distinzione tra concorso effettivo ed apparente di norme alla sovrapposizione o meno degli interessi giuridici tutelati; in ogni pronuncia infatti, si pone l'accento

²⁷² R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum* tra l'Autorità antitrust e le altre Autorità indipendenti, in www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi.htm

²⁷³ si legge in R. GAROFOLI, *Autorità indipendenti. Pratiche commerciali scorrette e rapporti tra Autorità*, in Libro del diritto 2013, Treccani, 2013

²⁷⁴ si legge in R. GAROFOLI, *Autorità indipendenti*, op. cit., 2013

²⁷⁵ R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum* tra l'Autorità antitrust, op. cit.

sulle finalità perseguite dalle disposizioni di settore e se, in quel determinato, comparto si tutelino anche lo stesso bene giuridico tutelato dal Codice del Consumo.²⁷⁶

In sostanza, la nozione di specialità che viene recepita nelle Adunanze Plenarie configura, in un certo senso, un parziale ritorno al passato nella definizione di tale criterio, che si presenta molto più attento all'analisi dell'oggettività giuridica, piuttosto che all'indagine del rapporto di continenza strutturale tra le diverse fattispecie di illecito, così come invece suggerito dall'ordinanza di rimessione.²⁷⁷

E' opportuno peraltro evidenziare che i Giudici, nell'andare ad applicare tale criterio di specialità, sembrano in qualche modo far discendere i caratteri della completezza ed esaustività della disciplina di settore dalla mera presenza di una espressa volontà legislativa di tutelare anche il consumatore.

In ragione di ciò, l'indagine condotta dal Collegio e diretta a comprendere se la disciplina settoriale sia in concreto idonea a tutelare ogni situazione coperta dalla normativa consumeristica, viene spesso a tradursi nella mera attività di accertamento della presenza, all'interno della disciplina di settore, di dettami che considerino anche la figura del consumatore, ritenendosi sufficiente in certi casi, la mera presenza di un riferimento testuale a tale soggetto.²⁷⁸

In effetti la pronuncia dell'Adunanza Plenaria dell'11.05.2012 n. 14, assunta in materia bancaria, in ragione delle motivazioni addotte, sembra aprire la strada per il futuro ad una eventuale competenza della Banca d'Italia a sanzionare le pratiche commerciali scorrette nel settore creditizio, proprio in ragione delle significative innovazioni in materia di trasparenza e correttezza introdotte nel TUB D.lgs 1 settembre 1993, n. 385. Precisamente, a parere del Collegio, la normativa adottata in attuazione di un'apposita direttiva europea e dedicata alla disciplina dei "contratti di credito" al consumo, costituisce a tutti gli effetti il primo passo in vista della trasformazione del TUB in una disciplina di settore tendenzialmente esaustiva.

Un criterio così definito non appare pertanto così dissonante da quella specialità "per settori" elaborata dal Consiglio di Stato nel parere del 2008; in effetti, la sola differenza con il parere del 2008, sta nel fatto che in quest'ultimo caso la specialità veniva valutata ponendo semplicemente a raffronto "i settori di riferimento" e la "situazione contestuale" su cui l'intervento andava ad agire, mentre, nelle plenarie del 2012, l'intenzione diviene comunque quella di operare un confronto tra astratte regolamentazioni normative.²⁷⁹

Ciò posto, risulta evidente la natura "ibrida" del principio di specialità adottato dalle plenarie del 2012: *"Si dà così vita a un'inedita configurazione "para-normativa" di specialità, che non guarda semplicemente ai settori coinvolti (come la specialità "per settori"), ma non si spinge nemmeno sino ad analizzare ogni elemento delle*

²⁷⁶ P. FUSARO, op. cit, p. 25 ss

²⁷⁷ P. FUSARO, op. cit, p. 26 ss

²⁷⁸ P. FUSARO, op. cit, p. 26 ss

²⁷⁹ P. FUSARO, op. cit, p. 27 ss

*single fattispecie sanzionatorie (come richiede il criterio normativo di specialità), limitandosi piuttosto a indagare le generiche finalità sottese alle discipline normative nel loro complesso”.*²⁸⁰

