



CONSUMERS' FORUM

PRESENTA



***Consumerism 2013.
Sesto rapporto annuale.***

IN COLLABORAZIONE CON





Authority e Consumatori. La regolazione ai tempi della crisi.

Roma - 26 novembre 2013
h 10.00 - 13.00

Sala Danilo Longhi - Unioncamere
Piazza Sallustio, 21

PROGRAMMA

welcome coffee

Introduce

Fabio Picciolini

Presidente Consumers' Forum

Saluti

Tiziana Pompei

Vice Segretario Generale Unioncamere

Moderata

Debora Rosciani

Giornalista di Radio 24

Relazione a cura di

Liliana Rossi Carleo

Responsabile scientifico del Master Globalizzazione dei mercati e tutela del consumatore, Università Roma Tre

Fabio Bassan

Vice Direttore, Dipartimento di Studi Aziendali - Università Roma Tre

Consumerism 2013. Sesto Rapporto annuale.

Dibattito

Guido Pier Paolo Bortoni

Presidente Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas

Andrea Camanzi

Presidente Autorità Trasporti

Angelo Marcello Cardani

Presidente Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Giovanni Pitruzzella

Presidente Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Salvatore Rossi

Presidente Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni
Direttore Generale Banca d'Italia

Sergio Santoro

Presidente Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture

Antonello Soro

Presidente Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali

Rappresentante Consob

Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*

Intervengono rappresentanti delle Imprese, delle Associazioni dei Consumatori e delle Istituzioni.

Light lunch

**in attesa di indicazione*

CONSUMERS' FORUM
e
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE
presentano

CONSUMERISM 2013
Sesto Rapporto annuale

Il lavoro riflette esclusivamente le opinioni dei singoli Autori e non rappresenta le posizioni ufficiali di Consumers' Forum.

INDICE

Introduzione

(Liliana Rossi Carleo)

PARTE I

LE ASIMMETRIE DELLE TUTELE SETTORIALI, AGGRAVATE DALLA CRISI. I DIVERSI PERCORSI SEGUITI NELL'UNIONE EUROPEA E IN ITALIA

(Fabio Bassan)

Investimenti sulle reti, concorrenza, consumatori: il trilemma europeo. Una modesta proposta per garantire le tutele ai tempi della crisi

(Fabio Bassan)17

Rapporto tra la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 18 ss. del codice del consumo e le discipline di settore

(Sara Perugini)24

L'autodisciplina, tra co-regolamentazione e autoregolamentazione

(Aldo Corvino)48

PARTE II
REGOLAZIONE, CONCORRENZA, INVESTIMENTI. QUALE RUOLO
PER LA TUTELA DEI CONSUMATORI NEL TRILEMMA DELLA CRISI
CONTEMPORANEA?

(Giustino Di Cecco - Paolo Lazzara)

PRIVACY

Privacy e crisi economica: nuova casistica tra istanze di tutela della riservatezza e rinnovate esigenze di bilanciamento di valori

(Francesco Longobucco).....**63**

AGCM

La crisi economica e le ripercussioni sul rapporto tra regolazione e concorrenza

(Alessandro Lomoro).....**71**

AGCOM e POSTE

La tutela dei consumatori nei settori delle comunicazioni elettroniche e dei servizi postali: il mosaico di poteri di intervento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

(Francesca Pellicanò).....**82**

CONSOB

Il contemperamento tra crisi del mercato e tutela del consumatore: l'istituto dell'*equity crowdfunding*

(Clara Sgobbo).....**94**

BANCA D'ITALIA

Trasparenza dei prodotti e servizi finanziari. La Banca d'Italia e la tutela della clientela

(Alfio Cillepi).....**107**

AEEG

La tutela del consumatore tra potestà regolamentare dell'AEEG ed (etero) integrazione normativa dei contratti di utenza

(Alfonso Ingenito).....**116**

Servizio idrico integrato e regolazione: il quadro normativo di riferimento

(Elio Leonetti).....**132**

Il metodo tariffario transitorio e il bisogno di investimenti nel settore idrico

(Lorenzo Armentano).....**144**

IVASS

La tutela del consumatore-assicurato al tempo della crisi finanziaria: “investimenti responsabili” e digitalizzazione dei servizi assicurativi

(Alessandra Camedda).....**155**

AVCP

La regolazione del mercato dei contratti pubblici nell'attuale congiuntura economica negativa

(Rocco Junior Flacco).....**164**

Regolazione e precontenzioso nei procedimenti dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici: l'evoluzione delle funzioni tra *soft law*, “autocorrezione” e *best practises*

(Lucia Minervini).....**186**

IL SETTORE AGRO-ALIMENTARE

Le Autorità del settore alimentare

(Elena Bellisario).....**202**

PARTE III
**IL PRECIPITATO DELLE ASIMMETRIE DI TUTELA NEL SISTEMA
DELLA CONCILIAZIONE E DEL CONTENZIOSO CONSUMERISTICO**

(Paolo Valensise)

PRIVACY

Privacy e tecniche di tutela nella stagione della crisi

(Francesco Longobucco).....**227**

AGCM

Il rafforzamento dell'*enforcement* pubblico in materia di pratiche commerciali scorrette e clausole vessatorie: tra "regolazione" dell'attività commerciale e deflazione del contenzioso

(Lucia Minervini).....**233**

L'erosione delle competenze dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato alla luce di alcuni profili di analisi nel contenzioso

(Maria Chiara Sole).....**249**

CONSOB

La tutela del risparmiatore-investitore nel sistema finanziario: rimedi giudiziali e stragiudiziali tra vecchi e nuovi scenari

(Stefania Vacca).....**262**

BANCA D'ITALIA

L'Arbitro Bancario e Finanziario e la tutela della clientela

(Maddalena Rabitti).....**278**

AEEG

Diversificazione ed alternative tra i meccanismi di ADR predisposti dall'AEEG e scelta del consumatore: vera massimizzazione delle sue esigenze di tutela giurisdizionale?

(Alfonso Ingenito).....**284**

Il contenzioso sorto in seguito all'eliminazione della remunerazione del capitale fra le componenti della tariffa

(Lorenzo Armentano).....**295**

IVASS

Il mercato assicurativo ancora alla ricerca di strumenti deflattivi del contenzioso

(Andrea Luberti).....**300**

AVCP

L'elenco dei prezzi di riferimento in ambito sanitario predisposto dall'Osservatorio dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 17 del decreto legge n. 98/2011, convertito nella legge n. 111/2011. L'Autorità per la Vigilanza dei Contratti Pubblici, la crisi economica e la "spending review". L'obiettivo di efficienza del mercato delle forniture sanitarie per un maggior benessere del consumatore

(Carlo Bellesini).....**304**

Gli Autori.....**323**



Introduzione

L'appuntamento annuale di Consumers' Forum con le Autorità si inserisce ormai in una tradizione che ne testimonia la sua effettività, quasi a renderlo istituzionale.

Nasce come espressione della cultura dialogica, che è nel DNA di Consumers' Forum, che intende non solo denunciare i problemi, ma anche, essenzialmente, discuterli con i diversi attori del mercato, cercando di delineare un passaggio dai "rimedi" alla "cura".

Le Autorità rappresentano, quindi, interlocutori non solo prestigiosi, ma anche imprescindibili.

Chiaro è che la tradizione, per essere valida, deve coniugarsi con l'innovazione.

Di una piccola innovazione intendo già dare atto in queste brevi pagine introduttive: saranno assai più brevi rispetto alla prassi in quanto la vera introduzione al Rapporto è collocata nella parte prima, che delinea il *fil rouge* della ricerca posta a supporto del dialogo che si intende aprire quest'anno.

Questo mutamento cui ho fatto cenno è legato a ragioni fisiologiche.

Il gruppo di ricerca che si affianca a Consumers' Forum in questo incontro - il quale si avvale dei contributi di ricercatori, dottori e dottorandi di ricerca del dottorato Consumatori e mercato, che ha sede a Roma Tre - mi ha visto quest'anno solo come responsabile scientifico, in quanto il lavoro è stato coordinato essenzialmente da Fabio Bassan, che si è fatto carico anche dei rapporti e del dialogo preventivo con CF.

Si è inteso così valorizzare l'impegno di più giovani e valenti studiosi che, intercambiabili fra di loro, pur avendo già fattivamente lavorato quest'anno, come negli anni precedenti, potranno assumersi di anno in anno (e, ci auguriamo, per lungo tempo) l'onere del coordinamento. E' evidente che quest'anno, come negli anni precedenti, senza il lavoro di una squadra affiatata (e mi piace menzionare, fra gli altri, in un democratico ordine alfabetico, i Professori Giustino Di Cecco, Paolo Lazzara, Maddalena Rabitti e Paolo Valensise, operativamente supportati dalla dottoressa Elena Bellisario), il Rapporto non si sarebbe fatto.

Mi limiterò, pertanto, ad un *abstract* più che ad una introduzione.

Ovviamente, la tutela del consumatore resta punto di partenza e punto di arrivo ed

è ancora ovvio, tristemente, che quest'anno - e temiamo non solo quest'anno - il riferimento alla crisi è imprescindibile. Di certo menzionare questi macro-temi, nella loro ampiezza, assume una vaghezza che impone la ricerca di elementi concreti dai quali partire per un dialogo: si è quindi tenuto conto dell'incidenza che regole pragmatiche assumono nelle deroghe che vanno a subire le discipline relative ai due pilastri sui quali si fonda il mercato unico: concorrenza e consumatori.

Palesi le deroghe in materia di concorrenza, sulle quali la ricerca si sofferma rapidamente, e che sono sotto gli occhi di tutti (basterebbe menzionare il caso Alitalia).

Meno palesi e, pertanto, ancor più pericolose sono quelle che si possono evidenziare in materia di tutela di consumatori, ciò anche per la scarsa attenzione che si dedica a quel *floor* minimo e comune che dovrebbe rappresentare una imprescindibile base di tutela a livello orizzontale.

In quest'ambito, l'ottica può ulteriormente restringersi guardando alle specificità degli ordinamenti settoriali e al loro modo di porsi nel frazionamento rispetto al traguardo raggiunto dal codice unico.

Il primo livello di attenzione viene perciò posto all'ambito normativo e alle modalità tese a coniugare discipline orizzontali e verticali e, quindi, al modo di intendere generalità e specialità.

Il secondo livello sposta l'attenzione dalla legislazione primaria a quella secondaria. A questo riguardo emerge evidente che la ricerca di unità, al di là di alcune intese che si limitano alla bilateralità degli accordi, appare ulteriormente minata da interventi giudiziari che risultano inappaganti non solo nell'*an*, ma anche nel *quomodo*, posto che il giudice non può dare risposte di sistema.

Il terzo livello si pone nell'ottica della sussidiarietà esplorando la possibilità, già avanzata nel Rapporto dell'anno precedente, di ricorrere all'autoregolazione per ricondurre il sistema ad unità attraverso la ricerca di azioni unitarie.

Il pericolo di un'eccessiva frammentazione impone, quindi, la ricerca di soluzioni che pongano attenzione all'esigenza di una forte tutela orizzontale; a tal fine è necessario l'impegno di operatori e consumatori i quali, attraverso le Associazioni, devono essere soggetti attivi del dialogo al quale siamo invitati a partecipare.

La ricerca si divide in tre parti. L'originalità dell'indagine consiste nel non affrontare in ciascuna parte un nodo del trilemma (investimenti, regolazione, concorrenza): ci interessano non i confronti ma i punti critici di contatto: solo se si comprendono questi nodi una ricostruzione sistematica alternativa all'attuale acquista un significato e un'utilità. E quindi, nella prima parte della ricerca, si individuano i nodi e li si affronta; nella seconda parte si dipana la matassa, esaminando i diversi settori separatamente. Nella terza parte, infine, si esamina la funzione svolta dalla prassi e dalla giurisprudenza. A questo punto, ciascuno potrà trarre le proprie conclusioni.

Le nostre, funzionali alla ricerca delle tutele per i consumatori, sfociano in proposte concrete, che leggete nell'intervento di Fabio Bassan.

Quanto al piano normativo, la proposta è di tornare all'unità sistematica del codice del consumo, per sottrarre il contrasto tra disciplina generale e speciale alle soluzioni giurisprudenziali, per definizione non sistematiche. Soluzioni, peraltro, oggi dubbie e, comunque, messe in discussione. Riteniamo infatti tuttora che l'intervento concorrenziale sia sussidiario (non meramente residuale), anche in relazione alla tutela dei consumatori, come lo è già per la disciplina dei mercati, in quanto giustificato quando gli interventi regolatori non sono sufficienti o, *a posteriori*, si rivelano errati.

Quanto al piano regolatorio, torniamo a ribadire - stavolta con più forza - quanto già suggerito nel Rapporto dello scorso anno: l'esigenza di un protocollo multilaterale tra autorità indipendenti, prendendo spunto dal modello europeo adottato per le autorità nei settori finanziari.

Ci rendiamo conto della differenza tra un coordinamento tra autorità europee con poteri di intervento analoghi in settori contigui e un coordinamento tra autorità nazionali, sorte in periodi diversi (e non tutte originate dall'Unione), con poteri molto diversi e vigilanti su settori decisamente differenti.

E' però vero che le tutele dei consumatori devono trovare una sintesi e un punto d'incontro, per evitare nuove derive settoriali e per garantire garanzie minime analoghe nei diversi settori.

Un protocollo multilaterale realizzerebbe una prima vera forma di *'autoregolamentazione delle autorità di regolazione'*, alternativa valida all'attuale *'regolazione giudiziaria'*, a-sistematica per definizione.

Quanto, infine, al piano dell'autoregolazione, suggeriamo un maggiore coordinamento intersettoriale tra gli operatori nell'adozione dei codici di autodisciplina, operazione che riteniamo dovrebbe essere sollecitata dalle associazioni dei consumatori proprio per garantire quella omogeneità della tutela oggi perduta nelle derive settoriali.

Liliana Rossi Carleo



Parte I

**LE ASIMMETRIE DELLE TUTELE
SETTORIALI, AGGRAVATE DALLA
CRISI. I DIVERSI PERCORSI
SEGUITI NELL'UNIONE EUROPEA
E IN ITALIA**

(Fabio Bassan)

Investimenti sulle reti, concorrenza, consumatori: il trilemma europeo. Una modesta proposta per garantire le tutele ai tempi della crisi

(Fabio Bassan)

Il Dipartimento di Studi Aziendali di Roma Tre, nell'ambito di un rapporto ormai consolidato negli anni con Consumers' Forum, ha realizzato nel corso del 2013 una ricerca originale che, mettendo il consumatore al centro, tenta di fornire una chiave di lettura delle vicende economiche di questi anni, caratterizzate da una delle crisi più radicali dell'ultimo secolo.

Negli ultimi cinque anni l'accento nelle azioni dei governi e nelle discussioni accademiche è stato posto sugli investimenti necessari per sviluppare o ammodernare le infrastrutture. Per rilanciare l'economia, la ricetta keynesiana degli investimenti pubblici viene riproposta in Europa con ingredienti solo in parte nuovi: la partecipazione dei privati, spesso garantita dagli Stati. Un valzer di collaterali che più che le scatole cinesi di casa nostra richiama le recenti "salsicce avvelenate" dei mercati finanziari. Di qui un nuovo rapporto tra intervento pubblico nell'economia e libertà imprenditoriale, declinato da ciascuno stato dell'Unione in modo differente (l'integrazione europea è ancora solo parziale su questo profilo).

Gli interventi statali sono diversi non solo a seconda dei paesi (ogni governo adotta strategie indipendenti, solo formalmente coordinate) ma anche dei settori. La regolazione dei mercati - questa sì, europea - ha prodotto infatti discipline settoriali che vengono considerate ora da taluni (in dottrina, ma così si è espressa anche giurisprudenza autorevole) indipendenti. Da qui i conflitti, tra regolazioni settoriali ("verticali") e tra queste e le regolazioni di sistema (concorrenza, privacy, consumatori) tipicamente "orizzontali".

La disputa risalente della prevalenza tra regolazione e concorrenza che ha caratterizzato gli anni '90 assume ora contorni nuovi in un contesto mutato e decisamente più complesso, in cui s'intrecciano i rapporti tra stati e istituzioni dell'Unione, tra autorità indipendenti nazionali, tra queste e i governi, tra le autorità nazionali e quelle dell'Unione.

Lo schema originario del legislatore dell'Unione di disintermediare settori impor-

tanti dell'economia dall'intervento degli Stati mediante la creazione di autorità indipendenti nazionali coordinate variamente - a seconda dei settori - a livello europeo, cui paradossalmente diventa funzionale anche la griglia delle competenze definita con il Trattato di Lisbona è degenerata per le reazioni nazionali (dei governi, ma anche delle autorità), espresse con lo strumento residuale cui tipicamente si ricorre in questi casi: la funzione integrativa, quando non suppletiva, del potere giurisdizionale. Per ricondurre l'insieme a sistema sul piano delle tutele e descriverlo, più che l'insiemistica possono le tre carte: la donna di cuori come il giudice a Berlino.

In un simile quadro di estrema frammentazione, che può essere affrontata sul piano geografico (dei diversi paesi), dei settori (diversi i trasporti dall'energia e dalle comunicazioni), delle regolazioni (diverse tra loro quelle verticali, e diverso il rapporto di ciascuna di queste con quelle orizzontali) abbiamo deciso di privilegiare una visione unitaria. Questo tentativo, necessario - a nostro avviso - per azzardare una risposta univoca, può partire da uno qualunque dei profili elencati sopra. Il punto di partenza scelto, evidentemente, influenza il risultato: il sistema non è invariante.

Il punto di vista che abbiamo scelto per Consumers' Forum è quello del consumatore. La necessità di investimenti nelle infrastrutture, funzionale a esigenze molteplici e prioritarie, ha infatti negli ultimi cinque anni messo in secondo piano l'obiettivo di una competizione neutra sui mercati. Nel settore bancario e in quello dei servizi di interesse economico generale, l'Unione europea ha accettato interventi sempre più decisivi degli stati, giustificati prima perché limitati sul piano temporale, e poi ammessi in via strutturale. La concorrenza (regolazione "orizzontale") cede terreno negli anni di crisi. E la regolazione ("verticale")? E' difficile intervenire sui mercati per orientarli (nei casi peggiori) o superarne i conflitti (nei casi migliori) quando le ricette per uscire dalla crisi sono sperimentali. Inutile fornire tempi di cottura e temperature se i forni nazionali sono diversi (per non dire degli ingredienti). E infatti la regolazione dell'Unione è in una fase di stanca: nei trasporti e nelle comunicazioni, nella disciplina della privacy, il parlamento europeo non riesce ancora a trovare unità di intenti con il Consiglio dell'Unione e a licenziare riforme importanti, che vanno in direzioni precise (se siano anche quelle giuste, come noto, si sa solo a posteriori).

In tutto ciò, le tutele dei consumatori sono finite come polvere sotto il tappeto. Sembra quasi che *Europa* arrossisca per un sistema di tutele all'avanguardia rispetto

agli altri sistemi giuridici (si pensi agli Stati Uniti) perché considerato (oltreoceano) un vincolo non necessario e piuttosto inutile alla libertà dei mercati. Anche in Italia, l'unità del codice del consumo - che costituiva un *benchmark* europeo - ha ceduto in pochi anni a una deriva centrifuga che ha travolto le pretese di sistema. Partire da qui ci sembra dunque stimolante. E' peraltro un omaggio doveroso nei confronti della coordinatrice di questo gruppo di lavoro ormai storico, che è stata tra gli artefici di quel codice.

La ricerca si divide in tre parti. L'originalità dell'indagine consiste nel non affrontare in ciascuna parte un nodo del trilemma (investimenti, regolazione, concorrenza): ci interessano non i confronti ma i punti critici di contatto. Non è narcisismo ma necessità vera: solo se si comprendono questi nodi una ricostruzione sistematica alternativa all'attuale acquista un significato e un'utilità. E quindi, nella prima parte della ricerca si individuano i nodi e li si affronta: occorre "guastare" per recuperare il filo e riutilizzarlo. Nella seconda parte si dipana la matassa, esaminando i diversi settori separatamente. Nella terza si esamina la funzione svolta dal terzo potere (giurisdizionale o para). A quel punto, ciascuno potrà trarre le proprie conclusioni. Le nostre, sono funzionali alla ricerca delle tutele per i consumatori. Poiché il trilemma evidenziato nel titolo (investimenti, concorrenza, tutele dei consumatori) in ragione della scarsità delle risorse, non può che essere risolto privilegiando un profilo rispetto agli altri, ci si deve interrogare su quali forme di tutela si vogliono garantire al consumatore nell'attuale congiuntura. Un *floor*, un livello minimo deve essere individuato a priori, per evitare che nella contingenza le esigenze di chi usufruisce dei servizi vengano ignorate, in tutto o in parte, o sacrificate alla crisi, o ancora peggio, differenziate a seconda del settore (classificando così il consumatore in "fortunato" o "meno fortunato" a seconda del settore in cui ha subito il torto).

Il profilo dell'analisi che abbiamo scelto è quello '*forward looking*': si parte dall'esistente per proporre soluzioni. Ciononostante, si è tentato di descrivere brevemente nei diversi settori come la situazione attuale costituisca il precipitato anche di precise politiche regolatorie.

Il tema, per come lo abbiamo proposto, pone interrogativi su almeno quattro livelli.

Il primo livello: il piano normativo

Il primo livello di indagine è sul piano normativo e concerne il rapporto tra disciplina generale e speciale e l'ampiezza delle deroghe. Questo vale sia sul piano generale, negli ordinamenti statali e in quello dell'Unione - in cui si tende ormai a intervenire con regolamenti, non più direttive, neanche di armonizzazione massima: la crisi giustifica l'urgenza e le competenze sfumano - sia sul piano applicativo, della giurisprudenza (il Consiglio di Stato ormai svolge una funzione suppletiva di fatto).

L'esempio del rapporto tra l'art. 18 del codice del consumo e le discipline settoriali in merito alle pratiche commerciali scorrette è quasi scontato (si veda in dettaglio l'intervento di Sara Perugini in questo rapporto, che segue questa breve introduzione). Il principio della prevalenza della regolazione di settore, quando completa e di origine comunitaria, in ragione della sua pretesa specialità rispetto alla direttiva di piena armonizzazione 2005/29/CE contrasta sia con la realtà (perché la regolazione di settore non è mai completa, neanche quella sulle comunicazioni elettroniche) sia con l'impostazione dell'Unione, sul piano teorico. L'ordinamento dell'Unione tende a non valorizzare troppo il principio di specialità, che storicamente ha creato numerosi fraintendimenti nei rapporti tra Stati e Unione, preferendogli la nozione di prevalenza da un lato e di integrazione dall'altro. Ora, pur considerando valide tutte le interpretazioni possibili, compresa quella, ad oggi decisiva, fornita dal Consiglio di Stato, cui pure il legislatore ha finito per conformarsi, integrandola la soluzione più ragionevole sembra un'altra. Il fondamento è la prevalenza del diritto dell'Unione. La *ratio* è l'armonizzazione massima negli Stati membri. Il rapporto tra disciplina generale (concorrenza) e di settore (che non è speciale, se non in una ricostruzione forzata) è di integrazione: la concorrenza colma il vuoto. Ma non inteso come "lacuna" di un sistema speciale e completo, perché la specialità è una superstizione e la completezza non è mai piena (alcuni passi di Giannini restano ancora attuali). Piuttosto, la finalità della tutela è differente e quella concorrenziale entra in gioco quando quella settoriale non garantisce un livello di garanzie adeguato (in quanto analogo a quello garantito negli altri settori). In sintesi, l'intervento concorrenziale è sussidiario (non meramente residuale) anche in relazione alla tutela dei consumatori, come lo è già per la disciplina dei mercati, in quanto giustificato quando gli interventi regolatori non sono sufficienti o, a posteriori, si rivelano errati.

Ma una simile esigenza non può trovare risposta in un articolo di qualche decreto convertito. Serve un intervento del legislatore “di sistema”: il nostro suggerimento è tornare nuovamente al codice del consumo, riformandolo dove necessario.

Il secondo livello: il piano regolatorio

Il secondo livello è sul piano regolatorio, dell’attività delle autorità indipendenti e del loro coordinamento, realizzato attualmente mediante protocolli bilaterali. L’inefficienza - e comunque l’inefficacia - di un simile coordinamento emerge in modo ormai innegabile dalla giurisprudenza di legittimità più recente.

Nel Rapporto Consumers’ Forum dello scorso anno abbiamo illustrato la recente esperienza europea nel settore finanziario, che mostrava potenzialità nuove di un coordinamento multilaterale, proprio per le tutele dei consumatori. Le norme istitutive delle tre “autorità finanziarie” europee (EBA, ESMA e EIOPA) prevedono infatti forme di coordinamento istituzionalizzato nella trattazione di temi comuni, tra cui la tutela dei consumatori. Per la prima volta il coordinamento: (1) è realizzato da autorità europee e non nazionali; (2) trova una base giuridica in una norma (i regolamenti) e (3) è non più bilaterale, ma multilaterale. Certo, in materie contigue (mercati, banche, fondi); però l’evoluzione non può essere ignorata.

In particolare, l’art. 9 dei regolamenti istitutivi delle tre autorità di vigilanza europee - rispettivamente, regolamenti (CE) nn. 1093, 1094 e 1095/2010 - prevede la creazione di un comitato congiunto (*Standing Committee on Financial Innovation* - SCFI), a sua volta suddiviso in due sotto-comitati, uno per l’innovazione finanziaria e uno per la tutela dei consumatori (*SubGroup Consumer Protection* - SGCP). Quest’ultimo (SGCP) si occupa dei servizi bancari e finanziari al dettaglio, con un’attenzione particolare ai prodotti innovativi. In proposito, il SGCP solleva questioni presso le tre autorità, propone standard tecnici o linee-guida su temi specifici, studia i rischi potenziali dei nuovi prodotti che vengono immessi sul mercato. La competenza di ciascun comitato SCFI è da ricondurre a quella delle autorità nel cui ambito ciascun comitato opera; per il comitato dell’EBA ad esempio, il rischio collegato a istituzioni finanziarie, fondi d’investimento, strumenti di pagamento. Per evitare sovrapposizioni, i SCFI delle tre ESA si coordinano tra loro, all’interno di un comitato congiunto

(art. 57, regolamenti istitutivi di EBA, EIOPA e ESMA). Il mandato del comitato (definito nel marzo 2012) è rafforzare la tutela dei consumatori aiutando le tre autorità ad esercitare l'attività loro conferita dall'articolo 9 dei tre regolamenti istitutivi, relativo appunto alla tutela dei consumatori.

Come già illustravamo lo scorso anno, ci rendiamo conto della differenza tra un coordinamento tra autorità europee con poteri di intervento analoghi in settori contigui, e un coordinamento tra autorità nazionali di settore sorte in periodi diversi, solo alcune originate dall'Unione, con poteri tanto diversi tra loro e vigilianti su settori decisamente differenti. E' però vero che le tutele dei consumatori devono trovare una sintesi e un punto d'incontro, per evitare nuove derive settoriali e per garantire garanzie minime analoghe nei diversi settori.

Interessante può essere in questa fase l'attività dell'autorità per i trasporti, appena costituita, che deve ancora elaborare principi e formare strutture: già al suo interno dovrà contemperare esigenze, interessi e tutele differenti negli ampi e diversi settori di competenza (dalle autostrade alle ferrovie, dai porti agli aeroporti, dal trasporto pubblico locale fino ai taxi).

Un protocollo multilaterale tra le autorità sarebbe una soluzione idonea e adeguata, oltre che legittima in base alla normativa vigente. E realizzerebbe una prima vera forma di "autoregolamentazione delle autorità di regolazione", alternativa valida - e forse, fino a un intervento normativo che modifichi il codice del consumo, l'unica possibile - all'attuale "regolazione giudiziaria", che per definizione è a-sistematica e non garantisce quella certezza del diritto invocata oggi come presupposto per ogni iniziativa sul mercato.

Il terzo livello: l'autodisciplina del mercato

Il terzo livello riguarda gli operatori, poiché nei diversi settori è significativo il ruolo dell'autoregolamentazione e della co-regolamentazione (si veda l'intervento di Aldo Corvino nelle pagine seguenti). Dalle carte dei servizi originarie si è passati, quasi senza accorgersene, alla co-regolamentazione e all'autoregolamentazione dei codici di condotta: il diritto negoziato con il legislatore (nel primo caso) e tra gli operatori (nel secondo). L'effetto non è stato quello sperato: le incertezze del legi-

slatore dell'Unione hanno prodotto effetti su quello nazionale, che non ha scelto tra le soluzioni offerte dalle direttive. Questo ha prodotto un ingessamento del sistema perché gli operatori, in assenza di un'assunzione di responsabilità della politica, a loro volta non scelgono: il rischio di investire in una direzione ed essere poi sconfessati (dal legislatore) e magari sanzionati (dalle autorità, generali o di settore) è alto e testimoniato da esperienze anche recenti.

Alcune soluzioni possono immaginarsi però anche a questo livello ed essere applicate in modo differente a seconda che vi sia o meno un orientamento del legislatore, dell'Unione o statale. Anche in questo caso può ipotizzarsi un coordinamento intersettoriale dei codici di condotta per specificare le garanzie minime, soprattutto quando originano da direttive dell'Unione che consentono agli stati di scegliere tra soluzioni diverse e il nostro paese non ha scelto, lasciando indeterminata la norma di recepimento.

Il quarto livello: il ruolo delle associazioni dei consumatori

Il quarto profilo, infine, concerne i consumatori, e il ruolo che viene loro riconosciuto in questo contesto. Le associazioni non possono certo supplire al deficit illustrato nei tre livelli precedenti, però possono esercitare l'impulso al cambiamento. Su questo tema devono interrogarsi. L'attività di Consumers' Forum costituisce la presa d'atto di una consapevolezza e l'assunzione di una responsabilità. Chiedere un'azione multilivello è ormai infatti, come si dimostrerà nelle pagine seguenti, una necessità.

Rapporto tra la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 18 ss. del codice del consumo e le discipline di settore

(Sara Perugini¹*)

Il rapporto tra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette contenuta nel codice del consumo e le discipline di settore si pone al centro della nota questione del riparto di competenze tra l’Autorità Antitrust e le Autorità di vigilanza nella materia di tutela del consumatore.

Il presente contributo intende offrire un quadro dei diversi orientamenti seguiti nel tempo dai giudici e delle soluzioni interpretative desumibili dalla normativa nazionale ed europea verificando, in particolare, le ricadute sul sistema del modello elaborato dall’attuale giurisprudenza.

SOMMARIO: 1. PREMESSA. - 2. IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO: NORME COMUNITARIE E NAZIONALI SUL RAPPORTO TRA DISCIPLINE. - 3. GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA: IL PARERE DEL CONSIGLIO DI STATO NEL SETTORE DEI SERVIZI FINANZIARI. - 3.1. LA GIURISPRUDENZA ANTECEDENTE AL MAGGIO 2012: LA “COMPLEMENTARIETÀ” TRA DISCIPLINE. - 3.2. LE ADUNANZE PLENARIE DELL’11 MAGGIO 2012 E LE SUCCESSIVE PRONUNCE DEL TAR LAZIO: LA “RESIDUALITÀ” DELLA DISCIPLINA GENERALE. - 4. GLI ORIENTAMENTI DELLA COMMISSIONE EUROPEA. - 5. LE POSSIBILI SOLUZIONI INTERPRETATIVE. - 6. QUESTIONI ANCORA APERTE. - 7. RICADUTE SUL SISTEMA: PRATICHE COMMERCIALI E IUS VARIANDI NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI. - 8. CONCLUSIONI.

1. PREMESSA

Il d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146, in attuazione della direttiva n. 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno (definita direttiva di c.d. “armonizzazione massima”), ha introdotto nell’ordinamento italiano, mediante la novellazione del Titolo III, Capo I, della Parte II del Codice del Consumo, il divieto delle pratiche commerciali scorrette attribuendo la relativa competenza all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

Come noto, la disciplina ha carattere “orizzontale” in quanto risulta applicabile a tutti i rapporti tra imprese e consumatori a prescindere dal settore commerciale di appartenenza e dall’oggetto del rapporto economico sottostante e la nozione

1 * Le opinioni espresse dall’Autore non impegnano in alcun modo l’Istituzione cui appartiene.

di pratiche commerciali scorrette, vietate ai sensi degli artt. 18 ss. codice del consumo, risulta idonea a ricomprendere non soltanto le pratiche commerciali che si realizzano prima dell'atto di acquisto (fase del primo "contatto sociale") mediante la pubblicità, ma anche quelle che si verificano contestualmente alla conclusione del contratto o durante la sua esecuzione (art. 19, comma 1, cod. cons.).

L'ambito di applicazione della disciplina risulta, pertanto, talmente ampio da accentuare il rischio che specifici aspetti di tale attività siano regolati da normative settoriali applicate da altre amministrazioni e dal conseguente rischio di una sovrapposizione di competenze in assenza di un criterio generale di ripartizione preventiva. Di qui l'esigenza di individuare specifiche forme di coordinamento tra tali normative e le disposizioni contenute nel codice del consumo.

Invero, il nodo della questione posta dal recepimento della direttiva n. 2005/29/CE è rappresentato non tanto dal riparto di competenze tra Autorità, quanto piuttosto dalla relazione che corre sul piano sostanziale tra la disciplina "orizzontale" delle pratiche commerciali contenuta nel Codice del Consumo e le discipline di settore che regolano «*aspetti specifici delle pratiche commerciali*».

La declinazione di tale relazione in termini di complementarietà o alternatività determina poi, sul piano interno, la configurazione del rapporto tra l'azione amministrativa dell'Antitrust e quella delle altre Autorità settoriali.

A tal fine, dopo una breve disamina del quadro normativo di riferimento, saranno presi in considerazione i modelli seguiti dalla giurisprudenza amministrativa e le soluzioni interpretative che emergono dall'art. 23, comma 12, *quinquedecies* d.l. n. 95/12 e dall'art. 3, par. 4, direttiva n. 2005/29/CE letto alla luce degli orientamenti della Commissione Europea.

L'analisi procederà poi a verificare le potenziali ricadute sul sistema delle soluzioni interpretative proposte con particolare riferimento al settore delle comunicazioni.

2. IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO: NORME COMUNITARIE E NAZIONALI SUL RAPPORTO TRA DISCIPLINE

In tema di rapporti tra normativa generale e normativa di settore, l'art. 3, par. 4, della direttiva n. 2005/29/CE dispone che: «*In caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici*».

Inoltre, il *considerando* n. 10 della direttiva recita: «*È necessario garantire un rapporto coerente tra la presente direttiva e il diritto comunitario esistente, soprattutto per quanto concerne le disposizioni dettagliate in materia di pratiche commerciali sleali applicabili a settori specifici (...) Di conseguenza, la presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, come gli obblighi di informazione e le regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore. Essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore*» (sottolineatura aggiunta).

Assume rilievo, anche, il *considerando* n. 11 che sembra escludere a priori un possibile contrasto tra la direttiva e le altre «*norme comunitarie*» nel caso delle pratiche aggressive, in quanto riconosce l'assenza di una disciplina comunitaria di tali fattispecie prima dell'entrata in vigore della direttiva n. 2005/29/CE («*[...] La presente direttiva (...) stabilisce inoltre norme riguardanti le pratiche commerciali aggressive, che attualmente non sono disciplinate a livello comunitario*» (Sottolineatura aggiunta).

Nell'ordinamento interno, la disposizione della direttiva è stata recepita dall'art. 19, comma 3, cod. cons. secondo cui «*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*» (Sottolineatura aggiunta).

La norma nazionale, pertanto, nel tradurre sul piano interno la locuzione «*norme comunitarie*» contenuta nell'art. 3, par. 4, della direttiva sopra citato, indica tra le

fonti normative rilevanti suscettibili di un confronto con la disciplina generale «*le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie*» e le «*norme nazionali di recepimento*» di tali disposizioni.

Successivamente, la questione del rapporto tra discipline è stata oggetto di uno specifico intervento da parte del legislatore nazionale nell'ambito del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135 (c.d. *spending review*). In particolare, l'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies*, del decreto, stabilisce che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è competente ad accertare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette, con la sola esclusione di quelle «*poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente ad aspetti regolati*» (sottolineature aggiunte).

3. GLI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA: IL PARERE DEL CONSIGLIO DI STATO NEL SETTORE DEI SERVIZI FINANZIARI

La questione del rapporto tra disciplina delle pratiche commerciali contenuta nel Codice del consumo e discipline di settore, si è posta sin da subito come centrale nell'ambito delle controversie giudiziarie afferenti a settori regolamentati.

L'evoluzione giurisprudenziale sul punto è caratterizzata da due fasi tra loro divergenti: la fase della c.d. "complementarietà" tra la disciplina generale e le discipline di settore e la fase della c.d. "residualità" della disciplina generale rispetto a quella settoriale.

Il passaggio dall'uno all'altro orientamento è segnato dalle note pronunce dell'Adunanza Plenaria dell'11 maggio 2012 che, in buona parte, traggono spunto dalle posizioni assunte dal Consiglio di Stato, nel parere reso in sede consultiva a fronte del quesito sollevato dalla stessa AGCM in merito alla applicabilità della normativa sulle pratiche commerciali scorrette poste in essere dai professionisti che operano nel settore dei servizi finanziari in presenza di una disciplina di settore, finalizzata a garantire la correttezza delle informazioni al pubblico e la trasparenza e correttezza

dei comportamenti degli operatori la cui applicazione è demandata alla CONSOB con specifici poteri istruttori e sanzionatori (3 dicembre 2008 n. 3999).

In tale sede, come noto, il Consiglio di Stato ha riconosciuto la prevalenza sul Capo I del Titolo III del Codice del Consumo della disciplina contenuta nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (recante il TUF) facendo ricorso al principio di specialità e risolvendo il conflitto di competenze tra Antitrust e Autorità settoriale in favore della Consob.

Il Consiglio muove da una duplice premessa: da un lato, l'inesistenza nel caso di specie di una disciplina procedimentale che consenta di risolvere, in via anticipata, gli eventuali conflitti di competenza tra le Autorità; dall'altro, la sussistenza di due apparati normativi - la normativa di ordine generale di cui agli articoli da 18 a 27 cod. cons. e quella del TUF - che fanno capo a due diverse Autorità assistite nel loro intervento da poteri inibitori e sanzionatori e sono finalizzati alla cura del «*medesimo interesse*» ossia «*la corretta informazione del pubblico nella pratica professionale in vista della regolare concorrenza tra soggetti economici*».

Sicché, trattandosi di normative pariordinate, il Consiglio di Stato ha ravvisato l'esistenza di una vera e propria antinomia (*rectius*, un'antinomia non apparente), che rischierebbe di condurre ad una duplicazione di sanzioni sugli stessi soggetti, per il medesimo comportamento e per la cura di un identico interesse, in violazione del principio del *ne bis in idem*. L'antinomia deve essere risolta, secondo il giudice, facendo ricorso al principio di specialità (un principio «*generale immanente all'obiettivo della razionalità dell'ordinamento e da sempre considerato prioritario per risolvere in sede applicativa i casi contraddittori e di duplicazione di fattispecie sostanziali come procedurali tra cui quelle riguardanti l'intervento pubblico*»).

Nel caso di specie, specifica il Consiglio di Stato le ragioni della specialità si identificano sia sotto il profilo oggettivo, essendo il "settore finanziario" per «*le sue caratteristiche, le sue pratiche, la sua ragione e le sue stesse norme un contesto di sistema distinto rispetto al mercato in generale*», sia sotto il profilo soggettivo, riconoscendo nell'*investitore* e nel *risparmiatore* (che è un investitore non professionale) «*una specie del genere consumatore in quanto destinatario di un prodotto standardizzato seppur finanziario: un consumatore di servizi finanziari*».

Di qui la conclusione che relativamente al settore dei servizi finanziari «*la disciplina*

generale sulle pratiche commerciali scorrette, per la quale è competente l'AGCM, non si applica se ed in quanto operano disposizioni sugli obblighi informativi e di correttezza nella commercializzazione dei servizi finanziari, la cui applicazione è riservata alla CONSOB».

Per ipotizzare, invece, un intervento “parallelo” di entrambe le Autorità su una medesima condotta si dovrebbe verificare - ad avviso del Consiglio di Stato - che «*gli interessi generali tutelati mediante i due interventi siano [...] intrinsecamente diversi*».

Invero, sotto tale profilo, non può tacersi in questa sede, il dubbio che il parere solleva in merito alla identità di interessi sui quali si fondano le normative, generale e speciali, astrattamente applicabili individuato dal Consiglio di Stato nella «*corretta informazione*» del consumatore «*in vista della regolare concorrenza tra soggetti economici*».

L'interesse tutelato dalla normativa generale sulle pratiche commerciali scorrette, infatti, non si identifica o comunque non si esaurisce nel il diritto del consumatore a ricevere una informazione veritiera e corretta sui servizi commercializzati dal professionista «*in vista della regolare concorrenza tra soggetti economici*» ma piuttosto, con il diritto del consumatore ad autodeterminarsi e ad assumere scelte commerciali consapevoli. Capacità questa che, può essere condizionata da condotte ingannevoli, commissive o omissive, non necessariamente correlate alla diffusione di informazioni non corrette (si pensi ad alcune delle fattispecie contenute nella *black list* delle pratiche ingannevoli) ovvero da comportamenti aggressivi (di natura coercitiva, violenta o tali da creare nel consumatore un indebito condizionamento).

Come vedremo più avanti, la giurisprudenza amministrativa successiva alle pronunce dell'Adunanza Plenaria, ha stressato ulteriormente tale presupposto - l'identità di interessi - arrivando a qualificare come “speciali” anche le discipline settoriali «*orientate alla tutela del consumatore*» (TAR Lazio 22 luglio 2013, n. 7442).

3.1. *La giurisprudenza antecedente al maggio 2012: la “complementarietà” tra discipline*

Come già rilevato, nelle prime pronunce della giurisprudenza amministrativa che hanno confermato i provvedimenti adottati dall’Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette e sino alle sentenze dell’Adunanza Plenaria, il rapporto tra la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette e le discipline di settore è stato declinato in termini di “complementarietà” tra i diversi strumenti di tutela (TAR Lazio 8 settembre 2009, n. 8400 *PS/1 Prezzi Bloccati elettricità*; 15 giugno 2009, n. 5628, *PS86 Sms messaggi in segreteria*; 15 giugno 2009 nn. 5625, 5627 e 5629, *PS24 Fatturazione per chiamate satellitari*).

In particolare, il TAR Lazio ha in più occasioni affermato il principio secondo cui «*Il nuovo quadro di tutela offerto dal Codice del Consumo viene ad aggiungersi, da un lato, ai normali strumenti di tutela contrattuale (attivabili dai singoli), dall’altro, a quelli derivanti dall’esistenza di specifiche discipline in settori oggetto di regolazione*» (TAR Lazio 19 maggio 2010, n. 11321, *PS2760 Accordo Italia - Carta Auchan Accord*).

La configurazione dei rapporti tra discipline in termini di “parallelismo” piuttosto che di esclusione, prospettata anche nelle decisioni successive al parere del Consiglio di Stato sopra citato e nelle sentenze che hanno poi generato la rimessione della questione alla Adunanza Plenaria, adottate nel settore delle comunicazioni (Es. TAR Lazio 29 marzo 2010, n. 4931, *PS95 Wind Absolute Tariffa*) e nel settore del credito (Es. TAR Lazio 18 gennaio 2010, *PS1821 Agos*), si fonda su tre principali argomentazioni.

In primo luogo, il canone di diligenza professionale al quale, secondo il codice, l’impresa deve uniformare le proprie condotte nei rapporti con i consumatori viene definito come un complesso di regole di comportamento «*esegibile dalle imprese a tutela della libertà di scelta e di autodeterminazione del consumatore*» che devono essere desunte oltre che dal quadro regolatorio settoriale anche «*dall’esperienza propria del settore di attività*» e «*dalla finalità stessa di tutela perseguita dal Codice del Consumo*». Ciò anche in considerazione del «*naturale innalzamento del gap di asimmetria informativa tra consumatore e professionista*» dovuto a specifiche caratteristiche di singoli settori (come, ad esempio, la continua evoluzione tecnologica

del settore delle comunicazioni o la recente liberalizzazione del settore energetico) al quale «*l'onere di diligenza gravante sull'impresa deve essere costantemente adeguato*» (TAR Lazio 8 settembre 2009, n. 8400 PS/1 *Prezzi Bloccati elettricità*; 15 giugno 2009, n. 5628, PS86 *Sms messaggi in segreteria*; 15 giugno 2009 nn. 5625, 5627 e 5629, PS24 *Fatturazione per chiamate satellitari*).

In secondo luogo, la prevalenza della disciplina di settore di derivazione comunitaria su quella generale è condizionata alla sussistenza di un «*contrastato*» ossia di una «*antinomia reale*» tra la regola di comportamento, elaborata *ex ante* nell'ambito della disciplina settoriale e la regola di comportamento richiesta *ex post* a professionisti sulla base del «*canone di diligenza professionale*» di volta in volta individuato dall'AGCM.

In terzo luogo, secondo tale orientamento, la completezza della disciplina di settore non può essere predicata in astratto ma va verificata nei casi concreti e, del resto, afferma il Tar Lazio «*non vi potrà mai essere alcuna disciplina regolatoria che colga interamente la complessità del reale né siffatta disciplina è effettivamente auspicabile posto che anche l'eccesso di regolazione può avere effetti controproducenti sulla concorrenzialità del mercato*» (TAR Lazio 19 maggio 2010, n. 11321, PS2760 *Accordo Italia - Carta Auchan Accord*).

3.2. *Le Adunanze Plenarie dell'11 maggio 2012 e le successive pronunce del TAR Lazio: la "residualità" della disciplina generale*

Tale orientamento è stato radicalmente modificato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze dell'11 maggio 2012, n. 11, 12, 13, 14 15 e 16 che, nell'affrontare il tema del conflitto di competenze tra AGCM e altre Autorità Indipendenti (AGCOM e Banca d'Italia) in relazione a procedimenti aventi come finalità la tutela del consumatore (c.d. *actio finium regundorum*), ha risolto la questione sancendo nel settore delle comunicazioni elettroniche, la *residualità* della disciplina generale rispetto alla disciplina settoriale.

L'indagine svolta dall'Adunanza sul rapporto tra discipline e il conseguente riparto di competenze tra Autorità si sviluppa secondo un percorso motivazionale caratterizzato dai seguenti passaggi:

- la disciplina “settoriale” deve considerarsi disciplina “speciale” a tutela del consumatore anche in presenza di una tutela solo mediata e indiretta dell’interesse del consumatore;
- il termine «*contrasto*» contenuto nell’art. 19, comma 3, cod. cons. va interpretato come “sovrapposizione tra discipline” di diversa fonte e portata. Tale condizione ricorre tutte le volte in cui la disciplina di settore contiene norme “complete e esaustive” sulla tutela del consumatore in grado di coprire tutte le fattispecie di pratiche commerciali scorrette mediante il rinvio a clausole generali di correttezza e trasparenza, con conseguente assorbimento al di sotto della disciplina settoriale di qualsiasi comportamento adottato dal professionista nei confronti dei consumatori;
- in virtù di tale completezza, il “modello di professionista diligente” richiesto dal Codice non può che coincidere con il rispetto del quadro regolatorio (l’Adunanza rileva che «*il rispetto della disciplina di settore non può che qualificare il comportamento dell’operatore quale diligente*»);
- il requisito della “derivazione comunitaria” richiesto dall’art. 19, comma 3, cod. cons. deve valutarsi avendo riguardo alla disciplina nel suo complesso e non a singole disposizioni (l’Adunanza rileva che la disciplina settoriale in materia di comunicazioni elettroniche è “*in gran parte di diretta derivazione comunitaria*”).

Tale assetto interpretativo ha condotto l’Adunanza a ritenere che, la disciplina generale sulle pratiche commerciali scorrette non possa essere applicata al settore delle comunicazioni elettroniche, in ragione della sussistenza di una disciplina speciale a tutela del consumatore esaustiva e completa, contenuta nel Codice delle comunicazioni elettroniche (d. lgs. n. 259/2003) e in altre disposizioni nazionali - art. 1 d.l. n. 7/2007 (convertito in legge n. 40/2007). Conseguentemente, il Consesso ha risolto in favore della Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni la questione della competenza ad adottare provvedimenti sanzionatori in materia di tutela del consumatore (sentenze n. 11, 12, 13, 15 e 16 dell’11 maggio 2012).

Al contrario, l’Adunanza ha escluso la prevalenza sulla disciplina generale della disciplina settoriale del credito e del risparmio contenuta nel d. lgs. n. 385/1993 (TUB)

in quanto, almeno prima delle modifiche ad esso apportate dal d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141 inapplicabile *ratione temporis* alla fattispecie oggetto di controversia, ha ritenuto che la stessa non potesse considerarsi speciale in quanto non conteneva alcuna disposizione intesa a perseguire, direttamente o indirettamente, finalità di tutela del consumatore (sentenza 11 maggio 2012, n. 14).

A seguito di tali pronunce, la giurisprudenza di primo grado che, come illustrato, si era sino ad allora orientata verso una applicazione “complementare” delle discipline, ha modificato radicalmente la propria posizione e, sulla scorta dei principi elaborati dall’Adunanza Plenaria, ha escluso, l’applicazione delle norme generali del Codice del consumo anche al settore dei prodotti assicurativi risolvendo in favore dell’ISVAP il conflitto di competenze con l’AGCM (TAR Lazio 17 gennaio 2013, n. 535 Zuritel).

Il TAR Lazio, in particolare, ha rilevato la sussistenza nella materia assicurativa di una «*normativa settoriale (e quindi speciale) esaustiva nei contenuti*» anche «*con specifico riferimento alla tutela del consumo*» raccolta nel Codice delle Assicurazioni private (d.lgs 7 settembre 2005, n. 209) e in altre norme secondarie (circolare ISVAP n. 533/2004 sostituita dal regolamento ISVAP 26 maggio 2010, n. 35).

Nello specifico, secondo il TAR, vengono in rilievo sia i riferimenti contenuti nel codice alla «*informazione e protezione del consumatore*», cui sarebbero orientate le attività di vigilanza svolte dall’ISVAP (*rectius* IVASS) (l’art. 3 ai sensi del quale «*la vigilanza sull’attività assicurativa e riassicurativa [] ha per scopo la trasparenza e la correttezza dei comportamenti delle imprese, degli intermediari e degli altri operatori del settore assicurativo avendo riguardo alla tutela degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative, all’informazione ed alla protezione dei consumatori*»); l’art. 5 secondo cui l’ISVAP «*svolge le funzioni di vigilanza sul settore assicurativo*» e in particolare «*[] effettua le attività necessarie per promuovere un appropriato grado di protezione del consumatore*»); sia le norme specifiche sulla pubblicità dei prodotti assicurativi (l’art. 182 del codice delle assicurazioni secondo cui «*la pubblicità utilizzata per i prodotti delle imprese di assicurazione è effettuata avendo riguardo alla correttezza dell’informazione ed alla conformità rispetto al contenuto della nota informativa e delle condizioni di contratto cui i prodotti stessi si riferiscono*»); sia le norme che attribuiscono alla Autorità di settore la competenza a

stabilire le modalità attuative dei nuovi obblighi comportamentali posti a carico dei soggetti regolati (premesse della circolare ISVAP dove di legge: «*con l'atto in oggetto si introducono, nella distribuzione e nella intermediazione assicurativa, regole di correttezza e cautele a favore degli assicurati anche in ordine al pagamento dei premi, adempimenti per le imprese in ordine alla formazione professionale dei soggetti incaricati della commercializzazione delle polizze, principi generali ai quali ispirarsi per la pubblicità delle garanzie assicurative, sia nel settore delle assicurazioni sulla vita che in quello dell'assicurazione contro i danni ()*»).

La successiva giurisprudenza di merito ha poi apportato ulteriori “correttivi” al modello elaborato dal Consiglio di Stato, considerando recessiva la disciplina recata dalla direttiva n. 2005/29/CE anche in presenza di una normativa settoriale semplicemente «*orientata alla tutela del consumatore*» e di “matrice” comunitaria.

Ci si riferisce, in particolare, ad una recentissima sentenza nella quale, il TAR Lazio ha decretato la prevalenza della disciplina settoriale sulla disciplina delle pratiche contenuta nel codice del consumo, rispetto alla fattispecie della pubblicità di “servizi a sovrapprezzo”, tra l'altro, considerando integrato il requisito della “derivazione comunitaria” anche nel caso della normativa contenuta nel regolamento sui servizi a sovrapprezzo (d.m. n. 145/06) in forza del richiamo contenuto nelle sue premesse a «*principi affermati in direttive europee*» ed in quanto adottato dopo aver «*acquisito il parere della Commissione Europea*» (TAR Lazio 22 luglio 2013, n. 7442).

Il giudice, inoltre, per la prima volta, rileva come tali conclusioni non siano incompatibili con quanto previsto dall'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies*, d.l. n. 95/12.

4. GLI ORIENTAMENTI DELLA COMMISSIONE EUROPEA

L'esegesi delle norme che si occupano del rapporto tra disciplina generale e discipline settoriali in materia di pratiche commerciali non può prescindere da una analisi degli orientamenti espressi dalla Unione europea sul punto che emergono dalla Relazione alla proposta della direttiva n. 2005/29/CE del 18 giugno 2003 [COM (2003) 356 def.], dagli Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva n. 2005/29/CE del 3 dicembre 2009 [SEC(2009) 1666] e dall'ultima relazione sull'applicazione della direttiva n. 2005/29/CE del 14 marzo 2013[COM (2013) 139].

Innanzitutto, nella Relazione alla proposta di direttiva, la Commissione ha chiarito che *«laddove una direttiva disciplini soltanto determinati aspetti delle pratiche commerciali, ad esempio il contenuto delle informazioni da fornire, la direttiva (sulle pratiche commerciali) si applicherà in relazione ad altri elementi come ad esempio nel caso di presentazione ingannevole delle informazioni prescritte dal legislatore»*. Inoltre, sempre nella Relazione, si chiarisce che *«il mero riferimento nelle direttive settoriali a principi generali come l'“interesse generale” o il “commercio equo” non sarà però sufficiente a giustificare, in ambiti armonizzati dalla direttiva quadro, una deroga fondata sulla tutela degli interessi economici dei consumatori»*.

Negli Orientamenti del 3 dicembre 2009 [SEC(2009) 1666] la Commissione ha ulteriormente osservato che *«In caso di contrasto fra una disposizione nazionale e una disposizione della direttiva, o in caso di mancato recepimento della direttiva, gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali di vigilanza devono interpretare il diritto nazionale, per quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della direttiva»*. È stato altresì sottolineato che il carattere di armonizzazione completa della direttiva impedisce agli Stati membri di *«attuare o applicare disposizioni in materia di tutela dei consumatori più o meno dettagliate o vincolanti di quelle previste dalla direttiva nel settore che essa armonizza. Come spiega il preambolo della direttiva, al fine di eliminare gli ostacoli nel mercato interno dovuti alle differenze normative e rafforzare la certezza del diritto sia per i consumatori sia per le imprese, era necessario sostituire i sistemi nazionali vigenti con un quadro normativo uniforme a livello UE (cfr. in particolare i considerando 5, 12 e 13)»*.

Sempre negli Orientamenti, con specifico riferimento alla relazione tra la direttiva sulle pratiche commerciali sleali e la legislazione di settore dell'Unione, e al termine *«contrasto»* contenuto nell'art. 3, par. 4, della direttiva, la Commissione ha evidenziato che *«Spesso tali contrasti emergono dal fatto che la lex specialis contiene obblighi di informazione precontrattuale più dettagliati, o regole più restrittive sulle modalità di presentazione delle informazioni ai consumatori (cfr. il considerando 10 della direttiva). Per esempio, il regolamento sui servizi aerei contiene disposizioni specifiche sulle informazioni relative ai prezzi da rendere disponibili al pubblico. Secondo l'articolo 23 del regolamento, oltre al prezzo finale, che deve includere tutte le tasse, i diritti e i supplementi applicabili, i vettori aerei devono anche fornire una ripartizione del prezzo finale. Pertanto, per quanto riguarda le informazioni precon-*

trattuali sui prezzi dei servizi aerei, si applicano queste disposizioni più specifiche. Tuttavia la direttiva integra tali disposizioni settoriali e colma le eventuali lacune rimaste nella protezione contro le pratiche commerciali sleali. Riguardo alle tariffe aeree, per esempio, le disposizioni della direttiva intervengono per vietare le pratiche commerciali che possono ingannare il consumatore medio (quali la pubblicità e il marketing dei servizi aerei), e le pratiche che comportano una condotta aggressiva (quali gli ostacoli non contrattuali, onerosi e sproporzionati imposti ai consumatori che intendano esercitare il diritto contrattuale di risolvere un contratto). Le disposizioni della direttiva integrano inoltre le disposizioni del regolamento sui servizi aerei per quanto riguarda le informazioni sui prezzi e impongono, per esempio, l'indicazione delle spese postali, se applicabili (cfr. articolo 7, paragrafo 4, lettera c), della direttiva) ».

Risultano di particolare interesse anche le considerazioni svolte dalla Commissione sui rapporti della direttiva n. 2005/29/CE con altre direttive di carattere generale e segnatamente con la direttiva sui servizi. Al riguardo la Commissione osserva che «*A differenza della legislazione specifica di settore, la direttiva sui servizi ha un vasto campo di applicazione orizzontale: si applica ai servizi in generale, come definiti nel trattato sul funzionamento dell'Unione europea («TFUE»), fatte salve alcune eccezioni. Non può quindi essere considerata una lex specialis rispetto alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4. Per quanto riguarda gli obblighi di informazione, ciò significa che le disposizioni di cui all'articolo 22 della direttiva sui servizi si applicano in aggiunta alle informazioni da fornire nel caso di un invito all'acquisto di cui all'articolo 7, paragrafo 4, della direttiva sulle pratiche commerciali sleali».*

Infine, nella prima relazione sull'applicazione della direttiva n. 2005/29/CE del 14 marzo 2013 [COM (2013) 139] al par. 2.5 si legge: «*La direttiva è una legge generale che disciplina le pratiche sleali nelle operazioni commerciali tra imprese e consumatori. Si applica a tutte le pratiche B2C, salvo se esplicitamente convenuto altrimenti, come nel caso di condizioni di stabilimento o di regimi di autorizzazione (si veda l'articolo 3, paragrafo 8). Qualora la legislazione settoriale contrasti con le norme generali della direttiva, prevarranno le corrispondenti disposizioni della lex specialis. Spesso un tale conflitto si verifica perché la lex specialis contiene obblighi d'informazione precontrattuale più dettagliati, o norme più severe sulle modalità di presenta-*

zione delle informazioni ai consumatori (si veda il considerando 10 della direttiva). Tuttavia, l'esistenza di specifiche norme dell'Unione in un dato settore non esclude l'applicazione della direttiva: in questi casi e per tutti gli aspetti non disciplinati dalla lex specialis, la direttiva completa le norme settoriali e colma le eventuali restanti lacune nel regime di tutela dei consumatori contro le pratiche commerciali sleali».

5. LE POSSIBILI SOLUZIONI INTERPRETATIVE

Dall'analisi sin qui svolta emerge che, la questione del rapporto tra disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette contenuta nel codice del consumo e discipline settoriali è stata risolta dalla giurisprudenza seguendo due modelli interpretativi tra loro diametralmente opposti.

Il primo modello è quello seguito dalla giurisprudenza antecedente alle pronunce dell'Adunanza Plenaria che, come evidenziato, ha declinato il rapporto tra discipline in termini di "complementarietà" sulla base di due argomentazioni centrali:

- l'idea che il «*contrasto*» tra le due discipline si realizzi solo in presenza di una "antinomia reale" tra la regola di comportamento elaborata *ex ante* nell'ambito della disciplina settoriale e il "modello di professionista diligente" individuato, nel caso specifico, sulla base della disciplina generale;
- la definizione del canone di diligenza professionale, come un complesso di regole di comportamento desumibili oltre che dalla disciplina di settore anche da altri elementi, con la conseguenza considerare scorrette anche condotte ad essa conformi.

Il secondo modello è quello che emerge dalle pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e dalle successive pronunce della giurisprudenza di primo grado secondo il quale, la disciplina settoriale sulla tutela del consumatore prevale sulla disciplina del Codice del consumo e si applica all'intero settore se (*principio di specialità per settori*):

- presenta una "matrice" comunitaria (derivazione comunitaria indiretta) ponendo considerarsi tali anche le disposizioni di rango secondario adottate sulla

base di «*principi affermati in disposizioni europee*» [TAR Lazio 22 luglio 2013, n. 7442];

- è «*orientata alla tutela dei consumatori*» (interesse secondario) [TAR Lazio 22 luglio 2013, n. 7442];
- si “sovrappone” alla disciplina generale in quanto contiene norme «*complete e esaustive*» sulla tutela del consumatore in ragione del rinvio a «*clausole generali*» di trasparenza e correttezza [Adunanze Plenarie nn. 11-16 dell’11 maggio 2012].

Accanto a questi due modelli elaborati dalla giurisprudenza bisogna dare conto dell’esistenza di altre due soluzioni interpretative desumibili dalla normativa nazionale ed europea.

Ci si riferisce, in particolare, da un lato, alla iniziativa intrapresa dal legislatore domestico di adottare, a seguito delle pronunce dell’Adunanza Plenaria, l’art. 23, comma 12, *quinquiesdecies* d.l. n. 95/2012 sopra citato e, dall’altro, all’art. 3, par. 4, della direttiva n. 2005/29/CE letto alla luce delle considerazioni svolte dalla Commissione Europea.

L’art. 23 stabilisce che le disposizioni settoriali in ragione della loro stessa “esistenza” prevalgono sulle disposizioni generali e si applicano ai soli «*aspetti regolati*» quando:

- hanno «*derivazione comunitaria*»;
- presentano una «*specificità finalità di tutela del consumatore*»;
- sono assistite nella loro applicazione da «*poteri inibitori e sanzionatori*» il cui esercizio è affidato ad altra Autorità Amministrativa.

A ben vedere, la lettera della norma, fornisce altre due indicazioni all’interprete: da un lato, l’applicazione della regolamentazione settoriale ai soli «*aspetti regolati*» è un chiaro indice dell’intenzione del legislatore di operare il confronto tra singole disposizioni piuttosto che tra discipline; dall’altro, il fatto che al ricorrere dei presupposti indicati, le disposizioni settoriali debbano prevalere su quelle generali in ragione della loro stessa “esistenza”, significa riconoscere un «*contrasto*» in tutti

i casi in cui si realizzi una semplice “sovrapposizione tra norme”.

La soluzione interpretativa desumibile dall’art. 3, comma 4, della direttiva e dagli Orientamenti della Commissione, è quella secondo cui la deroga alla disciplina generale, in quanto avente natura eccezionale, può trovare applicazione limitatamente agli «*aspetti specifici*» di una pratica commerciale presi in considerazione dalla disciplina settoriale che viene completata dalla disciplina generale per gli altri aspetti, e solo ove le disposizioni settoriali:

- posseggano lo *status* di legislazione dell’Unione, (come si evince dai riferimenti contenuti nell’art. 3, par. 4, e nel *considerando* n. 10 della direttiva alle «*norme comunitarie*» e alle «*norme comunitarie specifiche*») e, dunque, sul piano interno, lo *status* di norme nazionali che “recepiscono” norme dettagliate dell’Unione Europea (derivazione comunitaria diretta) con conseguente esclusione delle disposizioni nazionali che presentano una semplice “matrice” comunitaria;
- a condizione che le stesse, si pongano in “conflitto” con le disposizioni della direttiva ossia in presenza di un «*contrasto*» inteso come una “incompatibilità tra norme”. Incompatibilità che, secondo le osservazioni formulate dalla Commissione nella relazione del 14 marzo 2013 («*Spesso tali contrasti emergono dal fatto che la lex specialis contiene obblighi di informazione precontrattuale più dettagliati, o regole più restrittive sulle modalità di presentazione delle informazioni ai consumatori*»), si realizza nei casi in cui la regolazione settoriale disciplina in maniera “più puntuale” aspetti specifici di una determinata condotta;
- a condizione che il «*contrasto*» non riguardi aspetti suscettibili di integrare pratiche aggressive in quanto le stesse, sino all’entrata in vigore della direttiva, «*non sono mai state disciplinate a livello comunitario*» (*considerando* n. 11).

6. QUESTIONI ANCORA APERTE

Se tale ultima ricostruzione serve a chiarire le coordinate entro cui va analizzata e risolta la vicenda del rapporto tra disciplina generale e discipline settoriali in materia di pratiche commerciali, essa lascia comunque aperte due questioni interpretative: da un lato, il significato da attribuire alla locuzione «*norme nazionali di recepimen-*

to» introdotta dal legislatore nazionale sotto l'art. 19 comma 3, cod. cons.; dall'altro, l'effettivo significato da attribuire al termine «*contrasto*» e, in particolare, se l'interpretazione data dalla Commissione nella Relazione del 2013 nel senso che abbiamo illustrato, risponda alla effettiva intenzione del legislatore europeo ovvero se, il "conflitto" ricorra solo nei casi in cui l'applicazione della disciplina generale conduca a risultati incompatibili con le norme settoriali applicabili - secondo il primo modello seguito dalla giurisprudenza amministrativa- tale da ammettere, dunque, una relazione di "complementarietà" tra le due discipline anche rispetto alla medesima fattispecie (incompatibilità sostanziale).

Quanto alla prima questione, se come evidenziato, i riferimenti contenuti nell'art. 3, par. 4 della direttiva n. 2005/29/CE alle «*norme comunitarie*» e nello stesso art. 19, comma 4, cod. cons. alle «*disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento*» consentono, di escludere dal novero delle fonti nazionali rilevanti, le norme settoriali che si limitano a richiamare nelle proprie premesse «*principi affermati in disposizioni europee*», il problema, tuttavia, rimane ancora aperto rispetto a quelle «*norme nazionali di recepimento*» che - nel dare attuazione a direttive comunitarie di "armonizzazione minima" - introducono nell'ordinamento italiano disposizioni maggiormente restrittive per garantire un livello più elevato di tutela dei consumatori (si pensi ad esempio alla direttiva sui contratti a distanza).

Al riguardo, deve considerarsi che, nell'ordinamento comunitario l'art. 3, par. 5, della direttiva n. 2005/29/CE, prevede, per un periodo di sei anni a decorrere dal 12 giugno 2007 e dunque sino al 13 giugno 2013, termine oramai superato, la facoltà degli Stati membri di «*continuare ad applicare disposizioni nazionali più dettagliate o vincolanti di quelle previste dalla presente direttiva nel settore da esso armonizzato, in attuazione di direttive contenenti clausole minime di armonizzazione*» prescrivendo in capo allo Stato membro l'obbligo di notificare alla Commissione, senza indugio, le disposizioni nazionali applicate sulla base del paragrafo 5 (art. 3 par. 6).

Inoltre, sotto il *considerando* 15 si legge: «*Gli Stati Membri potranno mantenere gli obblighi di informazione o prevedere obblighi aggiuntivi riguardanti il diritto contrattuale e aventi conseguenze sotto il profilo del diritto contrattuale qualora ciò sia consentito dalle clausole minime previste dai vigenti strumenti giuridici comu-*

nitari». Lo stesso considerando prevede poi, «se consentito dalle clausole minime presenti nella legislazione comunitaria» la facoltà degli Stati Membri di «mantenere o introdurre disposizioni maggiormente restrittive conformemente alla normativa comunitaria, per garantire un livello più elevato di tutela dei singoli diritti contrattuali dei consumatori» (sottolineatura aggiunta).

Pertanto, da una lettura combinata dell'art. 3, paragrafo 5 e del considerando 15 sembra che gli Stati Membri – sempre in sede di recepimento di disposizioni comunitarie contenenti clausole minime – possano mantenere o introdurre (peraltro sino al 13 giugno 2013) unicamente:

- ulteriori obblighi informativi riguardanti il diritto contrattuale o aventi conseguenze sotto il profilo contrattuale;
- disposizioni maggiormente restrittive rispetto ai singoli diritti contrattuali *«per garantire un livello più elevato di tutela dei singoli diritti contrattuali dei consumatori».*

Da qui discende un duplice corollario: per un verso, il fatto che la direttiva si preoccupi di esplicitare la “materia” rispetto alla quale è consentito agli Stati membri prevedere disposizioni più restrittive in attuazione di direttive contenenti clausole minime di armonizzazione è un chiaro indice dell'intenzione del legislatore comunitario di circoscrivere unicamente a tali aspetti la vigenza di norme nazionali settoriali che recepiscono disposizioni comunitarie di armonizzazione minima con conseguente disapplicazione di tutte le altre disposizioni, anche se adottate nel rispetto di disposizioni comunitarie; per altro verso, il fatto che tali previsioni possono essere contenute non solo in norme di carattere orizzontale - applicabili indistintamente a tutti i mercati - ma anche in norme settoriali, pone la questione del rapporto di tali norme con la disciplina generale in materia di pratiche commerciali scorrette.

A tale riguardo, rispetto alla prima ipotesi - l'introduzione di ulteriori obblighi informativi riguardanti il diritto contrattuale o aventi conseguenze sotto il profilo contrattuale - occorre considerare che la direttiva prevede esplicitamente che *«Tenuto conto della piena armonizzazione introdotta dalla presente direttiva, solo le informazioni previste dal diritto comunitario sono considerate rilevanti ai sensi dell'art. 7, paragrafo 5 della stessa. Qualora gli Stati membri abbiano introdotto informazio-*

ni aggiuntive rispetto a quanto specificato nel diritto comunitario, sulla base delle clausole minime l'omissione di tali informazioni non costituisce una omissione ingannevole ai sensi della presente direttiva» (considerando n. 15).

Da tale previsione discende un sistema in forza del quale, nella materia degli «*obblighi informativi riguardanti il diritto contrattuale*», il rapporto tra disciplina generale e disciplina di settore a fronte di una condotta omissiva posta in essere dal professionista dovrebbe atteggiarsi nel modo che segue:

- nell'ipotesi in cui l'omissione riguardi informazioni in materia di diritti contrattuali introdotte da norme nazionali «*in forza di clausole minime presenti nella legislazione comunitaria*» nell'ambito di discipline settoriali, la disciplina generale sulle pratiche non dovrebbe trovare applicazione, con conseguente esclusione a monte di un «*contrasto*» tra le due discipline (inapplicabilità della disciplina generale);
- nell'ipotesi in cui l'omissione riguardi informazioni in materia di diritti contrattuali previste in uno specifico settore a livello comunitario, le disposizioni settoriali troverebbero applicazione limitatamente a tale aspetto e solo in caso di «*conflitto*» mentre resterebbero soggette alla disciplina generale le condotte ingannevoli «*commissive*» (es. diffusione di false informazioni sui diritti contrattuali) e quelle «*aggressive*» (es. ostacoli non contrattuali all'esercizio di tali diritti).

In relazione alla seconda ipotesi - il diritto di mantenere o introdurre «*disposizioni maggiormente restrittive conformemente alla normativa comunitaria*» in materia contrattuale e nello specifico «*per garantire un livello più elevato di tutela dei singoli diritti contrattuali dei consumatori*» in tale sede sembra sufficiente rilevare come, tali disposizioni non possano, quando e se relative ad un singolo settore, prevalere sulla disciplina generale in ragione del diverso interesse perseguito.

Il *considerando* n. 15, infatti, indica chiaramente che intanto tale facoltà può essere esercitata in quanto sia finalizzata a garantire un livello più elevato di «*tutela dei diritti contrattuali dei consumatori*». Interesse quest'ultimo che, pur rientrando nella «*macrocategoria*» della tutela del consumatore, non si identifica con l'interesse perseguito dalla PCS rappresentato, come più volte sottolineato dalla stessa giuri-

sprudenza, dalla «*tutela diretta della libertà di autodeterminazione dei consumatori*» e, dunque, dalla garanzia di una “scelta commerciale consapevole” da parte del consumatore, che non si esaurisce nella salvaguardia dei “diritti contrattuali” a lui spettanti, ma riconosce in questa solo una delle tante variabili.

Quanto al significato da attribuire al termine «*contrasto*» è appena il caso di rilevare che riconoscere la sussistenza di un conflitto tra le disposizioni del codice del consumo e le disposizioni settoriali tutte le volte in cui queste ultime disciplinano in modo più puntuale aspetti specifici di una determinata pratica commerciale, significa, di fatto, svuotare di significato la locuzione dal momento che si finisce per far coincidere tale elemento con quello che la stessa disposizione individua come il criterio di risoluzione del conflitto: il carattere “speciale” della disposizione settoriale individuato dal legislatore comunitario nella disciplina di «*un aspetto specifico delle pratiche commerciali*». Al contrario, tale “cortocircuito” sarebbe evitato seguendo una via ermeneutica che privilegi il significato letterale del termine «*contrasto*» interpretandolo come vera e propria “opposizione” tra norme.

7. RICADUTE SUL SISTEMA: PRATICHE COMMERCIALI E IUS VARIANDI NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI

Passando a verificare le potenziali ricadute sul sistema della via interpretativa seguita dalla attuale giurisprudenza e di quella che si ricava dagli orientamenti della Commissione, non ancora testata dalla Corte di Giustizia, dal quadro appena descritto, emerge chiaramente che il diverso approccio tra i due modelli si fonda sostanzialmente su due elementi: la diretta “derivazione comunitaria” delle disposizioni settoriali e la cura da parte di tali disposizioni di “aspetti specifici” della pratica commerciale.

Innanzitutto, è evidente che in presenza di una disciplina settoriale di “matrice” comunitaria, dettata per finalità diverse o anche solo “affini” alla finalità perseguita dal Codice del Consumo e che riguarda “aspetti generali” di una pratica commerciale (trasparenza e correttezza nei comportamenti) l’approccio giurisprudenziale porterà all’assorbimento della condotta sotto la disciplina settoriale mentre l’approccio seguito dalla Commissione porterà inevitabilmente all’applicazione della disciplina generale con conseguente residualità delle disposizioni settoriali.

Ma, a ben vedere, anche in presenza di una norma settoriale di diretta “derivazione comunitaria” che disciplina “aspetti specifici” di una determinata pratica commerciale il diverso approccio porterà a risultati diversi.

Un esempio nel settore delle comunicazioni elettroniche che, come evidenziato, rappresenta il settore nel quale secondo l’Adunanza Plenaria le pratiche commerciali possono essere valutate esclusivamente ai sensi delle norme settoriali in ragione della loro “*esaustività*” e “*completezza*”, consente di cogliere tali risultati.

Si pensi in tal senso, all’art. 70, comma 4, del codice delle comunicazioni elettroniche, che – nel recepire l’art. 20, comma 4, della direttiva n. 2002/22/CE “*relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica*” (modificata dalla direttiva n. 2009/136/CE) – , attribuisce al consumatore, nel caso in cui il professionista decida di modificare le condizioni contrattuali in corso di rapporto (*ius variandi*), il diritto di recedere dal contratto senza penali e senza costi di disattivazione e prevede in capo al professionista l’obbligo di comunicare al contraente tale modifiche con un preavviso non inferiore ai trenta giorni nonché di fornire “*contestualmente*” informazioni complete circa l’esercizio del diritto di recesso (La disposizione recita: «*Il contraente, qualora non accetti le modifiche delle condizioni contrattuali da parte delle imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, ha diritto di recedere dal contratto senza penali né costi di disattivazione. Le modifiche sono comunicate al contraente con adeguato preavviso, non inferiore a trenta giorni, e contengono le informazioni complete circa l’esercizio del diritto di recesso. L’Autorità può specificare la forma di tali comunicazioni*»).

Ora consideriamo l’ipotesi in cui il professionista ometta di fornire al contraente «*informazioni complete circa l’esercizio del diritto di recesso*» contestualmente alla comunicazione delle modifiche contrattuali. Tale omissione, potrebbe integrare sia una violazione della norma settoriale sia una violazione della disciplina generale potendo configurare una omissione ingannevole ai sensi dell’art. 22, comma 5, cod. cons. che, come noto, considera rilevanti gli obblighi di informazione previsti dal diritto comunitario.

Rispetto a tale condotta, non solo l’approccio giurisprudenziale ma anche quello seguito della Commissione conduce ad una prevalenza della disposizione settoriale

su quella generale e ciò in quanto la norma in questione:

- possiede lo *status* di legislazione dell'Unione in quanto «*norma nazionale di recepimento*» dell'art. 20, comma 4, della direttiva n. 2002/22/CE;
- concerne «*aspetti specifici*» di una pratica commerciale: ossia disciplina le modalità informative sul diritto di recesso in termini di tempistica e completezza e, nel prevedere l'obbligo del professionista di fornire al contraente informazioni complete circa l'esercizio del diritto di recesso “contestualmente” alla comunicazione delle modifiche contrattuali, circoscrive tale obbligo ad un “momento”-specifico dell'operazione commerciale: l'esecuzione del contratto.

Lo stesso non può dirsi nel caso di condotte ingannevoli, omissive o commissive, poste in essere in fasi diverse dalla esecuzione del contratto - quali l'omissione o la diffusione di informazioni false sul diritto di recesso nella fase pubblicitaria o pre-contrattuale - ovvero nel caso di condotte aggressive - come l'adozione di comportamenti ostruzionistici all'esercizio del diritto di recesso mediante la richiesta di una penale - che, secondo il modello della Commissione e a differenza dell'approccio giurisprudenziale, non essendo contemplate dalla disposizione settoriale, dovrebbero rimanere disciplinate dal codice del consumo (artt. 21, comma 5, 22 comma 2 e 25, lett. d), cod. cons.).

È infatti, evidente, che l'art. 70, comma 4, citato, per un verso appare idoneo a coprire solo uno dei comportamenti ingannevoli potenzialmente adottabili dal professionista rispetto all'obbligo di fornire informazioni complete sul diritto di recesso, ed una sola delle fasi in cui la pratica commerciale può realizzarsi: l'omissione di tali informazioni in corso di rapporto; per altro verso, si limita a sancire il diritto del consumatore a recedere senza penale ma non qualifica la richiesta di una penale al consumatore come aggressiva (né potrebbe farlo) e non prevede uno specifico apparato sanzionatorio per tale specifica ipotesi.

Rispetto alle condotte aggressive, è appena il caso di aggiungere che secondo lo stesso legislatore europeo la direttiva n. 2002/22/CE, che conteneva tale disposizione già prima delle modifiche introdotte dalla direttiva n. 2009/136/CE, non poteva riguardare le fattispecie suscettibili di integrare pratiche commerciali “aggressive”, in quanto le stesse sono state introdotte per la prima volta nell'ordinamento euro-

peo proprio dalla direttiva n. 2005/29/CE e, dunque, con una disposizione comunitaria successiva (*considerando* n. 11).

Più in generale, per quanto una disciplina settoriale specifica possa essere “esauritiva” nello stabilire obblighi informativi aggiuntivi in una fase del rapporto di consumo, non si può escludere che, pur rispettando tali obblighi di trasparenza e pubblicità delle informazioni, un professionista metta in atto una pratica commerciale scorretta traendo in inganno i consumatori in altre fasi dell’operazione commerciale o utilizzando comportamenti aggressivi ovvero pratiche considerate in ogni caso ingannevoli o aggressive. È cioè evidente che il carattere leale di una pratica commerciale non può essere interamente determinato a priori ma può essere solo oggetto di una valutazione caso per caso, tenuto conto di tutte le “*caratteristiche e circostanze del caso*” così come previsto dalla direttiva n. 2005/29/CE.

Dagli esempi fatti emerge chiaramente come il modello interpretativo seguito dalla attuale giurisprudenza per definire i rapporti tra disciplina generale e discipline settoriali, finisca per assorbire sotto la disciplina settoriale anche a fattispecie in realtà non previste.

Né a tale riguardo, può riconoscersi, come affermato nelle pronunce dell’Adunanza Plenaria e nelle successive sentenze del TAR Lazio, che le fattispecie non specificamente disciplinate dalle norme settoriali possano considerarsi tutelate in virtù di clausole generali che rinviano ai principi di trasparenza, buona fede e lealtà in materia di transazioni commerciali.

Difatti, per un verso, come già ricordato, le garanzie della direttiva vanno ben oltre i principi di buona fede e lealtà nelle transazioni commerciali; per altro verso, è proprio il carattere generale di tali clausole a impedire la chiamata in causa del principio di specialità il cui presupposto indefettibile di applicazione è costituito dall’esistenza di un rapporto di genere a specie tale da giustificare la prevalenza della norma che si pone come speciale sulla norma avente portata generale. Concetto questo confermato anche dalla Commissione negli orientamenti del 3 dicembre 2009, ove si esclude che possano prevalere sulle disposizioni della direttiva n. 2005/29/CE le disposizioni contenute nell’art. 22 della direttiva servizi in ragione del loro carattere generale (la direttiva servizi: «*ha un vasto campo di applicazione orizzontale: si applica ai servizi in generale, come definiti nel trattato sul funzionamento dell’Unione*

europea («TFUE»), fatte salve alcune eccezioni. Non può quindi essere considerata una *lex specialis*»).

8. CONCLUSIONI

In conclusione, l'approccio seguito dalla attuale giurisprudenza nella ricostruzione del rapporto tra la disciplina delle pratiche commerciali contenuta nel codice del consumo e le discipline di settore, non del tutto conforme alle condizioni imposte dall'ordinamento dell'Unione, determina almeno due conseguenze difficilmente sostenibili da un punto di vista sistematico.

Da un lato, nel considerare recessiva la disciplina recata dalla direttiva n. 2005/29/CE indipendentemente dalla effettiva verifica dell'esistenza di un rapporto di specialità tra singole disposizioni, finisce per impedire l'applicazione delle disposizioni della direttiva medesima anche a comportamenti non contemplati dalle disposizioni settoriali, creando così pericolosi vuoti di tutela.

Dall'altro lato, operando una valutazione del requisito della "derivazione comunitaria" avendo riguardo alla disciplina settoriale nel suo complesso anziché a singole disposizioni ovvero considerandolo assolto anche in presenza di una semplice "matrice" comunitaria nel senso che abbiamo illustrato, conduce alla creazione di un sistema frammentato e disomogeneo di tutela del consumatore il quale, a fronte di normative settoriali autonomamente dettate dal legislatore nazionale, potrebbe godere nei diversi Stati membri di un diverso livello di tutela, in aperto conflitto con la direttiva n. 2005/29/CE che mira ad un riavvicinamento completo delle disposizioni nazionali da conseguire mediante la creazione di un diritto unico, fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite e uguali per tutti i consumatori e in tutti i mercati, con l'unica eccezione dei beni immobili e dei servizi finanziari.

L'autodisciplina, tra co-regolamentazione e autoregolamentazione

(Aldo Corvino)

Il fenomeno autodisciplinare, che individua, letteralmente, la posizione delle regole da parte dei destinatari delle stesse, è sempre più diffuso tra gli operatori economici in generale. La sua funzione dovrebbe essere quella di permettere una concorrenza sulle regole.

Tuttavia, in alcuni casi non è previsto un livello minimo di tutela che le imprese devono assicurare al consumatore, e così si crea un equivoco sulla funzione dello strumento autodisciplinare. Esso non può e non deve sostituire la disciplina eteronoma, ma essere complementare a quest'ultima in modo tale da permettere la selezione degli operatori che garantiscono le regole migliori attraverso il mercato.

SOMMARIO: 1. PREMESSA. - 2. LA DISCIPLINA DELLA CONDOTTA DEGLI OPERATORI NEL MERCATO. - 2.1. LE REGOLE ETERONOME. - 2.2. LE REGOLE AUTODISCIPLINARI. - 3. LA DISCIPLINA DELLA QUALITÀ. - 3.1. LE REGOLE ETERONOME: A) NEL SETTORE DELLE TELECOMUNICAZIONI. B) NEL SETTORE DEI TRASPORTI. C) NEL SETTORE DELL'ENERGIA. 3.2. LE CARTE DEI SERVIZI. - 4. CONSIDERAZIONI FINALI.

1. PREMESSA

Un'analisi completa delle regole operanti in un determinato settore deve necessariamente estendersi anche all'autodisciplina. Il fenomeno autodisciplinare, che in prima approssimazione può identificarsi con la posizione delle regole da parte dei destinatari delle stesse, è sempre più diffuso tra gli operatori economici in generale. Nei settori considerati la sua fisionomia si raccorda con le particolarità dei relativi mercati, che possono considerarsi il frutto della loro struttura e dei servizi che vengono offerti. Quanto alla struttura dei mercati, è noto che in passato la pubblica amministrazione operava quale unico fornitore in regime di monopolio, mentre oggi vi sono generalmente diversi operatori privati che concorrono nell'offerta di servizi. Quanto ai servizi offerti, è altrettanto noto che essi sono destinati a soddisfare interessi generali.

Conseguenze di queste caratteristiche sono due ordini di problemi ai quali è stato necessario fornire una soluzione. In primo luogo, si sono resi necessari interventi volti a favorire la concorrenza in mercati che erano precedentemente chiusi, ed allo

stesso tempo è stato necessario disciplinare i comportamenti degli operatori volti all'acquisizione di quote di mercato. In secondo luogo, è stato necessario assicurare l'erogazione del servizio anche quando esso risultava antieconomico e garantire la qualità dello stesso. A tali esigenze l'ordinamento ha fornito una risposta anche con l'istituzione di Autorità indipendenti con compiti di regolazione.

E' opportuno precisare che la regolazione delle Autorità indipendenti deve qualificarsi quale eterodisciplina e non autodisciplina, anche se il procedimento di formazione delle regole prevede un coinvolgimento degli operatori e degli utenti. Il fenomeno autodisciplinare, però, occupa spazi rilevanti con riferimento alle regole riguardanti la condotta degli operatori nel mercato e con riferimento alla determinazione della qualità del servizio.

Lo scopo del presente contributo è di verificare lo spazio per le regole autodisciplinari in questi due contesti. Nella prospettiva segnalata del trilemma europeo i cui tre corni sono stati individuati negli investimenti, nella concorrenza e nel consumatore, l'autodisciplina ha, o almeno dovrebbe avere, la funzione specifica di tutelare il consumatore - utente. Difatti, la scelta di incentivare gli investimenti e di migliorare la competitività del mercato compete chiaramente ad un soggetto esterno. La scelta di tutelare in modo maggiore o minore il consumatore, invece, può entro certi limiti (e sul punto si tornerà tra breve), considerarsi di competenza degli operatori stessi.

Fatte queste premesse, è possibile verificare il ruolo delle regole autodisciplinari nei due contesti che sono stati individuati. Per ciascuno di essi saranno presentate prima le regole eteronome, e poi quelle autodisciplinari.

2. LA DISCIPLINA DELLA CONDOTTA DEGLI OPERATORI NEL MERCATO

Lo scopo del diritto dell'Unione è quello di tutelare la libertà di scelta del consumatore, in considerazione di premesse proprie della teoria neoclassica, in base alla quale i consumatori, quali agenti razionali, se scelgono liberamente, aumentano l'efficienza dello scambio. Su queste basi sono state adottate diverse normative.

Nei singoli settori è stato conferito alle autorità indipendenti il potere di stabilire regole volte a disciplinare la condotta degli operatori sul mercato a tutela del consumatore. Inoltre, è stata inserita nel codice del consumo la disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

Non è questa la sede per occuparsi del rapporto tra disciplina generale e disciplina di settore, né del rapporto tra l’Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato e le Autorità di settore (si veda l’intervento di Perugini nelle pagine precedenti). Ci si limiterà quindi a presentare la disciplina di settore emanata dalle Autorità e successivamente a verificare lo spazio occupato dalle regole autodisciplinari.

2.1. *Le regole eteronome*

Le Autorità indipendenti operanti nei diversi settori, come è stato anticipato, hanno adottato diverse delibere aventi ad oggetto la tutela del consumatore nella fase pre-contrattuale, con particolare riferimento agli obblighi informativi ed alle forniture non richieste.

Per quanto riguarda le comunicazioni, con la delibera n. 664/06/CONS è stato approvato il regolamento recante disposizioni a tutela dell’utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza.

Per quanto riguarda l’energia, con la delibera 104 del 2010, l’Autorità ha approvato il “codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali” (che sostituisce la delibera n. 126/2004 e la delibera per il gas e la delibera n. 105/2006 per l’elettricità) mentre con la delibera n. 153/2012 sono state stabilite regole più stringenti in ordine alle forniture non richieste.

2.2. *Le regole autodisciplinari*

In entrambi i settori menzionati gli operatori hanno anche provveduto a stabilire regole autodisciplinari. Nel settore delle comunicazioni è opportuno segnalare il “Codice di Condotta per i servizi a sovrapprezzo offerti tramite numerazione in decade 4” del giugno 2008, ed aggiornato nel novembre 2009 (c.d. CASP). Quest’ul-

timo, si legge nell'introduzione al codice, "ha lo scopo di definire regole operative condivise in merito all'informazione sui prezzi e le caratteristiche dei servizi offerti mediante SMS/MMS in decade 4, sulle modalità di attivazione e disattivazione dei servizi stessi e sulle prestazioni di blocco permanente al fine di tutelare i diritti dei consumatori e di garantire la correttezza delle pratiche commerciali da parte degli operatori del settore".

Il codice si articola in alcuni principi ed in una serie di regole di condotta operative. Per i servizi in abbonamento è previsto che siano fornite informazioni, anche con una particolare grandezza dei caratteri, del fatto che il servizio sia "in abbonamento", con una particolare regolamentazione nel caso in cui la pubblicizzazione o la promozione di servizi in abbonamento avvenga attraverso strumenti di comunicazione che, per loro natura, siano prevalentemente rivolti ad un pubblico di minori. Sono inoltre dettate particolari regole a seconda che il servizio sia pubblicizzato con il mezzo televisivo, con quello radiofonico, attraverso il mezzo della stampa o con *brochure* informative, su internet, oppure, infine, su WAP. Ulteriori regole informative sono poi previste nel caso le offerte in abbonamento siano pubblicizzate con contenuti promozionali, come ad esempio alcuni contenuti gratuiti. La seconda parte è dedicata a regole operative in tema di attivazione, addebiti, disattivazione. La terza parte si occupa del servizio di assistenza clienti del provider e la quarta ed ultima si occupa della classificazione dei contenuti sensibili.

Nel settore dell'energia, si segnala il protocollo di autoregolamentazione tra Edison e Sorgenia, volto a garantire una tutela maggiore rispetto alla disciplina prevista dall'autorità in materia di forniture non richieste con la delibera n. 153/2012.

Sono previste procedure ulteriori rispetto agli adempimenti già previsti dalla regolazione dell'Autorità, volte a prevenire il fenomeno dei contratti e delle attivazioni non richiesti. In primo luogo, è rafforzata la misura preventiva della "chiamata di conferma": i tentativi di chiamata devono essere 7, da effettuare in un arco temporale non inferiore a 48 ore. In caso di mancata risposta le società si sono impegnate a non attivare l'utenza. Per i contratti acquisiti dal canale *teleselling outbound*, si sono impegnate ad effettuare anche la chiamata di conferma, oltre all'invio della lettera di conferma.

In secondo luogo, le società si sono impegnate ad accettare il ripensamento dell'u-

tente anche quando comunicato con mezzi diversi dalla racc.ta A/R. In particolare, nell'allegato al protocollo si legge che Edison consente l'esercizio del diritto di recesso anche tramite lettera semplice, registrazione telefonica o mail. Sorgenia consente l'esercizio del diritto anche per via telefonica per i clienti provenienti dal mercato della Maggior Tutela, ed anche a mezzo fax per tutti i clienti, precisando che dopo l'attivazione del contratto di trasporto, la cui data di riferimento è riportata all'interno della lettera di conferma, si accoglieranno solo recessi a mezzo raccomandata A/R.

3. LA DISCIPLINA DELLA QUALITÀ

Il concetto di qualità, utilizzato inizialmente solo nel discorso economico, è sempre più presente anche in quello dei giuristi. In particolare, è stato utilizzato tradizionalmente con riferimento alle norme tecniche per indicare la conformità di un prodotto, di un'attività o di un'organizzazione a determinate regole, le quali avevano la specifica finalità di incrementare l'efficienza aziendale.

Successivamente, la funzione delle norme tecniche ha preso sempre più in considerazione anche la soddisfazione del consumatore. Proprio in questa accezione si parla di qualità nei servizi considerati, e cioè di qualità percepita dall'utente del servizio. Ai sensi dell'art. 101, secondo comma, cod. cons. "il rapporto di utenza deve svolgersi nel rispetto di standard di qualità predeterminati e adeguatamente resi pubblici".

Lo strumento con il quale si è inteso garantire la qualità dei servizi in esame è quello delle carte dei servizi. Tale strumento nasce con uno studio condotto dal Dipartimento della funzione pubblica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri nel 1993. Sulla scorta di questo studio, fu emanata la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1994, la quale rappresenta la prima fonte delle carte dei servizi.

Il d.l. del 12 maggio 1995, n. 163, convertito in legge 11 luglio 1995, n. 273 prevedeva l'adozione da parte del dipartimento della funzione pubblica, d'intesa con le amministrazioni interessate, di "schemi generali di riferimento" emanati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri. Il d. lgs. del 30 luglio 1999, n. 286 abroga l'art. 2 della legge precedentemente citata e, dunque, il modello degli schemi gene-

rali di riferimento.

Nel codice del consumo vi è una disposizione, rubricata “norma di rinvio”, ai sensi della quale “la legge stabilisce per determinati enti erogatori di servizi pubblici l’obbligo di adottare, attraverso specifici meccanismi di attuazione diversificati in relazione ai diversi settori, apposite carte dei servizi” (art. 101, comma 4, cod. cons.). A tal fine, è stato necessario individuare alcuni indicatori utili a rendere oggettivo il livello di qualità percepito dall’utente, ed in relazione a ciascuno di essi all’utente è assicurato un certo standards. Gli standards, cioè i livelli di qualità che l’operatore garantisce, sono generali o speciali. Lo standard generale esprime l’obiettivo di qualità dell’operatore con l’indicazione di un valore medio statistico. Lo standard specifico esprime l’obiettivo di qualità riferito alla singola prestazione resa ad ogni singolo utente, che può quindi verificarne direttamente il rispetto.

3.1. *Le regole eteronome*

Per i settori in cui operano le Autorità indipendenti la definizione dei indicatori rientra nelle competenze di tali Autorità, che è espressamente fatta salva dall’articolo 11 del d.lgs 286/99. Il punto problematico è costituito dall’individuazione della cornice normativa all’interno della quale vengono adottate le carte dei servizi, che in considerazione delle diverse autorità indipendenti operanti nei settori considerati e della sopravvenuta attività normativa delle stesse successiva al concepimento dello strumento, si presenta eterogenea tra i diversi settori.

La legge 14 novembre 1995, n. 481 affida all’Autorità per l’energia elettrica ed il gas ed a quella per le telecomunicazioni il compito di a) emanare direttive relativamente alla produzione e all’erogazione dei servizi definendo, in particolare, i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all’utente; b) controllare che ciascun soggetto esercente i servizi adottati, in base alla D.P.C.M. del 27 gennaio 1994 sui principi dell’erogazione dei servizi pubblici, una carta dei servizi con indicazione di standards dei singoli servizi; c) ed infine verificare il rispetto di tali standards.

La legge 31 luglio 1997, n. 249 conferma tale compito per l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (art. 1, comma 6, lett. b, numero 2).

Per quanto riguarda i trasporti, com'è noto l'Autorità è stata istituita, ma non è ancora operativa.

In considerazione della diversa regolamentazione della qualità, dunque, è indispensabile una ricognizione delle normative nei diversi settori.

a) nel settore delle telecomunicazioni

Per quanto riguarda le comunicazioni, la delibera n. 179/2003 dell'AGCom prescrive l'adozione e la comunicazione di una carta dei servizi, nella quale sono specificati gli indicatori utilizzati, e di una relazione con la quale si indicano gli obiettivi raggiunti.

Gli operatori devono rendere disponibile copia delle carte dei servizi al contraente prima dell'esecuzione del contratto, includere nei contratti di fornitura dei servizi un richiamo alle carte dei servizi e indicare nella documentazione di fatturazione le modalità per accedere alle carte dei servizi, e le eventuali successive modifiche delle stesse carte.

Con successive delibere l'Autorità ha individuato gli indicatori di qualità, tenendo conto delle norme tecniche internazionali, in particolare di quelle dell'ETSI, per quattro differenti comparti: telefonia fissa (delibere n. 254/04/CSP e n. 79/09/CSP); comunicazioni mobili e personali (delibere n. 154/12/CONS e n. 79/09/CSP); televisione a pagamento (delibera n. 278/04/CSP); accesso a internet da posizione fissa (delibere n. 131/06/CSP e n. 244/08/CSP).

Così, si sono individuate informazioni specifiche da fornire in modo da renderle comparabili. Alcuni degli indicatori individuati sono comuni ai diversi comparti (ad es. il tempo di attivazione del servizio, l'accuratezza della fatturazione e i tempi di risposta alle chiamate di assistenza clienti), mentre altri si riferiscono a caratteristiche specifiche di ciascuno di essi (ad es. la velocità di trasmissione dati per le connessioni ad Internet o il tempo di rinnovo del credito per la telefonia mobile).

Gli standards sono stabiliti dagli stessi operatori, salvi alcuni casi in cui l'Autorità fissa i livelli qualitativi da rispettare. Ciò avviene, ad esempio, con riferimento alla fissazione dei livelli di Qualità nel Servizio Universale, che l'Autorità è tenuta per legge ad individuare ogni anno.

In quel caso, infatti, si tratta di assicurare un determinato livello di qualità a prescindere dal meccanismo concorrenziale. Inoltre, l'Autorità ha fissato i livelli di Qualità per i servizi di Call center dei vari operatori, perché nel tempo è stata rilevata una maggiore criticità per gli utenti nell'utilizzo di questi servizi.

Nella maggioranza dei casi le misure sono effettuate dagli operatori. A volte, però, si richiede agli operatori di far effettuare misure certificate e garantite da un soggetto indipendente.

In caso di mancato rispetto di uno standard specifico di qualità che l'utente può verificare direttamente, la Carta dei servizi dell'operatore deve prevedere un indennizzo, che è stato disciplinato dalla delibera n. 124/10/CONS.

b) nel settore dei trasporti

Nel settore dei trasporti, com'è noto, non è ancora operativa l'Autorità indipendente di regolazione. Il punto di riferimento per l'elaborazione delle carte dei servizi del settore è il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 dicembre 1998, con il quale è stato adottato uno "Schema generale di riferimento per la predisposizione della carta dei servizi pubblici del settore trasporti (Carta della mobilità)". In base a quest'ultima i soggetti erogatori devono garantire: eguaglianza ed imparzialità; continuità; partecipazione; efficienza ed efficacia; libertà di scelta tra più soluzioni.

La struttura-tipo delle carte proposta dalla direttiva è articolata in tre sezioni: peculiarità dell'azienda; indicatori valorizzati; procedure di reclamo e modalità di rimborso e ristoro. I fattori individuati sono i seguenti: sicurezza personale e patrimoniale del viaggiatore; regolarità del servizio e puntualità dei mezzi; pulizia e condizioni igieniche dei mezzi e/o dei nodi; comfort del viaggio; servizi aggiuntivi (a bordo e/o nei nodi); servizi per viaggiatori con handicap; informazioni alla clientela; aspetti relazionali/comunicazionali del personale a contatto con l'utenza; livello di servizio nelle operazioni di sportello; integrazione modale; attenzione all'ambiente.

È previsto che i soggetti erogatori attivino sistemi di monitoraggio della qualità del servizio, per misurare il grado di soddisfazione dell'utente in relazione a quegli indi-

catori per i quali è prevista la misurazione attraverso indagini di mercato.

La funzione di verifica dei livelli di qualità raggiunti compete agli stessi operatori, ed i risultati conseguiti devono essere pubblicati periodicamente.

c) nel settore dell'energia

Nel settore dell'energia, così come in quello delle telecomunicazioni, vi è un'Autorità indipendente che si è occupata della disciplina della qualità dei servizi. E' prevista, anche in questo settore, una verifica dell'attuazione della Carta dei Servizi da parte dei diversi operatori e la pubblicazione comparativa dei risultati da questi raggiunti in appositi rapporti annuali sulla qualità del servizio, così da rendere trasparente il livello di qualità effettivo.

L'autorità per l'energia elettrica ed il gas, a differenza di quella per le telecomunicazioni, stabilisce anche gli standard minimi che tutte le imprese che operano nel settore sono tenute a rispettare, previa consultazione con le associazioni rappresentative degli utenti. Il punto di riferimento è la delibera n. 164/2008 (così come aggiornata dalle delibere 199/08, 44/09, 170/09, 82/11 e 99/2012) avente ad oggetto TIQV (Testo integrato della regolazione della qualità dei servizi di vendita di energia elettrica e di gas naturale).

Anche qui sono previsti indicatori generali e specifici. Sono indicatori specifici, il tempo di risposta motivata a reclami scritti che deve essere non superiore a 40 giorni; il tempo di rettifica di fatturazione che non deve superare i 90 giorni; ed il tempo di rettifica di doppia fatturazione che non deve superare i 20 giorni. Sono indicatori generali, il tempo di risposta a richieste scritte di informazioni, che nel 95% dei casi deve avvenire entro 30 giorni; il tempo di risposta motivata a richieste scritte di rettifica di fatturazione che nel 95% dei casi deve avvenire entro 30 giorni.

Ai sensi dell'art. 16, comma 1, TIQV è facoltà del venditore definire per i clienti finali del mercato libero standard specifici ulteriori. In caso di mancato rispetto degli standard, il venditore è tenuto a corrispondere un indennizzo automatico definito dal venditore stesso, che il TIQV quantifica in 20 euro, ma se la prestazione viene eseguita oltre un tempo doppio o triplo rispetto allo standard, il venditore deve corrispondere, rispettivamente, un indennizzo doppio o triplo.

Il TIQV disciplina poi la qualità dei servizi telefonici, per la quale sono previsti tre indicatori. L'accessibilità al servizio, misurata in base al rapporto, nel mese considerato, tra il numero di unità di tempo in cui almeno una delle linee è libera e il numero complessivo di unità di tempo di apertura del *call center* con presenza di operatori, moltiplicato per 100, dove l'unità di tempo è scelta liberamente dal venditore. Lo standard generale deve essere maggiore o uguale a 90%.

Il tempo medio di attesa, calcolato in secondi, tra l'inizio della risposta, anche se effettuata attraverso l'ausilio di un risponditore automatico, e l'inizio della conversazione con l'operatore o di conclusione della chiamata in caso di rinuncia prima dell'inizio della conversazione con l'operatore. Lo standard generale deve essere minore o uguale a 240 secondi.

Il livello del servizio, considerato come il rapporto, nel mese considerato, tra il numero di chiamate telefoniche dei clienti finali che hanno effettivamente parlato con un operatore e il numero di chiamate dei clienti finali che hanno richiesto di parlare con operatore o che sono state reindirizzate dai sistemi automatici ad un operatore, moltiplicato per 100. Lo standard generale deve essere maggiore o uguale a 80%.

Ai sensi dell'art. 27, comma 3, TIQV la rilevazione degli indicatori è effettuata a livello di venditore e a cadenza mensile; lo standard generale si intende rispettato nel semestre considerato se i valori mensili rilevati risultano uguali o migliori dello standard generale in almeno 5 mesi su 6. E' previsto una graduatoria tra gli operatori, calcolata con i punteggi ottenuti con riferimento agli indicatori di qualità.

3.2. Le Carte dei servizi

Fornito il quadro normativo nel quale si collocano le carte dei servizi con cui ciascun operatore individua la qualità garantita per il proprio servizio, è utile verificare l'effettivo contenuto delle stesse.

Nel settore delle comunicazioni, le Carte dei servizi sono disponibili sul sito dell'AGCom. Come è stato evidenziato, ci sono diversi indicatori per ciascuno dei quattro comparti, e dunque una comparazione analitica che tenga conto di tutti gli indicatori per tutti i comparti, con riferimento ad ognuno degli operatori che operano nel

mercato non è possibile in questa sede. Ciò che si nota dal confronto è che la qualità stabilita dagli operatori è piuttosto eterogenea.

Nel settore dei trasporti, con particolare riferimento al settore del trasporto pubblico locale, la qualità dei servizi viene stabilita con il contratto di servizio tra pubblica amministrazione e società concessionaria, ed anche in questi casi la qualità garantita è eterogenea.

Nel settore dell'energia, invece, è la stessa Autorità a fissare gli standards di qualità che gli operatori sono tenuti a garantire, e raramente gli operatori scelgono di adottare standards di qualità maggiori.

4. CONSIDERAZIONI FINALI

Il ruolo dell'autodisciplina nei settori considerati dovrebbe essere quello di aggiungere un ulteriore elemento di competizione tra gli operatori.

A differenza di altri fenomeni autodisciplinari, quali i codici deontologici delle professioni ordinistiche o l'autodisciplina pubblicitaria, qui la funzione dell'autodisciplina non dovrebbe essere quella di dettare regole per tutta la categoria, ma quella di differenziare uno o più operatori dagli altri, proprio in funzione delle regole migliori.

Il problema è che in diversi casi non è fissato il livello minimo di tutela che deve essere garantito ai consumatori, e così l'autodisciplina finisce per sostituire la disciplina eteronoma. Tuttavia, soprattutto con riferimento a servizi di interesse generale, l'autodisciplina dovrebbe essere complementare alle regole eteronome, e non sostituirsi ad esse. In altre parole, fissato un livello minimo di tutela valido per problemi analoghi in tutti i vari settori, e quindi superando l'attuale frammentazione, sarebbe auspicabile una concorrenza tra gli operatori volta a garantire agli utenti una tutela maggiore rispetto a quel livello.

In tutti i settori dovrebbe essere garantito un livello minimo della qualità dei servizi e per gli indicatori che non giustificano ragionevoli differenziazioni anche tra i settori tale livello dovrebbe essere lo stesso.

Le differenze in termini di disciplina dovrebbero essere giustificate soltanto dalle particolarità del settore considerato, le quali rendono ragionevolmente diverse, ad esempio, le informazioni che è opportuno fornire nella fase precontrattuale o gli indicatori rilevanti per valutare la qualità del servizio.

Infine, è opportuno notare che regole autonome e regole eteronome non sono destinate ad operare su piani diversi e non comunicanti, ma al contrario sono destinate ad interagire le une con le altre in un processo circolare. Da un lato, infatti, le regole autodisciplinari adottate da alcuni operatori possono essere un utile elemento nel procedimento interpretativo di concretizzazione di norme eteronome; dall'altro costituiscono un punto di riferimento anche per il regolatore che può scegliere di rendere eteronome norme che parte degli operatori avevano già adottato autonomamente, così come avvenuto per il "codice di condotta per i servizi a sovrapprezzo offerti tramite numerazione in decade 4" (vedi delibera AGCom n. 47/13/CIR).



Parte II

**REGOLAZIONE, CONCORRENZA,
INVESTIMENTI. QUALE
RUOLO PER LA TUTELA DEI
CONSUMATORI NEL TRILEMMA
DELLA CRISI CONTEMPORANEA?**

(Giustino Di Cecco - Paolo Lazzara)

Privacy e crisi economica: nuova casistica tra istanze di tutela della riservatezza e rinnovate esigenze di bilanciamento di valori

(Francesco Longobucco)

L'attuale crisi economica e la congiuntura negativa che caratterizza oggidì il nostro Paese determina l'emersione di una nuova triste casistica, la quale legittima istanze di bilanciamento di valori e interessi che conducono a ritenere il bene della riservatezza del "cittadino-consumatore" in ogni caso più meritevole e prevalente rispetto alle difficoltà dei mercati (specie quello del lavoro), alla stessa equità fiscale (art. 53 Cost.), alle esigenze di sanità pubblica.

Il contributo seleziona, analizza e racconta, in questa prospettiva, alcuni episodi di calda attualità - dal caso dei lavori sieropositivi licenziati, a quello del c.d. reddito-metro, a quello della povertà dilagante nella città di Roma - dietro i quali si cela l'esigenza incondizionata di garantire la privacy dei soggetti coinvolti, così prevenendo attentati alla loro sfera più intima. Tali istanze di bilanciamento in favore della riservatezza realizzatrice dell'homo uti singulus (art. 2 Cost.) non rimangono confinate alla opportunità di una regulation ovvero di una autoregolamentazione settoriale e specifica per questi casi peculiari (privacy vs. economia) da parte del Garante, ma investono le stesse tecniche di tutela della riservatezza (prevenzione, procedimentalizzazione e consenso informato, risarcimento del danno), di tipo sia amministrativo sia giudiziario. Anche queste, infatti, devono conformarsi alle rinnovate istanze di bilanciamento tra crisi economica e sfera individuale dei cittadini.

In questo contesto, dopo aver escluso soluzioni "concordate" (mediazione ovvero conciliazione) nel settore in esame, che potrebbero essere il frutto di consensi malamente e fittiziamente estorti al consumatore, il contributo focalizza l'attenzione sulla più recente casistica trattata in via paragiurisdizionale e giurisdizionale in senso stretto, segnatamente sulla questione della tutela del credito bancario "a tutti costi" e realizzata anche a spregio della riservatezza del debitore esecutato. Il risarcimento riconosciuto dall'AGO (o da molte pronunce dell'ABF) al destinatario del trattamento - caldeggiato dallo stesso Garante - invita a riflettere, in chiusura, sulla opportunità di attuare una auspicabile "leale collaborazione" tra Autorità e forme di giustizia.

SOMMARIO: 1. CRISI ECONOMICA: NUOVA CASISTICA, NUOVE ISTANZE DI BILANCIAMENTO DI VALORI E PRIMATO DELLA PRIVACY (OVE REALIZZATRICE DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA EX ART. 2 COST.) SULL'ECONOMIA. – 2. IL CASO DEI LAVORATORI LICENZIATI SIEROPOSITIVI. – 3. TUTELA DELLA RISERVATEZZA VS. EQUITÀ FISCALE. L'ILLEGITTIMITÀ DEL C.D. REDDITOMETRO. – 4. POVERTÀ DILAGANTE E ATTENTATO ALLA RISERVATEZZA DEI CITTADINI. – 5. LA TUTELA DELLA PERSONA QUALE LIMITE INVALICABILE – NEL CONTESTO DELLA CRISI ECONOMICA – SIA SUL FRONTE DELLA REGOLAMENTAZIONE SIA SU QUELLO DELL'AUTOREGOLAMENTAZIONE.

1. CRISI ECONOMICA: NUOVA CASISTICA, NUOVE ISTANZE DI BILANCIAMENTO DI VALORI E PRIMATO DELLA PRIVACY (OVE REALIZZATRICE DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA EX ART. 2 COST.) SULL'ECONOMIA

L'attuale congiuntura economica e la crisi che la contraddistingue inducono a riflettere sull'esigenza di regolare una sempre più ampia casistica che appare connessa e anzi trova la sua stessa genesi nell'odierno momento di "difficoltà sociale". In questo contesto, l'interrogativo dirimente è quello di come concepire la stessa tutela della riservatezza dell'individuo in relazione allo scenario – purtroppo non confortevole – che si affaccia in questo periodo storico.

Nuovi bilanciamenti richiedono all'orizzonte una soluzione complessa da parte di interpreti ed operatori, per esempio tra difficoltà del mondo del lavoro ed esigenza di tutela della segretezza dei dati sensibili, tra necessità di acquisire risorse economiche allo Stato per il tramite del gettito fiscale (equità fiscale) ed esigenza di garantire la sacrosanta riservatezza del contribuente. Emerge, in generale, l'opportunità di regolare i nuovi fenomeni di "povertà sociale" (con provvedimenti settoriali *ad hoc*), al fine di attuare la protezione dei dati più personali e intimi della persona.

D'altronde, una tale consapevolezza è emersa chiaramente e recentemente anche nella Relazione annuale presentata nella Sala della Regina a Palazzo Montecitorio, davanti alla Presidente della Camera, dall'attuale Garante della *privacy* Antonello Soro. Afferma il Garante, infatti, che «la protezione dei dati è fondamentale ed è un impegno ancora più necessario in una stagione di sfiducia diffusa, non solo nei confronti delle istituzioni ma nello stesso valore dei diritti, *spesso percepiti come sacrificabili rispetto alle diverse emergenze generate dalla crisi economica e sociale*» (corsivo aggiunto). «Per evitare questa deriva – avverte Soro – è giusto riaffermare

il primato dei diritti: solo partendo da qui, diventa possibile coltivare l'ambizione di ricomporre le crescenti fratture sociali attorno a una nuova idea di cittadinanza. Nel tempo della società digitale – osserva ancora il Garante – *la protezione dei dati ha acquisito e deve acquisire ogni giorno di più un ruolo centrale*» (corsivo aggiunto).

Le parole del Garante rendono ampiamente ragione dunque dell'opportunità di porre al vertice di quei bilanciamenti di cui si discorreva in apertura la tutela della riservatezza della persona anche nell'attuale congiuntura economica, e ciò sia sul fronte della *regulation* rimessa all'Autorità sia su quello delle soluzioni "concordate" o giudiziarie delle controversie che dovessero insorgere. Insomma: primato della *privacy* e della persona anche sull'attuale momento economico difficile che stiamo vivendo, il quale non potrebbe regolarsi a detrimento dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali (art. 1 codice della *privacy*). È questo un fondamentale parametro ermeneutico – discendente dalla nostra stessa Carta costituzionale che impone il primato della persona sull'economia (art. 41, comma 2, Cost.) – cui deve conformarsi inevitabilmente anche la stagione di emergenza e i conseguenti provvedimenti atti a governarla.

2. IL CASO DEI LAVORATORI LICENZIATI SIEROPOSITIVI

Per esemplificare quanto poc'anzi osservato – con il conforto dello stesso Garante – si pensi al recente caso di cronaca relativo ai malati di HIV e al loro inserimento nel mercato del lavoro sempre più incline al licenziamento e alla contrazione. "Temporaneamente non idoneo". Bastano tre parole per uccidere un sogno. Andrea (nome di fantasia) ha trenta anni e una carriera da infermiere militare su cui ha investito una vita: ore passate sui libri e la trincea in Sicilia, due anni a soccorrere i profughi che sbarcano sulle coste. Il suo mestiere? Una certezza, prima dell'HIV. Voleva donare il sangue e si ritrova con un foglio bianco in mano. C'è scritto "sieropositivo" e il suo incubo inizia da qui, da una diagnosi che fa paura. Per tenersi stretto il lavoro Andrea ha dovuto lottare, a colpi di segnalazioni al Garante della *Privacy* e diffide, ha sfidato gli alti gradi dell'esercito italiano, sopportato umiliazioni e porte sbattute

in faccia. Una piccola guerra durata quasi un anno, con conseguenze inaspettate. È grazie a lui che un regolamento del Ministero della Difesa (Smm/Is150Ueu), in contrasto con la legge sulla *privacy* e con quella che tutela i diritti dei sieropositivi (135/1990), verrà cambiato. Ma non basta: le vie della discriminazione sono tante. Troppe. E come Andrea, altri sieropositivi si sono scontrati con le dinamiche crudeli del mondo del lavoro. I casi più frequenti? Giovani precari che non si vedono rinnovare il contratto, dopo che la loro patologia è diventata di dominio pubblico. Ma anche donne e uomini sulla soglia dei cinquanta anni “mobbizzati” e poi licenziati con un pretesto, dipendenti emarginati o ricollocati, persone che solo tenendo nascosto l’HIV possono lavorare. L’era della flessibilità e la crisi hanno peggiorato le cose.

«I più colpiti dalle ristrutturazioni aziendali sono sempre i più deboli. E i sieropositivi sono fra questi», spiega all’Adnkronos Salute Salvatore Marra, responsabile dell’Ufficio Nuovi diritti attivo nella Cgil di Roma e Lazio. «Solo qui ogni mese arrivano una quindicina di segnalazioni, in un anno si sfiora quota duecento». Ma molti di meno sono i sieropositivi che vanno fino in tribunale per difendere i propri diritti. I più abbandonano prima, per paura di esporsi troppo. Il primo problema è difendersi dagli attacchi alla *privacy*, non essere costretti a svelare a tutti i costi la propria patologia. In molte aziende non si rispetta nemmeno l’obbligo di separare i dati identificativi della persona (nome, cognome, data di nascita) da quelli sensibili (sullo stato di salute per esempio). La legge n. 135/1990, fra le altre cose, prevede la non obbligatorietà dei test dell’HIV e l’anonimato per chi vi si sottopone. Prescrizioni che sono rimaste lettera morta nel caso di Andrea. Andrea è rimasto a casa per sette mesi, con lo stipendio decurtato. Mesi in cui una commissione medico-legale, seguendo un regolamento interno, ha continuato ad abbinare nei verbali la diagnosi al suo nome e cognome. «Le carte con i miei dati sensibili intanto passavano di mano in mano, arrivando persino sulle scrivanie del mio comando e all’ufficio del personale militare a Roma. C’è stato chi mi ha chiesto dei miei orientamenti sessuali senza pensare che l’HIV potrei averlo contratto in servizio, sono stato definito un “pericolo per la collettività”, perché “anche per mezzo di asciugamani e bagni pubblici” potevo trasmettere il virus». Parole pesanti come macigni. Poi finalmente il Garante comincia a muoversi. E la situazione si sblocca: Andrea ritorna alla sua attività di infermiere e, con un provvedimento emanato in questi giorni, il Ministero della Difesa viene inibito a trattare ulteriormente i suoi dati sensibili e dovrà adeguare i propri

regolamenti e i modelli di verbale alla legge.

È un caso di cronaca – come tanti e che coinvolge numerose persone – testimone di un mercato del lavoro sempre più propenso a mietere vittime – attraverso il fenomeno del *mobbing* e della discriminazione – con un illegittimo sacrificio della sfera più intima e personale dell'individuo. Un chiaro esempio di come le esigenze della crisi che purtroppo investe oggi anche l'offerta di lavoro debbano piegarsi a quelle di chi un lavoro già ce l'ha e mira a mantenerlo per vivere dignitosamente (art. 36 Cost.).

3. TUTELA DELLA RISERVATEZZA VS. EQUITÀ FISCALE. L'ILLEGITTIMITÀ DEL C.D. REDDITOMETRO

Altro campo nel quale il conflitto tra riservatezza ed economia del Paese emerge sempre più con maggiore frequenza è quello fiscale. Di tanto è convinto anche il nostro Garante, il quale avverte che «l'enorme concentrazione di dati, per quanto giustificata da forti motivazioni sociali, deve consentire soltanto accertamenti selettivi e non forme di controllo generalizzato». Rilevando altresì come «i provvedimenti relativi all'Anagrafe tributaria abbiano suscitato più di una divisione nell'opinione pubblica», Soro esorta a «coniugare al meglio la tutela di due diritti: quello alla *privacy* e quello all'equità fiscale», nella convinzione che «la riservatezza è espressione della nostra libertà: così come la libertà individuale confina con quella della comunità, così la *privacy* del singolo non è mai totalmente separabile dalla dimensione delle libertà collettive».

Si inserisce, in quest'ottica, la stessa vicenda della disapplicazione da parte del G.O. del recente strumento del c.d. redditometro in quanto strumento meramente burocratico, strutturato in modo tale da rendere non sempre praticabile un reale ed efficace contraddittorio, tanto da escludere per certi aspetti ed in una certa misura, la stessa possibilità di una prova liberatoria, ponendo in evidente pericolo l'integrità morale della sfera privata del contribuente nella sua completezza, con potenzialità pregiudizievoli irreparabili ed imprevedibili nelle loro evidenti proiezioni in danno della dignità umana e della relativa libertà e vita privata (cfr. Trib. Napoli, sez. distaccata di Pozzuoli, 21 febbraio 2013, G.U. dott. Lepre; Comm. Trib. Prov. Reggio Emilia,

18 aprile 2013). Significative risultano, a tale proposito, le parole impiegate – nella parte motiva – dalla Commissione tributaria citata nello stigmatizzare lo strumento in esame (redditometro): esso «viola l'art. 2, 13 cost., gli articoli 1, 7 e 8 Carta dei diritti fondamentali della UE, nonché l'art. 38 d.P.R. 600/1973, poiché prevede la raccolta e la conservazione non già di questa o quella voce di spesa diverse tra loro per genere (come previsto dall'art. 38) ma, a ben vedere, di tutte le spese poste in essere dal soggetto (rectius: dalla famiglia), che viene, quindi, definitivamente privato del diritto ad avere una vita privata, di poter gestire autonomamente il proprio denaro e le proprie risorse, ad essere quindi libero nelle proprie determinazioni senza dover essere sottoposto all'invasione del potere esecutivo e senza dover dare spiegazioni dell'utilizzo della propria autonomia e senza dover subire intrusioni anche su aspetti delicatissimi della vita privata quali quelli relativi alla spesa farmaceutica, al mantenimento e all'educazione impartita alla prole e alla propria vita sessuale; soppressione definitiva di ogni privatezza e dignità riguardante, peraltro, non solo il singolo contribuente ma in realtà tutti i componenti di quel nucleo familiare; ed, infatti, appena si legge la tabella A del d.m. n. 65648/2012 si deve prendere atto che l'autorità governativa a titolo meramente semplificativo: saprà di ciascuna famiglia quante e quali calzature, pantaloni, biancheria intima etc. utilizzano i suoi componenti; se questi ultimi preferiscono il vino, la birra o analcolici e di che tipo; quanta acqua si utilizza, se sono state eseguite riparazioni di manutenzione ordinaria relative alla rottura della caldaia o del fornello; quanta energia elettrica, gas è stato utilizzato; quali elettrodomestici, arredi sono stati comprati o comunque usati con relative spese di gestione; quali e quanta "biancheria, detersivi, pentole, lavanderia e riparazioni" consuma questa o quella famiglia; addirittura, in manifesta violazione della dignità umana di cui all'art. 1 Carta dei diritti fondamentali della UE, di quali e quanti "medicinali e visite mediche" ha necessitato il nucleo familiare e quindi i suoi singoli componenti; quale carburante, lubrificante si utilizza per la propria auto; quanti tram, autobus, taxi e trasporti sono utilizzati; e in violazione di ogni diritto dei minori, anche quali libri scolastici e spese assimilabili sono state sopportate (ad esempio, quindi, se quella famiglia necessita di materiale didattico specifico per il proprio figlio affetto da una certa patologia, l'Agenzia delle entrate lo verrà a sapere) e così egualmente per i giochi, giocattoli; in violazione dell'art. 18 e dell'art. 21 cost., l'autorità governativa saprà quali associazioni culturali, quali manifestazioni culturali sono preferite dal nucleo familiare [...]».