Allo stesso tempo tuttavia, riguardo alla posizione assunta dalle plenarie del 2012, è in ogni caso opportuno tenere conto del fatto che il Consiglio di Stato, non potendo operare alcun tipo di bilanciamento tra due contrapposte esigenze, è stato in parte costretto ad operare una scelta di campo volta, da un lato, a consentire l'immediata individuazione della disciplina applicabile anche nelle ipotesi in cui venga in gioco una fattispecie di difficile inquadramento e, dall'altro, ad offrire al consumatore una tutela più ampia possibile, permettendo l'operatività della normativa consumeristica qualora quella di settore risulti inadeguata.²⁸¹

Ciò nonostante, non può dimenticarsi il rischio sotteso a tale impostazione, ovvero quello di finire per ritenere speciale l'intera disciplina di settore a scapito di qualsiasi margine di operatività della disciplina generale, con il pericolo che i problemi di concorso tra discipline si risolvano in una *deminutio* della tutela approntata in favore del consumatore, ancorché nelle sole ipotesi in cui la fattispecie sanzionatoria venga delineata a livello di disciplina generale e non nell'ambito della regolamentazione di settore.²⁸²

Tali criticità sembrano piuttosto suggerire, come anche consigliato dall'ordinanza di rimessione n. 6522 del 2011, un'applicazione del criterio normativo della specialità non dissimile da quella prevalsa nei recenti orientamenti giurisprudenziali di matrice penalistica in sede di interpretazione dell'art. 15 c.p.²⁸³ Si consideri in merito che tale recente giurisprudenza penale esclude che, nel definire la natura apparente o effettiva del concorso di norme penali, abbia rilievo la diversità o l'identità delle oggettività giuridiche protette dalle disposizione in concorso, affidando piuttosto tale giudizio di prevalenza al solo riscontro della sussistenza di una relazione di specialità strutturale tra le fattispecie che vengono in considerazione.²⁸⁴

Tenuto conto di tale panorama giurisprudenziale, nel valutare gli ultimi e più recenti interventi normativi, occorre evidenziare che successivamente alle sentenze dell'Adunanza Plenaria dell'11 maggio 2012, è intervenuto l'art. 23, co. 12-*quinquiesdecies*, d.l. 6 luglio 2012, n. 35, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, ed entrato in vigore il 15 agosto 2012.

Con tale disposizione, oltre a prevedere l'innalzamento dell'importo massimo delle sanzioni per le ipotesi di pratiche commerciali scorrette, è stata puntualizzata, in accordo con le posizioni assunte dalla giustizia amministrativa, una competenza generale dell'AGCM ad accertare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette, ad esclusione dei casi in cui le stesse siano poste in essere in settori in cui esista una regolamentazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del

²⁸⁰ si legge in P. FUSARO, op. cit, p. 27 ss

²⁸¹ P. FUSARO, op. cit, p. 28 ss

²⁸² R. GAROFOLI, *Autorità indipendenti*, op. cit, 2013

²⁸³ Cass. pen., S.U., 20.12.2005, n. 47164; Cass. pen., S.U., 21.1.2011, n. 1963; Cass. pen., S.U., 19.1.2011, n. 1235; R. GAROFOLI, *Autorità indipendenti*, op. cit, 2013

²⁸⁴ R. GAROFOLI, *Autorità indipendenti*, op. cit, 2013

consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati.²⁸⁵

Sebbene costituisca un primo tentativo di razionalizzazione, il predetto intervento legislativo non sembra ancora risolutivo; il legislatore infatti, non indica né in quali ipotesi di regolamentazione settoriale sussista la finalità di tutela del consumatore, né tantomeno fa alcun riferimento all'adeguatezza dei poteri inibitori e sanzionatori di cui debba essere munita l'Autorità di settore per esercitare la competenza in materia.²⁸⁶