La posta in gioco è, a ben vedere, molto alta: l'esigenza - oggi sempre più impellente - di avocare risorse economiche allo Stato (secondo la nota equità fiscale pure costituzionalmente garantita) non può in vero realizzarsi calpestando le più elementari esigenze di riservatezza dell'individuo della sua famiglia. Nel conflitto tra l'art. 2 cost. e l'art. 53 cost. non può non prevalere l'applicazione della prima norma. Lo stesso Garante evidenzia come la «protezione dati e trasparenza non sono e non devono essere viste come antagoniste, ma strettamente complementari» e dunque «è imprescindibile la ricerca di un equilibrio fra trasparenza dell'azione amministrativa e *privacy* dei cittadini». Avverte ancora Soro: «Il rigoroso rispetto dei principi a base delle norme sulla *privacy* evita che una malintesa idea di trasparenza sia usata in modo strumentale per legittimare forme di discriminazione che deriverebbero, ad esempio, dalla pubblicazione di dati sensibili. Trasparenza – spiega il Garante – non vuol dire necessariamente riversare in rete tutto il contenuto di un provvedimento amministrativo, *perché possono esserci informazioni non rilevanti ai fini del sindacato democratico ma pregiudizievoli in modo irreparabile per la dignità della persona interessata*» (corsivo aggiunto).

4. POVERTÀ DILAGANTE E ATTENTATO ALLA RISERVATEZZA DEI CITTADINI

La stessa crisi economica ha determinato un aumento esponenziale di casi di vero e proprio degrado sotto il profilo della riservatezza dei cittadini. Aumenta, cioè, il numero di cittadini che frugano nei cassonetti della spazzatura alla ricerca di indumenti e di cibo. Oramai a Roma sempre più spesso si assiste a questo spettacolo triste, incivile e indecoroso, di uomini, donne e bambini, sia italiani sia stranieri, intenti a rovistare nei rifiuti, nella speranza di trovarvi avanzi di cibo, indumenti dismessi o altri oggetti utili a combattere la povertà dilagante. Il fenomeno non riguarda più solo i rom, ma si è esteso al ceto medio, ed è in pericolosa ascesa rispetto agli anni passati. I Vigili Urbani e le forze dell'ordine assistono a tali episodi ma non intervengono, anche quando avvengono sotto i loro occhi. Una città civile e attenta ai bisogni di tutti, specie dei più poveri, non può permettere che nel 2013 si assista ancora a tali scene, che oltre a rappresentare una forma di degrado inaccettabile,

potrebbero oltretutto configurare veri e propri reati, sul fronte della violazione della *privacy* e della sottrazione di beni altrui. Senza contare i rischi sul piano sanitario. Una tale situazione ha allertato le principali Associazioni di consumo e conferma ai nostri occhi l'urgenza di contemperare, ancora una volta, le conseguenze della crisi economica con i fondamentali diritti della persona, così ponendo un argine a comportamenti degradanti e pericolosi legati ai rifiuti.

5. LA TUTELA DELLA PERSONA QUALE LIMITE INVALIDABILE – NEL CONTESTO DELLA CRISI ECONOMICA – SIA SUL FRONTE DELLA REGOLAMENTAZIONE SIA SU QUELLO DELL'AUTOREGOLAMENTAZIONE

In conclusione, gli spaccati di calda attualità descritti - volutamente scelti, tra gli altri, per la loro forte carica lesiva sul piano della riservatezza dei consumatori (qui intesi nella loro accezione "civica" di cittadini-consumatori) - evidenziano dunque l'opportunità di prevenire abusi che in tempo di crisi si fanno sempre più frequenti e di bilanciare accuratamente il bene della ricchezza sociale (negli ambiti più colpiti dalla crisi, come quello fiscale, quello laburistico e quello della sanità pubblica) con le prerogative individuali di riservatezza (del cittadino) allo stato insopprimibili. A tanto – come su osservato – deve ispirarsi la regolazione e la tutela. Non si tratta, ben inteso, di tutelare la *privacy* a tutti i costi, come valore assoluto, ma diventa quantomeno urgente risolvere i conflitti generati dalla crisi economica nella prospettiva di garantire la prevalenza della riservatezza se e in quanto realizzatrice della persona come singolo individuo (art. 2 cost.). Precipitato questo dell'odierna legalità costituzionale e comunitaria. L'obiettivo benemerito della tutela della persona e della sua dignità rappresenta dunque un limite invalicabile che la crisi economica non può cancellare. A tale *policy* non potranno non ispirarsi non soltanto la regolamentazione in via diretta del Garante, come emerge dallo stesso messaggio lanciato dal Presidente Soro, ma anche eventuali iniziative di autoregolamentazione della P.A. o dei soggetti privati abilitati al trattamento dei dati. Siffatte iniziative concertate, ponendo al centro i livelli essenziali di tutela della persona, potrebbero garantire - già nello svolgimento dell'attività e in un'ottica preventiva rispetto all'intervento di *regulation* – che la crisi economica non si riverberi a discapito di quelle che appaiono le fondamentali prerogative dei cittadini.

La crisi economica e le ripercussioni sul rapporto tra regolazione e concorrenza

(Alessandro Lomoro)

La difficile situazione economica mondiale ed europea non facilita, considerate anche le inevitabili ripercussioni a livello nazionale, l'attività istituzionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, anzi rafforza l'azione interdittiva delle lobbies e delle imprese in crisi, le quali chiedono nuove tutele e protezioni nei confronti delle concorrenti estere.

Le ragioni della concorrenza non sono però venute meno per via della crisi economica e, anzi, trarrebbero ulteriore forza proprio dall'attuale congiuntura economica, quale migliore strumento a supporto della ripresa, per consentire la corretta allocazione delle risorse all'interno delle singole imprese e sui mercati, in modo da sospingere la crescita economica e facilitare il rilancio del tessuto produttivo. Il presente saggio si propone di descrivere e analizzare le ripercussioni che l'attuale crisi economica ha riverberato nel campo della regolazione e della concorrenza, con specifico riferimento al versante delle soluzioni prospettate dal legislatore comunitario e nazionale, in uno con quelle promosse, nel corso degli ultimi anni, dall'Autorità.

L'attuale crisi economica che ha interessato l'economia nazionale, nell'ambito del più generale andamento negativo del sistema economico globalizzato, impone una riflessione sul ruolo della regolazione e della concorrenza, con specifico riferimento al nuovo scenario che nell'arco del ventennio di attività dell'Autorità si è progressivamente delineato in base al quadro normativo, via via implementato, sia a livello nazionale che, soprattutto, in ambito comunitario, oltre che degli interventi dell'Autorità stessa.

V'è da rilevare, in via di prima analisi, il diffuso consenso nel ritenere che l'insufficiente crescita dell'economia - dapprima mondiale, e poi nazionale - sia da attribuire al mancato aumento della produttività. Si tratta di un fenomeno di medio-lungo periodo, per la cui soluzione si è ritenuto necessario far ricorso a rimedi strutturali volti a conseguire un rapido ammodernamento dell'offerta di beni e servizi.

Emerge in ampi settori della società (e ciò, purtroppo, è un dato di fatto, cui bisogna

necessariamente dar conto) una sfiducia di fondo nelle virtù benefiche del mercato: cresce la domanda di protezione, si torna a discutere di carenze generalizzate del mercato e, soprattutto, si acuisce la tentazione di abbandonare la logica e i principi competitivi in favore di assetti più rispondenti all'interesse particolare, che non di rado si traduce in scelte legislative e prassi amministrative introdotte di penetranti controlli su aspetti decisivi della vita delle imprese.

Il richiamo all'esigenza di promuovere il corretto funzionamento del mercato, connotato, non pochi anni or sono, da una valenza positiva, può esser oggi avvertito come inattuale o, addirittura, improprio e fuorviante. Va diffondendosi in Europa e, in generale, nei paesi industrializzati una sempre maggiore sfiducia nella capacità del mercato di produrre benefici per la collettività, a cui fa da conseguenza, a mo' di percorso (quasi) obbligato, un successivo affidamento alle proprietà "salvifiche" dell'intervento pubblico.

Sempre più consenso riscuotono le teorie economiche fondate sulla valorizzazione delle esigenze sociali della collettività e sulle scelte "responsabili" degli operatori economici, valorizzando fin se non altruistici, quanto meno che contemperino il perseguimento del profitto con la soddisfazione di interessi (singolari o collettivi) altrui.

Il catalogo dei soggetti "deboli" si è nel tempo sempre più incrementato, fino a ricomprendere anche fattispecie di imprenditori ai quali si è estesa anche la disciplina imperativa di protezione di fronte all'attività di impresa (altrui). Dall'imposizione di obblighi di correttezza nell'ambito delle sole relazioni contrattuali si è ampliata l'area dei doveri di correttezza riferiti all'"attività", così onerando l'imprenditore di recepire nelle proprie finalità di azione anche la soddisfazione degli interessi del cliente, o meglio la garanzia di tutela degli stessi interessi altrui: emblematica in tal senso è la disposizione recata dall'art. 39 cod. cons, che prescrive che «*Le attività commerciali sono improntate al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, valutati anche alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori*», norma che sembra imporre all'imprenditore commerciale condotte che vanno anche oltre il mero rispetto delle prescrizioni legali, e cioè che gli impongono di operare volta per volta un bilanciamento tra i propri interessi (economici) e quelli del soggetto con i quali viene in contatto, volontariamente o involontaria-

mente. Dunque, gli obblighi di correttezza, originariamente posti all'imprenditore nei confronti del solo mercato e degli altri imprenditori, dalle leggi di tutela della concorrenza (sleale; antitrust), vedono oggi destinatari/beneficiari una indeterminata categoria di soggetti con i quali l'imprenditore viene in relazione nell'esercizio dell'attività di impresa.

Se è normale, anzi inevitabile, che l'attuale congiuntura economica favorisca simili reazioni, è altresì essenziale mantenere rigore e coerenza nel ricercare le soluzioni più adeguate alla crisi. Ciò significherebbe - come da più parti rilevato - non perdere mai di vista il principio per cui i mercati, se correttamente regolati, mantengono i corretti stimoli in termini di innovazione, consentono la più efficiente allocazione delle risorse, tutelano efficacemente i consumatori, sospingendo la crescita economica.

Poste le necessarie premesse di cui si è appena dato conto (atte ad introdurre un compiuto quadro, quantunque di prima e approssimativa analisi, dell'attuale crisi economica "globale"), è opportuno rilevare l'importanza che è stata (e, ancor oggi, è) attribuita al rapporto intercorrente tra la tutela della concorrenza e quella dei consumatori. Rapporto che coinvolge interessanti profili di analisi da un punto di vista sia teorico che delle *policies*, con particolare riguardo a quegli ordinamenti (quali, ad esempio, gli Stati Uniti, il Canada, il Regno Unito e l'Italia) in cui vengono affidati ad un'unica autorità amministrativa compiti relativi all'applicazione di entrambe le discipline.

Sul punto, la dottrina è concorde nel ritenere che è in atto un processo di convergenza tra le due discipline: la tutela della concorrenza, in molti casi, andrebbe a convergere (anzi, si potrebbe dire, quasi a sovrapporsi) a quella dei consumatori, sì da creare un *unicum* inscindibile.

Da un canto, ha assunto, nel diritto comunitario della concorrenza, un crescente rilievo l'analisi dell'impatto delle condotte delle imprese sui consumatori. Dall'altro, la normativa comunitaria sulle pratiche commerciali scorrette, introdotta come misura per promuovere il mercato interno e assicurare, al tempo stesso, un elevato livello di tutela dei consumatori, ha avuto un indubbio rapporto con l'operare dei meccanismi concorrenziali: il divieto delle pratiche scorrette, difatti, ha tutelato la libertà di scelta dei consumatori, favorendo, di conseguenza, il corretto funziona-

mento del mercato.

Per discutere dei criteri sostanziali di applicazione della disciplina *antitrust* e di quella delle pratiche commerciali scorrette in Italia è indispensabile fare riferimento al contesto giuridico europeo.

In particolare, l'obiettivo delle regole di concorrenza comunitarie, come delineato dalla non troppo risalente comunicazione della Commissione europea, è «tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'efficiente allocazione delle risorse» (cfr. Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi e pratiche concordate*, 2004/C101/08, paragrafo 33). Allo stesso tempo, le recenti linee guida della Commissione sull'abuso di posizione dominante hanno previsto che, per individuare quando un comportamento escludente sia da considerarsi anticoncorrenziale, è necessario esaminare se esso comporti, o sia probabile che comporti, un pregiudizio per i consumatori, in termini di prezzi più elevati di quelli che sarebbero stati altrimenti applicati (cfr. Commissione europea, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, 2009/C45/02, paragrafo 19).

Entrambe le statuizioni, centrali per la definizione dei criteri sostanziali di applicazione della disciplina, fanno riferimento ai consumatori. Per comprenderne il significato e le implicazioni è utile fare un passo indietro e considerare alcuni profili dell'evoluzione del diritto comunitario della concorrenza.

Sul punto, v'è da rilevare, conformemente a quanto evidenziato dai commentatori più attenti alla storia del diritto *antitrust* europeo, che le regole sulla concorrenza sono state introdotte nei trattati di Roma a tutela di un processo concorrenziale non distorto e come salvaguardia rispetto al rischio, fortemente sentito nel dopoguerra, di un'evoluzione monopolistica di alcuni settori. La priorità, inoltre, in quella prima fase era la creazione di un mercato integrato. La tutela del consumatore non costituiva certo la preoccupazione centrale, anche se era evidente che di un'evoluzione concorrenziale del mercato avrebbero potuto beneficiare i consumatori europei.

In seguito, nell'applicazione del diritto *antitrust* comunitario l'attenzione nei con-

fronti dei consumatori è aumentata, con un'accelerazione nell'ultimo decennio, sino ad acquisire un'indubbia centralità. Le ragioni, oltre al minore rilievo dell'obiettivo dell'integrazione dei mercati in ragione dei risultati già ottenuti, sono principalmente due: la prima è l'esigenza di creare un maggiore consenso per le politiche comunitarie in generale e per quelle di concorrenza in particolare; la seconda è l'affermarsi all'interno della disciplina *antitrust* di un paradigma applicativo (il c.d. "approccio economico") più incentrato sull'impatto delle condotte sul mercato.

Non solo. E' noto che le politiche di apertura dei mercati, incidendo principalmente su interessi concentrati e comportando benefici diffusi, trovano oppositori molto attivi mentre i beneficiari sono piuttosto passivi e disattenti. Nella storia del diritto comunitario vi sono state varie fasi di impopolarità delle politiche volte a realizzare un sistema di mercati aperti e non distorti; in periodi di crisi economica, come evidenziato da tanti esempi recenti, le resistenze alla concorrenza diventano più forti.

Da tempo, quindi, le istituzioni comunitarie hanno compreso l'importanza di rendere le regole europee più vicine ai cittadini e ciò è avvenuto anche attribuendo un maggiore ruolo, nel diritto comunitario, alla tutela dei consumatori. Con il Trattato di Maastricht sono state inserite nel Trattato CE quelle disposizioni sui consumatori che hanno costituito la base per tutte le successive iniziative comunitarie in materia, compresa la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette.

A livello nazionale, sono trascorsi, oramai, ventitre anni dall'istituzione di un'autorità preposta alla promozione e alla tutela della concorrenza. L'istituzione dell'AGCM è avvenuta durante la crisi politica italiana degli anni '90, che assieme all'avviato processo di liberalizzazione dei mercati comunitari e all'inesorabile declino dello Stato interventista, ha rappresentato la ragione predominante dello sviluppo e dell'emersione delle numerose autorità amministrative indipendenti oggi presenti. L'obiettivo perseguito dal legislatore con l'istituzione delle *authorities* era (e, a tutt'oggi, è) certamente quello di una sorta di "alleggerimento" delle strutture organizzative pubbliche, della garanzia di rispetto delle regole da parte degli operatori economici e del miglioramento dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini.

Oggi l'attività dell'AGCM si è fortemente ampliata. Essa, difatti, è attualmente riconducibile a tre macro aree di attribuzioni:

- nella prima rientra la fondamentale attività *di enforcement* (o tutela della concorrenza), ove sono ricomprese le azioni di contrasto alle intese restrittive, all'abuso di posizione dominante e alle operazioni di concentrazione;
- la seconda riguarda la c.d. attività di *advocacy* (o promozione della concorrenza), attuata per mezzo di un'attività consultivo-propositiva indirizzata agli organi politico-economici ovvero attraverso la calibrazione dello speciale potere discrezionale di autorizzazione - per un limitato periodo di tempo - delle intese potenzialmente idonee ad offrire un miglioramento delle condizioni di offerta del mercato;
- la terza riguarda, invece, la *consumer protection* e le nuove competenze attribuite dal legislatore all'autorità per il mezzo della legislazione successiva.

Le attribuzioni dell'AGCM si sono ampliate enormemente nel tempo, non senza problemi, tanto che da più parti si è discusso, con un accento che si potrebbe definire quasi "critico", dell'assunzione di una molteplicità di "anime" da parte dell'autorità. Si è, altresì, manifestato il timore che l'AGCM sia stata incaricata di una serie di compiti impropri, come la sorveglianza sui conflitti di interesse dei pubblici amministratori o l'assegnazione del *rating* di legalità, o al confine della sua missione principale, ad esempio in tema di pubblicità ingannevole.

In altre parole, ci si chiede **se l'eccesso di ruoli e di attribuzioni non finisca per distogliere l'autorità dalla sua *mission* principale, ossia la promozione e la tutela della concorrenza e del mercato**. Peraltro, merita di essere evidenziato come i diversi ruoli di "garanzia" non sono sempre indifferenti, nell'esercizio, gli uni dagli altri, recando con sé anche potenziali rischi di conflitto, come già emerso tipicamente nell'ambito della regolazione delle fattispecie antitrust tra esigenze del mercato, da una parte, ed interessi dei consumatori, dall'altra.

Ed anzi, proprio in un mercato in fase di crisi, che contrae la propria capacità produttiva, con il default di sempre più numerose imprese, vi è la concreta esigenza di una pianificazione delle politiche di intervento, e spesso di salvataggio, delle imprese, specie quelle che coagulano in sé attenzioni "sociali", che potrebbe essere confliggente con una finalità di protezione degli equilibri concorrenziali del mercato; per contro, proprio le vicende della crisi che coinvolgono un livello sovranazionale, e

certamente anche ultracomunitario, in un mercato sempre più globalizzato, pongono anche l'ineludibile necessità di salvaguardare il sistema produttivo nazionale e comunitario, e scongiurare ipotesi di concentrazioni frutto dell'incapacità delle imprese di reggere l'impatto del ciclo economico negativo.

Quanto emerge dall'ultima "Relazione sull'attività svolta" dell'AGCM, presentata il 31 marzo 2013, sembra manifestare la piena consapevolezza dell'Autorità in ordine alle problematiche poste dall'attuale contesto di azione, posto che la crisi di quasi tutti i sistemi produttivi industrializzati ha contribuito in maniera decisiva ad ingenerare un arresto, sia a livello nazionale che comunitario, degli sforzi tesi a rendere l'economia e i mercati interconnessi aperti alla concorrenza e alla sfida lanciata dalle economie emergenti.

La difficile situazione economica globale ed europea non facilita l'attività istituzionale dell'autorità, anzi rafforza l'azione interdittiva delle *lobbies* e delle imprese in crisi, le quali chiedono nuove tutele e protezioni nei confronti dei concorrenti esteri.

Le ragioni della concorrenza non sono però venute meno per via della crisi economica ed anzi trarrebbero ulteriore forza proprio dalla gravità della situazione, quale migliore strumento a supporto della ripresa, per consentire la corretta allocazione delle risorse all'interno delle singole imprese e sui mercati, in modo da sospingere la crescita economica e facilitare il rilancio del tessuto produttivo. Ma anche questo è una scelta di indirizzo nell'intervento dell'Autorità che postula una preliminare graduazione dei diversi e molteplici interessi che sono affidati alla sua "garanzia", graduazione non sempre chiara ed univoca.

L'AGCM richiama la comprovabile relazione causale fra attività di promozione e tutela della concorrenza da un lato e crescita economica e produttiva dall'altro.

Emerge, inoltre, la consapevolezza che la crisi economica italiana affonda le radici in rilevanti debolezze strutturali, peraltro mai efficacemente affrontate, che affliggono da tempo il Paese, tanto che l'attuale *deficit* strutturale è solo in parte attribuibile alla sopravvenuta crisi "globale" e alla successiva crisi della c.d. "area Euro". Gli ostacoli alla crescita economica nel nostro Paese sono riconducibili a molteplici fattori, tra i quali spicca per importanza strategica quello della regolamentazione, sia nazionale che locale, confusa e incompleta, capace di introdurre restrizioni alla

concorrenza sproporzionate rispetto al perseguimento degli interessi pubblici.

Dalla Relazione emerge, ancora una volta, il peso e l'importanza attribuiti dall'autorità all'intervento pro-concorrenziale nelle regolazioni, atteso anche il nesso che intercorre tra regolazione e diritto della concorrenza.

Il diritto della concorrenza, con l'aiuto del diritto comunitario, ha influito non solo sul comportamento delle imprese, ma anche sui regolatori, acquisendo anzi il primato sulla regolazione.

L'OCSE, sul punto, ha ribadito, in più occasioni, che le regolazioni devono essere pro-concorrenziali, favorire e promuovere la concorrenza quale fondamentale fattore per lo sviluppo economico. L'AGCM, nel corso degli anni, ha svolto sul piano nazionale un'efficace azione di *competition advocacy*, promuovendo l'adozione di regolazioni pro-concorrenziali e proponendo l'abrogazione o la modificazione di leggi e regolamenti capaci di ostacolare il "gioco" della concorrenza. Vi è stato, dunque, nel tempo, il passaggio da un'attività e un'impostazione di mero accertamento e repressione ad una di orientamento per il buon funzionamento dei mercati.

Il nuovo assetto caratterizza sempre più l'autorità come modello amministrativo focalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico alla concorrenzialità dei mercati.

La crisi, nel contesto attuale, rende comunque problematica l'attività di *advocacy* non solo a livello nazionale, ma anche a livello europeo e globale, tanto che si parla ormai apertamente di "controtendenze" nell'attività implementativa della concorrenza anche da parte delle istituzioni comunitarie.

In ambito comunitario si assiste infatti ad una ritrovata attitudine da parte di taluni Stati membri a sottolineare l'importanza delle loro misure nazionali rispetto alle regole della concorrenza dettate dai Trattati comunitari.

In un tale contesto diviene, quindi, essenziale non solo l'attività sanzionatoria, ma soprattutto quella di promozione della concorrenza nelle regolazioni, sfruttando la spinta del primato del diritto della concorrenza su quello regolatorio.

L'attività di *advocacy* non è neutra e anzi assume moderata inclinazione finalistica. Il ruolo dell'AGCM è comunque quello di un soggetto istituzionale indipendente e autonomo che fonda il successo di *advocacy* e *moral suasion* non su prerogative

di imperio ma su autorevolezza e capacità di convincimento, nonché sulla tempestività di intervento. Nel nostro ordinamento i più gravi ostacoli al funzionamento dell'economia derivano non solo dall'attività di interdizione di *lobbies* e imprese, ma dal tessuto normativo intriso di protezionismo e da prassi amministrative poco attente agli effetti della regolazione sulla concorrenzialità dei mercati. Per un'autorità centrale come l'AGCM è, poi, ancora difficile operare con cura in sede locale e anche per tale motivo la legislazione regionale assume il più alto grado di restrittività del mercato.

Ai sensi della legge istitutiva dell'autorità (legge n. 287/1990) la funzione consultiva si esprime non solo con l'esercizio dei poteri di segnalazione in senso stretto (art. 21), ma con pareri spontanei forniti o richiesti (art. 22) e con le relazioni settoriali (art. 24); fondamentale è pure lo strumento delle indagini conoscitive di cui all'art. 12, comma 2.

Posto che l'attività di segnalazione è definibile come la principale delle attività di *advocacy*, l'autorità può adottare segnalazioni non solo nei confronti del Parlamento e del Governo, ma anche nei confronti dei singoli dicasteri e degli enti locali e territoriali. Ed è significativo che la gran parte delle segnalazioni sono comunque indirizzate al Parlamento e al Governo, seguono Regioni e Province e poi gli organi di raccordo Stato-Regioni, Enti locali e loro associazioni.

Tutte le segnalazioni contengono una parte propositiva e altrettante indicazioni riferite ai destinatari, come modifiche da apportare ai testi normativi o diverse soluzioni di tipo regolatorio. L'attività di segnalazione è stata sicuro presupposto per la creazione della legge annuale per il mercato e la concorrenza. Tale previsione legittima l'Autorità non solo come suggeritore di modifiche, ma anche come promotore di nuovi interventi a iniziativa vincolata. Il Governo può, quindi, tradurre in proposte normative i suggerimenti dell'Autorità e deve spiegare le ragioni per cui non ritiene di aderire ai suggerimenti proposti.

A tal proposito è interessante analizzare l'ultima segnalazione trasmessa dall'AGCM al Parlamento e al Governo, ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge n. 287/1990 (cfr. le Segnalazioni AS901 del 5 gennaio 2012 e AS988 del 2 ottobre 2012, recanti "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza - anno 2013").

Secondo l'Autorità, nei prossimi anni i vincoli finanziari europei, specie dopo il c.d. "*Fiscal Compact*", e la necessità di recuperare la fiducia dei mercati finanziari imporranno bilanci con significativi avanzi primari, e quindi diventeranno sempre più importanti gli strumenti per stimolare la crescita a c.d. "impatto zero". Le politiche per la concorrenza, in questo quadro, assumeranno in misura ancora più intensa il ruolo di uno dei principali motori della crescita. Com'è noto, tali politiche incentivano la corretta allocazione delle risorse sia nella singola impresa sia nel mercato ed hanno effetti positivi, in termini di minori costi, sui settori a valle. La concorrenza costituisce soprattutto un potente stimolo all'innovazione, che è la principale forza dell'economia capitalista. L'apertura dei mercati e l'introduzione dei meccanismi concorrenziali per poter produrre conseguenze in termini di stimolo alla crescita e di aumento del benessere del consumatore, richiedono il funzionamento di fondamentali infrastrutture del mercato.

L'autorità ha, inoltre, affrontato alcuni temi rilevanti e di sicuro interesse inerenti ai rapporti tra amministrazione e concorrenza, coniugando valutazioni strettamente tecniche con questioni di economia generale.

Tra gli obiettivi da perseguire, e questi sono stati appunto rilevati dalla stessa Autorità, vi sono la certezza dei tempi di conclusione dell'*iter* procedimentale da parte delle amministrazioni, la semplificazione dei procedimenti amministrativi e la riduzione dei livelli territoriali di governo, oltre alla valorizzazione dei poteri sostitutivi dell'amministrazione centrale nel caso di inerzia degli enti locali.

L'AGCM ha, altresì, suggerito di intervenire per semplificare il peculiare "federalismo" italiano, per contrastare la tendenza all'espansione della sfera pubblica che si registra a livello regionale e locale e che avviene a scapito del mercato, posto che a livello regionale e locale permangono tendenze all'intervento pubblico nell'economia, all'assunzione diretta di attività economiche, al rallentamento dei processi di apertura dei mercati. Secondo l'Autorità deve essere valorizzato il potere sostitutivo del livello territoriale di governo superiore rispetto all'inerzia di quello inferiore: se il Comune non decide dovrebbe poter intervenire la Regione, e se questa è inerte la decisione dovrebbe essere attribuita agli organi statali. Ciò permetterebbe di incentivare la valorizzazione del principio di sussidiarietà, creando una competizione virtuosa tra istituzioni, così da rendere operativo il principio di responsabilità, evi-

denziando la differenza tra chi non ha la capacità di decidere e chi invece assume il peso della decisione.

Da ultimo, appare rilevante l'iniziativa dell'Autorità di rimarcare la distinzione tra riforma della regolazione in senso pro-concorrenziale e effettiva applicazione di una regolazione inattuata: invero, è necessario superare la tendenza a ritenere che la soluzione dei problemi di regolazione consista esclusivamente nella modificazione legislativa, sottovalutando così tutta la fase dell'implementazione amministrativa che, invece, resta di fondamentale importanza. In particolare, come segnalato dalla stessa AGCM, sono state introdotte nell'ultimo anno importanti misure pro-concorrenziali, molte di esse richiedono, però, di essere attuate, affinché possano dispiegare i loro effetti benefici sul mercato e sulla crescita. Il metodo suggerito dall'Autorità è quello di curare con estrema attenzione la fase attuativa, al fine di individuare i profili problematici che richiedono nuove correzioni legislative.

La tutela dei consumatori nei settori delle comunicazioni elettroniche e dei servizi postali: il mosaico di poteri di intervento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

(Francesca Pellicanò)*

Il settore delle comunicazioni si trova a dover fronteggiare nuove sfide, non ultima la difficile congiuntura economica da cui non è certo uscito indenne e il cui riflesso sui consumatori ne ha ridotto la domanda sul mercato, comportando una contrazione dei consumi.

È in tali contingenze negative che riacquista e deve riacquistare centralità il servizio pubblico, onde offrire le adeguate garanzie di tutela e di servizio ai cittadini/utenti. Neppure può trascurarsi l’impatto della convergenza, che ha investito i due settori tradizionalmente distinti non solo a livello di mercato, ma anche normativo e regolamentare, delle comunicazioni elettroniche e dell’audiovisivo, imponendo un generale ripensamento dell’approccio del regolatore su cui sia l’AGCom che la Commissione europea hanno, separatamente, avviato una riflessione.

SOMMARIO: 1. LA CONVERGENZA E L’IMPATTO SULLA REGOLAMENTAZIONE. – 2. LA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE TRA UTENTI E OPERATORI. – 2.1 IL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE. – 2.2. IL SETTORE DEI SERVIZI POSTALI. – 3. LE PRATICHE COMMERCIALI E IL SUPERAMENTO DEL RIPARTO DI COMPETENZE TRA AGCM E AGCOM.

1. LA CONVERGENZA E L’IMPATTO SULLA REGOLAMENTAZIONE

L’attività di tutela degli utenti nel settore delle comunicazioni, estensivamente inteso, si declina in un complesso mosaico di poteri di intervento da parte dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito “l’Autorità” o “AGCOM”).

La predisposizione di strumenti a tutela dell’utenza all’interno del mercato regolamentato assolve a una duplice finalità: una diretta, volta ad approntare strumenti che rispondano a requisiti di celerità, speditezza, semplicità del ricorso ai medesimi, in modo da ripristinare la correttezza delle situazioni ed elidere le conseguenze dell’oggetto della controversia; una indiretta, avente la funzione di aiutare il regolatore ad individuare quelle aree del mercato in cui più frequentemente tendono ad

accentrarsi rilievi di problematicità.

L'impatto della convergenza, che ha investito i due settori tradizionalmente distinti non solo a livello di mercato, ma anche normativo e regolamentare, delle comunicazioni elettroniche e dell'audiovisivo² impone un generale ripensamento dell'approccio del regolatore, anche in virtù del fatto che, in tal modo, sono venute a crearsi nuove zone d'ombra, in cui le due regolamentazioni di settore, a seconda dei casi, possono o sovrapporsi, creando problemi di *regulatory overlapping* e di incertezza delle disposizioni la cui applicazione è prevalente, ovvero possono essere entrambe carenti, generando aree grigie che vengono a richiedere nuove forme di tutela dell'utenza³.

La crescente complessità nell'offerta di contenuti audiovisivi in conseguenza del progressivo lambirsi e, parzialmente, fondersi dei due settori non è sfuggita né all'AGCom né alla Commissione europea, che, quasi contemporaneamente ma indipendentemente l'una dall'altra, hanno ritenuto di coinvolgere gli *stakeholder* del settore per dare impulso a riflessioni collettive sulle prospettive di sviluppo e sulle problematiche sollevate dalla convergenza. Ci si riferisce alle quasi coeve decisioni, intervenute a distanza di meno di due mesi, di sottoporre a consultazione pubblica da parte dell'AGCom l'indagine conoscitiva volta alla redazione di un Libro bianco sulla *"Televisione 2.0 nell'era della convergenza"*⁴ e, da parte della Commissione europea, il Libro Verde del 24 aprile 2013 *"Prepararsi a un mondo audiovisivo della piena convergenza: crescita, creazione e valori"*⁵.

Nel corso dell'ultimo anno il settore delle comunicazioni, complessivamente inteso,

2 * Le opinioni espresse sono personali e non impegnano in alcun modo l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Eloquente rilevare come questi siano separatamente trattati dal legislatore europeo e conseguentemente da quello nazionale, trovando il primo il proprio quadro normativo nel pacchetto di direttive del 2002, poi modificato nel 2009, il secondo nella direttiva sui servizi di media audiovisivi del 2007, trasfusi nell'ordinamento italiano rispettivamente nel d. lgs. n. 259/2003 ("Codice delle comunicazioni elettroniche") e nel d. lgs. n. 177/2005 ("Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici").

3 Si pensi, ad esempio, alla questione con cui il regolatore si è recentemente dovuto confrontare rappresentata dalla tutela dei minori sui servizi di media audiovisivi a richiesta.

4 Delibera n. 93/13/CONS, recante *"Avvio di un'indagine conoscitiva in vista della redazione di un Libro bianco sulla Televisione 2.0 nell'era della convergenza"*, in G.U. del 6 marzo 2013, n. 55.

5 COM (2013) 231 del 24 aprile 2013.

non è uscito esente dalla difficile situazione da cui è stata affetta l'economia del Paese tra il 2011 e il 2012 e che ancora propaga i suoi effetti negativi: la sfavorevole congiuntura macroeconomica ha comportato riduzioni degli investimenti, la diminuzione del potere (nonché della propensione) all'acquisto delle famiglie, causando una stagnazione dei consumi che a sua volta ha provocato, in un circolo vizioso, un drastico impatto sui ricavi degli operatori. Secondo la relazione annuale dell'Autorità, il settore delle comunicazioni, per tale intendendosi inclusi comunicazioni elettroniche, audiovisivo e servizi postali, ha registrato nel corso del 2012 un calo complessivo di 4,4 miliardi di euro rispetto all'anno precedente.

Il riflesso sui consumatori della situazione di incertezza economica ha radicalmente ridotto la domanda sul mercato, comportando una pesante contrazione dei consumi. È in tali congiunture negative che riacquista e deve riacquistare centralità il servizio pubblico, onde offrire le adeguate garanzie di tutela e di servizio ai cittadini/utenti.

Una forte propulsione a tale ri-centralizzazione del servizio pubblico giunge dall'Unione europea, che, anche allo scopo di fornire agli Stati membri strumenti per fronteggiare la crisi economica, ha adottato nel corso del 2012 nuove misure in tema di aiuti di stato e del rapporto di questa disciplina con i servizi di interesse economico generale, c.d. SIEG. Il cosiddetto "Pacchetto Almunia", dal nome del Commissario europeo per la concorrenza e Vice Presidente della Commissione, ridefinisce i principi fondamentali in materia di aiuti di Stato, adottando un approccio più bilanciato e flessibile per i SIEG con un ambito di applicazione locale o comunque ridotto, per i casi *de minimis* e per i servizi sociali, mantenendo tuttavia a fuoco l'imprescindibile obiettivo della tutela della concorrenza: gli Stati membri godono di ampia libertà nel definire quali servizi sono di interesse generale, tuttavia la preoccupazione della Commissione è che il finanziamento pubblico concesso per l'erogazione di tali servizi non falsi indebitamente la concorrenza nel mercato interno.

Al riguardo, il Commissario Almunia ha dichiarato: *«Il nuovo pacchetto SIEG offre agli Stati membri un quadro più semplice, più chiaro e più flessibile per sostenere l'erogazione ai cittadini di servizi pubblici di alta qualità che sono diventati ancor più necessari in questi tempi di crisi. Il compito della Commissione è ovviamente quello di garantire che le imprese incaricate di servizi di interesse generale non ricevano*

una compensazione eccessiva, il che permette di salvaguardare le attività concorrenti e l'occupazione e garantisce un impiego efficiente delle scarse risorse pubbliche» (enfasi aggiunta). Nel corso del 2013 la Commissione europea ha poi rilasciato un corposo documento di lavoro, recante *“Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno”*⁶ il cui scopo è fornire chiarimenti di carattere tecnico, in particolare sulla base di sintesi concise e talvolta semplificate della normativa e della giurisprudenza in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno e, per quanto riguarda gli aiuti di Stato, delle decisioni della Commissione relative ai SIEG e, in particolare, ai SSIG (i servizi sociali di interesse pubblico).

Occorre in questa sede dar conto delle prospettive di modifica del quadro normativo europeo che potrebbero verificarsi prossimamente e di cui occorrerà verificare l'impatto sull'utente finale, essendo stata approvata dalla Commissione europea, in data 11 settembre 2013, una proposta di modifica del quadro normativo vigente in materia di comunicazioni elettroniche che dovrà ora essere sottoposta all'esame del Parlamento europeo e del Consiglio. La bozza di regolamento reca un testo legislativo volto a consolidare ed espandere il mercato unico digitale, consentendo ad utenti e professionisti di accedere a servizi di comunicazione elettronica ovunque questi siano prestati all'interno dell'Unione, senza restrizioni transfrontaliere né costi aggiuntivi ingiustificati, assicurando ai fornitori di poter operare e prestare il proprio servizio ai consumatori indipendentemente da dove questi si trovino all'interno della UE. Sembra tuttavia prematuro valutare una stima dell'impatto che le modifiche proposte dalla Commissione potrebbero avere sulla tutela dell'utenza in siffatta materia, in quanto il testo preliminarmente approvato difficilmente entrerà in vigore in tempi brevissimi, stanti le elezioni del Parlamento europeo previste per il prossimo anno, per quanto il Commissario Neelie Kroes ne auspichi la definitiva adozione entro la scadenza del mandato. Inoltre è legittimo supporre che difficilmente il testo passerà indenne da modifiche il vaglio del Parlamento europeo, degli Stati membri e del Consiglio⁷.

6 Documento SWD (2013) 53 final/2 del 29 aprile 2013 disponibile all'indirizzo internet http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_it.pdf.

7 Un eloquente segnale in tal senso è stato dato dalla posizione fortemente critica espressa dal BEREC (Body of European Regulators of Electronic Communications) in un comunicato rilasciato

2. LA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE TRA UTENTI E OPERATORI.

Con riferimento all'attuale quadro normativo, nel novero delle possibili linee di attività attribuite dalla legge, la scelta di dotare l'AGCOM poteri di risoluzione di controversie tra utenti e professionisti che operano sul mercato, in un settore contraddistinto da un elevato tasso di microconflittualità, si è dimostrata, negli anni, lungimirante, dando vita a un sistema unanimemente ritenuto soddisfacentemente efficace e garantista che si è peraltro armonicamente inserito nel quadro normativo di matrice europea.

2.1. Il settore delle comunicazioni elettroniche

L'attenzione dell'Unione europea nei confronti del consumatore ha indotto infatti il legislatore europeo a inserire, tra le previsioni relative alle autorità nazionali di regolazione dei servizi relativi alle comunicazioni elettroniche, l'obbligo di garantire *«un livello elevato di protezione dei consumatori nei loro rapporti con i fornitori, in particolare predisponendo procedure semplici e poco onerose di composizione delle controversie espletate da un organismo indipendente dalle parti in causa»*⁸.

dopo l'adozione del pacchetto Kroes, con il quale l'Organismo che riunisce i regolatori europei del settore ha dichiarato, pur apprezzando e condividendo l'intento della Commissione di promuovere il mercato unico e di assicurare le condizioni ottimali per dare impulso agli investimenti del settore, di nutrire serie perplessità di un duplice ordine. In primo luogo, il BEREC ritiene che la proposta sia stata adottata *«senza un'adeguata spiegazione e la piena esplorazione delle potenziali conseguenze»*, e ritenendo che questa *«rappresenta un allontanamento dall'attuale approccio, basato su una regolamentazione pro-competitiva, verso uno che favorisce il consolidamento del mercato»*. Il BEREC lamenta inoltre le modalità procedurali che hanno portato all'adozione delle proposte, che non è stata preceduta, proprio per l'asserita "frettolosità" (il BEREC utilizza proprio il termine inglese "rush") con cui è stata adottata, né da una fase di consultazione con gli stakeholders che consentisse una ponderata analisi del settore e delle necessità di intervento, né da una concertazione con il BEREC, che il medesimo dichiara avrebbe gradito.

8 Principio espresso all'art. 8, lett. b), codificato nell'art. 84 d. lgs. 1 agosto 2003, n. 259, e s.m.i., recante Codice delle comunicazioni elettroniche, rubricato "Risoluzione extragiudiziale delle controversie" e in base al quale *«L'Autorità, ai sensi dell'articolo 1, commi 11, 12 e 13, della legge 31 luglio 1997, n. 249, adotta procedure extragiudiziali trasparenti, non discriminatorie, semplici e poco costose per l'esame delle controversie tra i consumatori e le imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, relative alle disposizioni di cui al presente Capo ed inerenti alle condizioni*

Gli interventi legislativi susseguiti sul punto iniziano con la legge 14 novembre 1995, n. 481, che nel regolare i servizi di pubblica utilità attribuisce alle Autorità di regolazione il potere di dirimere procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio, demandando a un successivo regolamento governativo, in verità non ancora adottato, la determinazione di criteri, condizioni, termini e modalità per l'esperimento delle stesse.

Successivamente, la legge 31 luglio 1997, n. 249, di istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, prevede all'art. 1, commi 11 e 12, che l'Autorità disciplini «*con propri provvedimenti le modalità per la risoluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere tra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro*», prevedendo che per tali controversie non possa proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione, da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità, prevedendo conseguentemente che i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione.

Per quanto il disposto normativo sul punto sembri chiaro, per cui *in claris non fit interpretatio*, va registrato che esiste altresì un filone giurisprudenziale secondo il quale il ricorso alla procedura di conciliazione non sarebbe una condizione di procedibilità per accedere all'azione giudiziaria, rappresentandone unicamente una mera alternativa la cui scelta rimane a discrezione dell'utente (così Giudice di pace di Bologna, Sezione 3, sentenza 18 gennaio 2008, n. 424).

Al quadro normativo è data attuazione con il regolamento approvato dall'AGCom con delibera n. 173/07/CONS, il cui ambito di applicazione si estende sino a ricomprendere tutte le controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti finali⁹ ed operatori, inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio

contrattuali o all'esecuzione dei contratti riguardanti la fornitura di tali reti o servizi. Tali procedure consentono una equa e tempestiva risoluzione delle controversie prevedendo, nei casi giustificati, un sistema di rimborso o di indennizzo, fermo restando la tutela giurisdizionale dei contraenti prevista dalla vigente normativa».

9 Giova rilevare che la definizione di "utente" ai fini della procedura di risoluzione delle con-

universale ed ai diritti degli utenti finali stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell’Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi, escludendo tuttavia «*le controversie promosse ai sensi degli articoli 37, 139, 140 e 140 bis del Codice del consumo, nonché le controversie attinenti esclusivamente a profili tributari o fiscali*» nonché le «*controversie attinenti esclusivamente al recupero di crediti relativi alle prestazioni effettuate, qualora l’inadempimento non sia dipeso da contestazioni relative alle prestazioni medesime*»¹⁰. Nel periodo compreso tra il 1 maggio 2012 e il 30 aprile 2013, l’AGCom ha ricevuto 1.959 istanze, dalle quali sono derivati altrettanti procedimenti. Nel corso del medesimo periodo sono stati adottati 200 provvedimenti di definizione, dei quali 91 con delibera della Commissione Infrastrutture e Reti e 109 con determina direttoriale. Deve citarsi l’eloquente dato della risoluzione di 761 procedimenti in sede di udienza con il raggiungimento di un accordo transattivo, a dimostrazione dell’efficacia dell’azione dell’Autorità nella composizione stragiudiziale della controversie.

2.2. Il settore dei servizi postali

Durante lo scorso anno, il complesso *corpus* normativo da cui scaturiscono le competenze dell’AGCom in materia di tutela dei consumatori è stato interessato da alcune rilevanti novità, relative, in particolare, al settore dei servizi postali e delle pratiche commerciali scorrette.

In primo luogo, come già illustrato nel Rapporto del 2012, il decreto-legge n. 201/2011, cosiddetto “Salva Italia”, nel sopprimere l’Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale, ne ha attribuito le competenze all’AGCom, adeguando così l’Italia a una consolidata *best practice* europea, adottata da ben ventidue Stati membri, di riunire la regolamentazione e la vigilanza dei settori delle comunicazioni e dei servizi postali in capo a un’unica autorità, rispondente ai dettami dinanzi all’Autorità è solo parzialmente sovrapposta a quella di “consumatore” di cui al codice del consumo, ricomprendendo non unicamente le persone fisiche, ma anche persone giuridiche e le associazioni non riconosciute, trattandosi conseguentemente di un ambito di applicazione soggettivo più ampio ed estensivo della tutela garantita.

10 Tale ultimo profilo è stato oggetto di talune, isolate, contestazioni, asserenti che tale esclusione comporterebbe uno squilibrio a favore degli operatori, ai quali, in tali circostanze, è consentito pertanto di evitare l’imposizione del tentativo della procedura di conciliazione.

tami di indipendenza dell'Unione. La scelta effettuata dal legislatore, che ha consentito altresì l'archiviazione di una procedura di infrazione pendente nei confronti dell'Italia, ha costituito una scelta di cui le stesse AGCom e AGCM auspicavano l'adozione, essendosi in tal senso precedentemente espresse mediante segnalazioni al Governo e in sede di audizioni dinanzi alle Camere¹¹.

Tale valutazione da parte del legislatore non rinviene le proprie motivazioni unicamente in un'ottica di *spending review*: la liberalizzazione del mercato dei servizi postali, determinata in ragione della direttiva n. 2008/6/CE che ne prescrive la completa liberalizzazione, stabilendo l'abolizione dei diritti esclusivi per la fornitura dei servizi postali e individuando modalità maggiormente concorrenziali per il finanziamento del servizio universale del settore, traccia un percorso sotto molteplici aspetti uniforme a quello già affrontato dal mercato delle comunicazioni elettroniche a partire dagli anni Novanta, ferme restando, ovviamente, le dovute differenze e i parzialmente divergenti poteri riconosciuti dal quadro europeo nella regolamentazione nei due settori. È tuttavia indubbio che l'AGCom, stante la sua esperienza di ormai tre lustri nella liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni, costituiva la scelta più appropriata e consapevole, consentendo di esplicitare in brevi tempi un'azione improntata a quei criteri di efficienza ed efficacia che devono esserle propri. Similarmente a quanto avviene nel settore delle TLC, l'attività dell'AGCom in materia di servizi postali, cui è stata dedicata una Direzione istituita tra il 2011 e il 2012, si declina nelle tre consuete macro-aree di regolamentazione, vigilanza e tutela dei consumatori. Infatti, l'AGCom, oltre ad incentrarsi sull'attività regolatoria e sul monitoraggio degli specifici obblighi che gravano sui fornitori del servizio postale, si concentra anche nella gestione delle segnalazioni degli utenti sui servizi regolamentati e nelle relazioni con le Associazioni dei consumatori. È nel solco di tale linea di attività che è stato adottato, con delibera n. 184/13/CONS, un regolamento in materia di controversie nel settore postale, onde procedimentalizzare il potere d'intervento dell'Autorità in siffatta materia. Tale delibera stabilisce le modalità di definizione delle controversie derivanti da reclami presentati dagli utenti ai sensi dell'art. 14 d.

11 Si vedano, sul punto, la segnalazione dell'AGCom al Governo e al Parlamento sulle competenze regolamentari in materia di servizi postali del febbraio 2011 (<http://www.agcom.it/default.aspx?message=viewdocument&DocID=3811>) e le "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza - anno 2013" dell'AGCM (http://www.agcm.it/trasp-statiche/doc_download/3332-as988.html).

lgs. n. 261/99, in base al quale «1. *Relativamente al servizio universale, compresa l'area della riserva, sono previste dal fornitore del servizio universale, nella carta della qualità () procedure trasparenti, semplici e poco onerose per la gestione dei reclami degli utenti, ivi comprese le procedure conciliative in sede locale uniformate ai principi comunitari ()*: è fissato anche il termine per la trattazione dei reclami medesimi e per la comunicazione del relativo esito all'utente. 2. *Qualora il reclamo non abbia avuto risultato soddisfacente, l'interessato può rivolgersi all'autorità di regolamentazione.* 3. *Nei casi in cui il fornitore del servizio universale è chiamato a rispondere dei disservizi, è previsto un sistema di rimborso o di compensazione.* 4. *E' fatta salva la facoltà di adire l'autorità giurisdizionale indipendentemente dalla presentazione dei reclami di cui ai commi 1, 2 e 3.* 5. *Il fornitore del servizio universale pubblica annualmente informazioni relative al numero dei reclami ed al modo in cui sono stati gestiti».*

Occorre rilevare che, dal comma 4 testé citato, discende un aspetto di particolare rilevanza che differenzia la procedura relativa alle comunicazioni elettroniche da quella attinente al settore postale. In quest'ultimo, infatti, la presentazione di reclamo e la richiesta di conciliazione non sono connotati da obbligatorietà, essendo fatta salva in ogni caso la facoltà dell'utente di adire l'autorità giudiziaria indipendentemente dalla presentazione del reclamo e della richiesta di conciliazione ovvero di dare impulso a tentativi di risoluzione extragiudiziale delle controversie, ai sensi del d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28. Si evidenzia inoltre l'obbligo gravante sul fornitore del servizio universale il quale, ai sensi del comma 5, è tenuto a pubblicare annualmente informazioni relative al numero di reclami e alla gestione di questi e a informarne l'Autorità.

Il regolamento in materia di controversie nel settore postale stabilisce la procedura di gestione dei reclami e della conciliazione delle medesime da parte degli operatori postali, prevedendo che, a far data dalla ricezione del reclamo, il fornitore del servizio postale sia tenuto a comunicare all'utente, entro 45 giorni, la decisione adottata in ordine alla doglianza rappresentata. Qualora l'utente non sia soddisfatto dell'esito del reclamo o non abbia ricevuto risposta entro il termine stabilito, può presentare istanza di conciliazione. Tale eventuale fase, conformandosi, come da prescrizione normativa «*ai principi del diritto dell'Unione europea*», si conclude entro sessanta giorni dalla ricezione dell'istanza stessa, si svolge in sede locale con

la possibilità di assistenza da parte di una associazione di tutela dei consumatori e degli utenti scelta dall'istante e si conclude con la redazione di un verbale. Laddove l'utente ritenga che l'esperimento della fase di conciliazione non abbia tuttavia completamente garantito il ristoro della sua situazione, questi può adire l'Autorità, assistito eventualmente da una associazione nazionale di tutela dei consumatori e degli utenti, affinché definisca la controversia già oggetto di tentativo di conciliazione, utilizzando i moduli denominati "CP" (ovvero Controversia Postale), resi disponibili sul sito web dell'Autorità e altresì presenti presso tutti gli uffici postali e gli uffici dei fornitori di servizi postali.

Al 31 marzo del 2013, l'Autorità aveva trattato circa cinquecento reclami degli utenti¹², rilevando una particolare concentrazione delle istanze con riferimento alle fattispecie attinenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale, degli obblighi dei fornitori di servizi postali derivanti dai titoli abilitativi e delle disposizioni sui diritti degli utenti previste da atti legislativi, da delibere dell'Autorità, da condizioni contrattuali e da carte dei servizi, con particolare riferimento alle ipotesi di smarrimento, furto, danneggiamento o mancato rispetto delle norme di qualità del servizio.

Il decreto legislativo sui servizi postali, il già menzionato d. lgs. n. 261/1999, stabilisce all'art. 12, comma 1, che l'Autorità «*al fine di garantire un servizio postale di buona qualità, stabilisce, sentito il Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, gli standard qualitativi del servizio universale, adeguandoli a quelli realizzati a livello europeo, essenzialmente con riguardo ai tempi di instradamento e di recapito e alla regolarità ed affidabilità dei servizi. Detti standard sono recepiti nella Carta della qualità del servizio pubblico postale*». L'Autorità, tuttavia, in presenza di particolari situazioni di natura infrastrutturale o geografica, può stabilire deroghe agli obiettivi di qualità, comunicandole alla Commissione europea e alle autorità di regolamentazione dei Paesi membri.

12 Fonte: Relazione annuale dell'AGCom 2013, disponibile sul sito istituzionale dell'Autorità www.agcom.it.

3. LE PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E IL SUPERAMENTO DEL RIPARTO DI COMPETENZE TRA AGCM E AGCOM

La seconda novità legislativa di rilievo è riferita alle pratiche commerciali scorrette, ad opera del decreto-legge 18 maggio 2012, n. 63, convertito, con modificazioni, in legge 16 luglio 2012, n. 103. In particolare, l'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies*, introdotto in sede di conversione, modifica i commi 9 e 12 dell'art. 27 cod. cons., statuendo che: «*L'importo massimo delle sanzioni di cui all'articolo 27, commi 9 e 12, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, in materia di pratiche commerciali scorrette, la competenza ad accertare e sanzionare le quali è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra Autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati, è aumentato a 5.000.000 di euro*».

Se da una parte tale disposizione sgombra il campo da possibili errori interpretativi e riconferma, come principio generale, la competenza dell'AGCM, d'altro canto trova codificazione nel dettato normativo il principio di ripartizione di competenze tra autorità di settore e autorità orizzontali che aveva trovato soluzione *in subiecta materia* con alcune pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, depositate nel maggio del 2012 e di cui già si dava conto nel Rapporto dello scorso anno. Il Supremo Consesso, in tale occasione, si era pronunciato sulla questione della ripartizione di competenze tra autorità orizzontali e autorità di settore, sancendo che laddove si pongano in essere pratiche commerciali scorrette in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria finalizzata di tutela dei consumatori e corroborata da poteri inibitori e sanzionatori, debba essere considerato prevalente il disposto normativo connotato da specialità.

L'AGCom, allo scopo di condurre le necessarie attività di vigilanza e, all'occorrenza, di avvio di procedimenti sanzionatori, ogni qualvolta sia stata ravvisata la competenza dell'Autorità in materia di comportamenti decettivi degli operatori di comunicazioni elettroniche, ha istituito un apposito gruppo di lavoro per coordinare questa fase iniziale di gestione delle attività, che tuttavia è prematuro definire come entrata a regime. Dalla relazione annuale 2013 dell'AGCom risulta infatti un numero ancora

esiguo di procedimenti in corso o conclusi (rispettivamente 2 e 2), ma occorre evidenziare come i dati della relazione annuale si riferiscano all'attività dell'Autorità nel periodo compreso tra il 1 maggio 2012 (ovvero pochi giorni prima delle sentenze dell'Adunanza plenaria) e il 30 aprile 2013.

Il presidio sanzionatorio per le pratiche commerciali scorrette poste in essere nel settore delle comunicazioni elettroniche - e pertanto rientranti nella competenza dell'AGCom - è rappresentato dal comma 16 dell'art. 98 del codice delle comunicazioni elettroniche, il quale prevede che l'Autorità possa irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 58.000,00 ad euro 580.000,00, un ammontare di certo sensibilmente inferiore ai limiti edittali massimi previsti per le sanzioni irrogabili dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per quanto la possibilità, in presenza di una pluralità di fattispecie, del cumulo edittale sia indubbiamente un elemento che rafforza il potere deterrente della sanzione.

In ragione di tale effettiva investitura dell'AGCom, evidenziata da parte dei giudici del supremo organo di giustizia amministrativa ed esplicitata dal legislatore, si è inaugurato un nuovo percorso di collaborazione tra le due autorità, suggellato dalla sottoscrizione di un protocollo d'intesa nel maggio 2013, che prevede attività di cooperazione, informazione reciproca, possibilità di attività ispettiva congiunta e collaborazione scientifica. Di particolare interesse, ai nostri fini, l'art. 4, comma 1, lett. b), in base al quale è prevista la possibilità della *«creazione di osservatori della regolazione e dalla concorrenza nei settori delle comunicazioni elettroniche, dei servizi media audiovisivi e radiofonici e dei servizi postali»*.

Il contemperamento tra crisi del mercato e tutela del consumatore: l'istituto dell'*equity crowdfunding*

(Clara Sgobbo)

Lo scritto prende ad oggetto la normativa recentemente introdotta con il c.d. “decreto crescita bis” (decreto legge 18 agosto 2012 n. 179, conv. con modificazione in legge 17 dicembre 2012, n. 221, e successivamente ulteriormente modificato dal d.l. 28 giugno 2013, n. 76 conv. con modificazione in legge 9 agosto 2013, n. 99), in materia di finanziamento di start-up innovative tramite sottoscrizione di strumenti di partecipazione al capitale tramite l’operatività di portali online.

La normativa primaria, che ha inciso nel corpus del TUF, è analizzata insieme con quella secondaria, rappresentata dal regolamento Consob che, allegato alla delibera n. 18592 del 26 giugno 2013, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 12 luglio 2013 n. 162.

*Mirando a presentare una sintetica ma compiuta disamina della disciplina dell'*equity crowdfunding*, la presentazione prende le mosse da una serie di definizioni preliminari del fenomeno, che viene inquadrato nel contesto degli strumenti atti a favorire la crescita economica nell’attuale periodo di crisi, e specificamente in quelli orientati al sostegno di iniziative economiche ad alto valore aggiunto (tecnologico, scientifico ecc.). Particolare e prioritaria attenzione è riservata a quello che deve considerarsi uno dei cardini fondanti della regolamentazione introdotta: la predisposizione, cioè, di un sistema di tutele a favore del risparmiatore, valore irrinunciabile con il quale va (come dice il titolo stesso del lavoro) contemperata l’esigenza di flessibilità e duttilità richiesta dal mercato nell’attuale difficile congiuntura.*

In quest’ottica, si è dato conto della fase di preliminary hearing effettuata dalla Consob verso i consumatori; si sono, quindi, analizzate le soluzioni effettivamente introdotte con il regolamento dell’Autorità di vigilanza. Infine, si è dato spazio ad una primissima considerazione di alcune criticità potenzialmente suscitate dalla normativa.

SOMMARIO: 1. IL FENOMENO DEL CROWDFUNDING. – 2. IL DECRETO CRESCITA BIS E L’ITER REGOLAMENTARE: IL PRELIMINARY HEARING. – 3. IL REGOLAMENTO CONSOB E LA TUTELA DEL CONSUMATORE. – 4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

1. IL FENOMENO DEL CROWDFUNDING

Il crowdfunding (letteralmente “finanziamento dalla folla”) è un sistema di raccolta di fondi, per la realizzazione di progetti aventi natura e finalità varie, caratterizzato dal fatto che avviene per il tramite di portali online.

Esistono varie forme di crowdfunding; tra queste, le più diffuse sono: il *lending based*, il *donation based*, il *reward based* e l'*equity based crowdfunding*¹³. Il *lending based crowdfunding* è una modalità di raccolta di fondi basata su microprestiti tra privati; il *donation based crowdfunding* costituisce, invece, una forma di finanziamento che non prevede un ritorno in quanto volta al sostegno di progetti filantropici, culturali o politici (quale ad esempio la candidatura di un soggetto alle elezioni); il *reward based crowdfunding*, archetipo del *crowdfunding* nonché modello ad oggi più diffuso, è una forma di raccolta fondi cui non segue una specifica ricompensa in denaro ma un premio di altra natura (ad esempio, un gruppo di fan può decidere di finanziare la produzione dell'album di un dato gruppo musicale, ed in cambio ne potrà ricevere il cd o altri vantaggi); da ultimo, l'*equity based crowdfunding* prevede il finanziamento di un progetto effettuato attraverso un versamento di denaro, cui consegue l'acquisto di partecipazioni sociali e, quindi, la titolarità di diritti patrimoniali ed amministrativi ad esse connesse.

Il decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 (c.d. “Decreto Crescita *bis*”), ha introdotto nel nostro ordinamento una specifica disciplina dell'*equity based crowdfunding*, ovvero sia della raccolta di capitali di rischio per mezzo di piattaforme web da parte delle (sole) *start-up* innovative.

Le *start-up* innovative rappresentano una delle risposte che l'ordinamento ha tentato di dare per favorire la crescita sostenibile, lo sviluppo tecnologico, la nuova imprenditorialità e l'occupazione soprattutto giovanile; disciplinate – anch'esse – dal decreto legge 18 agosto 2012, n. 179 (conv. con modificazione in legge 17 dicembre 2012, n. 221, e successivamente ulteriormente modificato dal d.l. 28 giugno 2013, n. 76, conv. con modificazione in legge 9 agosto 2013, n. 99), sono società di capi-

13 Per una più estesa disamina del fenomeno del *crowdfunding*, cfr. tra gli altri A. BOLLETTINARI, *Il crowdfunding: la raccolta del capitale tramite piattaforme on-line nella prassi e nella recente legislazione*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2013, p. 9 ss; M. PINTO, *L'equity based crowdfunding in Italia al di fuori delle fattispecie regolate dal “Decreto Crescita”*, in *Le società*, 2013, p. 818 ss.

tali costituite, anche in forma di cooperative, da non più di 48 mesi, che per essere qualificate tali devono possedere una serie di requisiti richiesti dalla legge, che vengono iscritte in un'apposita sezione del registro imprese e che hanno quale oggetto sociale esclusivo o prevalente lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico. Le *start-up* innovative sono, in breve, società che consentono ad un'idea – possibilmente “vincente” – di concretizzarsi; il legislatore incentiva lo sviluppo di queste società attraverso una serie di deroghe all'applicazione di norme di legge, quali quelle in materia di diritti dei possessori di quote di srl, obblighi di riduzione del capitale in presenza di perdite, crisi d'impresa, offerta al pubblico di quote di srl ed una serie di vantaggi fiscali.

Scopo della disciplina dell'*equity based crowdfunding* è quello di consentire lo sviluppo mediante “approvvigionamento” di risorse finanziarie delle *start-up* innovative che, diversamente, stante la crisi contemporanea, avrebbero difficoltà ad accedere alle ordinarie forme di finanziamento; sfruttando, infatti, le capacità e le potenzialità di internet, il *crowdfunding* – pur accedendo ad investimenti che, singolarmente valutati, non sarebbero particolarmente rilevanti – attraverso l'utilizzo della rete rende possibile raggiungere un vastissimo numero di utenti, reperendo cospicue risorse finanziarie¹⁴.

L'istituto dell'*equity based crowdfunding*, se da un lato contribuisce allo sviluppo del mercato, dall'altro rende necessario predisporre adeguate misure di tutela dei risparmiatori, sia per le peculiarità dello strumento (cui si accede senza l'assistenza e l'ausilio di professionisti del settore) sia in quanto trattasi di investimenti ad alta rischiosità. A tale conclusione si perviene agevolmente, solo che si consideri come essi attengano a progetti imprenditoriali pertinenti ad un settore dell'economia, quale quello delle tecnologie innovative, particolarmente incerto. Non può non sottolinearsi, pure, come un ulteriore profilo di rischio si appunti sulla natura stessa degli strumenti considerati: si tratta, infatti, di partecipazioni al capitale, che in quanto tali non comportano – com'è risaputo – un obbligo di restituzione dell'investimento iniziale; al contrario, le cifre investite sono a tutti gli effetti assoggettate al rischio d'impresa.

14 Per compiere un parallelo con la disciplina di *crowdfunding* introdotta negli Stati Uniti d'America dal *JOBS Act* cfr.: C.S. BRADFORD, *The new federal Crowdfunding exemption: promise unfulfilled*, in *Securities Regulation Law Journal*, 2012, p. 195 ss.

2. IL DECRETO CRESCITA BIS E L'ITER REGOLAMENTARE: IL PRELIMINARY HEARING

Nell'introdurre, come si diceva, una prima disciplina specifica dell'*equity based crowdfunding*, il Decreto Crescita è intervenuto mediante modifiche all'interno del corpo normativo rappresentato dal Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria (d. lgs. n. 58/98, di seguito: TUF). Più precisamente: (a) all'art. 1 è stato aggiunto un comma 5-*novies* recante la definizione di "*portale per la raccolta di capitali per le start-up innovative*"; (b) sono stati, inoltre, introdotti l'art. 50-*quinquies* e l'art. 100-*ter*; (c) sono state assegnate alla Consob competenze regolamentari attuative ed integrative (sulla base di una disposizione di delega contenuta all'art. 50-*quinquies*, comma 5).

La disamina sostanziale della nuova disciplina sarà affrontata unitariamente nel prosieguo del presente discorso.

Il decreto legge 18 agosto 2012 n. 179, come anticipato, ha dunque individuato l'ambito applicativo della disciplina, prevedendo che possano essere svolte online le sole offerte di strumenti partecipativi al capitale di rischio emesse da *start-up innovative*; in deroga all'art. 2468,1 cod. civ., è stato inoltre previsto che possano formare oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari anche le partecipazioni a *start-up* costituite in forma di società a responsabilità limitata.

Il decreto ha altresì determinato i soggetti cui riservare lo svolgimento dell'attività di gestione dei portali online necessari per la raccolta di capitali, distinguendo tra i cosiddetti "gestori di diritto" (imprese di investimento e banche autorizzate ai relativi servizi di investimento) ed i soggetti iscritti in un apposito registro tenuto presso la Consob. Con riferimento a questi ultimi è stato previsto un regime di favore: infatti, sono stati esonerati dall'applicazione della disciplina relativa allo svolgimento dei servizi di investimento (ovvero sia le regole di comportamento di cui agli artt. 21-25-*bis* del TUF e le regole per le prestazioni a distanza di cui all'art. 32 del TUF). Tali soggetti, infatti, saranno obbligati a seguire, nelle relazioni con gli investitori, le regole di condotta che verranno definite dalla Consob; quale contropartita di tale regime agevolato, il legislatore ha previsto che i gestori iscritti nel registro tenuto dalla Consob non possano detenere fondi di pertinenza di terzi e che debbano tra-

smettere gli ordini di sottoscrizione degli strumenti finanziari a banche e ad imprese di investimento. Si nota, quindi, come indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto che gestisce il portale online, il legislatore tenti di garantire che le tutele apprestate all'investitore retail siano sostanzialmente analoghe, e che tali tutele siano in ogni caso riconducibili alla disciplina originatasi nella MiFID (direttiva n. 39/2004/CE).

La Consob, incaricata di determinare con regolamento la disciplina di dettaglio, avendo quale obiettivo quello di creare un ambiente affidabile ed in grado di infondere fiducia negli investitori, ha avviato un'indagine conoscitiva tramite un questionario. Gli esiti sono stati analizzati per la definizione delle regole attuative del regolamento e per una migliore elaborazione della disciplina del *crowdfunding*.

La consultazione, apertasi con la pubblicazione del questionario il 21 gennaio 2013 e chiusasi in data 8 febbraio 2013, era rivolta a tutti i soggetti potenzialmente interessati al fenomeno, tra i quali – per quello che in questa sede maggiormente interessa – gli investitori *retail*. E' utile individuare le problematiche evidenziate dai risparmiatori, per poi poter procedere alla verifica delle soluzioni adottate dalla Consob nel regolamento.

I (potenziali) investitori, interrogati sulla questione, hanno preliminarmente individuato i rischi più significativi connessi all'investimento in *start-up* innovative: quello di perdita del capitale sociale e quello di illiquidità (dovuto al fatto che non si tratta di un investimento in strumenti quotati).

In sede di consultazioni, una serie di quesiti sono poi stati rivolti ai risparmiatori per comprendere quali fossero le tecniche informative e di garanzie di trasparenza percepite come maggiormente utili ed efficienti e, in tal contesto, è emerso che il portale viene considerato il luogo nel quale, con maggiore facilità, si potrebbe accedere al quadro informativo relativo all'emittente.

Ancora, stante la necessità di garantire una adeguata comprensione del rischio, è stato richiesto agli investitori di individuare le modalità che a loro parere meglio potessero assicurare tale esigenza e sono state così segnalate: (a) l'utilizzo di strumenti multimediali come video o presentazioni e (b) la necessità di superare un test-questionario prima di poter aderire all'offerta sul portale. Per quanto, poi, concerne

l'oggetto dell'informativa, da un lato i risparmiatori hanno avuto modo di indicare diverse informazioni utili a prevenire tanto il rischio di perdita di capitale quanto il rischio di illiquidità (tra di esse si segnalano: obblighi di descrizione dei rischi stessi in termini comprensibili anche ai non addetti ai lavori, informative sulla presenza di eventuali patti di riacquisto clausole di *lock up*, di opzioni *put* a favore degli investitori e simili, descrizione della tempistica per il raggiungimento degli obiettivi intermedi); dall'altro, è stato evidenziato come sarebbe utile la previsione di informazioni da rendersi una volta *chiusa* l'offerta (quali lo svolgimento di un'attività di rendicontazione sul progetto imprenditoriale ovvero la previsione di una informativa periodica finanziaria). Allo stesso modo, è stata sottolineata la desiderabilità di una funzionalità del portale atta a consentire un contatto diretto fra l'emittente e l'investitore e fra gli investitori stessi (sezioni riservate del sito, blog ecc.).

Agli investitori è stato, pure, domandato: (a) un parere sull'efficacia o meno di strumenti di tutela previsti dall'impianto della normativa sul *crowdfunding*, quale quello rappresentato dalla previsione di un coinvestimento obbligatorio, in quote minime predeterminate, da parte di investitori istituzionali; (b) l'individuazione di altre categorie di soggetti professionali (o assimilabili) il cui intervento nell'operazione di investimento possa esser visto come apportatore di una maggiore stabilità e sicurezza. Se la presenza di investitori istituzionali non sembra in grado di aumentare significativamente la fiducia dell'investitore, sono però stati indicati dei soggetti la cui presenza è vista favorevolmente, come investitori specializzati nella valutazione di *start-up* oppure nella valutazione di progetti di investimento ad alto contenuto tecnologico (*venture capitalists*, incubatori, acceleratori e università), od anche semplicemente soggetti dotati di una solidità economica particolarmente significativa.

Altre informazioni che i rispondenti al questionario sono stati chiamati a fornire hanno riguardato, da ultimo, i limiti quantitativi di un possibile investimento in *start-up* innovative, nonché gli elementi essenziali nella determinazione della decisione d'investimento. Con riferimento alle soglie massime di investimento, esse sono state individuate in cifre contenute entro i 10.000 euro o comunque non superiori al 10% del proprio reddito annuo disponibile; quanto, invece, agli elementi orientativi della decisione di investimento, i principali sembrano essere il progetto imprenditoriale, i piani strategici operativi dell'azienda, il curriculum degli amministratori, ed infine i rischi associati all'iniziativa imprenditoriale.

La Consob, in esito al descritto processo di *preliminary hearing* ed in adempimento della delega contenuta nel decreto n. 179 del 2012 (di cui si è già avuto modo di dire), ha quindi adottato il regolamento sulla raccolta di capitali di rischio da parte di *start-up* innovative tramite portali online che, allegato alla delibera n. 18592 del 26 giugno 2013, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 12 luglio 2013, n. 162.

3. IL REGOLAMENTO CONSOB E LA TUTELA DEL CONSUMATORE

Il regolamento Consob è suddiviso in tre parti: una prima dedicata alle disposizioni generali, una seconda alla disciplina della gestione dei portali online, ed una terza alla disciplina delle offerte di capitale di rischio.

Nella prima parte, oltre a farsi rinvio alle fonti normative ed alla previsione dell'uso della PEC per la trasmissione di atti e documenti alla Consob, vengono date le definizioni principali strumentali alla lettura del regolamento, tra le quali quelle di "emittente" e di "strumenti finanziari"; la Consob, infatti, replicando la scelta adottata dal legislatore con riferimento alla delimitazione dell'ambito applicativo della disciplina regolamentare, ha ribadito come possano essere offerte sui portali online unicamente azioni o quote rappresentative del capitale sociale emesse da *start-up* innovative.

La seconda parte del regolamento dedica i primi due titoli all'istituzione del registro ed al relativo procedimento d'iscrizione, mentre un terzo titolo è dedicato alle regole di condotta che devono intercorrere tra i gestori di portali iscritti al registro e gli investitori non professionali, tra i quali, quindi, anche (ed in primo luogo) il risparmiatore. Le norme relative all'istituzione del registro dei gestori sono improntate a consentire una immediata ed agevole consultazione dell'elenco dei suoi iscritti, per una facile individuazione dei dati identificativi del gestore (ed anche dei provvedimenti sanzionatori e cautelari adottati nei suoi confronti dalla Consob), a tutela degli investitori e del mercato. Il registro dei gestori si divide in due sezioni: una speciale ed una ordinaria; nella prima saranno iscritti i cosiddetti "gestori di diritto", nella seconda, invece, saranno iscritte società di capitali, aventi particolari requisiti di legge, che godono di un regime agevolato, come si è già avuto modo di indica-

re nel paragrafo precedente. Con riferimento, poi, al terzo titolo – che in questa sede maggiormente ci interessa – la Consob in attuazione a quanto disposto dall’art 50-*quinquies*, comma 5, lett. d), del TUF, ha determinato le regole di condotta che i gestori di portali devono rispettare nel rapporto con gli investitori, con il preciso intento di riequilibrare le asimmetrie informative al fine di tutelare il contraente debole (ovverosia, chiaramente, il risparmiatore). Accanto ad un generale criterio di correttezza, il regolamento pone una serie di obblighi informativi che devono essere adempiuti dal gestore del portale a beneficio del risparmiatore, al fine di consentire a quest’ultimo di prendere delle decisioni consapevoli; il gestore, infatti, deve fornire agli investitori, in forma comprensibile, informazioni corrette, chiare e non fuorvianti in merito all’offerta, affinché sia possibile comprendere la natura dell’investimento, il tipo di strumento finanziario offerto ed i rischi ad essi connessi. In particolare modo, il gestore dovrà richiamare l’attenzione dell’investitore *retail* sulla circostanza che l’investimento sia ad alto rischio e sulla adeguatezza delle disponibilità finanziarie del soggetto all’assunzione di tale rischio (riecheggiando così, sia pur con intensità adattata al particolare ruolo del gestore, la generale regola di adeguatezza prevista per gli intermediari abilitati nel TUF). La tutela dell’investitore viene costruita su tre diversi livelli di informazioni cui lo stesso deve accedere prima di poter aderire all’offerta; queste infatti atterranno al portale, alle caratteristiche ed alla rischiosità dell’investimento ed alle specifiche offerte.

In sostanza, quindi, l’investitore dovrà affrontare un vero e proprio “percorso di investimento consapevole”: per accedere, infatti, alla sezione del portale in cui è possibile aderire alle offerte dovrà, secondo le modalità indicate sul portale, (a) dare prova di aver preso visione delle informazioni di *investor education* presenti sul sito della Consob; (b) attestare di aver risposto positivamente ad un questionario sulle caratteristiche essenziali ed i rischi principali connessi all’investimento in *start-up* innovative, e (c) dichiarare di essere in grado di sostenere economicamente l’intera perdita dell’investimento che si intende effettuare. Le informazioni presenti sui portali dovranno essere fornite in forma sintetica e facilmente comprensibile, su apposite schede (secondo un modello standard allegato al regolamento) anche attraverso l’utilizzo di tecniche multimediali (quali immagini, video o “*pitch*”).

Più specificamente, il regolamento – dopo aver guardato, come si è visto, all’operazione d’investimento nella sua complessiva ed unitaria identità – appronta e scandi-

sce una serie di obblighi, tanto informativi quanto comportamentali, in capo ai soggetti coinvolti nella gestione dell'operazione, configurando una serie di tutele che "accompagnano", per così dire, il cliente lungo il suo percorso d'impegno finanziario nella *start-up* innovativa, condotto attraverso l'accesso al portale online.

In questa fase, particolare rilievo assume, com'è ben intuibile, il momento della trasmissione, della gestione e dell'esecuzione dell'ordine impartito dall'investitore attraverso il portale; di conseguenza, specifica attenzione viene data ai soggetti che, insieme col gestore, sono preposti a tali operazioni, vale a dire gli intermediari abilitati.

Se l'impianto dei doveri comportamentali di questi ultimi si rifà (né potrebbe essere altrimenti) alla disciplina introdotta dalla direttiva MiFID (peraltro, anticipando in ciò i prospettati interventi di riforma con l'accoglimento di alcune soluzioni in fase di studio all'interno della c.d. *MiFID review*, quali quelle relative alla rimodulazione dei regimi di esenzione ed alla permanenza degli obblighi di adeguatezza/appropriatezza), per quanto riguarda, all'opposto, il gestore del portale sono previste norme specifiche, modellate sulla peculiare posizione del soggetto: ciò è particolarmente evidente nella configurazione del rischio operativo, che risulta imperniato sull'ipotesi di difficoltà nella gestione del sito, prevedendo cautele in caso di problemi tecnici o fasi (tanto ordinarie, quanto straordinarie) di *offline*. In tale evenienza, come si comprende, principale obiettivo della regolazione è quello di evitare disparità di trattamento nella trasmissione (e, conseguentemente, nella esecuzione) degli ordini, mirando a conservare l'ordine di priorità derivante dall'originario impulso dato dal cliente.

Scendendo maggiormente nel dettaglio, si può innanzitutto evidenziare come venga approntata una disciplina minima in materia di obblighi comportamentali del gestore nella fase di trasmissione degli ordini: a tutela dell'investitore, essi vanno trattati in maniera rapida, corretta ed efficiente, devono essere registrati con prontezza ed accuratezza e "trasmessi secondo la sequenza temporale con la quale sono stati ricevuti", consentendo così di mantenere una parità di trattamento fra clienti ed evitando arbitrarie discriminazioni (e potenziali conseguenze pregiudizievoli) basate sull'evasione cronologicamente differenziata degli ordini stessi.

Per quanto concerne lo *step* successivo dell'operazione, com'è ormai risaputo, esso

rimane affidato agli intermediari abilitati, che dovranno quindi curare l'esecuzione ed il perfezionamento degli ordini. Come anticipato, l'impianto della norma *in parte qua* non si discosta dal più generale quadro discendente dalla normativa comunitaria: ciò è esplicitato dall'art. 17, che al comma 3 statuisce che «*le banche e le imprese di investimento che ricevono gli ordini operano nei confronti degli investitori nel rispetto delle disposizioni applicabili contenute nella Parte II del Testo Unico e nella relativa disciplina di attuazione*».

E' tuttavia previsto un regime di esenzione in ragione dell'esiguità dell'ordine, variamente modulata a seconda se esso provenga da persone fisiche (controvalore inferiore a cinquecento euro per singolo ordine o a mille complessivi nell'anno) o da persone giuridiche (controvalore inferiore a cinquemila euro per singolo ordine e a diecimila complessivi nell'anno).

All'art. 13, comma 5, ad ulteriore e generale presidio di tutela nei confronti dell'investitore non professionale, il regolamento stabilisce che il gestore debba assicurare il diritto di recedere dall'ordine di adesione, senza alcuna spesa, tramite comunicazione rivolta al gestore medesimo, entro 7 giorni decorrenti dalla data dell'ordine stesso.

A complemento dell'appena illustrata parte della disciplina regolamentare, si pongono gli usuali presidi in tema di riservatezza e conservazione della documentazione contrattuale relativa all'operazione finanziaria (artt. 19 e 20); rispecchia l'impianto più generale della disciplina di settore (come derivante dal TUF e dai regolamenti Consob, primo fra tutti il c.d. "Regolamento intermediari") anche la regolamentazione del flusso informativo da indirizzarsi, da parte dei soggetti coinvolti nell'*equity crowdfunding*, alla autorità di settore. Sono difatti previste due grandi tipologie di comunicazioni: quelle periodiche e quelle "ad evento". Le prime si sostanziano in una trasmissione a scadenza fissa annuale di documentazione riguardante informazioni e dati sull'attività, la struttura organizzativa e l'operatività del gestore; le seconde, invece, concernono (come di consueto) le modifiche statutarie, le modifiche delle partecipazioni rilevanti, quelle concernenti la *corporate governance*, la perdita dei requisiti di onorabilità da parte dei soci di controllo e di coloro che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo di un gestore ed, infine, le delibere di sospensione e revoca dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione,

direzione e controllo presso un gestore iscritto nel registro.

A chiusura del sistema di tutela del cliente così articolato è predisposta una serie di misure sanzionatorie a carico del gestore; esse vanno dalla sospensione in caso di violazione delle regole di condotta (analizzate in precedenza) alla radiazione dal registro dei soggetti abilitati, comminata qualora siano commesse infrazioni particolarmente gravi, come la comunicazione o trasmissione alla Consob di informazioni false, la contraffazione della firma dell'investitore sulla modulistica contrattuale od anche l' "acquisizione, anche temporanea, della disponibilità di somme di denaro ovvero detenzione di strumenti finanziari di pertinenza di terzi" (art. 23, comma 1, lett. b, n. 3), che, come visto in precedenza, è interdetta al gestore (e riservata agli intermediari abilitati).

Particolarmente interessante appare, nel titolo quarto della parte seconda, la previsione di un innovativo strumento cautelare che – ispirato, almeno quanto al criterio fondante, a quelli rinvenibili in ambito TUF e rivolti agli intermediari abilitati – si applica al gestore dei portali: qualora (come recita l'art. 22) sussistano fondati elementi che lascino presumere l'esistenza di gravi violazioni di legge ovvero di disposizioni generali o particolari impartite dalla Consob atte a dar luogo alla radiazione dal registro (bisognerà, quindi, rifarsi all'elenco di cui all'art. successivo), l'Autorità di vigilanza potrà disporre la sospensione dell'attività del gestore per un periodo di tempo massimo di novanta giorni.

Nella parte terza del regolamento che, si rammenta, è dedicata alla disciplina delle offerte tramite portali, la Consob, sempre con l'intento di apprestare la più ampia tutela possibile al risparmiatore e nel tentativo di dare seguito alle indicazioni date dai potenziali investitori in sede di consultazioni, ha stabilito le condizioni di ammissibilità delle offerte sul portale. Quindi, ai fini dell'ammissibilità dell'offerta: (a) lo statuto o l'atto costitutivo dell'emittente deve prevedere, in favore degli investitori che abbiano acquistato o sottoscritto strumenti finanziari offerti tramite portale diversi dai clienti professionali, il diritto di recesso dalla società o il diritto di covendita (cosiddette clausole di *tag along*) delle proprie partecipazioni, e le relative modalità e condizioni di esercizio nel caso in cui i soci di controllo, successivamente all'offerta, trasferiscano detto controllo a terzi; ciò, come si vede chiaramente, tutela il ri-

risparmiatore garantendogli una *way out*¹⁵; (b) la comunicazione alla società nonché la pubblicazione dei patti parasociali nel sito internet dell'emittente.

Ai fini, invece, del perfezionamento dell'offerta sul portale, è richiesto che almeno una quota pari al 5% degli strumenti finanziari offerti debba essere stata sottoscritta da investitori professionali.

Da ultimo, il regolamento, mutuando la ratio sottesa al diritto riconosciuto dall'art. 95-*bis*, comma 2, del TUF, attribuisce al risparmiatore un'ulteriore tutela, da configurarsi nel diritto di revocare la propria adesione quando tra il momento dell'adesione all'offerta e quello in cui la stessa è definitivamente chiusa sopravvengano fatti nuovi o vengano rilevati errori materiali concernenti le informazioni esposte sul portale, che siano atti ad influire sulla decisione dell'investimento; tale revoca potrà essere esercitata entro 7 giorni dalla data in cui le nuove informazioni verranno portate a conoscenza dagli investitori.

4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Come è possibile vedere, la gran parte (se non la totalità) delle indicazioni e delle preferenze espresse dagli *stakeholders* durante il processo di *preliminary hearing* sono state trasfuse dall'Autorità di vigilanza nella propria disciplina regolamentare (tenendo conto, ovviamente, della necessità di operarne una sintesi ed una rimodulazione ai fini della creazione di un "prodotto normativo" in linea con i criteri della c.d. *better regulation*). L'esperienza applicativa dovrà, ora, rispondere al quesito se le soluzioni approntate siano sufficienti a garantire un'ottimale protezione del risparmiatore. Deve, sia pur brevemente, darsi conto di come allo stato degli atti, da taluni autori¹⁶ siano state già avanzate osservazioni in merito alle possibili criticità della disciplina. Schematizzando, esse possono essere ricondotte a quattro considerazioni principali.

15 Sulla legittimità dell'inserimento negli statuti ed atti costitutivi delle predette clausole, cfr. *Massime della Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano*, nn. 74 e 88.

16 Cfr. in tal senso R. CULICCHI, *Prime considerazioni sul nuovo regolamento Consob in tema di equity crowdfunding*, in *Dirittobancario.it*.

1) Per quanto concerne l'ambito di applicazione, dal punto di vista dei profili *soggettivi* è stato notato come i destinatari delle nuove regole siano solo le *start-up* innovative e non ogni piccola impresa commerciale ed artigianale; ciò implica che soggetti giuridici che – in astratto – sarebbero meritevoli di essere destinatari di forme agevolate di accesso a fonti di finanziamento alternativo, ne rimangano esclusi; per quel che, invece, concerne i profili *oggettivi*, in senso critico alcuni operatori hanno fatto notare la mancata estensione della definizione rilevante di strumenti finanziari, nella quale si sarebbero potuti includere anche i titoli di debito (con il che, si sarebbe lasciata all'investitore la possibilità di un impiego strutturalmente meno rischioso del proprio capitale).

2) Si è sottolineato come manchi totalmente la definizione di un mercato secondario, in quanto nel regolamento CONSOB risulta assente la disciplina relativa alle modalità della successiva compravendita delle partecipazioni (a tal proposito, tuttavia, bisogna rilevare come la Consob faccia rientrare tra le attività accessorie esercitabili dal gestore del portale online quelle volte all'agevolazione della compravendita tra investitori degli strumenti finanziari oggetto di offerta, mediante la creazione di apposite sezioni del sito destinate ad assolvere alla funzione di *market place*).

3) Si è, inoltre, sottolineato come la sottoscrizione del 5% da parte di investitori professionali, in origine prevista come condizione di ammissibilità, sia poi divenuta nel regolamento condizione di perfezionamento dell'offerta; in tal modo, si è ridotto il rischio di ostacolare la raccolta, ma permane il rischio che la sottoscrizione di parte degli investitori professionali non si realizzi affatto, vanificando attività e costi della raccolta di capitali.

4) Infine, sono stati messi in luce possibili problemi legati al governo societario della *start-up* all'esito del collocamento di partecipazioni presso i risparmiatori.

Ad ogni modo e conclusivamente, rimane ad oggi dirimente la considerazione, già avanzata in precedenza, per cui non esiste virtualmente alcuna prassi applicativa in tema di *equity crowdfunding*. Sembra allora opportuno insistere ancora sulla necessità di dover attendere che sia la realtà del mercato a dare indicazioni sull'effettività delle norme di recente introdotte.

Trasparenza dei prodotti e servizi finanziari. La Banca d'Italia e la tutela della clientela

(Alfio Cillepi)

L'evoluzione che sta interessando il sistema dei controlli sulle Banche in Europa muove dall'esigenza, ormai indifferibile, del superamento del modello di vigilanza nazionale armonizzata a favore di un modello europeo di vigilanza pienamente integrato. A questo risultato si è pervenuti sia perché la gravità della crisi economica ha evidenziato l'inadeguatezza del modello della vigilanza armonizzata, sia per l'assenza di efficaci prassi di vigilanza comuni e di coordinamento delle azioni di controllo e degli interventi correttivi realizzabili mediante un'effettiva cooperazione fra le diverse Autorità nazionali.

In questo complesso contesto normativo, in costante mutamento e tutto opera dell'Unione Europea, l'attività regolamentare di Banca d'Italia si è di recente limitata ad intervenire sul tema dei rapporti degli intermediari con la clientela, su cui, quantomeno, vi è certezza che il Testo Unico continuerà ad avere piena e diretta rilevanza.

Va peraltro considerato che appare ormai evidente che, nell'attuale congiuntura economica, la trasparenza costituisce senza dubbio il livello minimo di tutela che deve essere garantito al cliente. Al di là della repressione per il singolo abuso, infatti, regole efficaci in materia di trasparenza stimolano meccanismi di competizione del mercato e migliorano la qualità del servizio offerto. La Banca d'Italia coglie il rischio intrinseco nell'"overdose" informativa in una materia complessa come quella dei prodotti e servizi finanziari e intende scongiurarlo, perseguendo piuttosto l'obiettivo di semplificare la comunicazione contrattuale tra banche e clienti, rendendola più accessibile a questi ultimi. In tale direzione si colloca l'attività di Banca d'Italia nel 2012-2013 sia sotto il profilo regolamentare sia sotto il profilo dell'azione di vigilanza.

SOMMARIO: 1. I CAPISALDI DELLA TUTELA: INFORMAZIONE, TRASPARENZA E CULTURA FINANZIARIA DEL CONSUMATORE. LE STRATEGIE DI BANCA D'ITALIA. – 2. LA SINERGIA DI "REGOLAZIONE" E "VIGILANZA" PER UN'EFFETTIVA TUTELA DELLA CLIENTELA.

1. I CAPISALDI DELLA TUTELA: INFORMAZIONE, TRASPARENZA E CULTURA FINANZIARIA DEL CONSUMATORE. LE STRATEGIE DI BANCA D'ITALIA

La recente crisi economica, tuttora perdurante, ha messo a nudo i diversi difetti del sistema finanziario ed ha segnato una svolta radicale nella politica economica adottata dal legislatore, sempre più focalizzata sulla tutela dei consumatori in tale settore. A fronte dei numerosi fallimenti del mercato registrati negli ultimi anni, è andata maturando una crescente consapevolezza del sinallagma che unisce utenti ed operatori in una comune sorte: ci si è resi conto, cioè, che il sistema finanziario nel suo complesso è tanto più stabile ed efficiente quanto più i clienti vengono tutelati e protetti nei loro diritti.

Non è da revocare in dubbio che, in ambito bancario e finanziario, ancor più che negli altri settori del mercato, l'ontologico squilibrio che caratterizza i rapporti tra consumatori e professionisti abbia una matrice prevalentemente culturale, data l'intrinseca complessità dei prodotti che ne costituiscono l'oggetto.

In tale contesto, appare evidente come la tutela dell'utente dei servizi bancari e finanziari possa essere effettivamente realizzata solo attraverso il superamento della predetta asimmetria informativa. A tal fine, risulta imprescindibile il perseguimento dei seguenti obiettivi, tra loro legati da un nesso di stretta interdipendenza:

- informazione del consumatore: sia nella fase precontrattuale che in sede di esecuzione del rapporto, il consumatore deve essere informato circa il reale contenuto dei diritti e degli obblighi nascenti dai contratti che si accinge sottoscrivere o che ha già sottoscritto;
- trasparenza delle informazioni e delle condizioni contrattuali: solo una formulazione chiara e comprensibile dei fogli informativi e dei regolamenti negoziali pone concretamente il consumatore nelle condizioni di comprendere i suddetti diritti ed obblighi;
- incremento della cultura finanziaria del consumatore: solo un preventivo ed adeguato bagaglio di conoscenze consente al consumatore di sviluppare un approccio critico alla lettura dei prodotti, servizi, contratti che gli vengono pro-

posti e, quindi, di usufruire in misura concreta degli strumenti di trasparenza e protezione approntati dall'ordinamento.

In tale prospettiva si colloca l'attività condotta dalla Banca d'Italia a tutela dei consumatori, la quale, nell'ottica del perseguimento dei predetti obiettivi, si muove lungo tre direttrici fondamentali: predisposizione di apposite regole volte ad improntare i rapporti tra intermediari e clienti ai suddetti principi di informazione e trasparenza; promozione dell'educazione finanziaria dei cittadini; conduzione di una profonda ed attenta attività di vigilanza, volta a garantire il rispetto, da parte degli operatori, della predetta regolamentazione.

Per quanto concerne il profilo dell'informazione, la crisi economica ha evidenziato come i consumatori - clienti di banca abbiano bisogno non già di più numerose informazioni, quanto di più adeguate conoscenze. Considerata la complessità dei prodotti e dei servizi bancari è, infatti, ormai dimostrato che non esiste una correlazione diretta tra quantità dell'informazione fornita alla clientela e comprensione da parte di questa dei rischi economici e giuridici.

La Banca d'Italia ha, in questa prospettiva, avviato da tempo un'importante opera di rivisitazione della normativa in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e di correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti, che può dare ora risultati concreti anche in termini di tutela del consumatore, in seguito alla stabilizzazione della legislazione in materia.

Da ultimo, nel mese di Giugno 2013, la Banca d'Italia ha sottoposto a consultazione pubblica (scaduta il 6 settembre) un documento volto ad aggiornare la disciplina emanata nel 2009. Tale provvedimento intende adeguare le disposizioni in esame al mutato quadro normativo comunitario e nazionale, realizzare un'ulteriore semplificazione dei documenti informativi ed introdurre regole specifiche sulla tutela della clientela in occasione della cessione degli sportelli.

Il testo posto in consultazione tiene conto, in particolare, delle profonde innovazioni apportate dal d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141, in materia di credito al consumo in ordine alla disciplina degli intermediari finanziari non bancari e degli altri soggetti operanti nel settore.

In tale contesto, è da segnalare l'integrale sostituzione della disciplina concernen-

te il “conto corrente semplice” (contemplato dalle vigenti disposizioni) con quella relativa al nuovo “conto di base”, introdotto dall’art. 12 d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, così come delineata dalla convenzione conclusa il 20 aprile 2012 tra il Ministero dell’economia e delle finanze, la Banca d’Italia, l’ABI, Poste Italiane S.p.A. ed AIPP. Ne risulta una vera e propria tipizzazione del “conto di base”, con conseguente impossibilità, per gli operatori, di utilizzare tale denominazione con riferimento a prodotti che presentano caratteristiche diverse da quelle indicate nella predetta convenzione.

L’aspetto di maggior rilievo che caratterizza la nuova *regulation* va senz’altro ravvisato nell’opera di alleggerimento e razionalizzazione dell’informativa alla clientela, dettata anche dall’esigenza di recepire le indicazioni contenute nel protocollo siglato tra l’ABI e le principali associazioni dei consumatori nel 2011. La documentazione che gli intermediari devono attualmente mettere a disposizione degli utenti – nonostante gli interventi apportati in merito con le disposizioni del 2009 – risulta, infatti, ancora eccessiva e di difficile comprensione.

La semplificazione prospettata dalla nuova normativa coinvolge non solo l’aspetto contenutistico ma anche – se non soprattutto – l’aspetto quantitativo delle comunicazioni.

Si vuole, in sostanza, evitare che il sovrabbondante flusso di informazioni cui è soggetto il cliente nel corso del rapporto finisca per pregiudicare la finalità cui lo stesso è preordinato: quella, cioè, di garantire un’effettiva comprensione dei contratti sottoscritti e, quindi, una più facile comparazione con i prodotti offerti dai *competitors*. Sono di tutta evidenza i benefici che tale processo semplificativo è in grado di apportare, soprattutto con riferimento al rafforzamento della concorrenza e alla contrazione dei costi amministrativi gravanti sugli intermediari e, quindi, sul consumatore finale.

Le nuove disposizioni prevedono, in primo luogo, l’eliminazione del documento “Principali diritti del cliente”. In conseguenza delle recenti evoluzioni normative, l’utilità pratica di detto documento, volto a garantire la conoscenza della clientela in ordine all’esistenza e al contenuto dei propri diritti, è progressivamente venuta meno: il complesso di tali prerogative, originariamente omogeneo per tutti i servizi bancari e finanziari, si è andato gradualmente diversificando, anche in conseguenza

dell'introduzione, da parte del legislatore, di regole specifiche per i prodotti più diffusi tra i consumatori (servizi di pagamento, mutui, credito ai consumatori). Ne deriva che un'elencazione completa, in un unico documento, dei diritti dei consumatori con riferimento a tutti i prodotti bancari e finanziari finirebbe per risultare, se non impossibile, estremamente ridondante e complessa. Del resto, va sottolineato come l'enunciazione dei diritti relativi ai prodotti più comuni sia già contenuta nelle Guide pratiche, la cui emanazione e pubblicazione viene, pertanto, sollecitata.

Altre novità riguardano il contenuto dei fogli informativi, l'obbligo di trasmissione del documento di sintesi e le indicazioni relative all'ISC. In base alle disposizioni vigenti, il foglio informativo del conto corrente deve riportare - oltre alle informazioni sul prodotto offerto - anche tutte le condizioni economiche relative ai servizi di pagamento normalmente abbinati al conto (carte di credito e di debito, bonifici, etc.). Tale regola, ispirata dall'esigenza di consentire al consumatore una comprensione globale dei servizi offerti, determina un rilevante appesantimento dell'informativa precontrattuale: ne deriva che i fogli informativi dei conti correnti - nonostante gli interventi di semplificazione apportati nel 2009 - continuano a presentarsi come prolissi e farraginosi. Il testo in consultazione prevede, a tal fine, uno smembramento del documento: il foglio informativo del conto corrente conterrà esclusivamente le condizioni e le voci di costo relative al solo conto corrente; le condizioni relative ai servizi accessori saranno, invece, riportate in fogli informativi separati.

L'attuale disciplina prevede l'obbligo, per gli intermediari, di trasmettere al cliente il documento di sintesi aggiornato, almeno una volta l'anno, anche laddove non sia intervenuta alcuna modifica del rapporto rispetto all'ultimo documento di sintesi inviato. Al fine di evitare che il cliente venga sommerso da informazioni non necessarie, le nuove disposizioni limitano tale obbligo ai soli casi in cui, nel corso dell'anno, siano effettivamente intervenute variazioni delle condizioni economiche. Resta comunque ferma la possibilità, per il cliente, di richiedere ed ottenere gratuitamente una copia del documento in qualsiasi momento.

In base alla normativa attualmente in vigore, il documento di sintesi periodico deve anche contenere l'indicazione dell'ISC. La nuova disciplina - anche in considerazione della circostanza che il documento di sintesi periodico potrebbe non essere inviato - prevede che l'ISC venga riportato nell'estratto conto, unitamente all'importo glo-

bale speso nel corso dell'anno, di guisa che il consumatore possa più agevolmente confrontare le spese dallo stesso sostenute e quelle associate al profilo tipo e, quindi, di valutare se il conto è ancora adeguato alle sue esigenze.

Ulteriori interventi hanno riguardato l'allineamento alle nuove regole sulla remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti (art. 117-*bis* TUB, introdotto dall'art. 6-*bis* d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 e decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 30 giugno 2012), nonché sulla commercializzazione congiunta di finanziamenti e polizze assicurative (art. 36-*bis* d.l. 6 dicembre 2011, n. 201).

Come sopra evidenziato, tra gli obiettivi perseguiti dal legislatore per garantire al consumatore una tutela effettiva e concreta, vi è quello di fornire a quest'ultimo un apparato di conoscenze necessarie per un utilizzo più adeguato e consapevole dei prodotti bancari e finanziari. A tal proposito, 'anno in corso ha visto impegnata la Banca d'Italia nella prosecuzione dell'opera di educazione finanziaria dei consumatori.

Sono state, innanzitutto, predisposte apposite guide divulgative («Guide in parole semplici») dedicate al conto corrente ed al mutuo per la casa e sono stati organizzati presso le diverse Filiali incontri con i cittadini, volti a favorire la diffusione delle pubblicazioni e a fornire spiegazioni e chiarimenti sugli argomenti trattati.

Specifiche considerazioni sono state, poi, riservate all'educazione dei giovani e delle fasce di cittadinanza più deboli. A proposito della formazione giovanile, va ricordato che nella Scuola è stato realizzato, fin dall'anno 2008, di concerto con il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, il progetto "Educazione finanziaria a scuola", volto ad istruire i giovani nella materia dei servizi bancari e finanziari, anche mediante la fornitura gratuita di specifico materiale didattico. L'iniziativa ha avuto e continua ad avere un buon successo, atteso che il numero dei partecipanti cresce di anno in anno. A corredo di tale iniziativa, nell'anno 2012 l'*Authority* ha istituito la collana dei «Quaderni didattici della Banca d'Italia»: si tratta di una raccolta di opuscoli che hanno lo scopo di educare i giovani alla comprensione delle problematiche di natura economica e finanziaria, adottando una terminologia semplice ed accessibile anche ai non addetti ai lavori.

2. LA SINERGIA DI “REGOLAZIONE” E “VIGILANZA” PER UN’EFFETTIVA TUTELA DELLA CLIENTELA

Appare evidente come il perseguimento degli obiettivi di informazione e trasparenza possa ottenere una piena realizzazione solo nella misura in cui l’attività regolamentare della Banca d’Italia sia accompagnata da una corrispondente opera di vigilanza sugli intermediari, volta a garantire - tra l’altro - il rispetto, da parte di questi ultimi, delle norme poste a tutela del consumatore. Solo in tal modo si è in grado di valutare in concreto la regolarità delle operazioni e di intervenire in fatto per correggere le deviazioni del sistema o reprimere le infrazioni compiute.

L’attività di vigilanza della Banca d’Italia si estrinseca in un capillare e intenso sistema di controlli, condotti sia a distanza, attraverso l’esame dei siti internet delle banche e degli intermediari, sia *on site*, attraverso accertamenti ispettivi presso le direzioni generali e le dipendenze degli operatori, sia in via cartolare, attraverso l’analisi degli esposti presentati dalla clientela bancaria.

Tale opera non è meramente finalizzata all’individuazione e repressione delle violazioni da parte degli intermediari, ma mira anche a sviluppare negli stessi una cultura che tenga sempre conto delle esigenze dei clienti in ogni fase del procedimento. In tale contesto, la Banca d’Italia interviene adottando misure diverse a seconda del tipo di infrazione: commina sanzioni amministrative, ordina la restituzione di somme indebitamente percepite, dispone l’interruzione di procedimenti affetti da gravi disfunzioni. Nel corso del 2012, le verifiche compiute dalla Banca d’Italia hanno interessato complessivamente 263 intermediari (il 62 per cento in più rispetto al 2011). Violazioni delle disposizioni sono state accertate presso il 35 per cento circa dei soggetti esaminati. Le inosservanze riscontrate riguardano in particolar modo il difetto di esaustività ed aggiornamento degli strumenti pubblicitari e di informativa precontrattuale, la discrasia tra le condizioni pubblicizzate e quelle effettivamente applicate in sede di rapporto, la persistenza di condotte irregolari nell’offerta dei prestiti, da parte degli intermediari del credito, e nella fase del recupero crediti, da parte delle società che svolgono tale servizio in *outsourcing*.

In esito a tali infrazioni, 27 intermediari sono stati richiamati ad una più scrupolosa osservanza della disciplina di trasparenza e sono stati invitati ad intraprendere

iniziative correttive, nonché a procedere al rimborso degli oneri indebitamente applicati. Si è assistito, altresì, all'avvio di procedimenti sanzionatori nei confronti di otto intermediari; in tre casi sono stati attivati procedimenti amministrativi ai sensi dell'art. 128-ter TUB, finalizzati alla restituzione delle somme indebitamente percepite.

L'attività di vigilanza si avvale anche, in via indiretta, della collaborazione dei consumatori e delle loro associazioni, attraverso gli esposti alla Banca d'Italia, i reclami all'intermediario, il ricorso all'Arbitro Bancario Finanziario, il confronto costante con le associazioni di categoria.

Tale confronto si attua sia nella fase di predisposizione delle regole, mediante la partecipazione volontaria delle associazioni alla consultazione, sia nell'attività di controllo, dove un ruolo fondamentale è svolto dalle segnalazioni provenienti da tali soggetti, sia nel funzionamento dell'ABF, attraverso la designazione da parte delle associazioni di alcuni componenti dei collegi.

Nell'ambito dell'attività di vigilanza, un ruolo fondamentale viene rivestito dagli esposti presentati dagli utenti: essi permettono di individuare con anticipo le situazioni a rischio, di svolgere dei controlli finalizzati e, ove necessario, di porvi rimedio. Gli esposti inviati a Palazzo Koch nel 2012 sono stati 7.018, con un incremento di circa il 7 per cento rispetto al 2011.

Degli esposti pervenuti, 950 concernono segnalazioni erronee inviate dagli intermediari alla Centrale dei Rischi. Appare evidente come, nell'odierno quadro di crisi economica, la correttezza del flusso informativo che alimenta la Centrale dei Rischi costituisca una questione particolarmente delicata, in quanto strettamente collegata alla valutazione del merito creditizio e, quindi, alla possibilità di accesso ai finanziamenti da parte dei consumatori. A tal fine, l'Autorità sottopone le informazioni ricevute ad una verifica ulteriore rispetto a quella già effettuata dagli stessi intermediari prima dell'invio della segnalazione: eventuali anomalie sono comunicate agli operatori, i quali sono tenuti a provvedere tempestivamente alle dovute rettifiche. Controlli sull'esattezza delle informazioni vengono svolti anche *ex post*, in seguito alle contestazioni mosse da parte della clientela.

Anche i reclami presentati dai clienti costituiscono una preziosa risorsa per il siste-

ma. Gli uffici reclami, istituiti presso gli intermediari, sono oggetto di particolare attenzione e cura ad opera della Banca d'Italia, che ne stimola il rafforzamento, atteso che in questa fase è agevole ancora porre rimedio alle disfunzioni segnalate, prima di ricorrere al contenzioso vero e proprio. Spetta a questi uffici, che rappresentano il primo presidio di tutela, verificare se la questione sollevata dal cliente rientra in fattispecie analoghe a quelle esaminate dall'ABF, tenuto conto anche degli orientamenti già maturati. Il loro regolare funzionamento costituisce oggetto di particolare controllo ad opera dell'Autorità, sia avuto riguardo all'adeguatezza organizzativa, sia in ordine alla trasparenza e correttezza nei confronti della clientela.

La tutela del consumatore tra potestà regolamentare dell'AEEG ed (etero)integrazione normativa dei contratti di utenza

(Alfonso Ingenito)

Con riferimento al fenomeno eterointegrativo dei contratti del settore energetico, il rapido cenno a due recenti fattispecie concrete conferma come l'inadeguatezza della fonte legislativa (primaria) che, nel legittimarla, attribuisce all'AEEG potestà regolamentare, comporti poi, il riverberarsi sui giudici sia civili, sia amministrativi, del delicato ruolo di vagliarne la compatibilità delle concrete estrinsecazioni provvedimenti alla luce dell'attuale e complessa cornice ordinamentale, oltre che, forse, di latenti istanze più propriamente attinenti all'ambito della politica del diritto.

Nel novero dei principi di rango sia comunitario, sia costituzionale, che assumono rilevanza suppletiva quanto a finalità (ed esigenze) interpretative, sistematiche e classificatorie, la (massimizzazione della) tutela del consumatore contribuisce a legittimare le potestà normative dell'Autorità, e sembra attualmente rappresentare il presupposto intrinseco necessario ad una piena estensione di queste ultime dal punto di vista operativo.

SOMMARIO: 1. PREMESSA. – 2. POTESTÀ REGOLAMENTARE DELL'AEEG, ETEROINTEGRAZIONE DEL CONTRATTO E TUTELA DEL CONSUMATORE. A) IL CASO DELLA PREVISIONE DI (ALMENO) UNA MODALITÀ GRATUITA DI PAGAMENTO DELLE BOLLETTE. B) SEGUE. IL CASO DEL C.D. SISTEMA INDENNITARIO. – 3. CONCLUSIONI.

1. PREMESSA

Le tendenze che, nei tempi più recenti, sono in atto a livello tanto internazionale, quanto (in scala territorialmente più ridotta, ma per certi versi più marcata) europeo, e che sono relative alle dinamiche della globalizzazione ed alla (conseguente e tendenziale) perdita di sovranità da parte degli Stati, hanno contribuito ad elevare, anche nell'ordinamento italiano, il fenomeno dei poteri regolatori delle Autorità indipendenti a tema sia di grande attualità ed interesse, sia di estrema problematicità.

Ben noto è, infatti, che, come autorevolmente osservato, a seguito del «passaggio da Stato da imprenditore a Stato regolatore¹⁷», «al graduale smantellamento () dell'organizzazione di diritto pubblico dell'economia mista ha fatto riscontro un forte incremento della legislazione privatistica regolatrice del mercato mediante restrizioni dell'autonomia privata ordinate a tutela della concorrenza e a garanzia della correttezza e della trasparenza delle operazioni commerciali, cioè delle condizioni che qualificano il mercato come istituzione di utilità sociale¹⁸».

In tale, mutato, contesto fattuale ed ordinamentale, se, per un verso, è ormai accertato che le Autorità indipendenti siano depositarie di «poteri sostanzialmente normativi, che vanno ad affiancarsi, in un eccentrico crogiuolo di potestà pubblicistiche, alle funzioni più propriamente amministrative¹⁹», per altro verso, di siffatti poteri normativi è, invece, assai oscuro ed incerto l'inquadramento sistematico, il quale è, nondimeno, necessario alla definizione di questi ultimi, prodromica, a sua volta, ad uno sviluppo sempre più calibrato degli stessi in funzione (soprattutto) della tutela dell'utente-consumatore.

L'annosa e delicata questione può essere qui prospettata solo per cenni, essendo opportuno evidenziare come il problema relativo alla (qualificazione degli atti, e all'indagine degli effetti, scaturenti dalla) potestà normativa e regolamentare propria delle Autorità indipendenti si situi (essendo suscettibile di modificarne interamente gli assetti) nel delicato punto di confluenza dei molteplici piani - astrattamente distinti, ma sostanzialmente correlati - afferenti (i) la struttura reale e concreta delle dinamiche del mercato (o, più propriamente, *dei mercati*), nella dialettica (che va evolvendosi sempre più in interazione) tra istanze pro-concorrenziali e tutela degli utenti e dei consumatori; (ii) la sovrastruttura giuridica della regolazione degli aspetti economici, sussistendo, in tal caso, una contrapposizione tra autorità e libertà, tra ordoliberalismo ed ordine spontaneo del mercato; (iii) il ripensamento –

17 F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 93.

18 L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 20.

19 Così, per tutti, M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolazione del contratto*, Napoli, p. 50; cfr., inoltre, F. LONGOBUCCO, *La produzione normativa delle Authorities nel quadro della contrattazione tra garanzie procedurali e ruolo dell'interprete*, in *Sulle tecniche di redazione normativa nel sistema democratico*, a cura di P. Perlingieri [Annali della Facoltà di Economia di Benevento, 15], Napoli, 2010, p. 259 ss.

nella convivenza coatta di diritto pubblico ed amministrativo e diritto squisitamente privatistico – dell'inquadramento di tali poteri nella (rigida) gerarchia delle fonti, sotto l'egida comune dei principi fondamentali di rango costituzionale ed europeo.

Rilevanti, sono, naturalmente, le ricadute del problema sia in ordine alla definizione (etimologicamente intesa) dell'autonomia privata, sia in ordine ad una rinnovata configurazione del contratto e dei suoi scopi, nella dicotomia, anche in tal caso, tra autonomia negoziale ed eteronomia regolamentare; tra (obsoleto) antagonismo e (nuove) istanze di cooperazione fra i paciscenti; tra giustizia commutativa e giustizia distributiva, nell'ottica della tutela delle asimmetrie contrattuali; tra intervento pubblico nell'economia e autodeterminazione dei titolari di interessi super-individuali, diffusi, collettivi, i quali, affiancandosi a quelli generali, irrompono dal basso e sembrano reclamare, come efficacemente osservato, una «partecipazione dei regolati alla definizione delle regole concernenti i rapporti contrattuali», in un «diverso modo di esercitare il potere di regolazione in mercati totalmente o parzialmente liberalizzati anche in ossequio al principio di proporzionalità²⁰».

Se tali considerazioni valgono, in generale, per tutte le (estrinsecazioni dei poteri normativi e regolamentari delle) Autorità indipendenti, è altresì vero che le caratteristiche e la rilevanza del settore (e del mercato) di competenza dell'AEEG, particolarmente interessato dal fenomeno delle liberalizzazioni, e l'ampiezza delle prerogative ad essa attribuite per quanto concerne i contratti del comparto energetico²¹, inducono ad affermare non solo che «in relazione alle () azioni [dell'AEEG] si ripropongono tutte le perplessità avanzate dalla dottrina civilistica con riferimento ai rapporti tra autonomia privata e Autorità indipendenti²²», ma anche che la specialità dell'AEEG «esprim[e] nel modo più compiuto ed efficiente lo spirito dell'attività che il legislatore ha devoluto a tali soggetti istituzionali²³».

20 F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, cit., p. 106.

21 Cfr. M. ANGELONE, *Autorità indipendenti*, cit., p. 102 ss.

22 C. SOLINAS, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato*, in *Contratto e impresa*, 2010, p. 1394.

23 F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, p. 208.

Ne consegue, dunque, il carattere ampiamente paradigmatico della esperienza propria dell'Autorità *de quo*.

Come, ad esempio, osservato a proposito del settore dell'energia elettrica, esso «rappresenta un esempio della dimensione pubblicistica assunta dagli accordi tra privati», ove «l'intervento pubblico in materia contrattuale è assai incisivo e si giustifica con l'esigenza di garantire che la liberalizzazione del mercato della produzione e della fornitura, insieme allo smantellamento del monopolio, si traduca nella creazione di un sistema di offerte di energia elettrica effettivamente concorrenziali e sicure per l'utenza», tanto che «in un quadro legislativo di definizione dei suoi poteri assai articolato e variegato, l'Autorità incide (più o meno legittimamente) su ogni aspetto della contrattazione privata e su ogni fase di essa, dalla conclusione del contratto, alla determinazione del suo contenuto, alla sua esecuzione e alla sua efficacia», essendo «l'incidenza in materia contrattuale ad opera dell'Autorità () ancor più intensa con riguardo ai contratti del mercato vincolato e () oggi, con riferimento al mercato di maggior tutela²⁴».

L'aspetto relativo alla identificazione, alla qualificazione ed alla delimitazione (degli effetti degli atti espressione) dei poteri *lato sensu* normativi attribuiti all'AEEG assume, quindi, per quel che qui più interessa, rilevanza centrale, giacché ad esse è, in buona sostanza, connessa anche la misura della tutela di cui è auspicabile che siano destinatari e beneficiari gli utenti-consumatori quali parti «deboli» dei contratti di somministrazione stipulati con gli esercenti.

Se, infatti, nella vigenza del precedente regime di monopolio, l'intero rapporto negoziale tra questi ultimi ed i clienti finali, dalla fase precontrattuale a quella esecutiva, era essenzialmente assoggettata alle norme del codice civile (primi tra tutti, gli artt. 1559 ss., c.c., in tema di «*somministrazione*»), al più integrate dalla disciplina relativa alla clausole vessatorie, soprattutto a seguito della liberalizzazione del settore dell'energia, l'attribuzione all'AEEG della qualità di regolatore ha determinato una frattura dell'unitarietà del previgente (e sistematico) inquadramento contrattuale, che stenta tutt'ora a ricomporsi.

24 C. SOLINAS, *Autonomia privata*, pp. 1369 s. e 1394 s.

2. POTESTÀ REGOLAMENTARE DELL'AEEG, ETEROINTEGRAZIONE DEL CONTRATTO E TUTELA DEL CONSUMATORE

La fonte formale della legittimazione del potere (*rectius*, potestà) regolamentare dell'AEEG è rappresentata dalla l. 14 novembre 1995, n. 481²⁵, la quale, dopo aver individuato, all'art. 1, quale propria «finalità», oltre alla promozione della «concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità», quella della «tutela degli interessi di utenti e consumatori», annovera, poi, allo scopo di perseguirla, all'art. 2, comma 12, lett. h), tra le «funzioni» attribuite all'Autorità quella di «emana[re] le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori», ulteriormente specificando che le determinazioni dell'Autorità, ai sensi del comma 37 dello stesso articolo, «costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio» che l'esercente è tenuto a predisporre.

Sebbene chiara nella enunciazione dei principi e delle finalità cui il Regolatore deve attenersi, la disposizione è stata oggetto di critiche, essendosi, in estrema sintesi, osservato che gli «atti normativi» dell'AEEG per un verso, «sono fondati su formulazioni legislative generiche ed indeterminate» e, per altro verso, «si caratterizzano () per la diretta incidenza () su obblighi e diritti di soggetti privati²⁶».

Conseguentemente, il nodo centrale di un'indagine relativa al metodo ed al grado di funzionalizzazione del potere regolamentare dell'Autorità verso il riequilibrio, a scopo di garanzia, delle posizioni asimmetriche degli utenti-consumatori, sembra proprio dipanarsi nella contrapposizione tra l'assenza di una «previsione di puntuali attribuzioni²⁷» dell'AEEG, e l'ambito concreto di estensione delle (auspicabili) poten-

25 In G.U. n. 270, del 18 novembre 1995, Suppl. Ordinario n. 136, recante «Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità».

26 Così, per tutti, F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Enc. Giur. Treccani, Roma, 2001, p. 16 s.

27 A. MUSTO, *La potestà regolamentare della AEEG: una fonte di integrazione del contratto?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 661.

zialità proprie degli atti regolamentari della stessa Autorità, in senso limitativo (sia pur a scopo riequilibrativo) dell'autonomia privata.

In una tale ottica le esplicazioni più avanzate delle medesime potenzialità sono rappresentate dal meccanismo giuridico, quanto mai problematico e discusso, della eterointegrazione normativa dei singoli contratti di utenza ai sensi (essenzialmente) dell'art. 1339 c.c.

Infatti, l'art. 2, comma 12, lett. h), l. 14 novembre 1995, n. 481, quale fonte generale del potere regolamentare dell'Autorità, specifica che gli atti che ne costituiscono estrinsecazione «*producono gli effetti di cui al comma 37*», del medesimo articolo, il quale, dal canto suo, ne confina l'attitudine (modificativa ed) integrativa al regolamento di servizio.

Essendo, conseguentemente, quest'ultimo da assumersi come «rilevante ai fini del problema interpretativo relativo all'applicabilità del meccanismo di cui all'art. 1339 c.c.», nel momento in cui se ne intenda leggere «restrittivamente il contenuto (), si riduce l'effetto integrativo-sostitutivo ad un ambito applicativo assai limitato e di minor rilevanza²⁸».

Oltretutto, la legge non contiene una espressa definizione dei regolamenti di servizio, comunemente ritenendosi, sia pur nelle incertezze circa la loro natura giuridica, che essi rappresentino le condizioni generali di contratto ai quali gli esercenti devono attenersi, dapprima, nella predisposizione dei contratti di somministrazione, e, poi, nelle fasi successive (esecutive) del rapporto (contrattuale) con i singoli utenti-consumatori²⁹. Come efficacemente osservato, infatti, «Il combinato disposto delle norme appena richiamate evidenzia () come le determinazioni concernenti la qualità del servizio, concorrendo a sancire una disciplina contrattuale “minimale”, inderogabile (*in pejus*) a tutela dell'utente-cliente-consumatore, si riverberino

28 L. DI BONA, *Potere normativo delle Autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008, p. 47 s., la quale, non a caso, ritiene «non divisibile» siffatta soluzione ermeneutica.

29 Cfr. G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *L'Autonomia privata e le Autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, p. 105; V. RICCIUTO, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, in AA. VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006; in giurisprudenza, per tutte, cfr. Cass., 22 luglio 2011, n. 16141, in *Il Civilista*, 2011, 10, p. 20.

tramite il meccanismo previsto dall'art. 1339 c.c. anche sul contenuto giuridico-economico dei contratti di utenza, giungendo finanche a delineare specifici comportamenti da assumere nella fase esecutiva³⁰».