In tale caos giurisprudenziale e normativo, si verifica invece un vero e proprio colpo di scena con l'art. 1, comma 6° del D.lgs 21/2014 sui diritti dei consumatori, che ha recentemente introdotto nel Codice del Consumo il comma 1°-bis dell'art. 27 con cui testualmente il legislatore dispone che: *“1-bis. Anche nei settori regolati, ai sensi dell'articolo 19, comma 3, la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente. Resta ferma la competenza delle Autorità di regolazione ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta. Le Autorità possono disciplinare con protocolli di intesa gli aspetti applicativi e procedurali della reciproca collaborazione, nel quadro delle rispettive competenze.”*

Ebbene, tale intervento legislativo, costituisce una novità esplosiva nel sistema posto che va ad attribuire all'AGCM, senza esclusioni, la competenza a valutare la scorrettezza delle pratiche commerciali in qualsiasi settore di disciplina, anche se sottoposto alla vigilanza di altre autorità ed indipendentemente dal fatto che esso sia specificamente regolato con previsioni speciali in maniera completa e/o prevalente.²⁸⁷

A meno di un *revirement* del Legislatore, con tale importante intervento, tutto il quadro relativo alla regolazione dei conflitti di competenza tra autorità di settore e trasversali viene irrimediabilmente a mutare, dal momento che, con tale innovazione viene meno quell'incertezza normativa che è stata il fattore scatenante della guerra decennale che ha interessato il Consiglio di Stato ed infine, nel 2012 l'Adunanza Plenaria, ed ha visto prevalere l'esclusione della competenza dell'AGCM in materia di pratiche scorrette in favore della Consob e dell'AGCom.

A prescindere da ciò, il principale e più importante effetto pratico dell'introduzione del comma 1°-bis dell'art. 27 Cod. Cons.embra consistere in un rilevante ampliamento della tutela garantita al cliente-consumatore. In effetti, il semplice rispetto delle indicazioni e della forme/regole di comportamento eventualmente previste dalla regolamentazione di settore, non costituisce più ormai

²⁸⁵ R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum* tra l'Autorità *antitrust*, op. cit.

²⁸⁶ R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum* tra l'Autorità *antitrust*, op. cit.

²⁸⁷ F. ESTRANGEROS, *Al giudizio Antitrust le pratiche scorrette di banche, assicurazioni & C.*, Milano e Finanza del 05.04.2014, pag. 20

un'esimente o, in ogni caso, una circostanza idonea a limitare la possibilità per l'AGCM di valutare la condotta commerciale posta in essere e di definirla se del caso come scorretta.²⁸⁸

Senza contare che nel giudizio di scorrettezza operato dall'AGCM la rilevanza dell'informazione omessa viene rapportata alla figura del consumatore medio e non invece a quella di un consumatore attento ed informato, ciò comportando un innalzamento della soglia stessa di attenzione e diligenza richiesta all'operatore professionale.²⁸⁹

In sostanza, con l'individuazione nell'AGCM dell'unica autorità competente a sanzionare le eventuali condotte commerciali scorrette, si impone anche una necessaria rivalutazione e riformulazione di tutti i documenti contrattuali e precontrattuali previsti dalle regolamentazioni di settore, nonché delle procedure e delle prassi, che dovranno probabilmente tener conto, in ragione della spiccata sensibilità consumeristica dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, di un minor tecnicismo di settore²⁹⁰ e forse di una "nuova" trasparenza, maggiormente in accordo con canoni di giudizio dell'AGCM.