Ponendosi, dunque, costantemente in una prospettiva garantistica nei confronti dei contraenti deboli, la breve esposizione di due casi esemplificativi dell'utilizzo delle determinazioni dell'AEEG nel senso della (etero)integrazione contrattuale, decisi, dal rispettivo angolo prospettico, dai giudici civili e da quelli amministrativi, può essere utile al fine di «mettere a fuoco» l'attuale «stato dell'arte» relativamente a (gli ambiti ed ai confini de)lla funzionalizzazione della potestà regolamentare dell'AEEG in quanto protesa verso la tutela dei consumatori.

A) IL CASO DELLA PREVISIONE DI (ALMENO) UNA MODALITÀ GRATUITA DI PAGAMENTO DELLE BOLLETTE

Il primo dei due casi appena citati, relativo alle spese (essenzialmente per i bollettini postali) sostenute dagli utenti all'atto del pagamento delle fatture, attiene ad una fattispecie dalla rilevanza economica assai modesta, ma dall'altrettanto elevato valore paradigmatico, e che risulta, inoltre, di stringente attualità, siccome oggetto, anche in tempi recentissimi, di numerose pronunce della Corte di cassazione, e di molteplici commenti da parte della dottrina.

Ribadito che il fenomeno della (etero)integrazione *de quo* è destinata ad operare nei confronti dei singoli contratti di utenza, i quali, oltre che essere contratti (tipici) di somministrazione *ex artt.* 1559 e ss., sono, in generale, manifestazioni dell'autonomia privata (indistintamente) riconosciuta ai sensi dell'art. 1322 c.c., è bene chiarire subito che il provvedimento dell'AEEG esplicante potenziale efficacia integrativa è qui rappresentato dall'art. 6.4 della Deliberazione n. 200/99, del 28 dicembre 1999, («*Direttiva concernente l'erogazione dei servizi di distribuzione e di vendita dell'energia elettrica a clienti del mercato vincolato ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lettera h), della legge 14 novembre 1995, n. 481, successivamente modificata dalla Deliberazione n. 148/06, del 14 luglio 2006*»), secondo cui «*L' esercente deve*

30 M. ANGELONE, *Poteri regolatori dell'Aeeg e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 914.

offrire al cliente almeno una modalità gratuita di pagamento della bolletta».

Ciò premesso, rilevato il mancato ottemperamento da parte di un esercente (nel caso di specie, ENEL Distribuzione s.pa., nonostante, peraltro, la vana diffida dall'Autorità di cui alla Delibera n. 72/04, del 13 maggio 2004), numerosi clienti-consumatori hanno adito l'autorità giudiziaria al fine di far valere le pretese risarcitorie ammontanti alla sommatoria delle spese postali (di - poco più di - 1 euro per ogni bollettino) ingiustamente sostenute per il pagamento delle relative utenze.

Ciò, in base al duplice assunto (i) che la prescrizione dell'AEEG avesse (etero)integrato, ai sensi dell'art. 1339 c.c., i (rispettivi) contratti di somministrazione di energia elettrica, alla stregua di una vera e propria clausola contrattuale, e (ii) che, proprio rispetto a quest'ultima, la condotta dell'esercente potesse configurarsi quale inadempimento.

Il nutrito contenzioso che si è, conseguentemente, sviluppato, si è caratterizzato per la frequente contrapposizione tra i differenti orientamenti espressi dai giudici, rispettivamente, di merito e di legittimità.

Così, se in prime cure la magistratura onoraria (per lo più, competente per valore) ha spesso accolto la domanda risarcitoria degli utenti, sostanzialmente avallando la fondatezza giuridica delle loro argomentazioni e delle loro pretese, talvolta (anche se in un numero inferiore di casi) confermate dai tribunali, quali giudici di appello³¹, la Corte di cassazione, che ha avuto modo di esprimersi ripetutamente sulla questione, ha sempre negato, di fatto, il diritto al ristoro avanzato dai clienti nei confronti dell'esercente.

Ripercorrere, sia pur brevemente, il procedimento logico ed argomentativo elaborato dalla Suprema corte nelle pronunce più risalenti³², e poi sedimentatosi, in

31 Cfr., per tutti, Trib. Torre Annunziata, Sez. dist. Castellammare di Stabia, 31 maggio 2010, in *Contratti*, 2010, p. 761 ss.; ed inoltre, Trib. Avellino, 30 novembre 2009, n. 1946; Giud. Pace Acerra, 19 giugno 2009, n. 714; Trib. Napoli, 11 giugno 2009, n. 7405, Trib. Vallo Lucania, 29 aprile 2009, n. 328; Giud. Pace Benevento, 12 giugno 2008, n. 1041; Trib. Benevento, 14 maggio 2008, n. 848; Trib. Napoli, 2 novembre 2007, n. 10221, tutte in www.ricercagiuridica.com e in www.iussit.it; *contra*, Giud. Pace Rossano, 8 settembre 2008, n. 454, in *Giud. pace*, III, 2009, p. 257.

32 Cass., 8 novembre 2012, n. 19333; Cass., 13 luglio 2012, n. 11992; Cass., 27 giugno 2012, n. 10730; Cass., 28 luglio 2011, n. 16519; Cass., 28 luglio 2011, n. 16401; Cass., 22 luglio 2011, n. 16141.

modo pressoché immutato, in quelle più recenti³³, risulta, comunque, di estremo interesse.

Ed infatti, al di là dell'esito negativo, gli approdi ermeneutici cui giungono gli ermellini acquistano indubbia rilevanza, soprattutto se contestualizzati alla luce delle molteplici problematiche, di ordine sistematico ed interpretativo, relative al fenomeno della integrazione contrattuale eteronoma *de quo*, come già sommariamente elencate.

La Cassazione³⁴, dopo aver ripercorso le (già cennate) finalità di cui la l. 14 novembre 1995, n. 481, rilevando come «*il lettore della norma percepisce fra le finalità della legge () quella di promuovere la tutela degli interessi degli utenti e dei consumatori*», non ha difficoltà ad ammettere che, in buona sostanza, il combinato disposto del comma 12, lett. h), e del comma 37 dell'art. 2, l. 14 novembre 1995, n. 481, permette «*di affermare che dall'esercizio da parte dell'A.E.G.G. del potere da essa previsto possa senz'altro derivare una integrazione del contratto di utenza ai sensi dell'art. 1339 c.c.*».

Tale conclusione, è, però, ad opinione della medesima Corte, vera solo «*in astratto*», essendo poi necessario, in concreto, vagliarne l'operatività alla luce di due presupposti.

Il primo attiene alla «*definizione dell'ambito oggettivo di tale possibile integrazione*», e non sembra porre particolari problemi, prestandosi, nelle parole della Corte, «*l'oggetto*» del potere normativo *ex lege* attribuito all'Autorità, una volta «*messo in relazione con la (...) tutela degli interessi di utenti e consumatori, (...) ad essere riferito all'intero ambito del rapporto di utenza individuale, perché l'erogazione del servizio, essendo diretta verso gli utenti ed avvenendo sulla base dei rapporti individuali di utenza, è formulazione talmente generale da apparire di per sé idonea a comprendere anche il profilo del contenuto di detti rapporti*», atteso, in particolare, che «*L'interesse degli utenti e dei consumatori (...) non può non essere tutelato anche con riferimento a quell'aspetto delle modalità di erogazione del servizio che si*

33 Tra le molte: Cass., 19 settembre 2013, n. 21490; Cass., 21 agosto 2013, n. 19375; Cass., 9 agosto 2013, n. 19071; Cass., 8 agosto 2013, n. 18998.

34 Tutti i successivi riferimenti sono tratti da Cass., 8 novembre 2012, n. 19333, in *Corr. giur.*, 2013, p. 603 ss.

estrinseca nei rapporti individuali».

La Corte aggiunge inoltre che l'efficacia dell'integrazione contrattuale può risolversi in una deroga alle norme di legge (tra cui anche quelle del codice civile), purché esse abbiano carattere *«meramente»* dispositivo e non imperativo (le quali ultime possono essere derogate solo previa espressa previsione di legge), e purché la deroga sia appunto limitata, *«sotto il profilo funzionale, in senso unidirezionale (...) a favore dell'utente o del consumatore».*

La tutela del contraente debole, dunque, assurge a presupposto indispensabile ai fini della esplicazione del potere regolamentare dell'AEEG in senso integrativo delle pattuizioni contrattuali.

Carente, è invece, il secondo dei presupposti necessari alla concreta operatività del meccanismo integrativo del contratto in parola.

Fermi, infatti, gli evidenziati limiti relativi al carattere dispositivo/imperativo delle norme di legge, ad avviso della Corte di cassazione devono sussistere determinate *«condizioni in presenza delle quali l'esercizio del potere [normativo dell'AEEG] (...) può integrare, attraverso la mediazione del regolamento di servizi, i contratti di utenza individuale».*

Orbene, in sintesi, il percorso logico dei giudici di legittimità si articola lungo i seguenti passaggi. Essi fanno innanzitutto leva sulla interpretazione letterale del già citato art. 2, comma 12, lett. h), che traduce il potere normativo dell'Autorità in *«direttive».*

Poi, in modo invero non dissimile da quanto accade, sia pur con tutte le differenze del caso, nell'ambito del diritto comunitario, essi suddividono queste ultime a seconda che impongano al destinatario: (i) *«un risultato da raggiungere (...) salva la individuazione da parte di esso del modo con cui pervenire al risultato, ch'egli, dunque, può in sostanza poi scegliere»;* oppure (ii) *«un precetto specifico che non lasci al destinatario alcuna possibilità di scelta sui tempi e sui modi».*

Conseguentemente, gli stessi giudici escludono l'ammissibilità del meccanismo integrativo ex art. 1339 c.c. nel primo caso e lo circoscrivono esclusivamente al secondo, dal momento che *«l'imposizione di un precetto specifico si può connotare*

sub specie di clausola, cioè di diretta regolamentazione prima del regolamento di servizio e, quindi, del contratto di utenza» soltanto quando abbia, ai sensi dell'art. 1346 c.c., un contenuto o determinato, «cioè specifico», o, quantomeno, determinabile, nel quale ultimo caso, «ammesso che sia sostenibile un'integrazione ai sensi dell'art. 1339 c.c. di un contratto, attraverso una norma che si limiti a prevedere che debba assicurarsi un risultato, lasciandone però i modi alla determinazione di una delle parti del contratto - l'onere di specificazione si trasferisce almeno al procedimento ed ai contenuti della determinazione».

Così individuata la premessa in punto di diritto, il sillogismo giudiziale è portato a compimento in base all'affermazione secondo cui «la direttiva» di cui all'art. 6.4 della deliberazione n. 200/1999, nell'obbligare l'esercente a predisporre «almeno una modalità gratuita di pagamento della bolletta» non è: (i) né determinata, perché all'esercente-concessionario è stato attribuito il potere di individuare non solo detta «modalità in concorso con altre, e quindi, (...) più di una modalità», ma anche «gli stessi termini» di quella gratuita; (ii) né determinabile, atteso che «la determinabilità, una volta che la modalità gratuita non [viene] prevista come esclusiva, [è] sostanzialmente insussistente, in quanto l'esercizio del potere di determinazione da parte del concessionario [deve] muoversi pur sempre» nel rispetto delle norme di cui all'art. 1196 c.c. (in combinato disposto con l'art. 1182, comma 3 c.c.) le quali, ancorché dispositive, essendo di fatto non derogate, continuano ad ascrivere e ad addebitare al consumatore gli oneri relativi al pagamento delle utenze.

Di tal guisa, la Corte di cassazione, escluso che «la prescrizione dell'art. 6, comma 4 della Deliberazione A.E.E.G. n. 200 del 1999, abbia comportato la modifica o integrazione del regolamento di servizio del settore esistente all'epoca della sua adozione e, di riflesso, l'integrazione dei contratti di utenza ai sensi dell'art. 1339 c.c.», conclude statuendo che «l'azione di responsabilità per inadempimento contrattuale esercitata dalla parte attrice risulta priva di fondamento, perché basata su una clausola contrattuale inesistente, perché (...) introdotta nel contratto di utenza».

Il mancato accoglimento delle domande risarcitorie proposte dagli utenti-consumatori, non a caso criticato anche dalla dottrina³⁵, non deve, però, far passare in
35 V. per tutti, M. Grondona, Poteri dell'autorità dell'energia elettrica e il gas e integrazione del contratto di utenza (problemi di ermeneutica contrattuale in margine a una recente casistica, in *Anuario del Contratto* 2012, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Giappichelli, Torino, 2013, p. 38 ss., spec.,

secondo piano la rilevante circostanza per cui, secondo i giudici di legittimità, la tutela dei clienti finali assurge a presupposto imprescindibile ai fini della (sia pur astratta) esplicazione del potere regolamentare dell'AEEG in senso integrativo delle pattuizioni contrattuali.

B) SEGUE. IL CASO RELATIVO AL C.D. SISTEMA INDENNITARIO

Nel secondo dei casi di cui si è fatto cenno, l'interazione tra l'utilizzo da parte dell'AEEG dei propri poteri regolatori e la tutela dei consumatori assume una declinazione diversa, e del tutto peculiare.

L'atto regolamentare che qui rileva è rappresentato dalla deliberazione ARG/elt 191/09, dell'11 dicembre 2009, ed in particolare, dal suo Allegato B, come poi sostituito dall'Allegato 1 alla Deliberazione ARG/elt 219/10 e da ultimo integrato e modificato dalle Deliberazioni n. 99/2012/R/eel, e n. 195/2012/R/eel, con cui l'AEEG, nell'istituire il c.d. «Sistema indennitario per l'esercente la vendita uscente a carico del cliente finale moroso», ha inteso arginare e porre rimedio al diffondersi del fenomeno c.d. «turismo energetico».

Quest'ultimo, conseguenza della liberalizzazione (delle attività di fornitura) del settore, consiste essenzialmente in condotte opportunistiche messe in atto da alcuni clienti finali³⁶, i quali strumentalizzano il passaggio (c.d. *switching*) al nuovo e diverso fornitore (c.d. «esercente la vendita entrante») al fine di sottrarsi al pagamento delle ultime fatture e di eventuali conguagli dovuti quale corrispettivo delle forniture eseguite dal loro precedente operatore (c.d. «esercente la vendita uscente»).

L'Autorità, ritenendo per un verso, che la problematica afferente la morosità dei clienti finali «debba essere gestit[a] da ciascun esercente la vendita, che dovrebbe ottimizzare, pur nel rispetto dei diritti dei clienti finali, la gestione interna degli incassi e dei pagamenti al fine di minimizzare il proprio rischio creditizio³⁷», ha, per

p. 66 ss.; Id., Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema ancora aperto, in *Corr. giur.*, 2013, p. 608 ss.

36 Cfr., da ultimo, AEEG, *Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta*, 31 marzo 2013, p. 124.

37 AEEG, *Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta*, 31 marzo 2013, 123 s., da cui sono tratti anche i successivi riferimenti.

altro verso, reputato «opportuno» un proprio intervento regolatorio allo scopo sia di «garantire un migliore funzionamento del mercato al dettaglio» sia di «limitare gli impatti negativi che il rischio creditizio ha sui costi dell'attività di vendita al dettaglio e, di conseguenza, sullo sviluppo della concorrenza e sui prezzi finali praticati nei confronti di tutti i clienti finali³⁸».

Benchè l'Autorità abbia inteso perseguire detti obiettivi proprio grazie all'istituzione del Sistema *de quo*, implementando la «tutela nei confronti dell'esercente la vendita uscente», riconoscendo a quest'ultimo, in sintesi, un indennizzo parametrato su di un coefficiente di morosità (c.d. C-MOR) applicato all'utente, quale ristoro del danno patito in ragione della difficoltà, o della antieconomicità dell'esercizio delle proprie ragioni creditorie avverso i clienti finali morosi mediante gli ordinari strumenti processual-privatistici, la legittimità dell'intero meccanismo è stata messa in discussione a seguito del ricorso con cui Edison Energia s.p.a., ossia uno degli esercenti, ha adito il giudice amministrativo, ottenendo l'annullamento delle delibere istitutive del nuovo sistema, come disposto dal TAR Milano con la recente sentenza n. 683, del 14 marzo 2013 (consultabile sul sito internet *Diritto dei Servizi Pubblici.it*, e da cui sono tratte tutte le successive citazioni).

Nonostante l'AEEG abbia già impugnato tale pronuncia presso il Consiglio di Stato, quale giudice di ultima istanza, facendo evidentemente leva sulla duplice circostanza che il sistema indennitario: (i) «risponde all'esigenza di tutela del credito e di miglior funzionamento del mercato al dettaglio»; e (ii) ha permesso il conseguimento di «risultati () altamente positivi per l'alta percentuale di credito recuperato anche a beneficio del sistema nel suo complesso», il percorso argomentativo del tribunale amministrativo è di primario interesse, pur essendo qui possibile, in ragione della problematicità delle questioni affrontate (sullo sfondo, in buona sostanza, di quelle già cennate ed alle quali si è più volte fatto riferimento), tratteggiarlo solo in stretta attinenza all'oggetto del presente lavoro.

In particolare, sintetizzate le opposte posizioni per un verso, dell'AEEG, che colloca a fondamento della legittimità del proprio intervento regolatorio le ragioni già evidenziate, travalicanti la tutela del singolo esercente la vendita uscente e «*coinvolgen[ti] anche il buon funzionamento del mercato*» nel suo complesso; e, per altro

38 lvi, p. 123.

verso, quelle della società ricorrente, secondo cui non sussiste «alcuna previsione normativa che permetta al Regolatore di “trascinare” gli effetti di un contratto a un successivo contratto tra parti diverse, andando ad incidere sul contenuto essenziale dell'autonomia privata», il TAR effettua innanzitutto una propria qualificazione giuridica del meccanismo indennitario cui l'AEEG ha dato vita. Sia pur sul presupposto della estrema diversificazione degli «strumenti dell'azione amministrativa, denominata stipulativamente “regolazione”», il TAR, ritenendo che «l'implicazione giuridica del dispositivo regolatorio» sia in tal caso quella di «determinare, al di fuori di una qualsivoglia pattuizione negoziale, la riallocazione del rischio contrattuale connaturato all'inadempimento dell'obbligazione pecuniaria scaturente da un contratto di somministrazione, dalla sfera giuridica del creditore ex contractu (venditore “uscente”) a quella di un soggetto terzo (il venditore “entrante”)», giunge ad affermare che «In sostanza, l'atto amministrativo è fonte di un vincolo obbligatorio tra quanti si succedono, nella veste di somministranti, nei contratti di fornitura elettrica di un medesimo cliente».

Sul presupposto, dunque, della diretta incidenza delle prescrizioni regolamentari di cui al Sistema indennitario in ordine alle pattuizioni contrattuali, il giudice amministrativo, nell'ambito di un tanto necessario quanto delicato «approfondimento dei rapporti tra regolazione e autonomia contrattuale», ritiene che «il tratto funzionale caratteristico» del «fenomeno di “amministrativizzazione” del contratto» debba essere «quello di promuovere, in un dato settore di attività, le dinamiche del mercato concorrenziale, scongiurando al contempo che comportamenti opportunistici, resi noncuranti dalla ricerca di massimizzazione del profitto, possano convergere verso forme nocive degli interessi dei cittadini utenti», e che dunque la potestà normativa dell'Autorità incontri, quale sorta di proprio limite espansivo intrinseco, quello di sostituire «alla allocazione delle risorse determinata dalla libera negoziazione e dalle dinamiche del mercato, (...) un diverso criterio distributivo ed un diverso assetto regolamentare, al fine di fronteggiare i casi in cui l'autonomia contrattuale, inteso come potere bilaterale delle parti di definire il contenuto del negozio, è ridotta ad una vuota parvenza per effetto delle asimmetrie informative e di potere economico sussistente tra le parti, cui si accompagna la sistematica attività di predisposizione del testo contrattuale da parte dei contraenti professionali», ponendosi «la salvaguardia della libertà e consapevolezza della scelta di consumo» come «garanzia

dell'assetto competitivo del mercato, di modo che il confronto competitivo si incentri, oltre che sul prezzo e sul prodotto, anche sul livello di correttezza riservato al consumatore».

Tanto premesso, sia pur alla luce di un generale contesto ordinamentale non univoco, onde vagliare la *«relazione del tutto “atipica” tra legge ed atti delle autorità indipendenti»*, il giudice amministrativo giungendo alla conclusione, di estremo interesse (ribadita, non a caso, per ben due volte) secondo cui nel caso di specie non si è in presenza di *«un intervento regolatorio legittimato dalla necessità di ristabilire un contraddittorio paritario mediante atti sostitutivi di un'attività negoziale privata inesistente, ma di una disciplina posta tutta dal lato dell'offerta»*, afferma di non poter accogliere *«una linea interpretativa che ritenga di poter trasformare senza limiti l'enunciazione di scopi in poteri nuovi e innominati incidenti sull'autonomia contrattuale»*.

In assenza, dunque, sia di una esigenza di tutela diretta dell'utente-consumatore, sia di una norma espressa che, fungendo da contraltare a quella che riconosce e garantisce ai contraenti ampia autonomia privata, *«attribuisce[a] al regolatore il potere di incidere sull'oggetto e sugli effetti del contratto di fornitura nei termini per cui è causa»* il tribunale amministrativo, *«stante il difetto di attribuzione dell'autorità emanante»*, accoglie il ricorso della società esercente.

Sulla questione è attualmente chiamato ad esprimersi il Consiglio di stato, il quale, in precedenti pronunce³⁹, non ha lesinato nel riconoscere all'AEEG ampia potestà regolamentare nell'ottica della piena tutela degli utenti-consumatori, *«in base al principio per cui concorrenza e regolazione non sono concetti alterativi ed incompatibili⁴⁰»*.

Il punto che sembra qui assumere rilevanza centrale, ora rimesso alla decisione del massimo organo della giustizia amministrativa, pare attenere alla ammissibilità di una estensione dei poteri regolatori dell'Autorità siccome funzionali ad una protezione degli utenti finali non diretta, ma, eventualmente, solo riflessa, essendo, invece, oggetto di immediata garanzia, come affermato dai giudici di prima istanza,

39 Cfr., per tutte, Cons. Stato, 24 settembre 2007, n. 4920 e Cons. Stato, 5 giugno 2006, n. 3352, in *Foro amm.*, 2007, p. 1018.

40 S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Giappichelli, Torino, 2013, 112, nota 86.

unicamente «*i fini (lato sensu) sociali o di protezione che il mercato, pur ormai “maturo”, non può assicurare (...) prevenen[do] risultati socialmente indesiderabili*».

3. CONCLUSIONI

La compiuta (benché succinta) esposizione dei due casi giurisprudenziali, conferma, ancora una volta, come la genericità e l'inadeguatezza della fonte legislativa che, nel legittimarla, attribuisce all'AEEG potestà regolamentare, in un'ottica, peraltro, altamente paradigmatica, comporti poi il riverberarsi sui giudici sia civili, sia amministrativi, del delicato ruolo di vagliarne la compatibilità delle concrete estrinsecazioni provvedimentali alla luce, (oltre che, forse, di latenti istanze più propriamente attinenti alla sfera della politica del diritto), dell'attuale e complessa cornice ordinamentale.

I principi di rango sia comunitario, sia costituzionale che campeggiano all'apice di quest'ultima sono destinati ad assumere sempre più rilevanza a fini sistematici e classificatori; tra di essi, la tutela del consumatore contribuisce a legittimare i poteri regolamentari dell'Autorità, sembrando attualmente rappresentarne un presupposto intrinseco necessario ad una piena estensione operativa.

Risiedendo, come efficacemente osservato⁴¹, «in una interpretazione assiologica degli interessi protetti dall'AEEG il discrimine giuridico che consente di legare, nell'unitarietà del sistema delle fonti italo-comunitarie, norme che, isolatamente intese, condurrebbero a risultati confliggenti», la tutela del consumatore è attualmente suscettibile di rappresentare «quel criterio ermeneutico che assegna l'esatta portata agli interventi regolatori dell'Autorità Garante, transcendendo il mero tenore letterale della normazione codicistica e della legislazione speciale, che, formalmente intese risultano distoniche, mentre, se assiologicamente orientate, conducono ad un'armonica regola del caso concreto».

41 Da A. MUSTO, *La potestà regolamentare della AEEG: una fonte di integrazione del contratto?*, cit., p. 665 s.

Servizio idrico integrato e regolazione: il quadro normativo di riferimento

(Elio Leonetti)

Il presente contributo fornisce una sintetica rappresentazione del quadro normativo di riferimento inerente il sistema di regolazione del servizio idrico integrato. In particolare, a fronte dell'analisi dell'evoluzione normativa culminata con il trasferimento all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (AEEG) delle funzioni attinenti la regolazione ed il controllo dei servizi idrici, viene fornita una disamina dei compiti attribuiti all'AEEG e una illustrazione delle relative aree di intervento, corredata da riferimenti agli specifici provvedimenti adottati dall'AEEG in materia.

SOMMARIO: 1. PREMESSA. – 2. LA REGOLAZIONE DEL SETTORE IDRICO NELLA EVOLUZIONE DEL QUADRO NORMATIVO. – 3. LE FUNZIONI DI REGOLAZIONE E CONTROLLO DEI SERVIZI IDRICI ATTRIBUITE ALL'AEEG. – 4. LE AREE DI INTERVENTO ED I PROVVEDIMENTI ADOTTATI DALL'AEEG.

1. PREMESSA

Sul sistema di regolazione del servizio idrico integrato ha negativamente inciso l'incertezza del quadro normativo, che ha investito anche l'assetto istituzionale del settore. Sotto tale profilo, un decisivo punto di approdo è stato senz'altro raggiunto con l'assegnazione di rilevanti funzioni in materia all'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas (AEEG).

In particolare, il ruolo dell'AEEG si svolge sia sul piano della regolazione amministrativa, concernente la definizione dei rapporti tra enti locali e soggetti gestori, sia sul piano della regolazione economica, che si incentra essenzialmente sulla questione della tariffa del servizio idrico integrato.

Ciò premesso, dopo aver ricostruito l'*excursus* normativo, si procederà a fornire un sintetico quadro delle principali aree di intervento dei provvedimenti già adottati dall'AEEG nel settore in esame.

2. LA REGOLAZIONE DEL SETTORE IDRICO NELLA EVOLUZIONE DEL QUADRO NORMATIVO

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

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

Alla base di tale impostazione, caratterizzata da una visione unitaria del servizio idrico e dalla tendenza alla aggregazione gestionale, vi era la finalità di:

- a) favorire l'emersione di economie di scala;
- b) ridurre i divari tariffari delle utenze fra territori limitrofi;
- c) avviare un'organizzazione imprenditoriale del servizio.

In tale ottica è stata infatti a suo tempo individuata una nuova dimensione territoriale sovra comunale di riferimento, con lo scopo di superare la frammentazione gestionale.

Sul piano dell'assetto istituzionale, poi, la legge Galli ha proceduto ad una più articolata definizione dei soggetti coinvolti nel settore, con una netta separazione tra "attività di indirizzo e controllo", da un lato, e di "gestione", dall'altro.

Ed infatti, ai vari attori (Stato Centrale, Regioni, Enti Locali, soggetti gestori) è stato attribuito uno specifico ruolo.

In particolare, allo Stato centrale sono state affidate le funzioni di tutela del settore, per le tematiche afferenti all'utilizzo della risorsa idrica, alla prevenzione dell'inqui-

namento e alla tutela degli utenti, in termini di programmazione razionale degli usi e dei livelli minimi da garantire. In tale contesto, allo scopo di dotare lo Stato di una struttura istituzionale di controllo del settore, la Legge Galli aveva istituito il Comitato Nazionale per la Vigilanza sulle risorse idriche (COVIRI), con competenze sul monitoraggio della qualità dei servizi e tutela degli utenti, sulla verifica della corretta redazione dei Piani d'ambito e in generale con compiti di vigilanza sulla corretta applicazione della riforma del servizio idrico integrato.

Alle Regioni sono stati invece demandati compiti di pianificazione e coordinamento. In particolare, le Regioni sono state chiamate a fissare attraverso proprie leggi i principi generali per l'organizzazione del settore e la gestione del servizio. Con riferimento al ruolo delle Regioni, occorre inoltre in base all'attuale assetto istituzionale ed organizzativo, tali enti non possono esercitare potestà di carattere tariffario. Ed infatti, in diverse occasioni, la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittime leggi regionali volte ad introdurre disposizioni in materia tariffaria, in quanto assunte in violazione delle competenze dello Stato in materia di tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente.

La legge Galli ha poi previsto l'istituzione di organismi costituiti nella forma di consorzio o della convenzione tra gli enti locali (Comuni e Province che ricadono all'interno di ciascun ATO) che, hanno assunto la denominazione di Ente o Autorità di ambito territoriale ottimale ed alle quali sono state demandate le funzioni di pianificazione strategica dei servizi idrici, di determinazione della tariffa e di vigilanza sulle prestazioni.

Infine, al gestore, quale soggetto cui è affidato il servizio, sono stati assegnati i compiti operativi da svolgere nel rispetto di una convenzione siglata con gli enti locali, che stabilisce obblighi e diritti e definisce le modalità di erogazione del servizio.

2.2. Negli anni successivi all'emanazione della Legge Galli, il legislatore è intervenuto reiteratamente sulla materia dei servizi pubblici locali, tanto a livello di normativa generale quanto a livello di normativa settoriale, integrando e modificando l'assetto istituzionale e organizzativo del settore.

In particolare, la disciplina giuridica del settore idrico contenuta nella legge Galli è

poi confluita - con talune modifiche ed integrazioni - nel d.lgs. n. 3 aprile 2006 n. 152 (c.d. Codice dell'Ambiente), il quale ha contemplato anche importanti innovazioni inerenti i soggetti istituzionali coinvolti (ad esempio, la previsione della attribuzione della personalità giuridica alle ATO).

Tra le novità più significative introdotte dal Codice in questione figurava l'istituzione, in luogo del COVIRI (e dell'Osservatorio nazionale sui rifiuti), dell'Autorità per la Vigilanza sull'uso delle risorse idriche e sui rifiuti.

La previsione della istituzione di tale Autorità, la quale nella sostanza conservava la stessa natura le prerogative spettanti al Comitato, non ha tuttavia trovato attuazione. Ed infatti, con il successivo d.lgs. n. 284/2006 (con il quale sono state introdotte modifiche al codice dell'ambiente) sono state abrogate tutte le disposizioni del codice dell'ambiente relative dell'Autorità per la Vigilanza sull'uso delle risorse idriche e sui rifiuti ed è stata prevista la ricostituzione del Comitato Nazionale per la Vigilanza sulle risorse (in realtà, mai venuto meno), la cui disciplina è stata poi integrata con il d.lgs. 16 gennaio 2008 n. 4.

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

Si tratta sempre di una struttura di supporto al Ministero dell'Ambiente, deputata a garantire l'osservanza dei principi che regolano il settore idrico, con particolare riferimento all'efficienza, efficacia ed economicità del servizio, alla regolare determinazione ed al regolare adeguamento delle tariffe, nonché alla tutela degli interessi degli utenti. Più in dettaglio, le funzioni assegnate alla Commissione riguardano, tra l'altro, (i) la predisposizione del metodo tariffario, da trasmettere al Ministro dell'Ambiente che lo adotta con proprio decreto; (ii) la predisposizione di una o più convenzioni tipo per l'affidamento del servizio idrico integrato; (iii) la definizione dei livelli minimi di qualità dei servizi; (iv) il controllo delle modalità di erogazione dei servizi; (v) la tutela e la garanzia dei diritti degli utenti; (vi) la predisposizione di rapporti periodici sullo stato di organizzazione dei servizi.

Con il decreto legge 13 maggio 2011 n. 70 (c.d. Decreto Sviluppo), convertito con legge 12 luglio 2011 n. 106 (art. 10 commi 17-27), era stata poi prevista l'istituzione

dell’Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, destinata a sostituire la Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche.

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

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

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

3. LE FUNZIONI DI REGOLAZIONE E CONTROLLO DEI SERVIZI IDRICI ATTRIBUITE ALL’AEEG

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Il successivo art. 2, dopo aver ribadito che le funzioni di regolazione e controllo dei servizi idrici trasferite all'AEEG devono essere esercitate con i poteri e nel quadro dei principi, finalità e attribuzioni di cui alla legge n. 481/1995, prevede che la regolazione del servizio idrico integrato assolve alle seguenti finalità:

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

- b) definizione di un sistema tariffario equo, certo, trasparente, non discriminatorio;
- c) tutela dei diritti e degli interessi degli utenti;
- d) gestione dei servizi idrici in condizioni di efficienza e di equilibrio economico e finanziario;
- e) attuazione dei principi comunitari «recupero integrale dei costi», compresi quelli ambientali e relativi alla risorsa, e «chi inquina paga», ai sensi degli articoli 119 e 154 del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152 e dell'art. 9 della Direttiva 2000/60/CE.

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

- a) definisce i livelli minimi e gli obiettivi di qualità del servizio idrico integrato, ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono compresi i servizi di captazione e adduzione a usi multipli e i servizi di depurazione ad usi misti civili e industriali, per ogni singolo gestore e vigila sulle modalità di erogazione del servizio stesso; a tal fine, prevede premialità e penalità, esercita poteri di acquisizione di documenti, accesso e ispezione, irroga, in caso di inosservanza, in tutto o in parte, sanzioni amministrative pecuniarie e, in caso di reiterazione delle violazioni, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti, propone al soggetto affidante la sospensione o la cessazione dell'affidamento; determina altresì obblighi di indennizzo automatico in favore degli utenti in caso di violazione dei medesimi provvedimenti. Resta ferma la facoltà in capo agli enti affidanti di prevedere nei contratti di servizio livelli minimi ed obiettivi migliorativi rispetto a quelli previsti dall'Autorità che ne tiene conto ai fini della definizione della tariffa;
- b) predispone, ai sensi dell'art. 151 d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, una o più convenzioni tipo per la regolazione dei rapporti tra autorità competenti all'affidamento del servizio e soggetti gestori;
- c) definisce le componenti di costo - inclusi i costi finanziari degli investimenti e della gestione - per la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato, ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono compresi i servizi di captazione e

adduzione a usi multipli e i servizi di depurazione ad usi misti civili e industriali, per i vari settori di impiego, in conformità ai criteri e agli obiettivi stabiliti dal Ministero dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare di cui all'art. 1, comma 1, lett. c), d), e), f);

d) predisporre e rivede periodicamente il metodo tariffario per la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato, ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono compresi i servizi di captazione e adduzione a usi multipli e i servizi di depurazione ad usi misti civili e industriali, di cui alla precedente lett. c) sulla base del riconoscimento dei costi efficienti di investimento e di esercizio sostenuti dai gestori, prevedendo forme di tutela per le categorie di utenza in condizioni economico sociali disagiate individuate dalla legge e fissa, altresì, le relative modalità di revisione periodica, vigilando sull'applicazione delle tariffe;

e) verifica la corretta redazione del piano d'ambito, acquisita la valutazione già effettuata dalle regioni e dalle province autonome di Trento e di Bolzano sulla coerenza dei piani d'ambito con la pianificazione regionale e provinciale di settore, esprimendo osservazioni, rilievi e impartendo, a pena d'inefficacia, prescrizioni sugli elementi tecnici ed economici e sulla necessità di modificare le clausole contrattuali e gli atti che regolano il rapporto tra le autorità competenti e i gestori del servizio idrico integrato ai sensi dell'art. 2, comma 186-*bis*, della legge 23 dicembre 2009, n. 191;

f) approva le tariffe del servizio idrico integrato, ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono compresi i servizi di captazione e adduzione a usi multipli e i servizi di depurazione ad usi misti civili e industriali, proposte dal soggetto competente sulla base del piano di ambito di cui all'art. 149 del decreto legislativo 6 aprile 2006, n. 152, impartendo, a pena d'inefficacia prescrizioni. In caso di inadempienza, o su istanza delle amministrazioni e delle parti interessate, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas intima l'osservanza degli obblighi entro trenta giorni decorsi i quali, fatto salvo l'eventuale esercizio del potere sanzionatorio, provvede in ogni caso alla determinazione in via provvisoria delle tariffe sulla base delle informazioni disponibili, comunque in un'ottica di tutela degli utenti.

g) adotta direttive per la trasparenza della contabilità e per la separazione contabile e amministrativa dei gestori del servizio idrico integrato o di suoi segmenti, nonché la rendicontazione periodica dei dati gestionali ai fini dello svolgimento dei

propri compiti istituzionali, assicurando la corretta disaggregazione di costi e ricavi per funzione svolta, per area geografica e categoria di utenza, valutando i costi delle singole prestazioni, anche ai fini di un confronto comparativo;

h) esprime pareri in materia di servizio idrico integrato, ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono compresi i servizi di captazione e adduzione a usi multipli e i servizi di depurazione ad usi misti civili e industriali, su richiesta del Governo, delle regioni e dei soggetti che affidano il servizio;

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

l) tutela i diritti degli utenti, anche valutando reclami istanze segnalazioni, secondo quanto disposto dall'art. 2, comma 12, lett. m), della legge 14 novembre 1995, n. 481 e determinando ove possibile obblighi di indennizzo automatico in favore degli utenti stessi;

m) integra la relazione al Governo e al Parlamento di cui all'art. 2, comma 12, lettera i) della legge n. 481/1995 con un'apposita sezione avente particolare riferimento allo stato e alle condizioni del servizio idrico integrato;

n) svolge funzioni di raccolta, elaborazione e restituzione di dati statistici e conoscitivi, assicurando l'accesso generalizzato, anche per via informatica, ai dati raccolti e alle elaborazioni effettuate per la tutela degli interessi degli utenti. A tal fine il Ministero dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare, d'intesa con l'Autorità per l'energia, trasferisce gli archivi, la documentazione ed i database informatici relativi alle funzioni di cui al presente articolo;

o) d'intesa con le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, definisce ulteriori programmi di attività e le iniziative da porre in essere a garanzia degli interessi degli utenti, anche mediante la cooperazione con organi di garanzia eventualmente costituiti dalle regioni e dalle province autonome di Trento e di Bolzano.

A fronte della elencazione delle funzioni trasferite, l'art. 3 del d.P.C.M. precisa infine che, in assenza di standard o indirizzi emanati da parte delle autorità a tal fine competenti, o qualora non disponga di riferimenti normativi o regolamentari funzionali allo svolgimento delle proprie funzioni, l' AEEG, nelle more della emanazione dei

provvedimenti in materia, procede comunque sulla base dei poteri ad essa conferiti dalla legge n. 481/1995.

Al riguardo, è utile ricordare che la predetta legge reca la normativa generale di riferimento che presiede alle singole discipline che contemplano l'istituzione delle diverse autorità amministrative indipendenti di regolazione dei servizi di pubblica utilità. Come è stato osservato in dottrina, «() il richiamo ai poteri propri delle autorità di regolazione vale a conferire all'organo ora preposto alla disciplina dei servizi idrici maggiore vigore e capacità di intervento, analogamente a quanto già accade nel campo dell'energia. Ad esempio, in virtù di tale riferimento, l'Autorità potrà avvalersi dei poteri generali previsti dalla l. n. 481/1995 per operare la modifica diretta e in via autoritaria delle condizioni contrattuali che regolano i rapporti tra gestori e clienti finali e ordinare la cessazione dei comportamenti lesivi dei diritti degli utenti»⁴².

4. LE AREE DI INTERVENTO ED I PROVVEDIMENTI ADOTTATI DALL'AEEG

Nelle more dell'adozione del d.P.C.M., l'Autorità ha iniziato a svolgere le proprie funzioni di regolazione del servizio idrico integrato ad essa attribuite dal d.l. n. 201/2011. In particolare, l'attività regolatoria dell'Autorità si è sviluppata attraverso;

l'avvio di una attività di consultazione e confronto con l'intera platea di portatori di interessi nel settore dei servizi idrici, ivi comprese le autorità territorialmente interessate al servizio;

l'adozione di provvedimenti tariffari e inerenti la raccolta dei dati e delle informazioni in materia di servizi idrici,

Con l'approvazione predetto decreto, poi l'Autorità ha meglio potuto strutturare la propria attività nell'ambito delle funzioni di regolazione del servizio idrico integrato ad essa attribuite e che si articolano sostanzialmente in quattro campi di intervento:

- **regolazione tariffaria**: definizione delle componenti di costo per la determinazione

42 Così, G. NAPOLITANO, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2012, p. 231-233.

della tariffa; predisposizione e revisione del metodo tariffario; approvazione delle tariffe; adozione delle direttive per la trasparenza della contabilità e la separazione contabile e amministrativa, nonché rendicontazione periodica; dei dati gestionali;

- regolazione della qualità del servizio: definizione dei livelli minimi e degli obiettivi di qualità del servizio; previsione di premialità e penalità; avvio e cura della raccolta ed elaborazione di dati statistici e conoscitivi, assicurando l'accesso generalizzato;
- tutela del consumatore: valutazione di reclami, istanze e segnalazioni; determinazione di obblighi di indennizzo automatico in favore degli utenti; adozione di ulteriori iniziative a garanzia degli interessi degli utenti, d'intesa con le Regioni e le Province autonome;
- regolazione degli assetti del settore: predisposizione di una o più convenzioni tipo; verifica della corretta redazione del Piano d'ambito, con il potere di impartire prescrizioni, a pena d'inefficacia; formulazione di proposte di revisione della disciplina vigente segnalando casi di inosservanza; invio di pareri a Governo, Regioni, soggetti concedenti; obbligo di relazione al Governo e al Parlamento.

Nell'ambito di tali campi di intervento, l'AEEG è già intervenuta con una serie di provvedimenti, con particolare riferimento ai profili inerenti il metodo tariffario.

Tra le deliberazioni più recenti si segnalano:

delibera 25 giugno 2013 n. 273/2013/R/idr, relativa alla *“Restituzione agli utenti finali della componente tariffaria del servizio idrico integrato relativa alla remunerazione del capitale, abrogata in esito al referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011, con riferimento al periodo 21 luglio - 31 dicembre 2011 non coperto dal metodo tariffario transitorio”*;

delibera 18 luglio 2013 n. 319/2013/R/idr, con la quale l'Autorità ha disposto l'“*Avvio di procedimento per la riforma dei criteri e dei metodi per la regolazione dei programmi di investimento nel settore dei servizi idrici*”;

delibera 26 settembre 2013 n. 412/2013/R/idr, recante *“Avvio di procedimento per la predisposizione di una o più convenzioni tipo per la regolazione dei rapporti tra enti affidanti e gestori del servizio idrico integrato”*, con la quale l'AEEG ha deliberato di avviare un procedimento per la predisposizione di una o più convenzioni tipo per

l'affidamento e la gestione del servizio idrico integrato che disciplinino in sede di prima applicazione:

a) i rapporti tra ente affidante, soggetto gestore ed utenza finale, anche in funzione della forma di gestione prescelta;

b) le modalità tecnico-economiche di svolgimento del servizio stesso;

c) i criteri per la determinazione del valore residuo degli investimenti realizzati dal gestore uscente alla scadenza dell'affidamento.

Il metodo tariffario transitorio e il bisogno di investimenti nel settore idrico

(Lorenzo Armentano)

Nell'esercizio delle nuove funzioni di regolazione e controllo dei servizi idrici, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG) ha introdotto con le delibere nn. 585/2012/R/idr e 88/2013/R/idr il metodo tariffario transitorio per il periodo 2012-2013. Questo segna il passaggio, nel settore idrico, da una "regolazione per contratto" ad una "regolazione con regolatore".

Nel presente scritto si illustrano i tratti salienti e si espone il dibattito avviato dall'Autorità sui nuovi strumenti con cui soddisfare l'enorme fabbisogno di investimenti.

SOMMARIO: 1. PREMESSA. LE COMPETENZE DELL'AEEG NEL SETTORE IDRICO. – 2. IL METODO TARIFFARIO TRANSITORIO. – 3. LA TUTELA DEL CONSUMATORE. – 4. IL FABBISOGNO DI INVESTIMENTI E LA DISCUSSIONE SUI NUOVI STRUMENTI REGOLATORI.

1. PREMESSA. LE COMPETENZE DELL'AEEG NEL SETTORE IDRICO

Il quadro normativo disegnato dall'art. 21, comma 9, del decreto "Salva-Italia" e dal d.P.C.M. del 20 luglio 2012, che affida all'AEEG la regolazione dei servizi idrici⁴³, nasce per superare le difficoltà del passato: il blocco degli investimenti e la conseguente scarsa qualità del servizio.

L'Autorità opera in quattro campi:

1) la regolazione tariffaria, in quanto definisce le componenti di costo per la determinazione della tariffa, predispone il metodo tariffario, approva le tariffe ed adotta le direttive per la trasparenza della contabilità;

2) la regolazione della qualità del servizio, che consiste nella definizione dei livelli minimi e degli obiettivi di qualità del servizio, nella introduzione di meccanismi di premialità e penalità e nella raccolta di dati statistici e conoscitivi a cui tutti possono accedere;

3) La tutela del consumatore, con la valutazione di reclami, istanze, segnalazioni e la

43 Cfr. G. Napolitano, La rinascita della regolazione per autorità indipendenti, in *Gior. dir. amm.*, 3/2012, pp. 229.

previsione di obblighi di indennizzo automatico in favore degli utenti;

4) la regolazione degli assetti del settore, mediante la predisposizione delle convenzioni tipo, la verifica della corretta redazione del Piano d'Ambito con il potere di impartire prescrizioni a pena d'inefficacia.

In primo luogo occorre osservare che le attività enucleate rappresentano aspetti intrinsecamente legati tra loro. Ad esempio, la regolazione tariffaria è strettamente connessa con la regolazione della qualità del servizio, perché la valutazione di una tariffa sostenibile non può prescindere dal livello di qualità che si intende fornire.

In secondo luogo, tutte le attività svolte dall'Autorità hanno come fine ultimo la tutela dell'utente. Infatti se non ci fosse regolazione economica il fornitore del servizio, operando in regime di monopolio naturale, abuserebbe della sua posizione a danno dell'utente, che non dispone di strumenti di difesa tipici di altri settori, come non acquistare il prodotto o acquistarlo da altri soggetti.

Dunque, la salvaguardia dell'utenza nei servizi idrici permea tutte le attività regolatorie dell'Autorità, che a fronte dell'atavica inadeguatezza strutturale e della platea di operatori particolarmente frammentata e differenziata è costretta ad operare con misure specifiche.

Definito il campo entro il quale opera l'AEEG possiamo procedere ad esaminare le maggiori novità intervenute nell'ultimo anno. Dapprima ci soffermeremo sul recente metodo tariffario transitorio che ha sostituito il vecchio metodo normalizzato, poi analizzeremo l'attività di tutela dell'utenza chiudendo con la questione dei nuovi strumenti regolatori con cui poter ottenere il rilancio degli investimenti.

2. IL METODO TARIFFARIO TRANSITORIO

La spinta all'adozione del nuovo metodo tariffario è stata data dal *referendum* del giugno 2011, che ha espunto tra le componenti della tariffa l'«*adeguatezza della remunerazione del capitale investito*» e dalla necessità di rispettare il principio del recupero dei costi, contemplato a livello comunitario e nel codice dell'ambiente ma non ancora attualizzato.

Tuttavia, la marcata eterogeneità della regolazione tariffaria applicata sul territorio nazionale e la mancanza di un apparato informativo completo su cui poterla fondare hanno indotto l’Autorità a porre un sistema transitorio. Il metodo tariffario, infatti, si applica al solo biennio 2012-2013, e comporta l’automatica modifica delle convenzioni in corso insieme all’obbligo di aggiornare il piano economico finanziario. Nelle intenzioni dell’AEEG tale metodo avrebbe dovuto anticipare gli elementi più rilevanti del regime definitivo, come ad esempio alcuni riferimenti standard di natura specificatamente finanziaria.

Esso, inoltre, ha segnato il definitivo passaggio da una regolazione sostanzialmente fondata sulla convenzione conclusa tra l’ATO ed il gestore ad nuovo quadro il cui perno sono le decisioni assunte a livello centrale dall’AEEG. Da una convenzione essenzialmente imm modificabile salva nuova negoziazione tra le parti, si è pervenuti così ad una nuova regolazione contrattuale in progress, periodicamente modificabile sulla base delle decisioni di volta in volta assunte dall’Autorità⁴⁴.

I poteri spettanti alle (ex) ATO hanno perso consistenza, in quanto esse finiscono, in molti casi, per dare semplice esecuzione o attuazione alle superiori scelte dell’AEEG. In quest’ottica si prefigura un nuovo ruolo dell’ATO, circoscritto alla scelta della forma di gestione del servizio idrico integrato, mentre l’AEEG ha il compito di verificare la corretta redazione del Piano d’Ambito, potendo esprimere osservazioni, rilievi e prescrizioni a “pena d’efficacia”⁴⁵. In sostanza l’Autorità ha un ruolo cogente, poiché esprime un parere obbligatorio e vincolante. Qualora le modifiche o prescrizioni da questa indicate non venissero recepite il Piano non sarebbe efficace.

La nuova metodologia tariffaria posta con le con le delibere nn. 585/2012/R/idr e 88/2013/R/idr ha il merito di produrre i seguenti effetti positivi⁴⁶:

44 Cfr. M.R. MAZZOLA (a cura di), *Prima relazione - Gruppo regolazione dei servizi idrici*, in *Astrid*, novembre 2012, pp. 23.

45 In tal senso, l’art. 1 del d.P.C.M. del 20 luglio 2012 dispone che l’AEEG «verifica la corretta redazione del piano d’ambito, esprimendo osservazioni, rilievi e impartendo, a pena d’inefficacia, prescrizioni sugli elementi tecnici ed economici e sulla necessità di modificare le clausole contrattuali e gli atti regolano il rapporto fra le Autorità d’ambito territoriale ottimale e i gestori del servizio idrico integrato».

46 Cfr. M.R. MAZZOLA (a cura di), *Prima relazione - La regolazione dei servizi idrici*, in *Astrid*, aprile 2013, pp. 61.

- 1) agevola la finanziabilità del settore e conseguentemente la realizzazione degli investimenti;
- 2) favorisce la stabilità e la certezza del quadro regolatorio, anche al fine di rafforzare la capacità operativa dei soggetti gestori (meno rischi = meno costi);
- 3) fornisce maggior certezza agli operatori nel rispetto dei diritti degli utenti e della copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio, compresi i costi finanziari (secondo i principi affermati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 26/11, dal diritto comunitario e dal decreto legge n. 70/11).

Si è scelto di mantenere una metodologia parzialmente diversificata, distinguendo le gestioni a cui in passato si applicava il metodo tariffario normalizzato dalle ex gestioni CIPE⁴⁷. I profili più importanti tuttavia sono condivisi.

L'Autorità ha confermato un'articolazione tariffaria per gestore/ambito analoga alla precedente, con l'aggiunta di un moltiplicatore da applicare, per tutto l'arco del biennio, alle strutture tariffarie esistenti⁴⁸.

Il precedente metodo tariffario normalizzato (MTN), previsto dalla legge Galli, si basava sui costi operativi, sugli ammortamenti e sulla remunerazione del capitale (con un rendimento fisso del 7%)⁴⁹. Non vi erano indicazioni sulla qualità dell'acqua e del

47 Riguardante ben il 34 % della popolazione e che prendeva il posto del MTN, con una differente struttura tariffaria sulla base dei criteri determinati dal menzionato Comitato Interministeriale.

48 V. art. 6 deliberazione AEEG n. 585/2012.

49 Per comprendere come la tariffa veniva determinata nel concreto possiamo avvalerci della *Relazione annuale al Parlamento sullo stato dei servizi idrici - Anno 2002*, redatta dal CONVIRI: «dopo aver stabilito i costi operativi, gli ammortamenti e la remunerazione del capitale investito, si determina la tariffa reale media, dividendo le tre componenti per il volume erogato ipotizzato; l'incremento tariffario che ne risulta deve essere contenuto entro un valore massimo ammissibile; nel caso in cui ciò non si verifichi, si procede alla rimodulazione degli interventi previsti inizialmente, fino a quando tutte le percentuali di incremento tariffario previste nel progetto risulteranno inferiori al tetto massimo consentito; infine, dopo questa verifica, si giunge allo sviluppo della tariffa reale media, da articolare poi ai sensi dell'art. 7 del Metodo [ossia del d.m. 1° agosto 1996]. In tal modo la tariffa di prima applicazione è rappresentata dal valore minore tra la tariffa reale media e la corrispondente tariffa limite, mentre dal secondo esercizio della gestione unificata il limite massimo della tariffa è rappresentato dalla tariffa applicata nell'esercizio precedente opportunamente rivalutata e adeguatamente ridotta del coefficiente di miglioramento dell'efficienza; senza che risultino però esplicitate le componenti "aggiustate" (costi operativi, ammortamenti e remunerazione del capitale) che vanno a determinare le

servizio, con il risultato di avere sul territorio nazionale forniture molto difformi a parità di fatturazione.

Il metodo tariffario transitorio da un lato apporta delle novità nella definizione delle componenti di costo del servizio, dall'altro mira ad ottenere standard di servizio omogenei su tutto il territorio statale.

Le nuove componenti di costo sono: i costi delle immobilizzazioni, i costi della gestione efficientabili, i costi della gestione non efficientabili e l'eventuale anticipazione per il finanziamento dei nuovi investimenti (quest'ultima voce riservata alle sole gestioni cui si è applicato fino ad ora il metodo normalizzato)⁵⁰.

I costi delle immobilizzazioni sono intesi come la somma degli oneri finanziari, fiscali e delle quote di restituzione dell'investimento.

Quelli della gestione efficientabili sono gli oneri sui quali è possibile esercitare interventi di efficienza in quanto sono endogeni alla gestione, a differenza degli efficientabili che, in quanto esogeni, non possono essere controllati (si pensi al costo dell'energia elettrica, o al costo di funzionamento delle Autorità).

Recentemente, con la deliberazione n. 459/2013/R/IDR l'Autorità ha integrato il metodo tariffario transitorio recependo le osservazioni maturate dalla consultazione pubblica.

In primo luogo, è stata introdotta la valorizzazione delle immobilizzazioni trasferite al gestore sulla base dei valori iscritti nei libri contabili del gestore stesso. Questa è tuttavia ammissibile solo se già contemplata dalla regolazione tariffaria precedente e se coerente con il raggiungimento degli obiettivi specifici fissati dalle amministrazioni competenti. Per mitigare gli effetti della valorizzazione, sono stati previsti dei controlli puntuali volti ad accertare che l'impatto sull'utenza sia minimo⁵¹.

In secondo luogo, sono state introdotte delle condizioni di salvaguardia nel piano economico-finanziario. La regola generale prevede, infatti, che l'ammortamento tecnico dei beni sia connesso non già al loro trattamento fiscale ma alla vita utile. Ciò tuttavia rischia di generare pericolosi disequilibri economici se alla scadenza tariffe applicate».

50 V. AEEG, art. 4 deliberazione n. 585/2012/R/Idr.

51 V. AEEG, art. 2, comma 2, deliberazione n. 459/2013/R/IDR.

delle concessioni gli investimenti non dovessero essere integralmente ammortizzati, con il conseguente rischio di non rimborsare completamente i debiti che li hanno finanziati.

E' stato, dunque, ammesso il ricorso all'ammortamento finanziario in luogo di quello basato sulle vite utili regolatorie se questo era già previsto dalla regolazione tariffaria precedente e se le risorse di finanza pubblica sono insufficienti.

Gli oneri finanziari costituiscono la parte più delicata perché l'Autorità ha dovuto tener conto del referendum del giugno 2011 che ha espunto l'«*adeguatezza della remunerazione del capitale investito*». Il nuovo metodo contempla tre tipologie di finanziamento: a fondo perduto, ad interesse agevolato e quello reperito direttamente dal gestore sui mercati finanziari.

Con riguardo a quest'ultimo, superando il rendimento fisso del 7% riconosciuto dal precedente metodo tariffario, sono stati introdotti due parametri: ERP e β . Il primo rappresenta il premio per il rischio di mercato, il secondo la rischiosità relativa all'attività inerente il servizio idrico rispetto a quella media di mercato.

La delicatezza delle scelte è confermata dalla discussione che è nata sul punto, in quanto per i promotori del referendum coprire il rischio di mercato vorrebbe dire remunerare il capitale investito, con l'effetto di eludere surrettiziamente l'esito della consultazione popolare. Come si vedrà in altra parte del presente Report, la questione ha dato luogo ad un intricato contenzioso innanzi al giudice amministrativo.

Per quel che afferisce ai costi operativi, essi sono pari ai costi effettivamente sostenuti dai gestori nel 2011 ed opportunamente rettificati.

Fra le componenti della tariffa non sono tuttavia indicati né i costi ambientali né i costi di risorsa. Si osservi che la direttiva n. 2000/60/CE, istitutiva di un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque, nel momento in cui cristallizza il principio del recupero dei costi dei servizi idrici include fra questi non soltanto quelli finanziari ma anche quelli ambientali e di risorsa⁵². Ugualmente il codice dell'ambiente, che recepisce fedelmente il *full cost recovery*⁵³.

52 Cfr. H. Unnerstall, The principle of full cost recovery in the Eu – Water framework directive – Genesis and Content, in *Journal of Environmental Law*, 2007, vol. 19, 1, pp. 29.

53 V. art. 154 d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

Già nel documento di consultazione n. 204/2012/R/idr l'AEEG aveva comunicato che avrebbe incluso in tariffa tali voci di costo solo «*ove definite da norme specifiche*» mentre qualche tempo dopo l'Autorità annunciava definitivamente che «*non vengono affrontate le problematiche relative alla quantificazione di costi della risorsa o dei costi ambientali, se non nella misura in cui siano già presenti nelle tariffe attualmente applicate*», concludendo poi che «*tali tematiche saranno affrontate in seguito alla definizione dei corrispondenti criteri di individuazione*».

L'AEEG si è in parte già espressa su tali costi, evidenziandone le peculiarità rispetto agli altri. In particolare, questi richiederebbero di essere definiti non già a livello d'ambito - come avviene per gli oneri finanziari - ma a livello di bacino idrografico. In questo caso, le componenti tariffarie atte a coprirli darebbero luogo a meccanismi perequativi pluri - ambito, rimessi alla gestione di diversi soggetti all'uopo abilitati.

Fino a quando il Ministero dell'ambiente non eserciterà i poteri contemplati dal d.P.C.M. del 20 luglio 2013, che assegna ad esso il compito di porre «*i criteri per la definizione del costo ambientale e del costo della risorsa*», l'AEEG non potrà includere i suddetti costi nella tariffa e realizzare, così, un vero salto di qualità nell'ottica dell'uso sostenibile della risorsa idrica.

Con la deliberazione n. 273/2013/R/idr del 26 giugno l'AEEG ha provveduto, in seguito al richiesto parere del Consiglio di Stato, a calcolare la componente tariffaria relativa alla remunerazione del capitale – abrogata in esito al referendum popolare – da restituire agli utenti con riguardo al periodo 21 luglio-31 dicembre 2011 non coperto dal metodo tariffario transitorio.

Recentemente, con la deliberazione n. 412/2013/R/idr, l'Autorità ha avviato il procedimento per la predisposizione di una o più convenzioni tipo per la regolazione dei rapporti tra enti affidanti e gestori del servizio idrico integrato.

3. LA TUTELA DEL CONSUMATORE

Come detto, la tutela del consumatore costituisce la finalità ultima dell'attività di regolazione dell'AEEG. In questo senso, già a partire dal primo documento per la

consultazione sul metodo tariffario 204/2012/R/idr è stata avviata una discussione sulla struttura della tariffa, sulla struttura della bolletta e sulla Carta dei servizi.

Con riferimento alla struttura tariffaria, essa deve essere in grado di dare all'utente segnali di uso efficiente, orientandolo verso comportamenti virtuosi in linea con gli obiettivi ambientali ed il principio di "chi inquina paga". A questo proposito, secondo l'AEEG è opportuno mantenere in bolletta una quota fissa, di dimensione contenuta, ed una variabile da articolare in scaglioni di consumo, come ora avviene per la tariffa di acquedotto, mentre per quelle di depurazione e fognatura vi è una tariffa unitaria per metro cubo consumato.

Per quanto riguarda la struttura della bolletta, dalla consultazione è emersa la scarsa trasparenza dei documenti di fatturazione. La questione è stata affrontata dall'AEEG con particolare rigore: dapprima è stata avviata una specifica consultazione con il documento n. 348/2012 così da offrire alcuni orientamenti sui contenuti minimi della bolletta, poi è stata adottata la delibera n. 586/2012/R/idr con cui sono stati definiti i criteri per garantire la trasparenza dei documenti di fatturazione del servizio idrico.

La Carta dei Servizi, invece, fissa i principi per l'erogazione del servizio idrico, integra i contratti di fornitura e costituisce elemento di valutazione da parte dell'ente concedente al momento dell'affidamento della gestione.

Tuttavia, come rilevato dall'Autorità, fino ad ora questo strumento ha avuto scarsa efficacia nella tutela degli utenti. Le ragioni sono addebitabili, da un lato, all'assenza di un controllo effettivo sulla sua applicazione, dall'altro alla mancata conoscenza degli utenti, che il più delle volte ignorano i diritti che gli sono riconosciuti a partire dalle procedure di rimborso attivabili dietro specifica richiesta.

Si auspica, dunque, una valorizzazione della Carta dei servizi assistita da un monitoraggio efficace e un'adeguata attività di informazione dei suoi contenuti rimessa ai gestori del servizio idrico.

Sempre proiettate alla tutela dell'utenza sono le numerose decisioni che l'AEEG ha assunto per agevolare le popolazioni colpite dagli eventi sismici del 20 maggio 2012 (ad esempio le delibere del 16 gennaio 2013, n. 6/2013/R/com e del 21 marzo 2013, n. 118/2013/R/com con cui sono state introdotte specifiche agevolazioni tariffarie

oltre alla rateizzazione dei pagamenti per le popolazioni interessate, istituendo contestualmente la componente tariffaria UI1 per la perequazione dei costi dei servizi idrici integrati).

Nel dicembre 2012 è stata, inoltre, avviata un'istruttoria conoscitiva sulle anomalie nelle tariffe applicate agli utenti finali. In particolare, è stato posto sotto osservazione l'adempimento, da parte dei gestori, del divieto di fatturare il servizio di depurazione agli utenti non allacciati al depuratore e l'inserimento in bolletta di partite perequative locali sotto forma di voci di costo che potrebbero risultare improprie.

Tema di particolare importanza e complessità è quello della sostenibilità sociale della tariffa idrica. L'attuale struttura tariffaria, pur non essendo omogenea, nella maggioranza dei casi prevede, almeno per il servizio di acquedotto fornito alle utenze domestiche, un primo scaglione di consumo pari a 50 mc annui a tariffa agevolata. Questo viene poi recuperato con una maggiorazione della tariffa negli scaglioni successivi, realizzando un sussidio incrociato generalizzato che non colpisce coloro i quali si trovano in effettive condizioni di disagio economico.

Per queste ragioni, con il documento per la consultazione 28 febbraio 2013, n. 85/2013/R/idr l'Autorità ha comunicato di voler conformarsi al d.P.C.M. del 20 luglio 2012 ed ha individuato le *"categorie di utenza in condizioni economico sociali disagiate"* nelle utenze domestiche nell'abitazione di residenza con ISEE fino a 7500 euro (20000 per le famiglie con almeno quattro figli a carico). I soggetti tenuti a finanziare il sistema di compensazione dovrebbero essere, secondo l'Autorità, tutti coloro che non beneficiano dell'agevolazione, in modo da garantire un apporto vasto e non eccessivamente gravoso. Il bonus acqua dovrebbe consentire una riduzione di spesa pari a circa il 20% sostenuta dall'utente tipo al netto delle imposte.

Infine, con la delibera n. 86/2013/R/idr è stato introdotto il deposito cauzionale, che contribuisce a coprire il rischio morosità del gestore e risponde ad esigenze di equità poiché, in sua assenza, l'onere della morosità ricadrebbe su tutti gli utenti del servizio in modo indiscriminato. Per non rendere tale strumento assai oneroso, da un lato si è previsto che il suo valore non possa superare le tre mensilità di consumo annuo dell'utente, dall'altro coloro che fruiscono di agevolazioni sociali non sono tenuti a versarlo.

4. IL FABBISOGNO DI INVESTIMENTI E LA DISCUSSIONE SUI NUOVI STRUMENTI REGOLATORI

Il settore idrico soffre, in questi anni, un forte bisogno di investimenti. La mancanza di adeguati flussi di finanziamento ha determinato servizi di bassa qualità e gestioni inefficienti. Il panorama italiano è, infatti, caratterizzato da reti di distribuzione vetuste, da sistemi depurativi ancora inadeguati rispetto alla normativa europea e, più in generale, da un preoccupante deficit strutturale.

Secondo le stime di Astrid - Utilitatis per raggiungere gli standard europei nei sistemi infrastrutturali sarebbero necessari 15,20 miliardi di euro nei prossimi 3 anni e 19,55 miliardi di euro nei prossimi 5.

Dalla presenza di sufficienti strumenti di finanziamento dipende, peraltro, il raggiungimento degli obiettivi di qualità ambientale e della risorsa idrica.

La regolazione tariffaria gioca un ruolo cruciale in questa partita, perché ha l'obiettivo di *«agevolare la finanziabilità del settore e conseguentemente la realizzabilità degli investimenti utili»* (doc. cons. n. 204/2012).

Già la semplice assegnazione ad un soggetto indipendente e "tecnico" delle funzioni di regolazione dei servizi idrici è idonea ad allentare le pressioni politiche al contenimento della tariffa e quindi a garantire il rimborso dei finanziamenti.

Inoltre la regolazione tariffaria offre certezza e stabilità all'intero sistema, agevolandone la finanziabilità e rafforzando la posizione dei soggetti operatori, che avranno minori costi da sostenere a fronte del contenimento dei rischi.

L'AEEG ha avviato con deliberazione n. 319/2013/R/idr dello scorso 18 luglio il procedimento per la definizione dei criteri e dei metodi per la riforma della regolazione dei programmi di investimento nel settore idrico.

In quest'ottica, con il primo documento di consultazione sul punto (n. 339/2013/idr), l'Autorità ha ricompreso le strategie di finanziamento in tre macro-categorie:

1) riduzione dei costi (realizzabile con l'aumento dell'efficienza a parità di condizioni tecnologiche o con l'introduzione di nuove tecnologie);

2) incremento delle entrate esistenti, che derivano dalle cosiddette “3T” ovvero tasse, tariffe e trasferimenti;

3) ricorso alla finanza *repayable*, proveniente dal mercato o dalle risorse pubbliche.

Secondo l’Autorità il finanziamento non può essere rimesso alle sole tre “T”, perché l’entità degli investimenti richiesti le renderebbe eccessivamente onerose.

Queste giocano sicuramente un ruolo importante, ma necessitano di essere integrate da ulteriori e innovativi strumenti di copertura.

L’AEEG ne ha elencato alcuni, come gli *hydrobond*, che consistono in emissioni di titoli obbligazionari, con scadenza medio – lunga, vincolati al finanziamento di piani di investimento idonei a finanziare ampliamento, ammodernamento e costruzione di infrastrutture idriche.

Si potrebbe anche ricorrere a fondi di natura perequativa, nazionali o locali, a titoli di efficienza idrica oppure a fondi di garanzia degli investimenti nel caso di *default* del gestore.

La combinazione di questi strumenti, mutuati anche da esperienze straniere, affiancata ad una regolazione efficiente a livello centrale potrebbe garantire il raggiungimento degli obiettivi e superare le attuali criticità.

Si tratta, comunque, di interventi al di fuori del raggio di azione dell’AEEG, che necessiterebbero di specifiche previsioni legislative. Bene ha fatto l’Autorità ad avviarne la discussione, favorendo un confronto che potrebbe avere utili riscontri in sede normativa.

La tutela del consumatore-assicurato al tempo della crisi finanziaria: “investimenti responsabili” e digitalizzazione dei servizi assicurativi

(Alessandra Camedda)

Nell’ambito del settore assicurativo, l’anno in corso si è caratterizzato per una scarsa produzione normativa da parte dell’IVASS, la cui attività è risultata principalmente finalizzata alla sua riorganizzazione, imposta dall’attribuzione della relativa governance alla Banca d’Italia.

Peraltro, non sono mancati gli interventi finalizzati a sollecitare una maggiore attenzione delle compagnie assicurative verso gli investimenti effettuati, nonché l’utilizzo e la valorizzazione da parte di quest’ultime dello strumento telematico; ciò in attuazione delle riforme che hanno recentemente investito il mercato assicurativo, orientate allo sviluppo di un’effettiva concorrenza tra le imprese operanti nel settore e ad un ampliamento della tutela offerta al cliente - consumatore.

Nell’ambito del settore assicurativo, l’anno in corso si è caratterizzato per una scarsa produzione normativa da parte dell’IVASS, verosimilmente determinata dalla primaria esigenza di procedere in maniera spedita alla riorganizzazione dell’Istituto, imposta dall’attribuzione della relativa *governance* alla Banca d’Italia.

Come previsto dalla legge istitutiva (art. 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito nella l. 7 agosto 2012, n. 135), il 1° gennaio 2013 (in concomitanza con l’entrata in vigore del relativo statuto) l’IVASS è subentrato in tutti i poteri e le competenze in materia di vigilanza sul settore assicurativo precedentemente facenti capo all’ISVAP.

Ne è scaturita una profonda riflessione in ordine all’individuazione delle misure con le quali realizzare concretamente l’obiettivo di una piena integrazione tra la vigilanza assicurativa e quella bancaria perseguito dal legislatore della riforma; riflessione all’esito della quale sono emerse le differenze esistenti tra i settori bancario e assicurativo sul piano dell’organizzazione e delle prassi e modalità di supervisione.

Pertanto, anche alla luce dell’esperienza maturata dalla Banca d’Italia e dei suggerimenti forniti dal Fondo Monetario Internazionale, l’Istituto ha avviato un processo di revisione dei suddetti aspetti del sistema di vigilanza assicurativa. In particolare,

lo scorso 5 giugno il Consiglio dell'IVASS ha deliberato il regolamento di organizzazione e il nuovo organigramma dell'Istituto, i quali, entrati in vigore il 10 giugno 2013, hanno introdotto importanti novità.

Tra queste, occorre segnalare l'istituzione di un rinnovato e autonomo *Servizio Ispettorato*, dalla quale si evince una maggiore attenzione dell'Istituto per l'attività ispettiva, peraltro confermata dall'emanazione di linee guida sul processo ispettivo di vigilanza improntate ad una più elevata valutazione dei profili di rischio delle imprese.

Si è proceduto, inoltre, all'assegnazione dell'attività di vigilanza cartolare ad un unico *Servizio di vigilanza prudenziale* in luogo dei precedenti due servizi di vigilanza: misura, quest'ultima, la cui adozione è maturata sulla scorta dell'esperienza di vigilanza della Banca d'Italia e che risulta evidentemente finalizzata a garantire maggiore uniformità ed efficienza alla predetta attività.

È stato istituito un nuovo *Servizio Normativa e politiche di vigilanza*, che include una divisione dedicata alla vigilanza macroprudenziale, ed è stato, infine, attuato un ampliamento dei compiti attribuiti al *Servizio Tutela del consumatore*; quest'ultimo, infatti, non si limiterà a vigilare sui prodotti assicurativi e sulle relative pratiche di vendita ma, includendo al suo interno un'apposita *Divisione stabilimenti e LPS di imprese UE*, svolgerà altresì l'attività di vigilanza sulle imprese che operano in libera prestazione di servizi o in stabilimento.

Tali interventi denotano un evidente interesse al rafforzamento dell'attività di vigilanza prudenziale, confermata anche dalla presidenza dell'IVASS⁵⁴. E' stato al riguardo sottolineato l'obiettivo di intendere «*la supervisione prudenziale come fondata non solo sulla rispondenza formale alle norme da parte dei soggetti vigilati, ma soprattutto sull'obiettivo concreto della loro sana e prudente gestione*» e di procedere, nelle more dell'applicazione della direttiva *Solvency II*, ad una più attenta valutazione di elementi quali «*i rischi prospettici, la governance, i sistemi di controllo interno e di gestione del rischio delle imprese, tutti aspetti che - al di là dei requisiti finanziari - sono cruciali per salvaguardare la solvibilità d'impresa*».

54 IVASS, *Relazione sull'attività svolta dall'Istituto. Considerazioni del Presidente*, Roma, 2013, *passim*.

L'anno in corso si è contraddistinto, inoltre, per la particolare attenzione riservata dall'Autorità di vigilanza al tema degli investimenti effettuati dalle compagnie assicurative; interesse evidentemente accentuato dalla perdurante crisi finanziaria globale e dalla connessa situazione di incertezza sui mercati finanziari.

Al fine di richiamare le imprese di assicurazione ad una corretta interpretazione della normativa in materia di investimenti, lo scorso 15 marzo l'IVASS ha pubblicato la lettera al mercato contenente *raccomandazioni e chiarimenti in materia di politiche di investimento, utilizzo di strumenti derivati e finanza strutturata*.

Nello specifico, l'*Authority*, ribadita la necessità che le imprese assicurative abbiano una chiara comprensione dei rischi connessi agli investimenti da effettuare e provvedano al rafforzamento dei propri sistemi di controllo interni e di gestione dei rischi, ha sollecitato gli esponenti aziendali e gli organi amministrativi e di controllo a procedere con maggiore attenzione e cautela all'investimento in titoli obbligazionari strutturati, specialmente se emessi dalle cc.dd. *special purpose vehicle* (SPV).

Essendo il valore di tali titoli (in particolare nella fase finale di liquidazione) connesso al merito creditizio di soggetti terzi rispetto all'emittente, vi è infatti la concreta possibilità che l'investimento negli stessi ad opera delle compagnie assicurative si traduca nella sottoscrizione di veri e propri strumenti finanziari derivati per il trasferimento del credito, pur in assenza di una adeguata valutazione e gestione dei rischi ad essi correlati.

Alla luce di quanto premesso, l'Istituto ha sancito la sottoposizione di tali obbligazioni, in quanto titoli strutturati, alle relative prescrizioni, tra cui quelle concernenti l'obbligo di comunicazione periodica all'IVASS e l'ammissibilità degli stessi a copertura delle riserve tecniche esclusivamente nell'ipotesi in cui sia previsto almeno il rimborso a scadenza del capitale investito, sul cui rispetto le imprese sono tenute ad effettuare gli opportuni controlli (artt. 35, comma 5; 17, comma 1, lettera A.1; 23, comma 1, lettera A.1., del Regolamento ISVAP del 31 gennaio 2011, n. 36).

Manifestando la propria preoccupazione - anche alla luce delle perdite patrimoniali subite dai sottoscrittori di polizze *linked* connesse ai titoli della *Lehman Brothers*, di cui è a tutti noto il dissesto finanziario - per la prassi delle compagnie assicurative di affidarsi, nella scelta dei propri investimenti, esclusivamente al *rating* espresso

dalle agenzie specializzate, l'Autorità di settore, lo scorso 22 luglio, ha nuovamente richiamato l'attenzione del mercato sulla tematica degli investimenti.

Più precisamente, sulla scia delle modifiche apportate dal Regolamento UE n. 462/2013 (entrato in vigore il 21 giugno 2013) al Regolamento CE n. 1060/2009 relativo alle agenzie di *rating*, l'Istituto ha sollecitato le imprese assicurative ad adempiere l'obbligo di realizzare una gestione finanziaria indipendente, sana e prudente e di adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei contraenti e degli assicurati (su di esse gravante ai sensi dell'art. 183 cod. ass.) anche attraverso un drastico ridimensionamento, nella fase di valutazione dei rischi finanziari da assumere, dell'affidamento ai giudizi espressi dalle agenzie di *rating*.

In tale prospettiva, l'Autorità ha ribadito la necessità che le imprese assicurative adottino adeguate procedure di valutazione autonoma dei rischi di credito, in linea con quanto prescritto dalle disposizioni comunitarie sopra richiamate, sul cui rispetto essa è chiamata a vigilare tenendo conto della natura, della portata e della complessità dell'attività svolta da ciascuna impresa.

L'attività svolta dall'Autorità di vigilanza nell'ultimo anno risulta, inoltre, finalizzata a dare completa attuazione alle recenti riforme che, nell'ottica di una netta ripresa della crescita economica del Paese, hanno investito il mercato assicurativo.

Sotto tale profilo, meritano particolare attenzione i numerosi interventi con i quali l'IVASS, sulla scia di quanto previsto dal legislatore, mira ad incentivare l'utilizzo delle nuove tecnologie da parte dei consumatori e degli operatori del settore.

Al riguardo occorre segnalare, in primo luogo, che il 30 aprile scorso si è conclusa la procedura di pubblica consultazione sullo schema di provvedimento predisposto dall'Istituto al fine di dare attuazione all'art. 22, comma 8, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con l. 17 dicembre 2012, n. 221 (c.d. decreto sviluppo *bis*).

Come si ricorderà, tale disposizione ha conferito all'IVASS il compito di disciplinare, con proprio regolamento, sentite l'ANIA e le principali associazioni rappresentative degli intermediari assicurativi, le modalità mediante le quali le imprese devono attivare sui propri siti internet apposite aree riservate ai contraenti, idonee a consentire a questi ultimi di ottenere in qualsiasi momento informazioni circa la propria posizione assicurativa.

La suddetta procedura è sfociata nell'emanazione del provvedimento del 16 luglio 2013, n. 7, recante *Disposizioni in materia di gestione dei rapporti assicurativi via web*.

Con esso l'Istituto, in un'ottica di semplificazione normativa, ha novellato il Regolamento ISVAP n. 35 del 26 maggio 2010, che disciplina in generale gli obblighi di informazione e pubblicità dei prodotti assicurativi, inserendo al suo interno un nuovo titolo IV (artt. da 38-*bis* a 38-*sexies*) dedicato alla *Informativa via web al contraente*.

Le disposizioni in materia di *home insurance* delineano il contenuto minimo dell'informativa resa al contraente attraverso l'area dedicata: egli potrà accedere in tempo reale alle informazioni concernenti le coperture assicurative in essere, le condizioni contrattuali sottoscritte, lo stato dei pagamenti dei premi e le relative scadenze, il valore di riscatto delle polizze dei rami vita (incluse le polizze *linked* e i contratti di capitalizzazione), il valore aggiornato delle prestazioni in caso di sottoscrizione dei menzionati prodotti assicurativi a contenuto finanziario.

L'Istituto ha altresì previsto, con specifico riferimento alle polizze r.c.auto, la pubblicazione nell'area riservata dell'attestato di rischio, in attesa della definitiva dematerializzazione del medesimo, prevista dal legislatore e ancora in fase di realizzazione.

In ogni caso, occorre osservare che il provvedimento in esame detta esclusivamente criteri di carattere generale ai quali informare la predisposizione delle aree dedicate ai contraenti, riservando all'autonomia delle singole imprese la scelta delle relative modalità attuative.

Non è pertanto compromessa la libertà delle imprese di attivare, in favore dei propri clienti, funzioni ulteriori, quali il pagamento *on line* del premio assicurativo, né quella di avvalersi dell'area riservata al fine di proporre agli stessi nuovi prodotti, fermo restando l'obbligo per le stesse di attenersi ai principi di correttezza, chiarezza e trasparenza fissati dall'Autorità.

Da tali considerazioni emerge l'importanza delle disposizioni in esame: esse, da un lato, incentivano il miglioramento, in termini di innovazione e qualità, del servizio offerto alla clientela e, per tale via, l'effettiva concorrenza tra le imprese operanti nel settore; dall'altro, offrono al cliente -consumatore un maggior livello di tutela, consentendogli un più agevole accesso alle informazioni riguardanti la propria

posizione assicurativa e contribuendo a rendere il suo rapporto con l'impresa più immediato e trasparente.

Una più efficace gestione dei rapporti contrattuali assicurativi non è tuttavia l'unica finalità dell'intervento in parola: come esplicitamente affermato da uno stesso consigliere dell'Autorità⁵⁵, l'Istituto, in linea con l'obiettivo di una più stretta integrazione tra vigilanza bancaria ed assicurativa che ha animato la riforma del settore varata lo scorso anno, mira contestualmente a ridurre il divario esistente tra il settore bancario, ove è da tempo diffuso l'*home banking*, e quello assicurativo.

I principali interventi dell'Autorità finalizzati all'innovazione tecnologica riguardano il settore della r.c.auto.

Tra questi occorre menzionare, *in primis*, quelli in materia di offerta di polizze auto con installazione di dispositivi elettronici in grado di registrare l'attività del veicolo (c.d. scatole nere).

Come noto, nell'ottica di una più efficace lotta alle frodi assicurative e dell'auspicato contenimento delle tariffe praticate nel settore r.c.auto, l'art. 32 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella l. 24 marzo 2012, n. 27, ha modificato l'art. 132 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private), disciplinando l'ipotesi di installazione, a bordo del veicolo, di dispositivi elettronici in grado di registrarne l'attività, consentendo in tal modo di ricostruire la dinamica dei sinistri ed individuarne la responsabilità.

Più nel dettaglio, la disposizione appena citata riconosce all'assicurato il diritto ad una significativa riduzione del premio qualora acconsenta all'installazione sul proprio veicolo di dispositivi elettronici in grado di registrarne l'attività, ponendo contestualmente a carico delle compagnie assicurative i costi di installazione, disinstallazione e funzionamento degli stessi.

Ebbene, l'anno in corso ha registrato alcuni passi avanti nella predisposizione della regolamentazione attuativa, demandata all'emanazione di tre provvedimenti di competenza, rispettivamente, dell'IVASS, del Ministero dello sviluppo economico e del Ministero delle infrastrutture e trasporti.

È stato, infatti, emanato il d.m. 25 gennaio 2013, n. 5, con il quale quest'ultimo, di concerto con l'altro ministero coinvolto, ha provveduto all'individuazione delle dotazioni e delle funzioni minime delle scatole nere.

L'entrata in vigore del d.m. risulta, peraltro, subordinata all'emanazione del regolamento con il quale l'IVASS, a norma del nuovo art. 132 cod. ass., deve definire le modalità di raccolta, gestione ed utilizzo dei dati registrati, a fini tariffari e per la determinazione della responsabilità in caso di sinistri, nonché le modalità per assicurare l'interoperabilità dei dispositivi in caso di passaggio ad una compagnia assicurativa diversa da quella che ha proceduto all'installazione dei medesimi.

Lo schema di tale regolamento, predisposto dall'istituto, di concerto col Ministero dello sviluppo economico e col Garante per la protezione dei dati personali, è stato sottoposto a procedura di pubblica consultazione, conclusasi il 30 aprile 2013.

In considerazione dell'elevato numero di osservazioni pervenute, le autorità coinvolte nella redazione del provvedimento definitivo stanno valutando l'opportunità di apportare al suddetto schema le modifiche suggerite.

L'incentivo all'installazione di scatole nere e dispositivi elettronici similari sui veicoli assicurati, benché finalizzato a combattere fenomeni fraudolenti (grazie alla possibilità di ricostruire la dinamica dei sinistri, offerta da tali dispositivi) e ad attribuire alle imprese un più ampio margine di personalizzazione del premio sulla base dell'effettiva condotta di guida dell'automobilista, non ha tuttavia mancato di suscitare perplessità e critiche.

La questione su cui si sono annidati i principali dubbi interpretativi attiene all'eventuale obbligatorietà dell'offerta di polizze con scatola nera alla clientela: secondo l'industria assicurativa, la previsione di un vero e proprio obbligo per le imprese di proporre polizze auto abbinata a scatole nere sarebbe, infatti, potenzialmente idonea a provocare, per effetto degli elevati costi di acquisto e gestione delle scatole nere, un sensibile incremento dei prezzi delle polizze, in aperto contrasto con la finalità dell'intervento legislativo.

Il Presidente dell'IVASS, in occasione dell'assemblea annuale dell'ANIA tenutasi il 2 luglio scorso, ha tuttavia ribadito che *«il decisivo contributo alla lotta alle frodi e la riduzione degli indennizzi che ne potrebbe derivare potranno coprire sia un sostan-*

zioso contenimento delle tariffe sia il costo di acquisto e gestione dei dispositivi».

Inoltre, il ricorso presentato dall'ANIA e dalle imprese assicurative aderenti avverso la comunicazione ISVAP del 19 aprile 2012, con la quale l'*Authority* ha interpretato le nuove disposizioni nel senso dell'obbligatorietà dell'offerta di polizze abbinata a scatola nera da parte delle compagnie assicurative, è stato recentemente rigettato dal TAR Lazio (sentenza dell'8 aprile 2013, n. 3530). Il giudice amministrativo ha infatti dichiarato l'inammissibilità del suddetto ricorso in quanto rivolto avverso una mera comunicazione dell'Istituto, priva di qualsivoglia efficacia normativa e contenente semplici riflessioni dell'Autorità in ordine all'interpretazione delle disposizioni introdotte dal legislatore in punto di offerta ai consumatori, accanto a polizze r.c.auto base, di polizze con scatola nera.

Da ultimo, ma non per importanza, si segnala, sempre sul versante della digitalizzazione dei servizi assicurativi, l'intervento finalizzato all'attuazione delle disposizioni relative all'offerta da parte delle compagnie assicurative del c.d. contratto base di assicurazione r.c.auto.

In ottemperanza al disposto dell'art. 22, comma 4, del decreto sviluppo *bis*, il Ministero dello sviluppo economico, previa consultazione dell'IVASS, dell'ANIA, delle associazioni rappresentative degli intermediari e delle principali associazioni dei consumatori, ha predisposto lo schema di decreto volto ad individuare i contenuti minimi del contratto base di assicurazione r.c. auto.

Lo scorso febbraio, l'IVASS ha fornito il proprio parere sullo schema di decreto definito dal Ministero; su quest'ultimo, il 7 marzo scorso si è altresì pronunciato il Consiglio di Stato, il quale ha peraltro sospeso la propria valutazione definitiva in attesa di ricevere dal Ministero gli ulteriori chiarimenti richiesti.

Il Ministero e l'IVASS stanno, inoltre, lavorando alla definizione del modello elettronico che le compagnie assicurative dovranno utilizzare per l'offerta del contratto base tramite i propri siti internet e, contestualmente, al rafforzamento del sistema di preventivazione *on line* tramite l'integrazione del contratto base nel *Tuopreventivatore*, il servizio telematico attraverso il quale i consumatori possono agevolmente confrontare i prezzi delle polizze r.c. auto offerte dalle imprese operanti nel settore.

Resta ferma, in ogni caso, la libertà delle imprese di offrire il contratto base di assi-

curazione r.c. auto al prezzo liberamente fissato da ciascuna di esse in relazione alle caratteristiche del cliente e del veicolo assicurato, nonché di proporre garanzie o servizi aggiuntivi, a patto che il relativo costo sia indicato a parte, al fine di garantire al consumatore la possibilità di valutare l'offerta con maggiore consapevolezza.

La misura in esame, unitamente al previsto divieto di tacito rinnovo delle polizze r.c. auto, dovrebbe dunque contribuire allo sviluppo di sane dinamiche concorrenziali all'interno del mercato r.c. auto, nonché ad una maggiore mobilità dei consumatori, i quali, potendo comparare più facilmente le numerose polizze presenti sul mercato, potranno trovare quella maggiormente adatta alle proprie esigenze in termini di rapporto copertura - premio.

La regolazione del mercato dei contratti pubblici nell'attuale congiuntura economica negativa

(Rocco Junior Flacco)

Dall'analisi degli atti adottati nell'ultimo arco temporale dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture si evince un rafforzamento della tradizionale funzione regolatoria, attraverso un'articolata strutturazione delle regole di selezione preventiva degli ambiti in cui intervenire e delle regole di partecipazione dei soggetti portatori di interessi. Tale dato, in uno con l'aumento delle attribuzioni normative e con l'incrementata capacità di penetrazione nelle dinamiche del mercato dei contratti pubblici, consente all'Autorità di svolgere sempre più efficacemente la propria funzione regolatoria, anche al fine di contemperare il perseguimento dei tradizionali principi ispiratori della materia con le nuove ed impellenti esigenze legate alla crisi economica, in attuazione degli indirizzi espressi dal diritto europeo.

SOMMARIO:1. QUADRO INTRODUTTIVO: RUOLO E FUNZIONI DELL'AUTORITÀ NELL'ATTUALE CONTESTO ECONOMICO E SOCIALE. - 2. L'ATTIVITÀ DI REGOLAZIONE DEL MERCATO DEI CONTRATTI CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. - 3. I RECENTI SVILUPPI DELLA FUNZIONE REGOLATORIA NELL'EVOLUZIONE DEL PANORAMA NORMATIVO E NELL'AZIONE DELL'AUTORITÀ. - 4. LA DEFINIZIONE DEI SETTORI DI INTERVENTO DELL'AUTORITÀ. - 5. INCIDENZA DELLA CRISI ECONOMIA SUGLI INDIRIZZI DELLA REGOLAZIONE: ALCUNI CASI EMBLEMATICI. - 5.1. IL CASO DEI SERVIZI ASSICURATIVI. - 5.2. IL CASO DELLE RETI DI IMPRESA. - 5.3. IL CASO DELLE COOPERATIVE SOCIALI. - 6. LA STANDARDIZZAZIONE DELLE PROCEDURE CONTRATTUALI PUBBLICHE: LE RECENTI POSIZIONI ESPRESSE NEGLI ATTI DELL'AUTORITÀ. - 7. ULTERIORI INTERVENTI REGOLATORI DELL'AUTORITÀ: RECENTI ASSESTI IN TEMA DI PUBBLICAZIONE DEGLI ATTI. - 8. CONCLUSIONI.

1. QUADRO INTRODUTTIVO: RUOLO E FUNZIONI DELL'AUTORITÀ NELL'ATTUALE CONTESTO ECONOMICO E SOCIALE

Nella proposte di revisione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici il legislatore europeo sembra spingere verso un maggior ricorso ad un uso strategico del sistema degli appalti, nel senso di considerarli, sotto determinate ipotesi, quale strumento di politica industriale, sociale, ambientale e di innovazione.

In tale ottica sono stati approntati importanti interventi normativi in diversi settori: nell'ambito dell'esigenza di razionalizzazione della spesa pubblica, in particolare, merita un cenno l'art. 17 del decreto legge n. 98/2011, convertito nella legge n.

111/2011, e successivamente modificato ad opera del decreto legge n. 95/2012, a sua volta convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 135, il quale ha attribuito all'Osservatorio dei Contratti Pubblici presso l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, (nel prosieguo l'Autorità), il compito di elaborare e pubblicare dei prezzi di riferimento relativi a dispositivi medici, farmaci per uso ospedaliero e servizi sanitari e non sanitari individuati dall'Agenzia per i servizi sanitari regionali (AGENAS), con l'obiettivo di fornire uno strumento di *benchmark* per la razionalizzazione della spesa sanitaria delle regioni. Tale importante settore, cui è sembrato opportuno fare cenno, è oggetto di approfondita analisi in un altro elaborato appositamente dedicato, nell'ambito della medesima area di ricerca cui afferisce il presente lavoro.

Tornando all'oggetto specifico della presente analisi, deve segnalarsi che il percorso di riforma maturato nel contesto europeo mostra una convergenza di obiettivi con il percorso già avviato in sede nazionale, in particolare in materia di promozione dell'accesso delle PMI al mercato degli appalti pubblici, di informatizzazione per rendere più efficaci e trasparenti le procedure di aggiudicazione, e di valorizzazione della centralizzazione della committenza.

In tale contesto si inserisce l'azione regolatoria dell'Autorità, l'evoluzione della quale tende ad una forma di regolazione-indirizzo del mercato dei contratti pubblici che si fonda non più soltanto sull'autorevolezza istituzionale, come di consueto accade per le c.d. forme di *soft law*, ma anche sulla concreta capacità di individuare e risolvere i principali nodi problematici della materia, attraverso la facilitazione del confronto costruttivo tra i diversi portatori di interesse, non ultimi quelli rappresentativi delle istanze consumeristiche⁵⁶.

Per queste ultime, in particolare, si rileva, rispetto al passato, una maggiore considerazione all'interno delle dinamiche regolatorie del mercato dei contratti pubblici, secondo un approccio di ampliamento degli interessi rilevanti ad oggi, tuttavia, solo avviato e del quale si auspica un significativo rafforzamento per il futuro, come si avrà modo di esporre nel prosieguo del presente lavoro.

L'Autorità, a ben vedere, svolge fin dalla sua istituzione attività di vigilanza su una

56 Sul punto vedi AVCP, *L'attività di regolazione a favore dei soggetti della domanda e dell'offerta dei contratti pubblici*, in *Relazione annuale 2012*, Roma, p. 193, reperibile in www.avcp.it.

parte consistente della spesa pubblica⁵⁷. Ammonta, infatti, a circa 160 miliardi di euro il complesso delle spese nei lavori, servizi e forniture, secondo le ultime stime della stessa Autorità (Fonte: AVCP - Dossier di inizio legislatura 2012).

Come sottolineato più volte dalla dottrina, l'ideazione di un'authority specializzata nel settore dei contratti pubblici deve considerarsi una diretta derivazione della spinta impressa dall'ordinamento europeo, circa la valorizzazione del settore dei contratti con la pubblica amministrazione, quale ambito in cui introdurre ed implementare dinamiche concorrenziali: tale essenziale nesso funzionale è rimasto, nel tempo, costante.

A ben vedere, infatti, l'Autorità, istituita solo nel 1999, ha visto ridefinire sostanzialmente le proprie funzioni sulla base delle istanze del diritto europeo: il percorso essenziale in tal senso può considerarsi avviato dall'art. 81, comma 2, della direttiva n. 2004/18/CE e dall'art. 72, comma 2, della direttiva n. 2004/17/CE e proseguito fino alla conformazione assunta dall'autorità nel quadro del d. lgs. n. 163/2006, c.d. codice dei contratti pubblici, incentrata sull'attribuzione all'Autorità stessa di nuove funzioni di raccolta e gestione di dati e informazioni, funzionali alla semplificazione della pratica amministrativa di partecipazione alle gare, unitamente alla garanzia di una maggiore trasparenza della pubblica amministrazione e di una maggiore efficienza della spesa pubblica.

Con tali finalità, l'Autorità esercita un'attività di vigilanza e di regolazione sui contratti pubblici, non solo di interesse statale, ma anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture, compiendo una generale analisi circa l'andamento del relativo mercato.

Nell'ambito dell'attività di vigilanza assume un particolare rilievo, in ragione della funzione di collegamento interistituzionale svolta dall'Autorità, il potere di segnalazione al Governo ed al Parlamento, con apposita comunicazione, circa la sussistenza

57 In merito, si rimanda a P. LAZZARA, *L'Autorità di vigilanza sui pubblici contratti tra interesse pubblico e concorrenza. Il ruolo dei consumatori*, in *Consumerism: Rapporto 2012*, Roma, 2012, p. 153; P. LAZZARA, *Autorità di vigilanza sui lavori pubblici*, in P. STELLA RICHTER, A. BARGONE (a cura di), *Manuale del diritto dei lavori pubblici: la riforma e i procedimenti di attuazione*, Milano, 2001, p. 71; di rilievo, inoltre, le considerazioni svolte da S. AMOROSINO, *L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici: profili di diritto dell'economia*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, p. 1741.

di fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa sui contratti pubblici: a completamento di tale attività, l'Autorità formula anche al Governo proposte in ordine alle modifiche alla legislazione di riferimento e di revisione del regolamento. Infine predispose ed invia al Governo ed al Parlamento una relazione annuale nella quale si evidenziano le disfunzioni riscontrate nel settore dei contratti pubblici.

Al potere di vigilanza si assommano, poi, l'attribuzione di un potere ispettivo e di un potere sanzionatorio, strettamente legato al primo: deve, a tal proposito, evidenziarsi che il potere ispettivo non è accompagnato da effettivi poteri di intervento nei casi di riscontrata inosservanza della disciplina di settore.

L'Autorità, infatti, è dotata del potere di incidere direttamente sulle procedure concorsuali solo nell'ambito del sistema di qualificazione: nelle altre ipotesi, infatti, le deliberazioni adottate nei casi concreti hanno il valore di pareri non vincolanti in virtù dei quali, in caso di accertamento di comportamenti difformi dalle discipline di settore, si provvede ad un mero invito al riesame dei provvedimenti adottati, ai fini dell'annullamento o della modifica degli stessi in sede di autotutela.

L'altra essenziale funzione assolta dall'Autorità è quella di regolazione del mercato dei contratti con la pubblica amministrazione: una regolazione di tipo "*debole*", ossia basata sull'esercizio di poteri di *soft law* con l'obiettivo di orientare gli operatori del mercato vigilato mediante la formulazione di regole di comportamento secondo parametri giuridici, economici e di efficienza.

2. L'ATTIVITÀ DI REGOLAZIONE DEL MERCATO DEI CONTRATTI CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Come accennato, l'attività di regolazione assolta dall'Autorità si qualifica come regolazione "*in senso debole*", che non incide sulle scelte politiche o discrezionali della Pubblica Amministrazione, ma che interviene nel campo della cosiddetta discrezionalità tecnica, laddove vi siano lacune normative o dubbi interpretativi. Una regolazione, quindi con la quale si intende coniugare l'interesse pubblico alla corretta esecuzione del contratto con l'esigenza di chiarificazione e di semplificazione delle

relative procedure, sempre più avvertita dagli operatori del settore, attraverso un'azione di indirizzo piuttosto che strettamente impositiva. Nell'ambito dell'esercizio di tali prerogative, l'Autorità funge da ausilio per le amministrazioni aggiudicatrici nell'esercizio della propria attività contrattuale, attraverso la diffusione delle migliori pratiche e delle buone prassi: con tale finalità è stato delineato, ad esempio, il sistema del bando-quadro e dei bandi-tipo, di cui all'art. 64, comma 4-*bis*, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, apportata dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, per una disamina approfondita del quale, si rimanda alla relazione svolta in occasione della scorsa edizione di questo Rapporto.

Nello svolgimento della propria attività di regolazione del mercato dei contratti pubblici, l'Autorità assume, di fatto, il ruolo di *'luogo di confronto'* tra i diversi interessi rilevanti e i relativi soggetti esponenti: tale funzione viene assolta attraverso lo svolgimento di procedure di consultazione, anche in forma elettronica, in cui tutti i soggetti portatori di interessi possono chiedere di essere ammessi a produrre la proprie osservazioni, in forma normalmente pubblica e solo eccezionalmente riservata, sulla base di un testo di riferimento definito dall'Autorità. In materia ha impresso un'evoluzione decisiva il Regolamento sulla partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 243 del 18 aprile 2011.

Un organo ausiliario che svolge un essenziale ruolo strumentale per l'azione dell'Autorità è, poi, costituito dall'Osservatorio dei contratti pubblici. Questa struttura svolge un'attività di monitoraggio continuo del mercato di riferimento, attraverso la raccolta ed l'elaborazione dei dati informativi concernenti i contratti pubblici, anche attraverso varie forme di cooperazione con analoghe strutture operanti presso altre amministrazioni pubbliche. Ha, inoltre, il compito di determinare annualmente i costi standardizzati su tipo di lavoro, servizio o fornitura, in relazione a specifiche aree territoriali. Presso l'Osservatorio è istituito, inoltre, il Casellario informatico delle imprese qualificate, costituito sulla base delle attestazioni trasmesse dalle SOA e delle comunicazioni delle stazioni appaltanti.

3. I RECENTI SVILUPPI DELLA FUNZIONE REGOLATORIA NELL'EVOLUZIONE DEL PANORAMA NORMATIVO E NELL'AZIONE DELL'AUTORITÀ

Nell'ambito del quadro funzionale regolatorio, sono intervenute nell'arco dell'ultimo anno importanti modificazioni normative, volte alla promozione di una maggiore efficacia ed efficienza della spesa pubblica, della semplificazione delle procedure amministrative, alla riduzione dei costi di partecipazione alle gare, e ad una maggiore possibilità di accesso delle piccole e medie imprese alle procedure di gara.

In tal senso, infatti, dispongono i recenti interventi in tema di normativa antimafia, *white list* e *rating* di legalità: in tale ambito si inserisce anche la definizione di un protocollo d'intesa tra l'Autorità e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, al fine di collaborare all'attività di valutazione delle imprese per l'attribuzione a queste di un *rating* di legalità (art. 5-ter del decreto legge n. 1/2012). Del *rating* si tiene conto in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario.

Importante, poi, il tema della c.d. "*spending review*", di cui al decreto legge n. 52/2012. Quest'ultimo intervento, in particolare, ha attribuito all'Autorità un importante ruolo in merito alla trasparenza dell'attività contrattuale pubblica in tutte le sue fasi: a tal fine, l'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, che opera presso l'Autorità, rende pubblici, attraverso il proprio portale, i dati e le informazioni comunicati dalle stazioni appaltanti relativi al conferimento dei bandi, dei verbali di gara, i soggetti invitati, l'importo di aggiudicazione, il nominativo dell'affidatario e del progettista. Inoltre, limitatamente ai settori ordinari, l'inizio dei lavori, lo stato di avanzamento e l'ultimazione dei lavori, servizi e forniture, l'effettuazione del collaudo e l'importo finale.

Di rilievo anche il recente intervento in materia di anticorruzione, di cui alla legge n. 190/2012, in virtù del quale l'Autorità è stata chiamata a costituire e a curare una apposita banca dati e a redigere, a tal fine, uno schema tipo sulla base del quale sono pubblicati i costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche, ai sensi dell'art. 1, comma 15, con l'obiettivo di incrementare il livello di trasparenza anche nella fase di esecuzione dei relativi contratti.

Segue, invece, un obiettivo di semplificazione, nell'ottica della qualificazione delle parti pubbliche dei contratti, la previsione di cui all'art. 33-ter del decreto legge n. 179/2012, con cui viene istituita presso l'Autorità un'anagrafe unica delle stazioni appaltanti.

In ragione di una tale evoluzione del contesto normativo di riferimento, l'Autorità ha implementato la propria funzione di regolazione e di indirizzo, con l'obiettivo di dare soddisfazione ad una crescente domanda, proveniente dal mercato dei contratti con la pubblica amministrazione, di standardizzazione delle procedure di gara, nell'ottica di una riduzione sia dei costi di partecipazione delle imprese alle gare, sia del relativo contenzioso.

A ben vedere, l'incremento del livello e dell'intensità delle istanze rivolte dal mercato verso l'Autorità sta concretamente spostando l'attività di regolazione di quest'ultima dall'originaria dimensione di *soft-law*, verso forme più incisive e dirette: in tale chiave, infatti, deve leggersi la preparazione, da parte dell'Autorità stessa di un nuovo Regolamento per l'Analisi di Impatto della Regolazione (A.I.R.) il quale andrà ad affiancarsi al Regolamento per la partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità (2011).

Il regolamento sull'A.I.R., in particolare, andrà a disciplinare le modalità di scelta degli ambiti su cui intervenire, dei provvedimenti su cui condurre un'analisi di impatto della regolazione, dei soggetti interessati dal provvedimento (innanzitutto stazioni appaltanti e operatori economici) da coinvolgere nella consultazione e le relative modalità di coinvolgimento, nonché dovranno essere individuate le modalità per trattare le risposte pervenute, specie quando contengono valutazioni non coerenti con l'atto finale adottato, e per la verifica ex post di impatto della regolazione.

L'adozione di tale regolamento, pertanto, consentirà di avere un riferimento normativo stabile circa le modalità di scelta dei settori in cui intervenire, con incremento da una parte delle garanzie di certezza del diritto, dall'altra della funzione di prevenzione generale assoluta dall'azione dell'Autorità, in merito alle prassi e ai comportamenti non in linea con il corretto andamento di un mercato concorrenziale dei contratti pubblici.

4. LA DEFINIZIONE DEI SETTORI DI INTERVENTO DELL'AUTORITÀ

Con riferimento ai principali provvedimenti adottati nel periodo 2012-2013 si può osservare, in generale, come la scelta dei settori su cui intervenire si sia assestata su tre macro-aree, determinate in ragione di:

a) modifiche normative che hanno assegnato nuove competenze all'Autorità, come è nel caso della determinazione n. 1/2012, contenente indicazioni applicative sui requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici e della determinazione n. 4/2012 - BANDO-TIPO;

b) manifestazione, da parte degli operatori e del mercato dei contratti pubblici, di incertezze interpretative sulla normativa di settore segnalandosi, in merito, la determinazione n. 1/2013, avente ad oggetto indicazioni interpretative concernenti la forma dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 11, comma 13, d. lgs. n. 163/2006;

c) emersione di criticità nell'ambito nel corso dell'attività di vigilanza dell'Autorità, come è stato il caso della determinazione n. 2/2012, in materia di avvalimento, della determinazione n. 3/2012 concernente gli affidamenti in deroga a favore di cooperative sociali e della determinazione n. 2/2013 relativa ad affidamenti di servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa.

Da quanto appena riportato, l'azione dell'Autorità nel suo complesso risulta caratterizzata da un livello di centralità istituzionale crescente nello sviluppo del quadro normativo di riferimento, nonché da una notevole capacità di ricezione e di tempestiva elaborazione delle istanze manifestate dagli operatori del mercato dei contratti pubblici, unitamente ad un elevato livello di integrazione tra le proprie specifiche funzioni, coerentemente con l'obiettivo finale di rappresentare *“l'interlocutore privilegiato”* per i soggetti che operano sul mercato di riferimento.

Per l'adozione delle determinazioni sopracitate, infatti, l'Autorità ha provveduto a rendere quanto più possibile *“aperti”* i procedimenti decisionali, sia attraverso la conduzione di estese procedure di consultazione di tipo tradizionale, condotte anche in più fasi distinte e successive, alle quali sono stati invitati a prendere parte numerosi soggetti interessati, quali istituzioni, organismi rappresentativi di stazioni appaltanti e di operatori economici, etc., sia, nei casi in cui queste non si siano tenu-

te, attraverso le cosiddette consultazioni on-line, aperte a tutti i soggetti comunque interessati.

Nell'ipotesi di provvedimenti dal contenuto più spiccatamente tecnico, come ad esempio è stato il caso della determinazione 3/2012 sulle cooperative sociali, la predisposizione del documento di base è avvenuta al termine dei lavori di un tavolo tecnico più ristretto, a cui hanno partecipato i soggetti coinvolti dalla materia: pur nel perseguimento dell'obiettivo della maggiore apertura possibile, infatti, l'Autorità dimostra di aver garantito un'elevata coerenza funzionale tra la il coinvolgimento di soggetti terzi e il contenuto del provvedimento in via di adozione, onde non svilire in concreto l'essenziale apporto fornito dagli strumenti partecipativi.

Il rischio sotteso, che è stato brillantemente evitato nell'azione dell'Autorità, era, in altri termini, quello di utilizzare moduli partecipativi eccessivamente ampi, rispetto al reale contenuto degli atti in via di adozione, lasciando la partecipazione in una dimensione meramente formale scarsamente utile: da una parte, infatti, la non coincidenza tra l'ampio novero dei soggetti partecipanti e l'effettiva dimensione degli interessi coinvolti dal provvedimento, dall'altro la mancanza di una qualificazione specifica in capo ai soggetti chiamati a fornire il proprio apporto partecipativo su questioni di carattere squisitamente tecnico, avrebbero potuto rendere il momento partecipativo come una fase procedimentale di mero aggravamento priva di una propria effettiva utilità.

Di rilievo, a riprova dell'attenzione riservata dall'Autorità ai contenuti concreti e alla reale efficacia della partecipazione alle procedure di consultazione, appare il dato che nella procedura di adozione della determinazione n. 2/2013 (in materia di assicurazioni) si provveduto a redigere un "*Documento di lavoro*" contenente l'indicazione specifica delle motivazioni per le scelte effettuate dall'Autorità, unitamente ad una risposta puntuale circa le osservazioni ricevute nel corso della relativa consultazione, anche in ragione di riferimenti puntuali alla giurisprudenza, alla letteratura economica in materia e ad esperienze estere, rappresentando anche i possibili vantaggi e svantaggi dell'adozione di soluzioni alternative.

5. INCIDENZA DELLA CRISI ECONOMIA SUGLI INDIRIZZI DELLA REGOLAZIONE: ALCUNI CASI EMBLEMATICI

La congiuntura economica fortemente negativa degli ultimi anni ha prodotto ripercussioni generalizzate sia dal punto di vista della spesa pubblica, favorendo un'intensificazione delle istanze di razionalizzazione e di riassetto, sia al livello di attività economica privata, imponendo una maggiore attenzione alle esigenze di quanti non riescono ad operare con efficienza ed efficacia nel mercato.

L'attività di regolazione svolta dall'Autorità, dal canto suo, non è rimasta indifferente a queste nuove istanze, fornendo un'essenziale supporto nell'ambito di uno dei mercati che, come si è evidenziato all'inizio del presente lavoro, presenta un elevato potenziale in termini di volume d'affari.

Importanti provvedimenti di regolazione emanati nell'ultimo periodo, infatti, risultano determinati da una complessa valutazione preventiva circa l'*an* ed il *quomodo* dell'intervento regolatorio, in cui un ruolo importante ha svolto l'interesse a dare pieno sviluppo alle potenzialità economiche dei vari settori della contrattualistica pubblica.

Si possono considerare, al riguardo, la richiamata determinazione sulle assicurazioni, nella quale sono contenute indicazioni su come aumentare la concorrenza nel mercato di riferimento, l'atto di segnalazione relativo alle misure per la partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici, volto ad estendere la possibilità di partecipare alle gare anche alle piccole e medie imprese, nonché la determinazione n. 3 del 2012, relativa alle modalità di partecipazione delle cooperative sociali.

5.1. *Il caso dei servizi assicurativi*

Il primo di questi provvedimenti, è costituito dalla determinazione n. 2/2013, relativa a "*questioni interpretative concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa*"⁵⁸. Si tratta, infatti, di un intervento che, pur finalizzato

58 Il riferimento è ad AVCP, *Questioni interpretative concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa*, Determinazione n. 2 del 13 marzo 2013, in G.U., Serie generale, n. 80 del 5 aprile 2013.

sempre a garantire l'efficacia e l'efficienza delle procedure di gara, va oltre la mera interpretazione delle norme del Codice, cercando di agire su prassi consolidate del mercato. A tal fine, si prevede nel provvedimento, saranno necessari anche atti regolamentari aggiuntivi, tra cui la predisposizione di bandi-tipo, che contribuiranno alla definizione di un assetto generale ed integrato degli atti di regolazione in materia.

Dal rilevato punto di vista della necessità di sviluppare appieno un mercato dalle inesprese potenzialità, l'Autorità ha valutato l'opportunità dell'intervento anche in ragione del dato che *«il disegno dei bandi di gara non sempre è funzionale a garantire la partecipazione delle imprese. In molti casi chi vuole partecipare non ha elementi sufficienti per quotare il rischio e preferisce evitare di assumere impegni che possano comportare perdite elevate. Solo il precedente assicuratore è in grado, in molti casi, di partecipare alla gara poiché conosce il rischio da assumere. I dati dell'Osservatorio testimoniano in modo inequivocabile tale situazione: oltre il 30% delle gare non viene aggiudicato e circa due terzi delle gare aggiudicate lo è a seguito della presentazione di una sola offerta»* (fonte: Relazione annuale AVCP 2012).

Ovviamente, il fine principale della regolazione rimane sempre quello della garanzia della concorrenzialità del mercato di riferimento, ed infatti nella medesima determinazione l'Autorità indica, come requisito imprescindibile per garantire una maggiore partecipazione e la par condicio tra i partecipanti alle gare, la messa a disposizione di un set informativo completo; solo che tale primigenia funzione viene ad essere interpretata anche alla luce dell'esigenza di rendere più appetibile e remunerativo per la parte privata l'ingresso nel mercato. In questa chiave di lettura, infatti, deve intendersi l'ulteriore rilievo posto nella determinazione n. 2/2013, laddove si indica l'opportunità di far convergere tutte le informazioni necessarie ad un unico soggetto incaricato della gestione del prodotto assicurativo, permettendo di superare anche un ulteriore aspetto segnalato dalle imprese di assicurazione circa la difficoltà di gestire la polizza, dovendo trattare con più strutture diverse della stessa amministrazione.

Sempre su questa linea, devono essere intese le indicazioni dell'autorità in tema di procedura ad evidenza pubblica, per l'aggiudicazione dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa: particolarmente rilevante, sul punto, appare l'indica-

zione secondo cui l'Autorità ritiene necessario che le stazioni appaltanti pongano essere iniziative articolate e differenziate di prevenzione dei rischi e di gestione dei sinistri, fondamento necessario per contribuire a ridurre il costo della singola polizza e rendere più appetibile per il mercato la fornitura di un servizio assicurativo specifico.

Particolare attenzione, poi, è stata dedicata dall'Autorità alla definizione delle modalità di remunerazione del servizio di intermediazione assicurativa, in ragione della ritenuta contrarietà rispetto alla disciplina del codice dei contratti pubblici dell'attuale sistema, che struttura la remunerazione del broker assicurativo in commissioni calcolate in percentuale dei premi futuri. Punto nodale, in tal senso, è rilievo condotto dall'Autorità, secondo cui la suddetta percentuale verrebbe ad oggi calcolata su valori non noti al momento in cui si effettua la valutazione delle offerte per il servizio di brokeraggio, ossia i premi futuri: tali valori, infatti, vengono ad essere influenzati dalla variabile rappresentata dall'attività dell'intermediario, attraverso le attività di prevenzione dei rischi e di gestione dei sinistri, di individuazione dei fabbisogni assicurativi e di collaborazione alla predisposizione dei bandi di gara. Inoltre, poiché la remunerazione è, in parte, legata ai risultati della sua attività è inevitabile che si creino conflitti di interesse e incentivi distorti per il broker. Per ovviare a siffatte distorsioni, l'Autorità indica la necessità di individuare forme alternative di remunerazione del broker, indicando anche alcune possibili alternative, corredate da una valutazione comparativa circa i possibili vantaggi e svantaggi.

Sempre con riferimento al profilo della remunerazione dell'attività di intermediazione assicurativa, l'Autorità ha poi affrontato anche il tema della presunta gratuità del servizio di intermediazione assicurativa, sostenuta da una parte minoritaria della giurisprudenza amministrativa e da taluni dei partecipanti alla consultazione. Sulla base di una rassegna della giurisprudenza e di analisi economiche sono state illustrate le ragioni per cui si ritiene di non poter aderire a tale prospettazione: a tal proposito, l'Autorità ha osservato che l'idea secondo cui il contratto non sarebbe a titolo oneroso condurrebbe diverse stazioni appaltanti a non assegnare alcun ruolo al prezzo in sede di valutazione delle offerte e a basare la relativa valutazione su criteri dimensionali delle imprese. Si tratta anche in questo caso, a detta dell'Autorità, di comportamenti non in linea con il Codice dei contratti pubblici, nonché contrari al già rilevato indirizzo attuale di incremento dell'apertura del relativo mercato anche

agli operatori economici di dimensioni più ridotte.

5.2. Il caso delle reti di impresa

Per quanto concerne il settore delle reti di impresa, il riferimento essenziale è costituito dall'atto di segnalazione dell'Autorità n. 2 del 27 settembre 2012, recante: *"misure per la partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici"*, seguito dall'emanazione del decreto legge n. 18/10/2012, n. 179 (c.d. 2° Decreto Sviluppo)⁵⁹: si tratta, in breve, dell'ampliamento dei criteri di legittimazione alla partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, in favore di forme associative di piccole realtà imprenditoriali le quali, singolarmente, non avrebbero potuto accedere al mercato dei contratti con la pubblica amministrazione.

Nello specifico, con l'atto di segnalazione n. 2/2012 l'Autorità ha suggerito un intervento normativo volto ad introdurre nel codice dei contratti pubblici alcune essenziali regole, indispensabili per consentire la partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara.

A tale fine era stata condotta nel luglio 2012 un'apposita consultazione con gli operatori di settore, su alcuni punti essenziali della materia, quali la definizione del meccanismo di partecipazione alle gare, il possesso dei requisiti di qualificazione, la partecipazione alle reti di impresa da parte di professionisti ed alcune problematiche in fase di esecuzione del contratto.

Come evidenziato nella Relazione per l'anno 2012 sull'attività svolta dall'Autorità, si tratta di un settore di particolare importanza strategica, soprattutto in ragione dell'attuale congiuntura economica fortemente negativa: infatti, la consistente riduzione della spesa pubblica generata, in primo luogo, dalla scarsità di risorse finanziarie a disposizione dei soggetti pubblici, ha comportato una sensibile flessione della spesa destinata agli appalti.

La contrazione della spesa nel mercato dei contratti pubblici, il cui valore nel 2012 si è ridotto a circa 95,3 miliardi di euro - ben dieci miliardi in meno rispetto ai 100,1 mi-

⁵⁹ Il riferimento è ad AVCP, *Misure per la partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici*, Atto di segnalazione n. 2 del 27 settembre 2012, in www.avcp.it.

liardi di euro (IVA esclusa) dell'anno precedente - ha determinato forti ripercussioni negative sull'occupazione nei settori correlati, basti pensare che, come ricordato, nel settore dei contratti pubblici nel 2012 la flessione dell'occupazione ha portato ad un calo mediamente stimato di circa 76.000 unità rispetto all'anno precedente.

Al riguardo va, tuttavia rilevato che la tendenza indicata non è stata uniforme nel mercato dei contratti pubblici, in quanto nel settore dei contratti di fornitura si registra solo un calo contenuto - appena il 2,4%, a fronte del 25% nel settore dei lavori - mentre il valore dei contratti di servizi è addirittura in crescita, anche se in questo caso bisogna segnalare che il dato positivo è sensibilmente influenzato dalla presenza di un affidamento di importo superiore ai cinque miliardi di euro.

Nell'ambito della spesa pubblica, poi, l'impatto della crisi è stato aggravato dalla rigidità della programmazione preventiva, che non consente l'adozione di meccanismi di adeguamento immediato dei rapporti negoziali alle esternalità negative di mercato, come invece può avvenire nel settore privato.

Secondo l'Autorità, sul punto, *«va altresì considerata la peculiarità della conformazione del sistema industriale italiano, nel quale si registra il numero più elevato di micro imprese rispetto ad altri Paesi simili per capacità produttiva e dimensioni. Tale circostanza che dovrebbe indurre a promuovere le condizioni per valorizzare ciò che, in generale, può costituire una risorsa, nell'attuale contesto di crisi rappresenta piuttosto un elemento di debolezza del sistema. Le piccole e medie imprese, infatti, sono quelle che maggiormente hanno risentito degli effetti negativi della riduzione della spesa pubblica e del credit crunch»*⁶⁰.

Diversi, in ragione di tali elementi, sono stati gli interventi normativi, volti a promuovere, e talvolta anche a sostenere, tali forme di impresa: tra questi si annoverano diversi interventi sul testo del Codice dei contratti pubblici, volti a facilitare e ad estendere l'accesso al mercato dei contratti con la pubblica amministrazione, come ad esempio l'introduzione, nell'ambito dei principi generali indicati nell'art. 2 del codice, della possibilità di suddividere gli appalti in lotti funzionali, ove economicamente conveniente, nel rispetto della disciplina comunitaria e proprio con lo specifico fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese; si afferma, inoltre, l'innovativo principio secondo il quale i criteri di partecipazione alle gare devono

60 Così AVCP, *Scenari evolutivi*, in *Relazione annuale 2012*, cit., p. 334.

essere tali da non escludere le piccole e medie imprese.

In quest'ambito, l'approvazione del decreto legge n. 179/2012, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, ha permesso alle imprese aggregate in forma di contratto di rete la partecipazione alle gare d'appalto secondo la disciplina prevista per i raggruppamenti temporanei di imprese.

Tale previsione potrà rappresentare, per il futuro, uno strumento importante di crescita del mercato dei contratti pubblici, sia in ragione del fatto che il fenomeno delle reti di imprese è in progressivo sviluppo nel nostro sistema industriale, sia del fatto che la "rete" può costituire un'opportuna forma di aggregazione stabile dell'offerta, in grado di soddisfare in modo più efficiente il progressivo aumento di volumi di domanda conseguente alla tendenziale crescita di ipotesi di aggregazione tra stazioni appaltanti promossa dai più recenti interventi normativi.

L'attività regolamentare dell'Autorità in merito è proseguita attraverso l'adozione, a seguito di un'ampia consultazione on-line, di un apposito provvedimento regolatorio, la determinazione n. 3/2013⁶¹, volto a fornire alcune prime indicazioni circa le concrete modalità di partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara: il fine è stato quello di superare le possibili criticità applicative, anche in considerazione dell'avvenuta introduzione del principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici⁶². Punto centrale della posizione espressa dall'Autorità è stata l'affermazione di un principio di differenziazione, circa la modalità partecipativa alla procedura ad evidenza pubblica, in ragione del grado di strutturazione proprio delle singole reti considerate, avuto riguardo anche all'oggetto della specifica gara: il contratto di rete, infatti, consente di formalizzare schemi di coordinamento altamente differenziati quanto alla funzione ed all'intensità del vincolo tra i partecipanti.

61 Il riferimento è ad AVCP, *Partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici ai sensi degli articoli 34 e 37 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Determinazione n. 3 del 23 aprile 2013, in G.U., Serie generale, n. 120 del 24 maggio 2013.