²⁸⁸ F. ESTRANGEROS, op. cit., pag. 20

²⁸⁹ F. ESTRANGEROS, op. cit., pag. 20

²⁹⁰ F. ESTRANGEROS, op. cit., pag. 20

BIBLIOGRAFIA

- G. ALPA, *La trasparenza del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giurisprudenza Italiana*, vol. IV, 1993
- G. ALPA, voce *Contratti di massa*, a) *Profili generali*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, vol. I, Giuffrè, Milano, 1997
- G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997
- P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli, 1996
- P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali scorrette: note a prima lettura*, in *Contratti*, n. 10, 2005
- P. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali sleali ed il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Contratto e impresa*, n. 6, 2007
- BORTONE, *Pratiche commerciali sleali, obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale*, (a cura di) L. Rossi Carleo e Minervini, *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento interno*, Milano, 2007
- T. BROGGIATO, *Pratiche commerciali scorrette: dalla direttiva europea alla normativa nazionale di recepimento*, in *Bancaria*, n. 4, 2010
- C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Le Riviste Iperestuali, Obbligazioni e Contratti*, VI, n.6, 2010
- R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum tra l'Autorità antitrust e le altre Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi.htm
- F. CIVALE, *La trasparenza bancaria*, (a cura di) P. Cendon, *Il diritto privato oggi*, Giuffrè, 2013
- G. P. CIRILLO, *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di R. Chieppa E G. P. Cirillo, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, 2010
- A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i viszi della volontà*, (a cura di) L. Rossi Carleo e Minervini, *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento interno*, Milano, 2007
- G. DALLE VEDOVE, *Le pratiche aggressive*, (a cura di) A. Genovese, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, 2008
- G. DE CRISTOFARO, *Le Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Torino, 2007
- G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra tra professionisti e consumatori*, in *Le nuove leggi commentate*, XXXI, n. 5, 2008
- M. DE POLI, *La contrattazione bancaria: tra tutela della liquidità ed obblighi di trasparenza*, Cedam, 2012
- L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. Imp./Europa*, 2007
- L. DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali "aggressive"*, (a cura di) G. De Cristofaro, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori*, Torino, 2007
- M. DONA, *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato I della direttiva 2005/29/CE*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007
- F. ESTRANGEROS, *Al giudizio Antitrust le pratiche scorrette di banche, assicurazioni e C.*, Milano e Finanza del 05.04.2014
- L. FIORE, *I mutui subprime: dal prestito predatorio ai fasti, ed ai disastri, della finanza cartolare*, in (a cura di) M. Rispoli Farina-G. Rotondo, *La crisi dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2009
- L. FIORENTINO, *Autorità Garante e tutela dei consumatori nel settore bancario e finanziario*, Interventi ABI, Dimensione Cliente 2010, *La Customer Experience nel mercato Retail*, 25 marzo 2010.
- P. FUSARO, *Il riparto di competenze tra autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Federalismi.it*, Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comunitario e Comparato, , n. 7, 2013
- V. P. GAGGERO, *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008
- F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impresa*, vol. 16, 2000

- R. GAROFOLI G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2008
- R. GAROFOLI, *Autorità indipendenti. Pratiche commerciali scorrette e rapporti tra Autorità*, in *Libro del diritto 2013*, Treccani, 2013
- A. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giurisprudenza commerciale*, vol. I, 2008
- A. GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario. Gli interventi dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, in AA.VV. (a cura di) P. Marano e V. Meli, *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Giappichelli, 2011
- A. GENOVESE, *La concretizzazione del giudizio di scorrettezza delle pratiche commerciali rivolte ai consumatori nella giurisprudenza dell'AGCM relativa al settore bancario e il divieto di pratiche commerciali scorrette come principio generale dell'ordinamento*, in II^o Convegno Nazionale "Le clausole generali nel diritto commerciale ed industriale", Orizzonti del diritto commerciale–Associazione Italiana dei Professori di Diritto Commerciale, Roma 11 febbraio 2011
- A. GIANOLA, *Digesto delle discipline privatistiche (sez. civ.)*, voce "Pratiche commerciali sleali", Appendice 2009, Utet, Torino
- A. GIANOLA, *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, Milano, 2008
- E. GUERINONI, *I contratti del consumatore. Principi e regole*, Giappichelli, Torino, 2011
- E. GUERINONI, *Le pratiche commerciali scorrette: Fattispecie e rimedi*, Giuffrè, 2010
- C. GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: L'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2007
- M. LIBERTINI, *La pubblicità commerciale*, in *Manuale di diritto privato europeo*, (a cura di) C. Castronovo e S. Mazzamuto, Giuffrè, Milano, 2007
- A. LUPOLI, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alle Nuove Istruzioni di Banca d'Italia sulla trasparenza)*, in *Contratto e impresa*, 2009
- U. MAJELLO, *Art. 115*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, (a cura di) F. Belli-G. Contento-A. Patroni Griffi-M. Porzio-V. Santoro, II, Bologna 2003
- C. MARINI, *La nuova disciplina della trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Rivista di diritto bancario*, www.dirittobancario.it, Aprile 2010
- V. MELI, voce "Pratiche commerciali scorrette", in *Enciclopedia Giuridica Treccani Online*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2012
- P.A. MCCOY, *Il Contagio dei subprime*, in (a cura di) M. Rispoli Farina-G. Rotondo, *La crisi dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2009
- E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e con i consumatori)*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, vol. I, 1997
- A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, ottobre 2010
- M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, (a cura di) E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano, 2007
- S. ORLANDO, *Commento agli art. 24 e 26*, in *Codice del consumo, Aggiornamento*, a cura di G. Vettori, Padova, 2009
- R. PARTISANI, *Le pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli*, in *Codice ipertestuale del consumo*, (diretto da) M. Franzoni, Torino, 2008
- A. PROTO, *La trasparenza nei rapporti banca-cliente*, in (a cura di) P. BIFFIS, *Le operazioni e i servizi bancari*, Giappichelli, Torino
- L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, (a cura di) L. Rossi Carleo e Minervini, *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento interno*, Milano, 2007
- N. SCANNICCHIO, *Consumatori e conclusione dei contratti a distanza tra ordinamenti nazionali, direttive comunitarie e diritto comparato*, in *Rivista critica del diritto privato*, Mulino, 1994