62 Sul punto, si rimanda ad AVCP, *BANDO-TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici*, Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, in www.avcp.it.

5.3. *Il caso delle cooperative sociali*

Un ulteriore settore di intervento regolatorio dell'Autorità, che appare interessante nella prospettiva di una valutazione dell'impatto della crisi economica sul mercato dei contratti pubblici è rappresentato dalla determinazione n. 3 del 1 agosto 2012, contenente le linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell' art. 5, comma 1, della legge n. 381/91⁶³; il provvedimento reca, inoltre, alcune indicazioni relative all'applicazione dell'art. 69 del codice, in tema di c.d. clausole sociali. Oggetto centrale delle linee guida, seguite ad un'ampia consultazione con le stazioni appaltanti e gli operatori economici interessati, sono una serie di chiarimenti in ordine all'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo del citato art. 5 e circa le modalità di affidamento delle relative convenzioni. L'inquadramento giuridico della questione è fondato, secondo l'Autorità, dall'art. 45 della Costituzione, cui la norma in esame da diretta applicazione: si tratta, infatti, del principio costituzionale secondo cui: «*la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata*» e ne promuove e favorisce, attraverso la legge, «*l'incremento con i mezzi più idonei, assicurandone, con opportuni controlli, il carattere e le finalità*», da leggere anche alla luce delle più recenti tendenze del diritto europeo, volte ad implementare il livello di integrazione degli aspetti sociali nella materia della contrattualistica pubblica.

In tale quadro generale, le linee guida elaborate dall'Autorità puntualizzano che le convenzioni possono essere stipulate da tutti gli enti pubblici, compresi quelli economici e le società a partecipazione pubblica. Soggetti beneficiari delle convenzioni di inserimento lavorativo, per contro, sono esclusivamente le cd. cooperative sociali di tipo "B", ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. b), legge n. 381/1991.

Già in passato l'Autorità aveva affermato che l'iscrizione all'albo regionale costituisce condizione necessaria per la stipula delle convenzioni, da parte delle cooperative sociali aventi sede in Italia e dei loro consorzi⁶⁴.

Circa l'ambito oggettivo di applicazione, le linee guida evidenziano che oggetto del-

63 Il riferimento è ad AVCP, *Linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge n. 381/1991*, Determinazione n. 3 del 1 agosto 2012, in G.U., Serie generale, n. 185 del 9 agosto 2012.

64 In tal senso, in particolare, si veda il Parere AVCP n. 40 del 2 aprile 2009, in www.avcp.it.

la convenzione possono essere servizi e forniture al di sotto della soglia di rilievo comunitario, con esclusione dei lavori e dei servizi pubblici di rilevanza economica.

L'oggetto della convenzione, tuttavia, non deve esaurirsi nella mera fornitura di beni e servizi, poiché esso deve essere dal perseguimento di una specifica finalità di carattere sociale, consistente nel reinserimento lavorativo di soggetti svantaggiati. Tale dato consente la deroga alle regole ordinarie dettate dal codice dei contratti per gli appalti sotto soglia, e deve essere tenuto nella dovuta ed considerazione, assieme al monitoraggio successivo, sia nella convenzione, sia nella determina a contrarre, a monte della procedura ad evidenza pubblica, di cui all'art. 11, comma 2, codice dei contratti pubblici, assieme alla necessità di limitare la durata di tali convenzioni entro un tempo ragionevole.

Sul punto relativo alle modalità di affidamento di questa tipologia di convenzione, l'Autorità conferma la necessità di escludere una deroga completa al generale obbligo di sottoposizione al confronto concorrenziale, il quale, in questo particolare ambito, sarà garantito attraverso forme di pubblicità preventiva. Nello specifico, viene richiamata quella *best practice* di settore, secondo la quale, nell'ambito della programmazione dell'attività contrattuale, anche se non necessariamente formalizzata nel programma facoltativo di cui all'art. 271 del regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici, l'amministrazione aggiudicatrice individua preventivamente le esigenze di approvvigionamento di beni e servizi che possono essere soddisfatte mediante le convenzioni ex art. 5 della legge n. 381/1991, per poi procedere alla pubblicazione, sul proprio profilo committente, di un avviso pubblico, atto a rendere nota la volontà di riservare parte degli appalti di determinati servizi e forniture alle cooperative sociali di tipo B, per le finalità di reinserimento lavorativo di soggetti svantaggiati. Resta confermata, ad ogni modo, l'opportunità di procedere ad una procedura competitiva di tipo negoziato, nell'ipotesi in cui sussistano più cooperative interessate all'aggiudicazione della medesima convenzione.

La determinazione specifica, inoltre, che l'ambito della deroga al Codice dei contratti è limitato alle sole procedure di aggiudicazione: è, quindi, applicabile la disciplina dettata dal Codice dei contratti e dal regolamento attuativo sia per quanto attiene ai requisiti di partecipazione ed alle specifiche tecniche sia per l'esecuzione delle prestazioni, nonché con riguardo agli obblighi di comunicazione nei confronti

dell'Autorità.

Nelle linee guida si affronta, infine, il tema delle cd. clausole sociali, previste in via specifica dall'art. 5, comma 4, della legge n. 381/1991 e, in via generale, dall'art. 69 del codice dei contratti secondo cui: *«le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali o ambientali»*.

Ne consegue la necessità che dette clausole sociali siano, ad ogni modo, conformi ai principi di diritto europeo di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

Le linee guida rammentano, da ultimo, che l'art. 69, comma 3, codice dei contratti pubblici ha previsto la possibilità per le stazioni appaltanti di richiedere, in questo settore, un parere preventivo non vincolante all'Autorità, confermando in tal modo l'importanza della funzione regolatoria assolta da quest'ultima, anche attraverso la possibilità di intervenire ad indirizzare singole procedure di affidamento.

6. LA STANDARDIZZAZIONE DELLE PROCEDURE CONTRATTUALI PUBBLICHE: LE RECENTI POSIZIONI ESPRESSE NEGLI ATTI DELL'AUTORITÀ

L'obiettivo della semplificazione e della trasparenza nel settore dei contratti pubblici deve considerarsi al centro dell'attività di regolazione svolta dall'Autorità: in quest'ambito, infatti, si inserisce l'importante sistema di definizione dei bandi-tipo, cui si è fatto cenno nell'ambito del presente lavoro. In questa sede, tuttavia, merita una notazione specifica l'adozione da parte dell'Autorità della deliberazione n. 111/2012, che ha istituito un sistema per la verifica on-line dei requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento⁶⁵. Nei modelli di bando-tipo conflui-

⁶⁵ Il riferimento è ad AVCP, *Attuazione dell'art. 6-bis del dlgs 163/2006 introdotto dall'art. 20, comma 1, lettera a), legge n. 35 del 2012*, Deliberazione n. 111 del 20 dicembre 2012, con le modificazioni assunte nelle adunanze dell'8 maggio e del 5 giugno 2013, in www.avcp.it.

ranno, inoltre, le clausole tassative di esclusione già indicate nella determinazione n. 4/2012. I vari modelli saranno scaricabili dal sito internet dell’Autorità in formato liberamente utilizzabile e conterranno una serie di alternative al fine di consentirne l’adattamento alle varie fattispecie concrete. I modelli saranno accompagnati da un vademecum che indicherà gli elementi necessari e quelli eventuali che possono essere inseriti dalla stazione appaltante ed illustrerà le modalità di compilazione ed utilizzo dei modelli di bando. Al documento verrà, altresì, allegata una tabella, che guiderà le stazioni appaltanti nelle possibili alternative.

Sempre nell’ambito della standardizzazione degli atti e delle procedure relative ai contratti pubblici, si segnala, inoltre, anche la determinazione n. 1/2013⁶⁶: con tale determinazione, infatti, l’Autorità ha fornito chiarimenti in ordine all’interpretazione da darsi all’art. 11 del codice dei contratti pubblici, a seguito della novella normativa di cui all’art. 6, comma 3, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221 (c.d. decreto sviluppo *bis*). Nello specifico, l’Autorità ha precisato che l’applicazione dell’art. 11, comma 13, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 deve intendersi specificamente riferita alla nozione di contratto pubblico di cui all’art. 3 del codice; tali contratti debbono essere redatti, a pena di nullità, o mediante atto pubblico notarile informatico o in forma pubblica amministrativa, con modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, a cura dell’Ufficiale rogante dell’amministrazione aggiudicatrice, o mediante scrittura privata. In quest’ultimo caso, dunque resta ammissibile la forma cartacea e le altre forme ad essa equivalenti secondo ‘ordinamento. La c.d. “modalità elettronica” della forma pubblica amministrativa può essere assolta anche attraverso l’acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, in conformità a quanto prescritto dall’art. 25, comma 2, del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

66 Il riferimento è ad AVCP, *Indicazioni interpretative concernenti la forma dei contratti pubblici ai sensi dell’art. 11, comma 13 del Codice*, Determinazione n. 1 del 13 febbraio 2013, in G.U., Serie generale, n. 50 del 28 febbraio 2013.

7. ULTERIORI INTERVENTI REGOLATORI DELL'AUTORITÀ: RECENTI ASSESTI IN TEMA DI PUBBLICAZIONE DEGLI ATTI

Oltre all'attività sopra esaminata, merita un breve cenno l'adozione dell'atto di segnalazione n. 1 del 27 marzo 2013 in materia di: "*Pubblicazione cartacea degli avvisi e dei bandi ex art. 66, comma 7 secondo periodo, del Codice*"⁶⁷: si tratta, infatti, di un settore di primario interesse non solo per gli operatori del settore, ma anche per i cittadini-utenti, destinatari indiretti della garanzia di trasparenza e di accessibilità degli atti di avvio delle procedure ad evidenza pubblica, attraverso le forme più ampie di pubblicità.

Il fine dell'Autorità è stato l'auspicio di un intervento normativo volto al coordinamento delle recenti disposizioni, che sembrano porre in dubbio la sussistenza dell'obbligo di pubblicazione per estratto dei bandi e degli avvisi, sui quotidiani a larga diffusione.

L'Autorità segnala, tra l'altro, il pericolo che, a seguito della frammentarietà del quadro normativo di riferimento, possa insorgere un ingente e farraginoso carico di contenzioso amministrativo, in particolare con riferimento dell'obbligo di rimborso delle spese di pubblicazione a carico dell'aggiudicatario, introdotto dalla legge n. 221/2012 di conversione del d.l. n. 179/2012.

Due sono i possibili e contrapposti orientamenti interpretativi: un primo approccio secondo cui, dati i richiami espressi alle norme di pubblicità previste dal Codice, da parte della legge anticorruzione e del decreto sviluppo bis (d.l. n. 179/2012), le amministrazioni avrebbero l'obbligo di pubblicazione anche sui quotidiani. Secondo altra interpretazione, tesa a valorizzare gli obiettivi di modernizzazione, semplificazione e digitalizzazione dell'attività amministrativa, la pubblicazione degli avvisi sui quotidiani dovrebbe considerarsi una mera facoltà.

Al fine di chiarire questi punti, dunque, l'Autorità ritiene necessario un intervento risolutivo da parte del legislatore.

67 Il riferimento è ad AVCP, *Pubblicazione cartacea degli avvisi e dei bandi ex art. 66, comma 7, secondo periodo, del Codice*, Atto di segnalazione n. 1 del 27 marzo 2013, in www.avcp.it.

8. CONCLUSIONI

Da quanto riportato, appare comprovato, come rilevato all'inizio del presente lavoro, che la connotazione dell'azione regolatoria dell'Autorità si va man mano definendo in una forma di regolazione-indirizzo del mercato dei contratti pubblici fondata, principalmente, sulla effettiva capacità di individuare e risolvere i principali nodi problematici della materia, piuttosto che su di una mera autorevolezza istituzionale, come si è soliti rilevare nei meccanismi di *soft-law*. Ciò avviene attraverso l'implementazione della funzione svolta dall'Autorità quale sede di confronto costruttivo tra i diversi portatori di interesse, non ultimi quelli rappresentativi delle istanze consumeristiche: si tratta, a ben vedere, di un percorso ancora in divenire, ed all'interno del quale è sicuramente auspicabile l'attribuzione di un maggiore peso alle istanze di quei portatori di interessi di assoluto rilievo socio-economico, ma tradizionalmente poco coinvolti nelle dinamiche regolatorie del mercato di contratti pubblici, come è il caso degli interessi consumatori.

In tale direzione, quindi, deve leggersi in primo luogo l'impegno profuso dall'Autorità nella costruzione di un sistema trasparente ed organizzato, pur nella sua ontologica complessità, di individuazione delle questioni rilevanti e di coinvolgimento del più ampio numero possibile di interessi: questo è il frutto dell'integrazione funzionale di tutta una serie di atti di regolazione, il cui precipitato normativo si rinviene nel Regolamento sulla partecipazione ai procedimenti, unitamente al nuovo regolamento sull'A.I.R., e che trova concreta espressione anche nell'articolazione delle diverse forme partecipative previste, dalla consultazione telematica, aperta a tutti i soggetti interessati, alla tradizionale consultazione su invito, fino ai tavoli tecnici, in cui la specificità delle questioni trattate rende necessaria, in termini di concreta utilità, una limitazione del novero dei soggetti coinvolti in ragione delle relative competenze specifiche.

La capacità di penetrazione nelle dinamiche del mercato dei contratti pubblici, poi, è incrementata dalla stretta integrazione tra le diverse attività svolte dall'Autorità, pur in assenza di una capacità effettiva di incidere imperativamente sui relativi atti e rapporti giuridici: questo, in particolare, avviene in relazione ai casi in cui l'esercizio dell'attività di regolazione si manifesta come diretta conseguenza della conoscenza

di criticità nel mercato, acquisita in occasione dell'esercizio di attività di tipo ispettivo su singoli rapporti contrattuali.

Dette caratteristiche, in conclusione, qualificano l'Autorità, nell'esercizio della propria attività regolatoria, come interprete autorevole ed attento del mercato dei contratti pubblici, e le consentono di modulare efficacemente il momento interpretativo ed applicativo delle relative norme, anche in ragione di interessi tradizionalmente esclusi dalla considerazione del legislatore in materia, ma che si presentano nella realtà dei fatti imprescindibili e drammaticamente attuali, in ragione della congiuntura economica fortemente negativa.

Regolazione e precontenzioso nei procedimenti dell’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici: l’evoluzione delle funzioni tra soft law, “autocorrezione” e best practises

(Lucia Minervini)

Il parere di “precontenzioso” emesso dall’AVCP è preordinato ad assicurare una preventiva composizione dei “conflitti” insorti tra stazioni appaltanti e operatori economici nella fase di svolgimento delle procedure di gara. Pur non incidendo direttamente sulle scelte negoziali delle amministrazioni ne sollecita l’autocorrezione; inoltre, per il carattere gratuito del procedimento costituisce una risposta alla crisi economica in controtendenza rispetto all’aumento dei costi di accesso alla giustizia. Suscitano interrogativi le disposizioni del nuovo regolamento di procedura che, in qualche misura, limitano l’accesso al parere e non prevedono spazi di partecipazione per le associazioni dei consumatori che non possono così “presidiare” la correttezza delle aggiudicazioni negli appalti pubblici, tema affrontato recentemente anche dai giudici amministrativi.

De iure condendo si propongono soluzioni di rafforzamento della funzione consultiva dell’Autorità mediante la riscrittura dell’art. 6 dei contratti pubblici per trasformare il parere non vincolante in ADR e l’attribuzione anche all’AVCP della c.d. legittimazione processuale attiva.

SOMMARIO: 1 IL PARERE DI PRECONTENZIOSO NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: IL CARATTERE “PERSUASIVO” E GRATUITO. – 2 IL PROCEDIMENTO DEL PRECONTENZIOSO NEL NUOVO REGOLAMENTO DELL’AUTORITÀ: IL VAGLIO DI RILEVANZA E L’ESCLUSIONE DELLE ASSOCIAZIONI (DEI CONSUMATORI). – 3 LE AREE DI INTERESSE E LA LEGITTIMAZIONE DELL’AVCP A PROPORRE IL RINVIO PREGIUDIZIALE, AI SENSI DELL’ART. 267 DEL TRATTATO, QUANDO SIA CHIAMATA A DECIDERE SU ISTANZE DI PRECONTENZIOSO. – 4 PROPOSTE DI MODIFICA DELLA NORMATIVA PER RAFFORZARE IL RUOLO DELL’AUTORITÀ COME AMMINISTRAZIONE DI RIFERIMENTO NEL SETTORE DEI CONTRATTI PUBBLICI E IL PROTOCOLLO D’INTESA CON L’AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO.

1. IL PARERE DI PRECONTENZIOSO NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: IL CARATTERE “PERSUASIVO” E GRATUITO

L’Autorità di Vigilanza dei lavori pubblici svolge molteplici compiti e funzioni per garantire l’osservanza delle regole dell’evidenza pubblica e della libera concorrenza affidati alle sue cure da parte non solo dei privati ma anche della pubblica ammi-

nistrazione. Nella complessità del quadro normativo in continua evoluzione, l'attività dell'Autorità si è mossa nel solco della valorizzazione di molteplici strumenti di intervento: atti di regolazione (determinazioni, segnalazioni, etc.) atti di standardizzazione della documentazione di gara (Bandi-tipo) e paragiurisdizionali e/o persuasivi (pareri di precontenzioso) che accelerano e facilitano l'adeguamento del comportamento degli operatori del mercato degli appalti pubblici alla complessa disciplina normativa di settore in continua evoluzione e in concreto producono un effetto deflattivo del contenzioso. In particolare l'art. 6, comma 7, lett. n), del d. lgs. n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici) attribuisce all'Autorità il compito di esprimere un parere, su istanza della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, su questioni insorte durante lo svolgimento della gara, formulando un'ipotesi di soluzione.

Il procedimento in parola definito "precontenzioso" è preordinato ad assicurare una preventiva composizione dei "conflitti" insorti tra le parti, in modo agile e in tempi ristretti consentendo agli operatori di settore e alle amministrazioni di ottenere un parere, da parte di un organo "neutrale" in una fase, quale quella di svolgimento delle procedure di gara, in cui le violazioni lamentate possono ancora essere efficacemente rimosse o corrette. Rappresenta in concreto un importante meccanismo di deflazione del contenzioso giurisdizionale⁶⁸, cui si accede senza costi, teso ad evitare l'insorgere di una lite giudiziaria innanzi al giudice amministrativo che, tra l'altro, non consentirebbe di ottenere risposte rapide. La gratuità del procedimento di contenzioso costituisce un' importante risposta alla crisi economica e si pone in controtendenza rispetto all'aumento dei costi per accedere alla giustizia⁶⁹.

Dalla disposizione normativa emerge la natura consultiva della funzione svolta dall'Autorità in sede precontenziosa che si sostanzia nell'offrire alle parti richiedenti un'autorevole valutazione delle ragioni da cui trae origine la controversia in ordine alla fondatezza o meno delle stesse e al possibile esito di un contenzioso giudiziario. Giova evidenziare, che i "pareri" sono facoltativi e ove adottati nei casi concreti sono privi di forza vincolante in quanto non incidono direttamente sulle procedure concorsuali né sulle scelte negoziali delle stazioni appaltanti ma, comun-

68 Relazione annuale per il 2012 AVCP, p. 229 ss.

69 Cfr. M.A. Sandulli, Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?, in www.federalismi.it.

que, per l'autorevolezza, la terzietà e la particolare qualificazione tecnica dell'organismo emanante, sono uno strumento di *moral suasion*⁷⁰ che può determinare la conformazione allo stesso e la risoluzione in via amministrativa della "questione". L'amministrazione destinataria del parere in ossequio alle regole generali sul procedimento amministrativo può discostarsene con il solo obbligo di darne adeguata comunicazione.

E' stato autorevolmente rilevato che l'istituto in argomento offrendo supporto e indirizzo alle amministrazioni integra l'utilizzo a fini deflattivi dei poteri di autotutela delle stesse. Ciò in quanto la concreta composizione delle controversie dipende dal seguito che la stazione appaltante darà al parere dell'Autorità, e, dunque, nel caso in cui la questione coinvolga provvedimenti già adottati, dall'esercizio dei poteri di autotutela a quella spettanti⁷¹. In particolare, tra le due figure di autotutela previste dagli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della legge n. 241/1990 sarà la seconda a venire in rilievo: la stazione appaltante dovrà appurare se esistono i requisiti prescritti dalla legge per un legittimo esercizio dei poteri di "annullamento d'ufficio" (considerando la data di emanazione dell'atto, gli effetti prodotti, il coinvolgimento delle posizioni soggettive di terzi, l'affidamento ingenerato). A tal riguardo, è stata evidenziata la sostanziale doverosità di provvedimenti delle amministrazioni interessate nel senso indicato dall'Autorità fino a configurare una sorta di autorizzazione ad intervenire sugli atti illegittimi con una valutazione più attenuata degli interessi in gioco⁷².

Si comprende che il precontenzioso pur non incidendo direttamente sull'attività propria delle stazioni appaltanti punta sulla loro responsabilizzazione per l'eliminazione e correzione di eventuali illegittimità è, dunque, come efficacemente osservato, "sollecitatore di misure di autocorrezione"⁷³. A ciò deve aggiungersi che l'Autorità, anche quando risponde alle istanze di composizione delle controversie mira alla definizione del conflitto posto alla sua attenzione nel caso di specie ma non manca di fornire soluzioni interpretative generali sfociando così sul piano della regolazio-

70 Cfr. A. Corpaci, Il precontenzioso davanti all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e le sinergie con i poteri di autotutela della stazione appaltante, in Amministrazione pubblica dei contratti, a cura di D. Sorace, Napoli, 2013.

71 A. CORPACI, *op. cit.*, p. 246.

72 Cfr. P. Lazzara, Ruolo e funzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, relazione al seminario di Presentazione al volume "Amministrazione pubblica dei contratti", a cura di D. Sorace, cit.

73 A. CORPACI, *op. cit.*

ne. Per tale ragione i pareri di precontenzioso delineano percorsi interpretativi e costituiscono “precedenti” dei quali beneficiano non solo le parti nel caso concreto ma anche il giudice amministrativo, trovando in essi un notevole supporto tecnico.

2. IL PROCEDIMENTO DEL PRECONTENZIOSO NEL NUOVO REGOLAMENTO DELL'AUTORITÀ: IL VAGLIO DI RILEVANZA E L'ESCLUSIONE DELLE ASSOCIAZIONI (DEI CONSUMATORI)

Il procedimento di precontenzioso, compiutamente disciplinato dal regolamento recentemente modificato dall'Autorità⁷⁴, prende l'avvio con un'istanza di parere che può essere presentata dalla stazione appaltante e dai partecipanti alla procedura, sia singolarmente che congiuntamente.

Il regolamento prevede un'istruttoria più celere per le istanze presentate congiuntamente da entrambe le parti, che non sono sottoposte al vaglio di rilevanza previsto, invece, per le istanze presentate singolarmente, sulla base di specifici criteri ovvero la presentazione dell'istanza da parte di una stazione appaltante; il carattere di novità e complessità della questione di diritto sottoposta all'Autorità; la possibilità di incidenza della stessa su future procedure di evidenza pubblica; valore economico e/o sociale della controversia (art. 6 del regolamento). Tale previsione, per un verso tende ad incentivare una soluzione condivisa di potenziali controversie e il mantenimento di rapporti di collaborazione tra le parti coinvolte - anche nel disaccordo, per l'altro accordando preferenza alle richieste presentate dalle stazioni appaltanti e a quelle relative a controversie di maggior valore sociale e/o economico, riduce la fruibilità dello strumento per gli operatori economici più deboli, che avrebbero però maggiore esigenza di sottrarsi agli altissimi costi del contenzioso⁷⁵. Inoltre, il regolamento segna il carattere regolatorio dei pareri da rilasciare precipuamente in merito a tematiche generali e di maggiore impatto sociale.

Un importante filtro all'accesso al procedimento deflattivo è costituito dall'inizio di un vero e proprio giudizio dinanzi al giudice amministrativo. Infatti, l'istanza di parere presentata da una o entrambe le parti è inammissibile nell'ipotesi in cui sia già pendente ricorso giurisdizionale in merito alla medesima procedura di gara, o at-

74 In G.U. 8 maggio 2013, 106.

75 Cfr. M.A. SANDULLI, *Natura ed effetti dei pareri dell'AVCP*, in *Federalismi.it*, p. 13.

tenga a questioni che non sono oggetto di una controversia fra le parti interessate o siano relative alla fase successiva al provvedimento di aggiudicazione definitiva (art. 3), invece, l'istanza diviene improcedibile se nel corso dell'istruttoria venga presentato ricorso giurisdizionale (art. 5). Tale previsione costituisce il punto debole della disciplina in quanto i termini strettissimi di impugnazione previsti nel contenzioso sugli appalti pubblici hanno fortemente limitato il ruolo e le potenzialità del parere di precontenzioso, spesso utilizzato dal giudice amministrativo investito della controversia, come supporto tecnico.

Inoltre, a pena d'inammissibilità, l'istanza deve contenere gli elementi essenziali e deve essere accompagnata dai documenti e dai dati indicati dal regolamento (art. 4). Il regolamento stabilisce che se l'istanza è presentata dalla stazione appaltante, questa deve impegnarsi a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino alla decisione dell'Autorità, mentre se l'istanza proviene dalla parte, l'Autorità con l'avvio del procedimento invita la stazione appaltante ad assumere il medesimo impegno (art. 4).

Dell'avvio dell'istruttoria, nel rispetto del principio del contraddittorio, l'Autorità è tenuta ad informare i soggetti coinvolti, assegnando un termine non inferiore a dieci giorni per memorie e convocando le parti per l'audizione, ove questa sia espressamente richiesta ovvero sia ritenuta necessaria (artt. 5, 6 e 7); il deposito, da parte dei soggetti interessati, di memorie e documenti utili, può avvenire attraverso modalità telematiche, senza particolari formalismi in modo da assicurare snellezza e celerità della procedura senza ulteriore aggravio a carico degli utenti.

Il "parere" è approvato dal Consiglio dell'Autorità, trasmesso alle parti e pubblicato sul sito web dell'Autorità; il parere deve essere reso nel termine di venti giorni in ossequio alle regole generali in materia di procedimento e non più di venticinque giorni, come previsto nel testo previgente. La decisione resa all'esito del procedimento di precontenzioso non è impugnabile e le parti possono chiederne il riesame soltanto quando vengano dedotte sopravvenute ragioni di fatto o di diritto (artt. 8, 9 e 10). Secondo la giurisprudenza il parere reso dall'Autorità di Vigilanza costituisce un atto meramente endoprocedimentale, privo di rilevanza esterna, per cui la tutela giurisdizionale viene assicurata attraverso l'impugnazione dei provvedimenti che si siano ad esso adeguati (Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2011 n. 2479; TAR Campania

28 giugno 2010 n. 16210). Pertanto, è stata dichiarata, per esempio, l'inammissibilità del ricorso nella parte in cui oggetto di impugnazione è stato il parere dell'A.V.C.P. n. 107 del 27 maggio 2010 (TAR Campania 10 luglio 2012, n. 3327).

In definitiva, il nuovo regolamento, in vigore dal 9 maggio 2013 rende palese che il parere di precontenzioso è volto ad orientare ex ante le scelte della stazione appaltante nel tenere comportamenti corretti nelle procedure di evidenza pubblica e nell'adottare provvedimenti conformi alla normativa di settore e ai principi comunitari. Inoltre, si differenzia rispetto alla versione precedente per l'esclusione della legittimazione a proporre istanza di parere dei *"soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati"*, contemplati nel previgente art. 2 del regolamento accanto ai diretti interessati (stazione appaltante e operatore economico). In un settore in cui il consumatore assume la veste di cittadino, contribuente ed utente sorge l'interrogativo in ordine agli spazi di partecipazione eventualmente previsti per le associazioni dei consumatori. Sarebbe stato auspicabile prevedere la possibilità di una partecipazione delle associazioni (ambientaliste, dei consumatori) al procedimento in quanto il mercato dei contratti pubblici non involge solo gli interessi di imprese e stazioni appaltanti ma anche la realizzazione dei bisogni della società e la qualità dei servizi. La questione è di particolare attualità come dimostra la recente sentenza con la quale il Consiglio di Stato ha respinto il ricorso del Codacons presentato contro la sponsorizzazione da parte di Tod's dei lavori di restauro del Colosseo ritenendo troppo basso il prezzo dell'aggiudicazione rispetto al valore del monumento. Il Supremo Consesso, confermando la sentenza del TAR Lazio, n. 6028/12 del 3 luglio 2012, ha ritenuto fondata l'eccezione preliminare di difetto di legittimazione attiva del Codacons, sia come associazione di tutela dei consumatori che come associazione di protezione ambientale con conseguente declaratoria di inammissibilità dell'impugnativa. La sentenza ha segnalato che le finalità statutarie della predetta Associazione, concernenti la tutela degli interessi dei consumatori nei confronti di soggetti pubblici o privati, produttori o erogatori di beni e di servizi, sono riferibili in ogni caso ad un interesse collettivo di questi ultimi, effettivamente leso e non anche a generalizzate garanzie di corretto e regolare svolgimento di una funzione o di un servizio pubblico, anche sotto il profilo della economicità della gestione. Secondo i giudici amministrativi, dalla eventuale irregolare sponsorizzazione del restauro del monumento "nessun pregiu-

dizio si dimostra ravvisabile con riferimento alle categorie di utenti e consumatori”, ma, casomai, un eventuale danno alle finanze pubbliche che però va dimostrato. La legittimazione del Codacons e di altre associazioni di consumatori a presentarsi dinanzi ai giudici, afferma il TAR, non è così ampia da poter “estendersi sino a ricomprendere qualsiasi attività di tipo pubblicistico che si rifletta economicamente, in modo diretto o indiretto, sui cittadini, dovendo al contrario essere commisurata a quegli atti che siano idonei a interferire con specificità e immediatezza sulla posizione dei consumatori e degli utenti”. Secondo i giudici una posizione legittimante non è d’altra parte ravvisabile, in ordine al perseguimento di una ipotetica (e del tutto indimostrata) ottimizzazione della qualità dei servizi e delle maggiori risorse che avrebbero potuto essere ottenute in sede di trattativa, essendo questi interessi generali della collettività, oggetto di scelte di indirizzo e gestione discrezionale della pubblica amministrazione, così come non è consentito che l’interesse dedotto in giudizio riguardi soltanto una parte delle categorie rappresentate, potendosi in caso contrario configurare una situazione di conflitto di interessi dell’associazione stessa con alcuni dei soggetti rappresentati, o una non consentita sostituzione processuale (come ipotizzabile, nel caso di specie, per l’esito di un’impugnativa, che ove accolta comporterebbe perdita del finanziamento e blocco dei lavori di restauro, in vista di maggiori utilità future ed incerte; cfr., per i diversi principi affermati: Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3; Cons. Stato, sez. VI, 18 aprile 2012, n. 2208, 26 giugno 2012, n. 3750, 10 marzo 2011, n. 1540, 8 febbraio 2011, n. 831 e 13 settembre 2010, n. 6554; Cons. Stato, sez. V, 26 ottobre 2011, n. 5709; Cons. Stato, sez. IV, 28 maggio 2012, n. 3137 e 15 febbraio 2013, n. 917).

Secondo i giudici amministrativi, nel caso di specie, una lesione degli interessi dei cittadini avrebbe potuto affermarsi, tuttavia, solo in via indiretta, come conseguenza del danno, direttamente arrecato alle finanze pubbliche, con conseguente assunzione – da parte dell’Associazione ricorrente – di funzioni suppletive rispetto a quelle affidate dall’ordinamento alla Corte dei conti, organo di rilevanza costituzionale.

Quanto alle finalità di tutela ambientale, proprie delle associazioni iscritte negli elenchi, di cui all’art. 18 della legge n. 349 del 1986, la sentenza ha sottolineato l’estraneità della questione dedotta in giudizio a finalità di tutela ambientalistica.

3. LE AREE DI INTERESSE E LA LEGITTIMAZIONE DELL'AVCP A PROPORRE IL RINVIO PREGIUDIZIALE, AI SENSI DELL'ART. 267 DEL TRATTATO, QUANDO SIA CHIAMATA A DECIDERE SU ISTANZE DI PRECONTENZIOSO

Nonostante la natura facoltativa e non vincolante della pronuncia conclusiva del procedimento di precontenzioso e la disciplina procedurale da ultimo modificata con il nuovo regolamento che sembra accentuarne il carattere *lato sensu* "regolatorio", è senza dubbio significativo l'effetto deflattivo del contenzioso, comunque, prodotto dai pareri dell'AVCP. Ciò in quanto le stazioni appaltanti nella generalità dei casi si sono "spontaneamente" conformate al parere e anche il giudice, nella maggior parte dei casi, ne condiviso l'orientamento (TAR Campania 7 febbraio 2013, n. 785; TAR Campania 11 luglio 2012, n. 3344). A quanto sopra, deve aggiungersi l'effetto moltiplicatore costituito dall'applicazione delle soluzioni indicate dall'AVCP da parte gli operatori di mercato che si adeguano al "precedente" dell'Autorità di Vigilanza.

Come è stato illustrato nella Relazione annuale dell'Autorità, nel corso del 2012 sono stati resi 212 pareri relativi ad appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali, di cui il 27% (n. 58) relativi ad istanze presentate da stazioni appaltanti, il 69% (n. 145) relativi ad istanze presentate da imprese, associazioni o ordini professionali e il 4% (n. 9) relativi ad istanze presentate congiuntamente dalla stazione appaltante. In 97 casi l'Autorità ha formulato un giudizio di conformità della disciplina di gara e/o di correttezza della stazione appaltante ai principi e alla normativa di settore, mentre in 79 casi, nell'accogliere le contestazioni degli operatori economici, ha censurato la disciplina di gara o ritenuto illegittimi provvedimenti di esclusione e/o di ammissione oggetto di parere; nei restanti casi l'Autorità ha indicato, a fronte di dubbi interpretativi mostrati dalle stazioni appaltanti, i comportamenti più opportuni da tenere o i provvedimenti da adottare nel rispetto della discrezionalità amministrativa delle stazioni appaltanti.

Le questioni controverse hanno riguardato principalmente contestazioni sull'operato della stazione appaltante in relazione all'ammissione o all'esclusione di concorrenti dalla procedura di gara, con riferimento al possesso dei requisiti di carattere generale o economico finanziari e tecnico-organizzativi o alle modalità di presenta-

zione della documentazione amministrativa; in molti casi si è trattato di istanze relative all'avvalimento e all'asserita illegittimità di clausole dei bandi di gara relative a requisiti di partecipazione, ritenute lesive della concorrenza. Dalla disamina dei numerosi pareri si evince quale tratto comune il richiamo costante alla determina n. 4 del 10 ottobre 2012 recante il "Bando-tipo" che costituisce il quadro giuridico di riferimento sulla base del quale le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara. Ciò rende il parere uno strumento per calare nel caso concreto i principi affermati nel citato atto di regolazione generale, al quale si affianca rafforzandone la forza persuasiva e chiarendone il contenuto.

In particolare, in sede precontenziosa, sono state censurate le clausole dei bandi gara che prevedevano prescrizioni meramente formali a pena di esclusione, in contrasto con l'art. 46, comma 1-*bis*, del codice dei contratti che, come noto, tipizza le cause di esclusione dalle gare per evitare le esclusioni disposte a causa della violazione di prescrizioni meramente formali e assicurare, così, il rispetto dei principi di rilievo comunitario di massima partecipazione, concorrenza e proporzionalità. Emblematico è il parere n. 211 del 19 dicembre 2012 (prec. 249/12/L), richiesto da Ministero della Difesa, nel quale l'Autorità di vigilanza ha censurato la legittimità dell'esclusione disposta nei confronti di una ditta per il mancato inserimento, per alcune autocertificazioni soltanto, di una copia del documento d'identità. In conformità alla giurisprudenza consolidata che rifugge dal "formalismo senza scopo" (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2008, n. 949; Id. n. 5109/2008) l'Autorità risolve il parere richiamando la citata determinazione n. 4/2012 recante il "Bando-tipo", che in merito alle modalità di presentazione delle dichiarazioni sostitutive prevede che *«...qualora più dichiarazioni vengano rese dalla medesima persona e facciano parte di un medesimo insieme probatorio, non può costituire causa di esclusione la circostanza che dette dichiarazioni non siano accompagnate, ciascuna, da una copia del documento di identità (cfr. parere AVCP n. 48 del 21 marzo 2012; Cons. St., sez. V, 3 gennaio 2006, n. 25; cfr. anche sez. IV, 5 marzo 2008, n. 94), giacché, in tal caso, la prova del nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione alla determinata persona fisica da cui proviene emerge oggettivamente dal riscontro del contesto documentale»*. Invece, nel parere n. 92 del 22 maggio 2013 (prec 285/12/S) l'AVCP ha ritenuto legittima l'esclusione dalla procedura ristretta per l'appalto del servizio di ritiro, custodia ed archiviazione delle cartelle cliniche e documentazione ammi-

nistrativa, per la mancata sottoscrizione (anche) dell'offerta tecnica stante la diretta comminatoria di esclusione enunciata dall'art. 46, comma 1-*bis*, del codice dei contratti.

In molti pareri, con riferimento ai requisiti di ordine generale, l'Autorità afferma ripetutamente che oltre all'ipotesi di falsità, l'omissione o l'incompletezza delle dichiarazioni da rendersi ai sensi dell'art. 38, costituiscono di per sé motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica anche in assenza di una espressa previsione del bando di gara (trattandosi di norma imperativa infatti la lacuna è colmata mediante il meccanismo di integrazione automatica) e senza che la stazione appaltante possa ricorrere al c.d. soccorso istruttorio. Nel parere 5 dicembre 2012, n. 205 (prec. 245/12/S) "*Fornitura di uno scuolabus di tipo ecologico*" l'AVCP ha ritenuto la legittimità del provvedimento di revoca adottato dalla stazione appaltante, per avere il concorrente omesso una dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 2, del codice, in quanto la ditta non aveva indicato le condanne penali a carico del socio e legale rappresentante.

Un altro filone di precontenzioso affrontato nel corso dell'anno 2012, risulta essere quello afferente i requisiti cd. di carattere speciale, di capacità economico finanziaria e tecnico professionale, l'Autorità ha costantemente affermato che le amministrazioni nell'indire una gara possono fissare, nell'ambito della propria discrezionalità amministrativa, requisiti di qualificazione tecnica ed economica più rigorosi e restrittivi di quelli minimi previsti dalla normativa interna o comunitaria, per specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto. Così, ad esempio, veniva ritenuta conforme alla normativa di settore la clausola di un bando di gara che, nell'ambito di un affidamento di servizi, richiedeva come requisito di partecipazione alla gara il possesso di bilanci in utile d'impresa nell'ultimo triennio disponibile, in quanto grazie a tale elemento la stazione appaltante era in grado di scegliere tra concorrenti che mostravano una maggiore affidabilità economico finanziaria rispetto a quelli i cui bilanci presentavano perdite di esercizio. Tra le clausole dei bandi di gara che sempre più frequentemente sono oggetto di contestazione da parte degli operatori economici, vi sono quelle relative ai termini di pagamento, che vanno ben al di là dei trenta giorni indicati dal legislatore comunitario, ritenute inique poiché determinano una palese sproporzione tra il vantaggio economico riconosciuto all'amministrazione e il sacrificio imposto ai creditori.

Fra i pareri resi nel 2013, risulta particolarmente interessante il parere n. 85 del 22 maggio 2013 (prec 52/13/F) poiché sembra costituire un ulteriore tassello nel percorso dell'Autorità verso una più solida sistemazione delle sue funzioni sollevando il dibattito in ordine alla legittimazione della medesima a proporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 del Trattato, quando sia chiamata a decidere su istanze di precontenzioso.

Nel caso di specie, nel corso della procedura ristretta mediante asta elettronica indetta dalla COTRAL s.p.a., per la fornitura biennale di ricambi nuovi di meccanica originali, di primo impianto o equivalenti per la manutenzione di autobus da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, la società concorrente ha contestato la clausola della lettera d'invito relativa alle modalità di svolgimento dell'asta elettronica nella parte in cui esclude la possibilità che i concorrenti conoscano la propria posizione in classifica negli ultimi cinque minuti di svolgimento della stessa, clausola meramente riproduttiva dell'art. 292, comma 4, del d.p.r. n. 207/2010. Pertanto, la società istante chiede la disapplicazione della norma per violazione dell'art. 56, comma 6, della direttiva n. 2004/17/CE. L'Autorità rileva che la previsione di un black-out di cinque minuti nella fase finale decisiva per l'aggiudicazione dell'appalto al migliore offerente, sembra porsi in contrasto con la citata direttiva comunitaria ed altresì con i principi di trasparenza e parità di trattamento, dai quali discende l'esigenza che vi sia un'effettiva competizione tra i concorrenti, i quali tutti dovrebbero essere messi a conoscenza dell'effettivo valore del contratto attraverso l'osservazione dei comportamenti degli altri concorrenti, ed in particolare degli ultimi rilanci, fino alla conclusione dell'asta elettronica e, di conseguenza, rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale sulla interpretazione dell'art. 56 della direttiva n. 2004/17/CE e sulla compatibilità con la citata disposizione comunitaria e con i principi di trasparenza e parità di trattamento delle normative nazionali o prassi amministrative, che prevedano un black-out di cinque minuti nella fase finale dell'asta elettronica, durante il quale i concorrenti non sono in grado di conoscere la rispettiva classificazione.

L'Autorità nella determinazione in argomento, evidenzia che per le controversie in materia di appalti pubblici che vengano promosse dinanzi ad organi non giurisdizionali, la Corte ha più volte giudicato ammissibile il rinvio pregiudiziale, purché sia dimostrata la sussistenza di un insieme di presupposti strutturali e funzionali (cfr.

Corte europea di Giustizia 17 settembre 1997, C-54/96, Dorsch Consult; Id., 15 gennaio 1998, C-44/96, Mannesmann; Id., 4 febbraio 1999, C-103/97, Kollensperger) quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, la sua indipendenza e terzietà, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche per la risoluzione di controversie (cfr. Corte europea di Giustizia 17 ottobre 1989, C-109/88, Danfoss; Id., 16 luglio 1992, C-67/91, Asoc. Espanola de Banca Privada; Id., 21 marzo 2000, C-110/98, Gabalfrisa; Id., 19 settembre 2006, C-506/04, Wilson; Id., 14 giugno 2007, C-246/05, Haupl; Id., 14 giugno 2011, C-196/09, Miles).

Con particolare riguardo all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici si rileva che questa ha origine legale e carattere permanente; giudica sulle controversie che le vengono sottoposte in posizione di indipendenza dal Governo e da ogni altra Amministrazione nazionale ed in posizione di terzietà nei confronti delle stazioni appaltanti e di tutte le parti in causa; è tenuta a garantire il contraddittorio tra le parti, sia in forma scritta (mediante la produzione di memorie e documenti) che in forma orale (mediante eventuale comparizione personale); è tenuta a giudicare sulle controversie applicando esclusivamente norme giuridiche (ed innanzitutto assicurando la corretta applicazione delle direttive nn. 2004/17/CE e 2004/18/CE, in materia di pubblici appalti); svolge una funzione paragiurisdizionale, con il potere di dichiarare l'illegittimità dei provvedimenti assunti dalle stazioni appaltanti nazionali e di indicare la soluzione della controversia. Infine, l'Autorità evidenzia che, il procedimento di precontenzioso dinanzi all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici è alternativo al ricorso giurisdizionale (secondo la richiamata disciplina regolamentare), nel senso che gli operatori economici e le stazioni appaltanti possono liberamente optare per la sua proposizione in luogo del ricorso al TAR.

4. PROPOSTE DI MODIFICA DELLA NORMATIVA PER RAFFORZARE IL RUOLO DELL'AUTORITÀ COME AMMINISTRAZIONE DI RIFERIMENTO NEL SETTORE DEI CONTRATTI PUBBLICI E IL PROTOCOLLO D'INTESA CON L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

Recentemente al fine di dare maggiore impulso al precontenzioso, con atto di segnalazione n. 2 del 4 luglio 2013 (effettuato ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. f,

recante “*Osservazioni e proposte di intervento in materia di appalti pubblici*”, l’Autorità ha proposto la riscrittura “originaria” dell’art. 6, comma 7, lett. *n*, del codice dei contratti, nel modo seguente: «*l’autorità su iniziativa delle parti, svolge attività di composizione delle controversie insorte tra stazione appaltante e operatori economici durante le procedure di gara, in tempi ristretti e comunque non superiori a venti giorni*» e di sostituire l’informativa preventiva alla stazione appaltante, di cui all’art. 243-bis del codice, con l’introduzione dell’onere di attivare la procedura di precontenzioso con la conseguente valutazione ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell’art. 1227 cod. civ., del comportamento omissivo delle parti.

La proposta dell’Autorità sottende due importanti questioni: la qualificazione del parere di precontenzioso come ADR e il coordinamento normativo (mancante) tra precontenzioso e informativa in ordine all’intento di proporre ricorso di cui all’art. 243-bis.

Già lo schema originario del codice dei contratti aveva previsto che l’Autorità svolgesse, su iniziativa delle parti “attività di composizione” tra le stazioni appaltanti e i partecipanti alla gara, soluzione non accolta dalla sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, che nel parere n. 355 del 2006, a tal riguardo rilevò che si sarebbe in tal modo riconosciuta all’Autorità una funzione paracontenziosa che non trovava riscontro nella legge delega n. 62 del 2005, né negli obiettivi delle Direttive appalti del 2004, né nelle direttive ricorsi. Alla luce del suddetto parere negativo, il codice dei contratti accolse la soluzione di limitare l’intervento dell’autorità all’espressione di pareri non vincolanti. Pertanto, i pareri sulle singole fattispecie assumono la valenza di atti di indirizzo sull’attività da svolgere che richiamano l’attenzione dei soggetti responsabili su quella che viene ritenuta la corretta interpretazione delle norme di legge che disciplinano il settore. In quanto tali sollecitano eventualmente l’esercizio dei poteri di autotutela della stazione appaltante senza poter annullare i relativi atti e senza poter imporre alcun comportamento. Per tali ragioni la dottrina maggioritaria non assimila la funzione assoluta dai pareri in esame alle *Alternative Dispute Resolutions*, vincolanti per i destinatari⁷⁶. La suddetta proposta normativa mira a superare tale configurazione “debole” del parere tenuto conto altresì dei brevi termini processuali in materia di appalti che spesso neutraliz-

zano l'accesso al procedimento o rendono improcedibile l'istanza.

Sotto altro profilo, si osserva che il segmento temporale di intervento del parere ex art. 6 del codice dei contratti pubblici e la finalità deflattiva dello stesso pongono tale istituto in collegamento con l'istituto dell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale avverso provvedimenti della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 243-*bis*, con cui l'operatore economico informa quest'ultima indicando i presunti vizi di illegittimità e i motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio (salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi e ulteriori) e la stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione, può intervenire in autotutela o disporre il non luogo a provvedere. La disciplina è completata dalla previsione che sanziona l'omissione di informativa qualificandola come comportamento valutabile ai fini del risarcimento del danno e del pagamento delle spese processuali. La disamina dei pareri resi dall'Autorità rende evidente che in alcuni casi, la stazione appaltante destinataria di una informativa di ricorso ha ritenuto opportuno chiedere un parere all'Autorità di settore al fine di assumere le proprie decisioni (cfr. per esempio nel parere n. 208 del 19 dicembre 2012 (prec 221/12/S). Considerata la "comunicazione" tra i due istituti, la dottrina e la stessa Autorità di Vigilanza richiamano l'attenzione del legislatore in ordine alla necessità che il comportamento della stazione appaltante che si rivolga all'Autorità per chiedere il parere di precontenzioso possa essere positivamente considerato sotto il profilo della diligenza, in caso di eventuale ricorso giurisdizionale, ai fini della decisione sulla condanna al pagamento delle spese processuali e al risarcimento del danno.

Al fine di rafforzare i poteri di intervento dell'Autorità di Vigilanza nel settore dei contratti pubblici, è stata avanzata anche l'ipotesi di riconoscere all'Autorità di Vigilanza la "legittimazione processuale attiva" in più occasioni (in sede di redazione del codice, la Commissione Affari Costituzionali del Senato, in una osservazione non recepita, aveva proposto l'attribuzione della legittimazione processuale all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, il Documento di Posizione dell'AVCP in merito alle novità contenute nelle proposte della Commissione Europea di revisione delle direttive in materia di appalti pubblici del 2004 e nella nuova proposta in materia di aggiudicazione delle concessioni - 19 marzo 2012). E' stato osservato⁷⁷ che «l'at-

77 Cfr. C. Pluchino, Attività paragiurisdizionale dell'Autorità e legittimazione processuale attiva, relazione svolta al convegno "Nuove prospettive giuridiche tra deflazione del contenzioso e responsa-

tribuzione della legittimazione processuale attiva collima, non collide con i compiti istituzionali alla AVCP» in quanto potrebbe integrare un forte incentivo all'adozione, da parte delle PA, anche di procedure di affidamento rispondenti a criteri realmente competitivi. Il dibattito ha assunto una nuova attualità con l'attribuzione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato della legittimazione ad agire in giudizio nei confronti di regolamenti, atti amministrativi generali e provvedimenti emanati dalla PA, che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato con l'inserimento nella legge n. 287/2010, dell'art. 21-*bis* ai sensi dell'art. 35 del d.l. n. 201/2011 (c.d. decreto salva Italia)⁷⁸.

A tal riguardo, giova evidenziare l'avvenuta sottoscrizione un Protocollo d'intesa tra l'Autorità di Vigilanza e l'Antitrust, pubblicato sul Bollettino dell'Antitrust n. 42 del 2012, al fine di coordinare l'attività svolta dai due organismi nell'ambito dei poteri loro assegnati dalla legislazione vigente in materia. L'accordo chiarisce che AVCP: mira al rispetto dei principi di concorrenza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente e di efficiente esecuzione dei contratti; Antitrust: esercita la legittimazione ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di qualsiasi PA che violino le norme poste a tutela della concorrenza e del mercato stesso. Più in particolare, l'AVCP segnala gli atti ritenuti rilevanti ai fini dell'applicazione del codice dei contratti, che possono comportare una violazione delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato. Le Autorità, nella stessa ottica, potranno effettuare segnalazioni congiunte a Parlamento e Governo. Questa evoluzione dei rapporti tra AVCP e Antitrust rispecchia l'attrazione nella materia "tutela della concorrenza" anche delle normative sulle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici. Quindi, potranno essere impugnati le delibere degli enti locali in violazione della normativa in tema di affidamento di servizi pubblici locali, i bandi di gara nelle procedure ad evidenza pubblica, i piani urbanistici, l'attribuzione senza gara di concessioni e altri titoli di accesso limitato al mercato.

Il parere di precontenzioso si affianca e integra l'attività di regolazione e di standardizzazione delle procedure poste in essere dall'Autorità di Vigilanza dei contratti pubblici e costituisce un osservatorio privilegiato dell'operato delle stazioni appal-

bilizzazione del mercato dei contratti pubblici: l'Autorità e l'Avvocatura a confronto", 30 maggio 2013.

78 Cfr. L. Minervini, La legittimazione straordinaria ad impugnare gli atti amministrativi in contrasto con le regole della concorrenza, in Consumerism: Rapporto 2012.

tanti potendo determinare mediante gli strumenti di interazione e collaborazione con l'Antitrust l'eventuale avvio del procedimento previsto dall'art. 21-*bis* ove ne sussistano i presupposti. Tuttavia, l'Autorità di vigilanza sta esplorando ipotesi di soluzioni normative per dare maggiore vigore alla pronuncia conclusiva del procedimento di deflazione del contenzioso, che per la gratuità che lo connota costituisce, altresì, nel contesto attuale una risposta dell'Amministrazione pubblica alla crisi economica a beneficio del mercato delle commesse pubbliche e di coloro che vi operano quotidianamente.

Le Autorità del settore alimentare

(Elena Bellisario)

Il settore agro-alimentare presenta peculiarità tutte proprie, tra cui la mancanza di un'Autorità indipendente direttamente investita della funzione istituzionale di regolazione - e altresì di poteri di controllo e sanzione - del settore in cui agisce.

Ma è altresì uno dei settori più emblematici per analizzare le problematiche nascenti dall'espansione di sistemi regolatori transnazionali (globali ed europei) e per verificare l'impatto delle policies di regolazione sui destinatari delle stesse: legislatore domestico, autorità indipendenti, amministrazioni pubbliche, operatori economici, consumatori.

Il presente contributo, attraverso una sintetica ricostruzione del quadro delle autorità (competenti e garanti) del settore e delle rispettive sfere operative, intende offrire uno spunto per meditare sull'assetto dei poteri pubblici nazionali de iure condito e de iure condendo, al fine di verificarne l'efficienza e l'efficacia con particolare riguardo al recente schema di decreto legislativo recante la disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni in tema di etichette nutrizionali.

SOMMARIO: 1. LA COMPLESSITÀ DEL SETTORE. - 2. LA POLITICA EUROPEA DI SICUREZZA ALIMENTARE. - 3. LA RIPARTIZIONE DELLE COMPETENZE NELL'ASSETTO NORMATIVO ITALIANO DE IURE CONDITO E DE IURE CONDENDO. - 4. LO SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO RECANTE LA DISCIPLINA SANZIONATORIA PER LE VIOLAZIONI DI CUI AL REGOLAMENTO (CE) N. 1924/2006 (C.D. REGOLAMENTO CLAIMS): PROBLEMI E PROSPETTIVE.

1. LA COMPLESSITÀ DEL SETTORE

Rispetto ad altri settori di mercato - quali quelli analizzati in questo Rapporto - quello agro-alimentare presenta peculiarità tutte proprie, tra cui - per ciò che qui interessa - la mancanza di un'Autorità indipendente direttamente investita della funzione istituzionale di regolazione - e altresì di poteri di controllo e sanzione - del settore in cui agisce.

Ciò malgrado, si è scelto di riservare uno spazio (anche) alla sicurezza alimentare in quanto settore emblematico per analizzare le problematiche nascenti dall'espansione di sistemi regolatori transnazionali (globali ed europei) e per verificare l'impatto

delle *policies* di regolazione sui destinatari delle stesse: legislatore domestico, amministrazioni pubbliche, autorità indipendenti, operatori economici, consumatori.

Si tratta infatti di una materia particolarmente complessa, in cui si intersecano interessi pubblici e privati (salute, interessi dei consumatori e dei lavoratori, ambiente, commercio, concorrenza) e la cui disciplina (che è al tempo stesso orizzontale e verticale) risulta caratterizzata da una pluralità di fonti e da molteplici profili di conformazione, organizzazione e responsabilità che coinvolgono competenze diverse (di soggetti pubblici, di soggetti privati e altresì di soggetti dotati di autorità persuasiva e scientifica) a diversi livelli (globale/europeo/nazionale e altresì, in ambito interno, statale/regionale/locale)⁷⁹.

Alla base dell'interventismo - che, forse, potrebbe anche apparire eccessivo - registratosi nel settore negli ultimi decenni e della complessità disciplinare che lo caratterizza, vi è certamente la peculiarità (e la complessità) dell'oggetto della regolazione, ossia un bene - il cibo - che non resta esterno al consumatore, ma è destinato ad essere introdotto all'interno del suo organismo dando origine a un rapporto fisico che non si manifesta in nessun altro prodotto, neppure i medicinali (assunti non da tutti e non tutti giorni). Come osservato dagli studiosi più autorevoli della materia⁸⁰, in virtù di questa particolarità oggettiva, il complesso di norme alimentari (internazionali, europee e nazionali) è assunto a vero e proprio diritto, con principi e regole generali che, seppure comuni ad altri settori, in questo acquistano aspetti specifici e peculiari.

Ciò ha altresì determinato una sorta di movimento di regolazione in direzioni diverse (talora dalla *politica* alla *tecnica*; *talaltra dalla tecnica alla politica*) e, parallelamente, un crescente coinvolgimento dei privati attraverso la promozione di forme di autoregolazione (da cui, spesso, scaturiscono standard assai più stringenti di quelli fissati dal legislatore) nella *governance* delle catene di offerta agro-alimentare, in un intreccio sempre più intenso fra regolazione pubblica e privata (c.d. co-regolazione).

A caratterizzare lo scenario, e ad accrescerne la complessità, vi è dunque (anche) la

79 Tali profili sono ben evidenziati e analizzati da D. BEVILACQUA, *La sicurezza alimentare negli ordinamenti giuridici ultrastatali*, Milano, 2012.

80 L. COSTATO, *I principi fondanti il diritto alimentare*, in *Riv. dir. alim.*, 2007, p. 1 ss.

presenza di una pluralità di soggetti che concorrono alla costruzione della c.d. “legislazione alimentare” e, ancor più, ad assicurarne l’*enforcement*.

2. LA POLITICA EUROPEA DI SICUREZZA ALIMENTARE

Come evidenziato dai più recenti studi in argomento, il sistema di regolazione adottato nell’ordinamento europeo in materia di sicurezza alimentare, se pur non del tutto privo di profili di accentramento, risulta caratterizzato da pluralismo e sussidiarietà: il momento decisionale si colloca a livello europeo, il momento attuativo resta in ambito nazionale (ma in collegamento e collaborazione con gli altri Stati, secondo principi europei comuni e attraverso un apparato amministrativo in parte comune).

In questa sede, è sufficiente ricordare che la politica agricola comune (PAC) - che, nel corso del tempo, ha spostato la sua azione dalla *quantità* alla *qualità*, ponendosi, tra i vari obiettivi, non solo quello di accrescere la produttività e ridurre l’impatto ambientale, ma anche quello di offrire ai consumatori europei **prodotti alimentari sicuri (e di elevata qualità in quantità sufficiente)** e di aiutarli a fare scelte informate in campo alimentare⁸¹ - è settore di competenza concorrente tra Unione e Stati membri (art. 43 TFUE): il ruolo legislativo è prevalentemente in capo all’Unione (l’art. 114 TFUE è infatti la base giuridica dell’instaurazione e del funzionamento del mercato interno dei prodotti alimentari) mentre, sulla base del principio di sussidiarietà, l’*enforcement* della normativa, ossia l’esercizio dei compiti di controllo e sanzionatori, è affidato alle amministrazioni nazionali.

Come noto, la politica di sicurezza alimentare dell’Unione mira a proteggere la salute e gli interessi dei consumatori garantendo, nel contempo, il regolare funzionamento del mercato interno. Per realizzare tale duplice obiettivo, il regolatore europeo ha provveduto a dettare norme di controllo ‘ in materia di igiene degli alimenti (siano essi prodotti nell’Unione o importati da Paesi terzi), salute e benessere degli animali, salute delle piante e prevenzione dei rischi di contaminazione da sostanze

81 Cfr. in tal senso Comunicazione della Commissione del 18 novembre 2010 intitolata «La PAC verso il 2020: rispondere alle future sfide dell’alimentazione, delle risorse naturali e del territorio» [[COM \(2010\) 672](#)].

esterne - e altresì norme volte a garantire l'adeguata etichettatura di tali prodotti.

Il nuovo quadro legislativo disegnato a partire dagli anni Duemila – in cui si riscontra una produzione alluvionale di regolamenti⁸² all'insegna del cosiddetto approccio "dai campi alla tavola" – si compone essenzialmente dei seguenti elementi: fissazione di principi comuni della legislazione alimentare; istituzione di un'autorità europea per la sicurezza alimentare; creazione di una rete di cooperazione scientifica e organizzazione di sistemi ufficiali di controllo in tutti i settori e in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione.

Si tratta di una regolazione essenzialmente incentrata su un approccio di tipo preventivo-dissuasivo, che ha dato origine a un sistema peculiare, caratterizzato da nuove architetture istituzionali e nuovi modi di esercizio e di allocazione del potere pubblico, in virtù della varietà di attori che intervengono negli assetti regolativi. Con forti ripercussioni, spesso anche problematiche, sugli ordinamenti interni, tra cui:

- il rischio di asimmetrie tra regolazione settoriale ultranazionale e regolazione generale nazionale del settore (rischio, del resto, inesorabile quando si incontrano ordinamenti diversi e quando la produzione normativa extrastatale è sterminata e mutevole);
- il rischio di conflitti nell'amministrazione interna del settore [anch'esso inesorabile poiché la molteplicità (ed eterogeneità) degli interessi coinvolti non agevola l'individuazione delle (competenze delle) autorità preposte alla loro cura ed attuazione].