M. SANDULLI, in aa. vv., *Codice del consumo. Commentario*, a cura di Alpa e Rossi Carleo, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005

* * *

Convegno CNEL del 12 luglio 2012, La tutela del consumatore di servizi bancari e finanziari: quadro normativo e competenze della Banca d'Italia, intervento del Vice Direttore Generale della Banca d'Italia

AGCM – Relazione annuale per il 2009

AGCM – Relazione annuale per il 2014

* * *

GIURISPRUDENZA

Sentenza Corte di Giustizia, 16 luglio 1998, C-2010/96

Cass. Pen., S.U., 20 dicembre 2005, n. 47164

Cass. Pen., S.U., 21 gennaio 2011, n. 1963;

Cass. Pen., S.U., 19 gennaio 2011, n. 1235

Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 11 maggio 2012, n. 11

Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 11 maggio 2012, n. 14

Cons. di Stato, sez. I, 03 dicembre 2008, n. 3999

Cons. di Stato, sez. VI, 23 dicembre 2010, n. 201009329

Cons. di Stato, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3763

TAR Lazio, sez. I, 6 aprile 2009 n. 369

TAR Lazio, sez. I, 24 novembre 2009, n. 11589

TAR Lazio, sez. I, 19 maggio 2010, n. 12283

PS668 – Findomestic Sollecitazione alla richiesta di finanziamento del 18 dicembre 2008

PS1733 – BNL Commissioni massimo scoperto del 23 dicembre 2008

PS740 – Barclays Bank Estinzione mutuo del 12 marzo 2009

PS2431 – Barclays Bank Scegli il 5% netto del 16 aprile 2009

PS4126 – Barclays Bank Rata di cauzione del 15 giugno 2010

PS1130 – Intesa Sanpaolo Cancellazione ipoteca del 6 agosto 2009

PS1481 – BNL Cancellazione ipoteca del 26 agosto 2009

PS1904 – Che banca! Spot televisivo del 16 settembre 2009

PS3562 – Mutuonet Costo apertura pratica del 25 novembre 2009

PS4126 – Barclays Bank Rata cauzione del 16 giugno 2010

PS7684 – Dream Money Pubblicità finanziamenti del 21 marzo 2012

PS2480 – BNL Spese istruttoria fido del 04 luglio 2012

PS4755 – BNL e Cardif Polizza collegata al mutuo del 25 luglio 2012

PS7366 – Compass Carta di credito non richiesta del 23 ottobre 2012

PS5419 – Barclays Bank Tempistica surroga del 4 aprile 2013

PS7251 – IWBANK Mancata chiusura conti del 23 aprile 2013

PS8510 – Banco Posta Promo 4% del 30 maggio 2013

PS8712 – Unicredit Conto risparmio sicuro dell'11 giugno 2013