82 Come noto, pilastro della sicurezza alimentare è il **regolamento (CE) n. 178/2002**. E' infatti da tale regolamento – considerato la legge generale e fondamentale del sistema europeo di sicurezza alimentare – che sono scaturiti tutti gli altri interventi legislativi in tema di food safety, compreso il c.d. "Pacchetto Igiene", costituito da una serie di atti emanati negli anni 2004-2005 – quasi tutti, peraltro, già a partire dal 2006, oggetto numerose modifiche e integrazioni – volti a stabilire regole d'igiene per i prodotti alimentari e a disciplinare il sistema dei controlli [tra cui i regolamenti (CE) nn. **852/04**, **853/04** e **183/05** relativi all'igiene degli alimenti e dei mangimi; i regolamenti (CE) nn. **854/04** e **882/04** sui controlli da parte delle autorità competenti; i regolamenti (CE) nn. **2073/05**, **2074/05**, **2075/02** e **2076/05** sui criteri microbiologici, l'organizzazione dei controlli e le misure transitorie].

3. LA RIPARTIZIONE DELLE COMPETENZE NELL'ASSETTO NORMATIVO ITALIANO DE IURE CONDITO E DE IURE CONDENDO

La complessità del sistema costruito dal regolatore europeo, dunque, si riflette e si accresce nell'ordinamento interno, sovraccaricando l'opera di adeguamento legislativo e amministrativo - senza dimenticare che uno sforzo analogo (e forse anche peggiore!) grava altresì sugli operatori economici del settore - alla incessante produzione dell'Unione.

Non c'è dubbio, infatti, che non poche e non lievi sono le difficoltà di ricostruire e attuare nell'ordinamento nazionale - e ancor più, quindi, di rispettare e far rispettare - una disciplina così vasta e complessa, di un oggetto di per sé complesso (oltre che soggetto a continue variazioni): ne è prova il fatto che l'esigenza di razionalizzare e semplificare il quadro normativo, di solito tipica degli Stati membri, in questo settore emerge con forza anche a livello europeo⁸³.

E difatti, nella consapevolezza che *«i regolamenti adottati a far data dal 2002, benché direttamente applicabili negli ordinamenti dei singoli Stati, rendono in realtà necessaria l'adozione di prescrizioni attuative e di coordinamento, nonché uno sforzo di verifica del grado di compatibilità delle disposizioni interne vigenti con il più ampio quadro normativo tracciato a livello sovranazionale»*, è in corso di approvazione un disegno di legge⁸⁴ che, all'art. 12⁸⁵, contiene una delega al Governo ad adottare (su proposta del Ministro della Salute) uno o più decreti (che si preannunciano come un nuovo codice di settore: il codice della sicurezza alimentare) che consentano *«la completa ricognizione delle disposizioni sanitarie vigenti in materia di alimenti e*

83 In particolare, cfr. in tal senso il considerando n. 16 della Proposta di regolamento sui controlli ufficiali del 3 maggio 2013, COM (2013) 265 fin. (su tale Proposta, v. anche infra, nota 13).

84 Disegno di legge recante disposizioni in materia di sperimentazione clinica dei medicinali, di riordino delle professioni sanitarie, di tutela della salute umana nonché di benessere animale (c.d. ddl Lorenzin), approvato nella seduta del 26 luglio 2013, reperibile sul sito: http://www.quotidianosanita.it/allegati/create_pdf.php?all=5308748.pdf.

85 La disposizione recata dall'art. 12 – intitolata “*Delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di sicurezza degli alimenti e dei mangimi e per l'attuazione dei regolamenti (CE) nn. 178/2002, 852/2004, 853/2004, 854/2004, 882/2004, 1935/2004, 183/2005*” – è mutuata dall'art. 2 del ddl governativo AS 3555 recante deleghe al Governo in materia sanitaria e di sicurezza alimentare presentato durante la scorsa Legislatura.

mangimi, finalizzati ad una significativa semplificazione della normativa esistente, attraverso la riduzione del numero esorbitante di fonti, la riduzione e l'eliminazione degli oneri a carico di cittadini e imprese, l'individuazione di soggetti e compiti specifici connessi all'attività di controllo ufficiale, in vista di un sostanziale potenziamento degli strumenti e delle misure poste a tutela della salute»⁸⁶.

Allo stato, con riferimento alle su menzionate problematiche, una situazione di parziale asimmetria del nostro ordinamento rispetto alla regolazione europea è per certi aspetti riscontrabile in tema di valutazione del rischio.

Un situazione di potenziale conflitto emerge invece in relazione alla distribuzione delle competenze e dei poteri in tema di controllo e sanzioni fra le varie autorità interessate.

I due profili, se pur connessi, saranno trattati separatamente.

A) Valutazione del rischio

Giova ricordare che il legislatore europeo ha voluto mantenere rigidamente distinte l'attività di *valutazione del rischio* (per la salute umana, animale e per l'ambiente) e l'attività di *gestione del rischio* medesimo, assegnando la prima all'EFSA (*European Food Safety Authority*) e la seconda alla Commissione.

Duplici è la funzione assegnata all'EFSA dal regolamento (CE) n. 178/2002 che l'ha istituita: non solo assicurare una valutazione scientifica dei rischi esistenti ed emergenti formulando i migliori pareri, ma anche comunicare tale valutazione al pubblico (in modo che possa essere largamente condivisa e accettata), fornendo informazioni rapide, affidabili, obiettive e comprensibili.

Conseguentemente l'EFSA è organo tecnico e neutrale: elevata scientificità delle competenze, massima trasparenza e, soprattutto, assoluta indipendenza sono le caratteristiche fondamentali della sua organizzazione e della sua attività.

L'EFSA si presenta quindi come un'autorità indipendente *sui generis* in quanto non investita dei poteri e delle funzioni che - pur nella loro varietà - istituzionalmente

86 I passi riportati sono ripresi dalla Relazione al citato ddl, reperibile sul sito: http://www.quotidianosanita.it/allegati/create_pdf.php?all=1677952.pdf.

caratterizzano le altre autorità di settore, essendo tali poteri e funzioni (vigilanza, controllo, sanzione e, per alcune, anche regolazione) ritenuti potenzialmente configgenti con la sua libertà scientifica. In altri termini, diversamente dalle altre autorità, l'EFSA non ha poteri "esterni" - cioè di rilevanza esterna - nel settore in cui agisce, bensì meri poteri consulenza. Peraltro, anche nell'assetto organizzativo, essa si distacca, sotto più profili, dalle Agenzie dell'Unione.

Tuttavia, l'attività da essa svolta, essendo finalizzata a fornire un solido supporto scientifico ai processi di gestione del rischio e di elaborazione delle politiche della Commissione, inevitabilmente finisce, *de facto*, per avere un'incidenza sui processi di adozione e/o revisione della legislazione alimentare europea e sui processi di decisione in merito all'approvazione di sostanze regolamentate (come pesticidi e additivi alimentari), contribuendo così alla elaborazione e definizione delle norme del settore alimentare.

Al fine di espletare tali compiti e funzioni, l'EFSA «*agisce in stretta collaborazione con gli organi competenti che negli Stati membri svolgono funzioni analoghe alle sue*» [art. 22, par. 7, regolamento (CE) n. 178/2002]. Gli organi nazionali sono raccolti nel Foro consultivo (uno per ogni Stato membro, in quanto unico è il rappresentante nel Foro), che rappresenta un meccanismo di scambio di informazioni finalizzato a garantire una piena e stretta collaborazione sia con l'Autorità sia tra i vari organismi, in quanto tutti parte di una "rete" coordinata in sede europea.

Il successivo regolamento (CE) n. 2230/2004, pur non imponendo la creazione di un'autorità nazionale nella quale sia concentrata l'attività di valutazione del rischio, ne stabilisce i principi organizzativi, in modo che essa possa garantire non solo «*un livello elevato e riconosciuto di esperienza scientifica e tecnica*» ma altresì la «*capacità di operare in rete*», che costituisce «*uno dei principi basilari*» per il funzionamento della stessa Autorità europea (*considerando* n. 1).

Alla luce di tali brevi osservazioni, appare evidente che il modello organizzativo adottato dal legislatore europeo non è quello dell'accentramento delle funzioni in unico organismo, sia per evitare un eccessivo appesantimento sia per rispettare la separazione tra valutazione del rischio e gestione del medesimo.

Con la conseguenza che anche gli organi nazionali svolgenti «*funzioni analoghe*» a

quelle dell’Autorità europea dovrebbero essere individuati in organizzazioni separate dal resto dell’amministrazione, dotate di regole e procedure specifiche e, soprattutto, sottratte a poteri di indirizzo e controllo e all’influenza di interessi – politici, economici e burocratici – esterni.

In Italia, dopo un lungo dibattito e un travagliato *iter* legislativo interrottosi nel 2008 (che, comunque, avrebbe condotto a una “versione” di autorità alquanto lontana da quella prefigurata dal legislatore europeo), ha prevalso la scelta di utilizzare strutture esistenti: la responsabilità della valutazione del rischio resta attribuita al Ministero della Salute⁸⁷ e, a seguito dell’accordo sottoscritto nel 2007 – e rinnovato annualmente – da tale Ministero e l’EFSA, il c.d. *focal point* – ossia il “punto di raccordo tecnico-scientifico” con l’Autorità europea, che funge altresì da interfaccia tra questa e i vari *Stakeholders* (autorità nazionale, istituti di ricerca, consumatori, ecc.) “ è l’Istituto Superiore di Sanità (ISS) - Dipartimento di Sanità Pubblica Veterinaria e Sicurezza Alimentare (SPVSA) - che, come noto, è sottoposto alla vigilanza del Ministero della Salute.

Fra le numerose organizzazioni inserite nell’elenco di cui all’art. 36 del regolamento (CE) n. 172/2002 (designate dagli Stati membri al fine di assistere, da sole o in rete, l’EFSA nell’adempimento dei suoi compiti), figurano per l’Italia ben 40 organismi⁸⁸.

87 A seguito dell’emanazione del regolamento di organizzazione del Ministero della Salute (d.p.r. 11 marzo 2011, n. 108), la Direzione Generale degli Organi Collegiali per la Tutela della Salute è individuata quale autorità nazionale di riferimento dell’EFSA (ed è, quindi, membro del Foro consultivo); presso tale Ministero opera altresì il Comitato Nazionale per la sicurezza alimentare, di cui al d.m. 26 luglio 2007, n. 27799 (v. infra, in nota 11).

88 Tra cui (oltre all’ISS): l’Istituto nazionale di ricerca per gli alimenti e la nutrizione (INRAN), vigilato dal Ministero per le Politiche Agricole, Alimentari e Forestali; il Consiglio per la ricerca e la sperimentazione in agricoltura (CRA), posto sotto la vigilanza del Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali; la Stazione Sperimentale per l’Industria delle Conserve Alimentari (SSICA), prima ente pubblico, oggi Azienda Speciale della Camera di Commercio Industria, Artigianato e Agricoltura di Parma; la Stazione Sperimentale per le Industrie degli Oli e dei Grassi (SSOG), prima ente pubblico vigilato dal ministero dello Sviluppo Economico, poi confluito nell’Azienda Speciale della Camera di Commercio di Milano; il Centro Internazionale per gli Antiparassitari e la Prevenzione Sanitaria (ICPS), centro polivalente di sanità pubblica a supporto dei programmi di lavoro della Regione Lombardia; gli Istituti Zooprofilattici Sperimentali (I.I.ZZ.SS.) di varie Regioni, sottoposti alla vigilanza del Ministero della Salute; nonché diversi Atenei.

Non è questa la sede per ripercorrere nei dettagli la storia della mancata istituzione di un'apposita autorità nazionale per la sicurezza alimentare⁸⁹, né per esprimere valutazioni sulla scelta operata nel nostro ordinamento; peraltro, dando uno sguardo all'Europa, il caso italiano non appare isolato, giacché - fatta eccezione per alcuni Paesi, quali ad esempio Gran Bretagna, Germania e Danimarca, che sembrano aver adottato modelli più coerenti con quello indicato dal legislatore europeo - diversi sono gli Stati in cui il ruolo di "consulente scientifico" in tema di valutazione del rischio è svolto da Ministeri e/o da organismi ad essi subordinati che, come tali,

89 Giova, tuttavia, ricordarne sinteticamente le tappe. Sotto la spinta di un'emergenza (l'influenza aviaria), l'art. 1, comma 3, d.l. 1° ottobre 2005, n. 202, recante misure urgenti per la prevenzione dell'influenza aviaria (convertito con modificazioni dalla legge 30 novembre 2005, n. 244) istituisce presso il Ministero della Salute il Dipartimento per la Sanità Pubblica Veterinaria e, all'interno di esso, colloca il Comitato Nazionale per la sicurezza alimentare. Il Comitato resiste alla soppressione e all'accorpamento degli organismi operanti nelle amministrazioni pubbliche: esso viene infatti confermato dal d.p.r. 14 maggio 2007, n. 86, e disciplinato - invero «in modo assai singolare» (così N. Longobardi, A proposito di Autorità italiana per la sicurezza alimentare fra disciplina europea e interventi normativi nazionali, in Riv. dir. alim., 2009, p. 10) - dal d.m. 26 luglio 2007, n. 27799 (in G.U. n. 231 del 4 ottobre 2007). L'art. 2, comma 356, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, stabilisce che il Comitato nazionale per la sicurezza alimentare «assume la denominazione di Autorità Nazionale per la sicurezza alimentare e si avvale di una sede referente operante nella città di Foggia (...)» e, immediatamente dopo, l'art. 11 d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, interviene a stabilire che l'Autorità Nazionale per la sicurezza alimentare assume (dal 15 gennaio 2008) la nuova denominazione di «Agenzia Nazionale per la sicurezza alimentare» con sede a Foggia, posta sotto la vigilanza del Ministero della Salute. Scompare il finanziamento precedentemente stabilito, che però riappare in sede di conversione (con modificazioni) del d.l. nell'art. 11 legge 28 febbraio 2008, n. 31. Tale norma, ripercorrendo la storia del primo "Comitato", poi (ridenominato) "Autorità", conferma la sua "trasformazione" in «Agenzia nazionale per la sicurezza alimentare» con sede a Foggia. Resta invariata la disposizione (già prevista nel decreto legge) che rinvia a un successivo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (su proposta del Ministro della Salute, di concerto con il Ministro delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali) la definizione delle norme per l'organizzazione, il funzionamento e l'amministrazione dell'Agenzia. Di fatto, però, il decreto non viene mai adottato (né risulta che sia mai stata diffusa neppure una bozza di disegno). Dopo alcune interpellanze parlamentari volte a chiedere chiarimenti al Governo, l'Agenzia viene inserita nella lista degli enti inutili e, perciò, da sopprimere, in quanto rientrante nell'applicazione dell'art. 26 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modifiche nella legge 6 agosto 2008, n. 133 (c.d. legge "taglia enti"). Conseguentemente, le competenze dell'Agenzia restano attribuite al Ministero della Salute, presso il quale è stata incardinata dalla citata legge n. 244/2005. I tentativi di riportare l'attenzione sulla questione proseguono fino al 2010 con ordini del giorno, mozioni, emendamenti (in particolare al ddl sulla competitività del settore alimentare), ma tutti senza esito.

svolgono anche altre funzioni.

Ciò che invece interessa è richiamare l'attenzione su alcuni (tra i vari) aspetti che caratterizzano il nostro Paese, alcuni specifici, altri più generali, e precisamente:

- la non piena coincidenza, sotto taluni profili, della distribuzione delle competenze rispetto al modello organizzativo europeo e, sotto altri, rispetto ai modelli prevalenti negli altri Stati membri: in effetti, sebbene – come rilevato – l'Unione non abbia imposto l'accentramento di funzioni in un'unica autorità nazionale, non c'è dubbio che le caratteristiche di tale organo debbano ricalcare quelle dell'EFSA (*in primis* la necessaria indipendenza) e le sue funzioni (che, in base al ricordato principio organizzativo di separazione, comprendono in primo luogo la valutazione del rischio, l'informazione, la comunicazione al pubblico e, in secondo luogo, la consulenza scientifica e la collaborazione con le autorità nazionali competenti alla "gestione" del rischio medesimo, ossia Ministeri e Regioni); inoltre, nella maggior parte degli Stati membri, l'autorità nazionale responsabile della valutazione del rischio (cioè membro del Foro consultivo) è altresì il *focal point*. L'assetto organizzativo italiano appare quindi disorganico: da un lato l'ISS, pur svolgendo compiti anche più ampi (che vanno ben oltre gli alimenti) rispetto a quelli demandati all'Autorità europea (e, quindi, nazionale), appare però carente sotto l'aspetto della tutela dei consumatori, con particolare riferimento alla comunicazione dei rischi⁹⁰; dall'altro lato, tale compito, a seguito del citato regolamento di organizzazione del Ministero della Salute (d.p.r. n. 108/2011), spetta alla Direzione Generale degli Organi Collegiali per la Tutela della Salute, che fa parte del Dipartimento competente in tema di vigilanza e controllo (*v infra*) e che, fra le varie funzioni (tra cui, *in primis*, la valutazione del rischio riguardante la sicurezza alimentare), svolge anche quella di assicurare «l'operatività della Consulta delle associazioni dei consumatori e dei produttori in materia di sicurezza alimentare» (istituita con d.m. 18 settembre 2009, in G.U. 30 ottobre 2009, n. 253);

90 Come a suo tempo autorevolmente osservato da S. Cassese, *Proposte per un'Autorità italiana per la sicurezza alimentare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 801, facendo altresì notare che per valutare i rischi derivanti dagli OGM non si sia fatto ricorso a tale Istituto, bensì ad una Commissione interministeriale di valutazione, appositamente istituita (art. 6, d. lgs. 8 luglio 2003, n. 224); conforme, N. Longobardi, *A proposito di Autorità italiana per la sicurezza alimentare fra disciplina europea e interventi normativi nazionali*, cit., p. 8.

- il rischio di potenziali sovrapposizioni (come, ad esempio, la realizzazione di più progetti di ricerca sullo stesso argomento) in virtù dell'elevato numero di organismi tecnico-scientifici che forniscono informazioni e consulenze nel settore e della conseguente difficoltà di un loro adeguato coordinamento;

- le incertezze, le tensioni e, soprattutto, le resistenze (forse anche politiche ed economiche, ma certamente burocratiche) che puntualmente emergono quando si pone una questione di attribuzione e distribuzione di competenze, che nella specie avrebbe potuto condurre a una eventuale sottrazione di poteri/doveri all'organo che, ai sensi dell'art. 2 d. lgs. 6 novembre 2007, n. 193 (di attuazione della direttiva n. 2004/41/CE), ha competenza (apparentemente) esclusiva in materia di controlli nel settore della sicurezza alimentare.

B) Sistemi ufficiali di controllo e poteri sanzionatori

Al fine di garantire in tutta l'Unione un'attuazione armonizzata della disciplina che assicuri un elevato livello di tutela dei consumatori e, nel contempo, il ravvicinamento tra le disposizioni nazionali (le cui disparità possono infatti falsare il libero gioco della concorrenza e altresì dare vita ad asimmetrie nella tutela degli interessi pubblici in gioco, tra cui, ovviamente, la salute e l'informazione dei consumatori), il legislatore europeo ha elaborato un complesso di norme uniformi per regolamentare l'organizzazione e l'esecuzione dei controlli ufficiali nella filiera agroalimentare.

Il sistema dei controlli, ovviamente, non può che essere un sistema diffuso. Pertanto, sulla base del principio di sussidiarietà, l'assetto organizzativo configurato principalmente – ma non esclusivamente – dal regolamento (CE) n. 882/2004 – che, fra l'altro, come già accennato, una recente Proposta di regolamento intende sostituire e abrogare al fine di superare le carenze riscontrate nella sua formulazione e applicazione⁹¹ – è decentrato e al tempo stesso coordinato secondo un disegno comune ed è caratterizzato da una struttura piramidale e dall'auto-amministrazione. Come efficacemente osservato, l'Unione è “amministrazione che fa fare”, riservandosi

91 Proposta di regolamento del 6 maggio 2013, COM (2013) 265 fin. Essa fa parte di un pacchetto globale, che intende aggiornare il sistema dei controlli e l'*acquis* in tema di sanità animale e vegetale al fine di creare un solido quadro normativo, trasparente e sostenibile, perseguendo contestualmente l'obiettivo di legiferare meglio e di potenziare le politiche dell'UE in questi settori.

solo il ruolo – assai meno oneroso – di controllore dei controllori: autorità nazionali e privati svolgono attività di vigilanza; agli organi europei spettano poteri regolatori di indirizzo, coordinamento e controllo finale.

Al fine di assicurare il rispetto di obblighi quali quelli di conformità ai requisiti di sicurezza, etichettatura, pubblicità e rintracciabilità, i compiti di controllo e sanzionatori spettano dunque alle autorità designate dagli Stati membri (art. 4, comma 1, regolamento (CE) n. 882/2004)⁹².

E' opportuno sottolineare che il regolamento (CE) n. 882/2004 ha come oggetto e obiettivo la fissazione delle regole per verificare la conformità alle normative volte, segnatamente, a una duplice finalità: *a)* da un lato, quella di prevenire, eliminare o ridurre a livelli accettabili i rischi per gli esseri umani e gli animali, siano essi rischi diretti o veicolati dall'ambiente; *b)* dall'altro lato, quella di garantire pratiche commerciali leali per i mangimi e gli alimenti e tutelare gli interessi dei consumatori, comprese l'etichettatura dei mangimi e degli alimenti e altre forme di informazione dei consumatori (art. 1)⁹³.

Con conseguente divaricazione delle competenze nell'ambito del nostro ordinamento, le quali, in un'ottica di complementarietà, sono così ripartite:

a) al Ministero della Salute - unitamente ai numerosi organismi più oltre menzionati (tra cui, a livello centrale, il Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali e il Ministero dell'Ambiente) - spetta il controllo del rispetto delle normative volte a

92 Dette autorità devono soddisfare criteri operativi che garantiscano la loro efficienza, efficacia e imparzialità; pertanto, devono disporre di attrezzature adeguate e di personale adeguatamente qualificato, nonché di piani di emergenza. Ove la competenza a eseguire parte dei controlli sia assegnata a più autorità o, comunque, ad autorità diverse da quella centrale (in particolare a livello regionale e locale), è necessario assicurare un coordinamento efficace ed efficiente tra tutte le autorità interessate [art. 4, comma 4, regolamento (CE) n. 882/2004]. L'autorità competente può altresì delegare compiti specifici riguardanti i controlli ufficiali a uno o più organismi di controllo nei limiti e secondo le condizioni rigorosamente stabilite dal regolamento [art. 5 regolamento (CE) n. 882/2004].

93 L'oggetto sostanzialmente non muta nella citata Proposta di regolamento sui controlli ufficiali del 6 maggio 2013, che si applica ai controlli ufficiali effettuati «per verificare la conformità alla normativa (...): a) che disciplina gli alimenti e la sicurezza alimentare in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione di alimenti, comprese le norme volte a garantire pratiche commerciali leali e a tutelare gli interessi e l'informazione dei consumatori, la fabbricazione e l'uso di materiali e oggetti destinati a venire a contatto con alimenti; (...)» (art. 1).

tutelare direttamente il bene salute e i cittadini-consumatori;

b) all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato spetta il controllo del rispetto delle normative volte a tutelare la concorrenza, la correttezza delle informazioni, la trasparenza, le pratiche commerciali leali (ossia normative che tutelano, per usare un'espressione unica, il funzionamento del mercato e, quindi, solo indirettamente i consumatori).

Qualora, nel corso di controlli ufficiali (art. 3 comma 3, regolamento (CE) n. 882/2004), venga rilevata un'infrazione, l'autorità competente interessata adotta le adeguate misure tenendo conto della natura dell'infrazione e dei precedenti dell'operatore inadempiente⁹⁴.

a) Il controllo del rispetto delle normative volte a tutelare direttamente il bene salute e i cittadini-consumatori

In attuazione dell'art. 17 regolamento (CE) n. 178/2002 e delle norme sulla salute e sul benessere degli animali, l'art. 41 regolamento (CE) n. 882/2004 ha attribuito a ogni Stato membro il compito di elaborare un unico piano integrato di controllo nazionale pluriennale (PNI), finalizzato alla razionalizzazione delle attività (mediante un'opportuna considerazione dei rischi ed un adeguato coordinamento di tutti i soggetti istituzionali coinvolti) e alla promozione di un approccio armonizzato che incoraggi l'adozione di buone pratiche.

Il Ministero della Salute - Dipartimento della Sanità Pubblica Veterinaria, della Sicurezza Alimentare e degli Organi Collegiali per la Tutela della Salute, è il **Punto di contatto nazionale per il Piano Nazionale Integrato**. Esso si avvale di specifici organismi per il coordinamento delle diverse amministrazioni coinvolte nel PNI.

94 In particolare possono essere applicate misure amministrative (ritiro dal mercato, distruzione del prodotto, chiusura di un'azienda, ritiro dello status approvato dello stabilimento, ecc.) o sanzioni. Tali misure e sanzioni devono essere «effettive, proporzionate e dissuasive» [art. 55 regolamento (CE) n. 882/2004; art. 17 regolamento (CE) n. 178/2002]. Va altresì ricordato che, oltre a quelle già previste dal [regolamento \(CE\) n. 178/2002](#), il regolamento CE n. 882/2004 consente alla Commissione di prendere ulteriori misure (quali la sospensione della commercializzazione di determinati mangimi o alimenti oppure la fissazione di condizioni speciali per la loro distribuzione) laddove vi sia la prova che il sistema di controllo di uno Stato membro presenta gravi carenze (art. 56).

Le materie di interesse del PNI (alimenti, mangimi, salute e benessere degli animali, sanità delle piante) e quelle ad esse strettamente correlate (ad esempio, i fattori ambientali) ricadono infatti nelle competenze di diverse autorità ed amministrazioni, sia a livello centrale che regionale e locale, la gran parte delle quali facenti parte del Servizio Sanitario Nazionale (SSN)⁹⁵.

Come risulta dal PNI 2011-2014⁹⁶, tali autorità possono essere così suddivise:

- **Autorità centrali**, ossia (oltre al Ministero della Salute) il Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali - Ispettorato centrale della tutela della qualità e repressione frodi dei prodotti agroalimentari (ICQRF), e il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare;

- Autorità Regionali, quali le Agenzie Regionali per la Protezione Ambientale (ARPA), **i Servizi Fitosanitari Regionali (SFR), i Laboratori di Sanità Pubblica (LSP);**

- Forze di Polizia e altre Istituzioni, quali Carabinieri, Corpo forestale dello Stato, Guardia di Finanza, Capitanerie di Porto, Agenzia delle dogane.

In questo intreccio di soggetti e competenze⁹⁷, si inseriscono anche i Laboratori Na-

95 Come noto, in base al principio di sussidiarietà costituzionale, il SSN è articolato secondo diversi livelli di responsabilità e di governo (centrale e regionale): in particolare, quelli inerenti il Piano Nazionale Integrato, sono: il Ministero della Salute (organo centrale); l'[Istituto Superiore di Sanità](#) e gli Istituti Zooprofilattici Sperimentali (enti e organi di livello nazionale); le Regioni e Province autonome, le Aziende Sanitarie Locali (enti e organi territoriali).

96 Reperibile sul sito: <http://www.salute.gov.it/pianoNazionaleIntegrato/paginaInternaMenuPianoNazionaleIntegrato.jsp?id=1990&lingua=italiano&menu=capitolo2>.

97 In relazione agli ambiti di competenza di ciascuna amministrazione, come specificato sul sito del Ministero della Salute (http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_6.jsp?lingua=italiano&id=1142&area=sicurezzaAlimentare&menu=piani), al Ministero della Salute sono affidate prevalentemente le funzioni di programmazione, indirizzo e coordinamento. Il Ministero opera, a livello centrale, con la Direzione Generale della Sicurezza degli Alimenti e la Nutrizione e, a livello territoriale, con i propri Uffici periferici, ovvero gli Uffici di Sanità Marittima, Aerea e di Frontiera (USMAF), e gli Uffici Veterinari Periferici, che comprendono i Posti di Ispezione Frontaliera (PIF) e gli Uffici Veterinari per gli Adempimenti Comunitari (UVAC). Con competenza su tutto il territorio nazionale e con strutture articolate anche a livello periferico, opera il Comando Carabinieri per la Tutela della Salute attraverso i Nuclei Antisofisticazione e Sanità (NAS), soprattutto nell'ambito della repressione e della prevenzione. A livello regionale, il coordinamento è affidato agli Assessorati alla sanità, mentre le funzioni di controllo sulle attività di produzione, commercio e somministrazione degli alimenti e delle bevande

zionali di Riferimento (LNR) per alimenti, mangimi e sanità animale, designati dalle Autorità centrali conformemente all'art. 33 regolamento (CE) n. 882/2004. E a riprova delle potenziali sovrapposizioni che potrebbe determinarsi tra i vari soggetti coinvolti, il PNI specifica che nell'individuazione di tali LNR si deve tener conto, in considerazione delle analogie funzionali e della corrispondenza delle aree tematiche, della presenza di eventuali Centri di Riferenza Nazionale (CRN), localizzati presso gli Istituti Zooprofilattici Sperimentali.

In sintesi, le attività di controllo svolte da tali autorità – ed eseguite in qualsiasi fase della produzione, della trasformazione, della distribuzione, del magazzinaggio, del trasporto, del commercio e della somministrazione – consistono in una, o più, delle seguenti operazioni: controlli ispezione, prelievo dei campioni, analisi di laboratorio dei campioni prelevati, controllo dell'igiene del personale addetto, esame del materiale scritto e dei documenti di vario genere ed esame dei sistemi di verifica adottati dall'impresa e dei relativi risultati.

Giova infatti ribadire che il controllo ufficiale ha la finalità di verificare e garantire la conformità dei prodotti alimentari alle disposizioni dirette a prevenire i rischi per la salute pubblica e a proteggere gli interessi dei consumatori (oltre che ad assicurare la lealtà delle transazioni). Pertanto esso riguarda sia i prodotti italiani o di altra provenienza destinati ad essere commercializzati nel territorio nazionale, sia quelli destinati ad essere spediti in un altro Stato dell'Unione o esportati in uno Stato terzo.

Un semplice sguardo ai dati riportati, con cadenza annuale, dal Rapporto *“Vigilanza e controllo degli alimenti e delle bevande in Italia”* relativo all'anno 2012, realizzato dalla Direzione Generale per l'Igiene e la Sicurezza degli Alimenti e la Nutrizione⁹⁸, o dalla Relazione sull'attività svolta nell'anno 2012 dalla Direzione dell'Ispettorato Centrale della Tutela della Qualità e Repressione Frodi dei Prodotti Agroalimentari

competono prevalentemente ai Comuni, che le esercitano attraverso le Aziende Sanitarie Locali. Ai laboratori pubblici del Controllo Ufficiale (Presidi Multizonali di Prevenzione, Agenzie Regionali per la Protezione dell'Ambiente e Istituti Zooprofilattici Sperimentali) sono affidate l'effettuazione delle analisi sui prodotti alimentari. I risultati delle attività di vigilanza e di controllo analitico vengono trasmessi annualmente al Parlamento.

98 Consultabile sul sito: http://www.salute.gov.it/portale/documentazione/p6_2_2_1.jsp?lingua=italiano&id=1991.

(ICQRF)⁹⁹, è sufficiente per rendersi conto che indiscussa è l'efficacia dei controlli effettuati sul territorio nazionale e intensa ed encomiabile è l'opera svolta dai su menzionati organismi competenti per garantire la nostra sicurezza alimentare.

b) Il controllo del rispetto delle normative volte a tutelare il funzionamento del mercato

A fianco di queste fondamentali attività di controllo ufficiale sui prodotti alimentari, si pone altresì - come accennato - l'attività di controllo dell'AGCM che, nell'esercizio e adempimento delle sue funzioni istituzionali, vigila sul comportamento degli operatori economici e ne sanziona le pratiche commerciali scorrette.

In particolare giova ricordare che, oltre ai poteri di controllo sulla pubblicità e l'etichettatura dei prodotti (anche) alimentari già propri dell'ACGM, l'art. 62 della legge n. 27/2012 (come modificato dall'art. 36-bis d.l. 179/2012) - che ha dettato una specifica disciplina delle relazioni commerciali tra i soggetti della filiera agroalimentare - ha ad essa attribuito il potere di sanzionare le condotte che rappresentano un indebito esercizio del potere contrattuale dal lato della domanda a danno dei fornitori. Si tratta quindi di una funzione aggiuntiva e complementare rispetto a quelle già previste, che consente all'AGCM di intervenire, 'ufficio o su segnalazione, per proteggere l'interesse pubblico al corretto assetto concorrenziale del mercato alimentare nelle ipotesi in cui le relazioni commerciali di natura verticale (non qualificabili come intese verticali o come abusi di posizione dominante) tra grande distribuzione organizzata (GDO) e fornitori producano indirettamente effetti negativi "apprezzabili" su tale assetto.

Emblematico riferimento alla complessità si trae dunque anche dalla necessità di tener conto della rilevanza che assumono le relazioni verticali (e il loro modo di configurarsi) nel settore. In questo inestricabile groviglio, caratterizzato da una molteplicità di profili che si intersecano reciprocamente, si nota altresì che, restringendo l'angolo visuale, i problemi, invece di attenuarsi, si dilatano: il riferimento è alla difficile e controversa applicazione della citata disciplina introdotta dall'art. 62 legge n. 27/2012, tanto che in data 8 maggio 2013 l'AGCM ha richiesto al Consiglio di

99 Consultabile sul sito: <http://www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/394>.

Stato di esprimersi al fine di dare certezza alle posizioni difformi assunte al riguardo dal Ministero dello Sviluppo Economico e dal Ministero delle Politiche Agricole¹⁰⁰.

Numerose e complesse sono dunque le problematiche che, dallo specifico, finiscono per ripercuotersi sul tutto (e che, come in altri settori, concernono il rapporto generale/speciale); ciò nonostante, anche in relazione a queste forme di controllo deve rilevarsi l'efficacia dell'azione di chi finora le ha esercitate, come dimostrano sia le indagini a tappeto effettuate negli ultimi anni (anche) sulle imprese che operano nel settore alimentare - che, a seconda della gravità dei casi, hanno condotto tanto all'applicazione di multe (spesso piuttosto ingenti) quanto all'utilizzo della *moral suasion*¹⁰¹ - sia il contributo offerto allo sviluppo di principi e orientamenti condivisi per un'effettiva tutela dei consumatori nel settore alimentare, sia, da ultimo, l'attenzione rivolta all'aumento del potere di mercato della GDO (attraverso un rafforzamento del ruolo delle centrali di acquisto) e alle possibili ripercussioni in danno dei consumatori¹⁰².

100 Difatti, con nota 26 marzo 2013, n. 5401, il MISE (in risposta al quesito posto da Confindustria) ha formulato un parere nel quale si asserisce che l'art. 62, comma 3, del d.l. n. 1/2012 dovrebbe essere disapplicato per quanto attiene ai termini di pagamento e alle sanzioni amministrative ivi stabilite, in quanto «*implicitamente abrogato*» dal successivo d. lgs. n. 192/2012, di attuazione della direttiva n. 2011/7/UE, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Conseguentemente, non sarebbero più in vigore le disposizioni in tema di termini inderogabili di pagamento né le sanzioni introdotte dalla citata disposizione. Con nota del 2 aprile 2013 il MIPAAF ha invece ribadito che l'art. 62 d.l. n. 1/2012 non è stato «*in alcun modo inciso né dalla entrata in vigore del d. lgs. n. 192/2012, né dalla direttiva n. 2011/7/UE*» posto che «*il principio contenuto in una normativa speciale (...) risulta insuscettibile di essere abrogato tacitamente o implicitamente da una norma generale*». Al riguardo, con nota 31 luglio 2013, la Presidenza del CdM ha aderito all'interpretazione del MIPAAF affermando la specialità della norma.

101 Per una sintesi dell'attività svolta dall'AGCM nel settore, con specifico riguardo alla mancata osservanza dei dettami contenuti nel c.d. regolamento *Claims*, v. il parere dell'AGCM del 18 settembre 2013 sulla disciplina sanzionatoria in merito alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari, reperibile sul sito: <http://www.agcm.it/segnalazioni/segnalazionepareri/open/C12563290035806C/E512ED79CCC669F1C1257BFE003B6DB8.html>.

102 Cfr. l'indagine conoscitiva sul settore della GDO (provvedimento 24 luglio 2013, n. 25565) pubblicata sul sito: <http://www.agcm.it/stampa/news/6547-agroalimentare-antitrust-piu-forte-il-potere-di-mercato-della-gdo-rapporti-conflittuali-con-i-fornitori-e-effetti-incerti-sui-consumatori.html>.

4. LO SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO RECANTE LA DISCIPLINA SANZIONATORIA PER LE VIOLAZIONI DI CUI AL REGOLAMENTO (CE) N. 1924/2006 (C.D. REGOLAMENTO CLAIMS): PROBLEMI E PROSPETTIVE

Tra i vari interventi legislativi che si preannunciano nel settore - che, giova ribadire, non solo è perennemente *in fieri* ma altresì muta, forse, più velocemente di altri - ve ne è uno i cui presupposti e i cui possibili effetti sono attualmente oggetto di pareri discordanti, se non contrapposti. Il riferimento è allo schema di decreto legislativo recante la disciplina sanzionatoria per le violazioni di cui al regolamento (CE) n. 1924/2006 (c.d. regolamento *Claims*) relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari¹⁰³, che individua quali autorità competenti ai fini della sua applicazione il Ministero della Salute, le Regioni, le Province autonome di Trento e Bolzano, le Aziende Sanitarie Locali, nell'ambito della propria organizzazione e legislazione (art. 2).

Preliminarmente va sottolineato che anche il suddetto regolamento (CE) n. 1924/2006 si prefigge la consueta duplice finalità di tutti gli interventi che muovono il legislatore europeo: garantire l'efficace funzionamento del mercato interno e, al tempo stesso, un elevato livello di tutela dei consumatori. Inoltre, va ricordato che esso è già stato modificato ad opera del regolamento (UE) n. 1169/2011 relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori: difatti a decorrere dal 13 dicembre 2016¹⁰⁴, l'etichettatura nutrizionale - ad eccezione della pubblicità generica - sarà obbligatoria per tutti i prodotti preconfezionati, salvo quelli elencati nell'allegato V del regolamento (UE) n. 1169/2011.

Le indicazioni nutrizionali e sulla salute devono ottemperare a una serie di condi-

103 Testo approvato (su proposta del Ministro per gli Affari europei, Enzo Moavero Milanesi, e del Ministro della Giustizia, Anna Maria Cancellieri) dal Consiglio dei Ministri, in esame preliminare, nella riunione del 31 maggio 2013, reperibile sul sito: <http://www.governo.it/backoffice/allegati/71361-8712.pdf>. Lo schema di ddl, su cui la Conferenza Stato-Regioni ha già espresso parere favorevole, è stato predisposto in attuazione della delega prevista dall'art. 1 della legge n. 217/2011 (legge comunitaria 2010).

104 Invero, il regolamento (UE) n. 1169/2011 si applica a decorrere dal 13 dicembre 2014, ma prevede un congruo periodo transitorio per consentire alle aziende produttrici di adeguarsi ai requisiti previsti dalla nuova normativa, in particolare quelli relativi al contenuto dell'etichettatura nutrizionale (art. 54 e 55).

zioni, sia generali che specifiche, di utilizzo; con riferimento a quelle specifiche, il regolamento (CE) n. 1924/2006 stabilisce che solo le **indicazioni nutrizionali** enumerate nell'allegato sono autorizzate (art. 8)¹⁰⁵ e che le **indicazioni sulla salute** sono soggette a requisiti specifici (art. 10).

La base giuridica dello schema di decreto è individuata nel regolamento (CE) n. 882/2004¹⁰⁶ ai sensi del quale, come già rilevato, spetta agli Stati membri il compito di stabilire le regole in materia di sanzioni applicabili in caso di violazione della normativa europea.

Un intervento *ad hoc* sarebbe quindi necessario ove si riscontrasse una vera e propria lacuna dell'ordinamento interno sul punto.

Invero, allo stato, gli strumenti sanzionatori disponibili per la repressione e la prevenzione di tali violazioni sono rinvenibili in due discipline di carattere orizzontale, e precisamente nel d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 109, concernente l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari (in particolare, il mancato rispetto delle regole europee è idoneo integrare violazione degli obblighi di cui all'artt. 2, come sanzionati dall'art. 18), sia negli artt. 12 e 18 ss. d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. codice del consumo), dettati rispettivamente in tema di informazioni ai consumatori e di pratiche commerciali, pubblicità e altre informazioni commerciali (in virtù della immediata consequenzialità, costantemente richiamata nei lavori preparatori di entrambe le discipline, tra regolamento *Claims* e direttiva n. 29/2005/CE relativa alle pratiche commerciali sleali). Al riguardo si è infatti osservato che le condizioni d'uso dei *claims* contenute nell'allegato del regolamento possono assumere il ruolo di "parametro oggettivo" idoneo a integrare, specificare e concretizzare precetti di carattere generale (l'ingannevolezza del messaggio, la scorrettezza della pratica) forniti di sanzione (quali sono le citate disposizioni del d.lgs. n. 109/92 e del codice del consumo).

105 Per autorizzare una nuova indicazione o per modificare l'elenco esistente, il fabbricante deve presentare una domanda allo Stato membro interessato, il quale la inoltra all'EFSA. Sulla base del parere formulato da tale Autorità, la Commissione adotta una decisione circa l'utilizzazione di tale indicazione [art. 15 ss. regolamento (CE) n. 1924/2006].

106 Cfr. la Relazione illustrativa, reperibile sul sito: <http://www.governo.it/Governo/Provvedimenti/dettaglio.asp?d=71361-8713.pdf>.

Ciò posto, e altresì considerato che il regolamento (CE) n. 1924/2006 non contempla l'obbligo per gli Stati membri di individuare un organismo competente ad accertare e sanzionare le possibili violazioni, appare non fondato il timore (paventato nell'A.I.R.¹⁰⁷) di una violazione del diritto europeo – e, conseguentemente, di una procedura di infrazione nei confronti del nostro Paese – in caso di non intervento di regolazione (c.d. opzione zero).

L'opportunità dell'intervento resta comunque da valutare sotto altri profili, come ad esempio quello della effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni previste in relazione alle fattispecie di violazione specificamente individuate. Al riguardo lo schema di decreto aspira a soddisfare meglio tali requisiti prevedendo, in caso di concorso tra illecito penale e illecito amministrativo, la supremazia della sanzione penale e altresì distinguendo le condotte che violano indicazioni sulla salute rispetto a quelle - meno gravi - che violano indicazioni nutrizionali. Esso, dunque, deroga alla più generica disciplina sanzionatoria prevista dagli art. 18, comma 2, d.lgs. n. 109/92 e 12 cod. cons., che di conseguenza non troverebbero più applicazione in caso di accertata violazione del regolamento *Claims*.

Nel complesso, però, l'opzione regolatoria proposta sta suscitando più critiche che apprezzamenti.

Sulla sua necessità e adeguatezza, infatti, l'AGMC ha già espresso forti dubbi¹⁰⁸, rilevandone la difficoltà di applicazione, la mancanza di efficacia, il rischio di sovrapposizioni con gli interventi e le decisioni riservate alla propria competenza e le conseguenti ricadute negative, in termini di certezza del diritto, sia per i professionisti (che si troverebbero a «*dover fronteggiare multipli vagli di legittimità del proprio comportamento () attesa l'assenza di un "soggetto unico" di vigilanza*») sia per i consumatori (che si troverebbero a godere di una «*tutela differenziata*» a seconda dell'autorità interveniente, «*con possibilità di decisioni/sanzioni plurime e poten-*

107 Analisi di impatto della regolamentazione sullo schema di decreto legislativo recante la disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni di cui al regolamento (CE) n. 1924/2006 relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari, reperibile sul <http://www.governo.it/backoffice/allegati/71361-8714.pdf>.

108 Cfr. il parere AGCM 18 settembre 2013 sulla disciplina sanzionatoria in merito alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari, cit.

zialmente anche contrapposte»)¹⁰⁹.

Dal canto suo il Ministero della Salute - Direzione Generale per l'Igiene e la Sicurezza degli alimenti e la Nutrizione - fa rilevare che l'intervento non inciderebbe sul ruolo e l'attività dell'AGCM, in quanto la nuova competenza si va ad aggiungere a quella già prevista ed esercitata, senza eliminarla¹¹⁰. Ciò, unitamente alla tassatività delle fattispecie di violazione individuate nello schema di decreto, contribuirebbe ad aumentare la certezza giuridica nell'interesse degli operatori del settore nonché ad elevare il livello di tutela dei consumatori, potendo le imprese non rispettose delle regole essere sanzionate tanto dall'AGCM, nella sua piena autonomia e indipendenza, quanto dalle autorità sanitarie.

Ma fortemente critica è altresì la posizione dell'industria alimentare, in primo luogo per l'incertezza del quadro normativo complessivo (anche a livello europeo), che rende tuttora problematica l'applicazione del regolamento *Claims* sotto diversi aspetti (in particolare: la Commissione non ha ancora pubblicato l'elenco delle indicazioni consolidate sulla salute da ammettersi in via definitiva; l'EFSA deve ancora

109 In particolare, fra i numerosi profili di criticità evidenziati (tali da rendere più difficile e complessa l'applicazione della stessa disciplina, ridurre la tutela dei consumatori, incrementare l'incertezza degli operatori, nonché creare un'ulteriore barriera al commercio intracomunitario), l'AGCM osserva di essersi trovata, nella sua esperienza, «a fronteggiare fattispecie differenti e mutevoli, resistenti ad un preciso inquadramento e mai interamente equivalenti al fine dell'irrogazione di puntuale sanzione e ciò a causa dell'ampia libertà esercitabile dalle aziende unitamente all'evoluzione costante delle tecniche di marketing». Pertanto, «in tale attività di controllo e valutazione dell'ingannevolezza di una campagna commerciale, è risultato oltremodo difficile individuare ed isolare singoli profili violativi nell'ambito di una valutazione complessiva di ingannevolezza della comunicazione commerciale, in cui si esamina complessivamente ed unitariamente tutti gli aspetti di una pratica commerciale. In particolare, molti degli illeciti adesso individuati nello schema di decreto sono stati valutati come profili che contribuivano complessivamente alla decettività della comunicazione, mai come aspetti separati ed autonomi». L'AGCM propende quindi per l'opzione zero, ribadendo la propria competenza quale «*organo naturalmente deputato – per struttura e attribuzioni già da tempo possedute, nonché expertise sinora maturata – a garantire l'applicazione del suddetto Regolamento*», oltre che «*pienamente in grado*» di svolgere tale ruolo di *enforcer*. In alternativa, suggerisce una riformulazione delle ipotesi di illecito, riducendole a quelle tipizzate e di facile accertamento, e di prevedere in tali ipotesi un meccanismo di raccordo fra AGCM e Ministero della Salute, anche attraverso la richiesta di un parere prima della conclusione del procedimento.

110 Come riportato da R. MAGNANO, *Alimenti: multe fino a 40mila euro per l'etichetta "infedele"*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 giugno 2013.

riesaminare gli *health claims* relativi a probiotici e *botanicals*; vari aspetti del regolamento presentano dubbi interpretativi ancora da sciogliere). Inoltre, l'impianto sanzionatorio delineato nello schema di decreto appare discutibile per non aver parametrato gli importi delle sanzioni (così come invece accade per quelle irrogate dall'AGCM nell'applicazione del codice del consumo) all'entità del bene commercializzato, al fatturato e dimensioni dell'azienda, alla durata e al beneficio economico tratto dalla violazione, ecc. Ciò potrebbe infatti tradursi in sanzioni eccessivamente severe e penalizzanti per le piccole imprese e poco dissuasive per le grandi, le quali potrebbero, previa valutazione costi/benefici, mettere a budget gli importi di eventuali sanzioni per *claims* non conformi alla normativa europea¹¹¹.

E i consumatori? In linea generale (e teorica), appare ragionevole ritenere che più sono le autorità preposte al controllo degli operatori del settore, maggiore possa essere l'effettività della tutela: ciascuna di esse, infatti, ha funzioni e poteri sanzionatori diversi, nel loro complesso complementari, e perciò finalizzati a offrire una tutela integrata, globale e più elevata.

Ciò, però, solo a condizione - quasi ovvia - che sia previamente definito un orientamento chiaro e condiviso in materia (e altresì coerente con le regole comuni e con l'interpretazione della Corte europea di Giustizia), anche (e forse principalmente) attraverso la redazione di protocolli d'intesa (che, si auspica, escano al più presto dalla fase di "progetto" in cui si trovano), che assicurino un efficiente coordinamento dell'azione delle varie autorità interessate e che prevedano a tal fine procedure appropriate ed efficacemente applicabili.

Diversamente, si potrebbe aprire la strada a una pericolosa frammentazione del sistema che impedirebbe di garantire quel livello di tutela che - ancor prima che "elevato" - deve necessariamente essere uniforme e omogeneo. Il che, inevitabilmente, induce a chiedersi se questa tutela minima comune possa essere, di fatto, meglio garantita attraverso un'unica azione di *enforcement*, svolta da un unico *enforcer*.

Vero è che le due discipline sanzionatorie - quella "per principi" del codice del consumo e quella "regolatoria" dello schema di decreto legislativo - hanno finalità diverse (tutela della concorrenza; tutela della salute) e che quindi, giova ribadire,

111 Cfr. sul punto C. LA CORTE, *Indicazioni su nutrizione e salute. Regole e sanzioni*, in *Ingegneria alimentare*, 2013, p. 46

tra di esse sembra sussistere un rapporto di complementarità; ma è altresì vero che tali discipline presentano anche finalità parzialmente comuni (sono entrambe strumenti di *public enforcement* della tutela della correttezza, della trasparenza e del funzionamento del mercato) e perciò tra di esse potrebbe anche ravvisarsi un rapporto di specialità. Pienamente fondata appare quindi la possibilità (prospettata dall'AGCM) che, in sede applicativa, la sovrapposizione tra le due discipline sia tale da elevare il contenzioso, determinando un aumento dei casi di impugnazione delle decisioni dell'AGCM e altresì del rischio di un loro annullamento¹¹².

Un'ultima considerazione è d'obbligo: in questo scenario normativo così complesso e ancora incerto, le forme di autoregolazione - e altresì di autocontrollo - sembrano inevitabilmente destinate a ricoprire un ruolo sempre più ampio e incisivo, sebbene pur sempre nell'ambito delle direttive e delle coordinate dettate dal regolatore pubblico¹¹³.

112 Sul complesso rapporto tra disciplina generale e discipline speciali e sulle diverse soluzioni adottate a livello europeo e domestico, specie da parte della giurisprudenza amministrativa, v. *retro*, S. PERUGINI, in questo *Rapporto*.

113 Come di recente sottolineato nel **Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla Comunicazione della Commissione "Migliore funzionamento della filiera alimentare in Europa" COM (2009) 591 def., in G.U.U.E. n. C 048 del 15 febbraio 2011, p. 145-149** «L'autoregolazione del settore deve essere promossa contemporaneamente all'introduzione di strumenti vincolanti. L'efficace applicazione del sistema implica la necessità di puntare in modo deciso sulla trasparenza attraverso meccanismi di controllo che garantiscano il rispetto di eventuali accordi volontari conclusi tra i diversi anelli della filiera».



Parte III

**IL PRECIPITATO DELLE
ASIMMETRIE DI TUTELA NEL
SISTEMA DELLA CONCILIAZIONE
E DEL CONTENZIOSO
CONSUMERISTICO**

(Paolo Valensise)

Privacy e tecniche di tutela nella stagione della crisi

(Francesco Longobucco)

SOMMARIO: 1. TECNICHE DI TUTELA: PREVENZIONE, PROCEDIMENTALIZZAZIONE E CONSENSO INFORMATO, RISARCIMENTO DEL DANNO. COORDINAMENTO TRA TUTELA AMMINISTRATIVA E TUTELA GIURISDIZIONALE. LE DIFFICOLTÀ APPLICATIVE LEGATE AL PROCESSO DELLA PRIVACY. – 2. I SETTORI DI INTERVENTO PARAGIURISDIZIONALE DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA PRIVACY. – 3. L'INTERVENTO GIURISDIZIONALE IN SENSO STRETTO DELLE CORTI. – 4. LA "LEALE COLLABORAZIONE" DEL GARANTE CON IL G.O. E CON LA "GIUSTIZIA ALTERNATIVA" (ABF): IL CASO EMBLEMATICO DELLA TUTELA DEL CREDITO BANCARIO VS. PRIVACY DEL DEBITORE. CONCLUSIONI.

1. TECNICHE DI TUTELA: PREVENZIONE, PROCEDIMENTALIZZAZIONE E CONSENSO INFORMATO, RISARCIMENTO DEL DANNO. COORDINAMENTO TRA TUTELA AMMINISTRATIVA E TUTELA GIURISDIZIONALE. LE DIFFICOLTÀ APPLICATIVE LEGATE AL PROCESSO DELLA PRIVACY

Anche le forme di tutela della riservatezza, sia "negoziata" sia giudiziali, devono conformarsi inevitabilmente alle esigenze di bilanciamento insopprimibili in favore della *privacy* del cittadino-consumatore (art. 2 Cost.). Di là dalla variegata casistica, le tecniche di tutela rimangono, nel campo della *privacy*, essenzialmente quelle consuete della procedimentalizzazione, della prevenzione e del risarcimento del danno. Il tutto dinanzi all'opportunità di escludere o ridimensionare in via di principio soluzioni "negoziata" (mediazione o conciliazione) in questo specifico settore (eccezion fatta per l'incentivo benemerito ai codici di buona condotta nel contesto della procedimentalizzazione), atteso il concreto rischio di estorcere al destinatario del trattamento un consenso non sempre effettivo e muovendosi, d'altronde, nel settore di diritti tendenzialmente indisponibili. La negoziazione, consapevole e libera, dell'*an* e del *quomodo* del trattamento dei dati personali diviene infatti condizione ormai indispensabile, e in questa dimensione, i poteri di intervento riconosciuti al *Garante per la protezione dei dati personali* concorrono ad attuare, in un sistema integrato di tutele, il riequilibrio delle posizioni soggettive nel rapporto fra titolare e interessato. Non è allora azzardato pensare ad un'Autorità che - al pari dei giudici - possa esercitare un controllo di legittimità e di meritevolezza sugli atti di autonomia dei consumatori in funzione di equilibrare dall'esterno le posizioni

soggettive del “consumatore” e del “professionista”. Di qui l’opportunità di un’inversione di tendenza nell’assetto delle regole del trattamento dei dati personali in funzione di una conformazione delle tecniche negoziali e dei modelli di circolazione dei dati alle concrete opportunità ed esigenze di tutela e sviluppo della persona. Senza tralasciare, inoltre, l’aperta questione di come coordinare la tutela amministrativa del Garante con quella prettamente giudiziale, nonché di come rinvenire soluzioni operative efficienti per l’attuazione dei diversi obblighi continuativi o iterativi di non fare o di obblighi di fare infungibili i quali costellano, come è noto, l’universo della *privacy*.

2. I SETTORI DI INTERVENTO PARAGIURISDIZIONALE DELL’AUTORITÀ GARANTE DELLA PRIVACY

Per il 2013 l’attività della Autorità si mostra assai proficua: oltre 460 provvedimenti collegiali adottati; 4.183 risposte a quesiti, reclami e segnalazioni (su telefonia, credito, centrali rischi, videosorveglianza, rapporti di lavoro, giornalismo); 233 decisioni su ricorsi (specie in materia di banche e società finanziarie, datori di lavoro pubblici e privati, attività di *marketing*, compagnie di assicurazione, operatori telefonici e telematici); 23 pareri al Governo; 395 ispezioni; 578 violazioni amministrative contestate (in aumento rispetto alle 358 dell’anno precedente); circa 3 milioni 800 mila euro di sanzioni irrogate; 56 violazioni segnalate all’autorità giudiziaria. In questo contesto meritoria appare l’attività svolta dalla Autorità nei diversi settori che più da vicino sono in grado di interessare la persona fisica - talvolta anche giuridica - nella sua attività di fruitore diretto di beni e servizi. Si pensi, per esemplificare, al problema delle telefonate pubblicitarie indesiderate e all’introduzione del c.d. Registro delle opposizioni. Alle complesse e spesso impalpabili questioni sollevate da Internet e dalle nuove tecnologie “*cloud computing*”, dai sistemi di videosorveglianza, dal fenomeno dei *social networks*¹¹⁴. Si pensi, ancora, al settore della sanità e della ricerca scientifica e farmacologica, soprattutto alla luce della considerazione che l’utente del SSN è - da alcune pronunce di merito - considerato a buon diritto

114 Tra le più rilevanti: motori di ricerca, *Google Street View* quale mezzo di geolocalizzazione, tecnologie a radiofrequenza - Rfid, *Google Buzz*, *Facebook* e *social networks*, *forum* e *blog*, c.d. furto di identità, profilazione *on line*.

“consumatore” al fine della individuazione del foro competente¹¹⁵. Vengono poi in rilievo le esigenze di semplificazione per le imprese¹¹⁶ e, in virtù della ormai acquisita dimensione “civica” della nozione di consumatore, anche la trasparenza *on line* della p.a.¹¹⁷.

In tale direzione numerosi risultano, anzitutto e con riferimento agli ultimi anni, i provvedimenti emanati dal Garante che investono il tema delicato – su accennato – della procedimentalizzazione dei dati e del c.d. consenso informato della persona cui il trattamento si rivolge, per esempio, in tema di trattamento di dati personali nei servizi di assistenza telefonica; in tema di *marketing* e consenso per l’invio di comunicazioni via *e-mail*; in tema di autorizzazione per uno studio epidemiologico senza consenso informato, ecc.

3. L’INTERVENTO GIURISDIZIONALE IN SENSO STRETTO DELLE CORTI

Tutto ciò si deve fare i conti con una attività di tipo giurisdizionale che, se da un fronte appare facilitata dall’applicazione di un rito snello come quello lavoristico (cfr. art. 152, codice della *privacy* e art. 10 d.lg. n. 150/2011), dall’altro lato fronte stride con alcune difficoltà endemiche del nostro sistema processuale. Le azioni giudiziarie ordinarie finalizzate ad ottenere il risarcimento del danno alla *privacy* potrebbero infatti essere ostacolate da una pluralità di fattori, tra i quali: 1) il radicamento della competenza innanzi al giudice del luogo in cui ha la sede il titolare del trattamento (con aumento delle spese legali per il soggetto ricorrente); 2) l’obbligo di procedere al pagamento del contributo unificato; 3) la difficoltà di provare un

115 Assumono rilievo le questioni del fascicolo sanitario elettronico, dei referti medici via *mail*, delle prenotazioni e ritiro analisi in farmacia, del progetto di sorveglianza epidemiologia sui militari in Bosnia, della raccolta di dati sull’HIV negli studi medici, della tenuta delle cartelle cliniche, ecc.

116 In questo contesto particolare menzione va fatta al trasferimento di dati all’estero, alla previdenza, alle agenzie di *rating* e ai controlli sui conflitti di interesse, alla semplificazione degli adempimenti, alle informazioni commerciali.

117 Si pensi alla sempre crescente diffusione di dati su immobili di proprietà di enti pubblici, alla trasparenza degli emolumenti pubblici, alla banca dati sulla pedofilia, ai registri delle persone senza fissa dimora, alle misure di sicurezza per l’Anagrafe tributaria, alla interconnessione e sicurezza delle banche dati, alla tutela della riservatezza nel processo e nell’attività di mediazione.

danno alla *privacy* di tipo patrimoniale, posto che solitamente viene riconosciuto e liquidato il mero danno morale che, comunque, secondo gli ultimi orientamenti va provato (Cass. civ., Sez. VI, ord. 4 agosto 2011, n. 17014; Cass. civ., 24 marzo 2010, n. 12626); 4) l'esiguità delle somme riconosciute a titolo risarcitorio normalmente determinate dal giudice in via equitativa; 5) ultima, ma non certo per importanza, la difficoltà di radicamento nel Paese di una cultura *privacy* su una legge che spesso viene richiamata a sproposito dal cosiddetto uomo della strada.

Malgrado tali difficoltà applicative, in vero, incoraggiante appare l'opera della giurisprudenza sia di merito sia onoraria che si è pronunciata - per esempio - in tema di sms pubblicitari e di c.d. "danno da *spamming*". Gli sms pubblicitari, se non richiesti, violano la *privacy* dell'utente e sono dunque illegali. Del pari, l'invio di posta elettronica indesiderata è illegittimo sotto due profili: da un lato per la scorrettezza e l'illiceità del trattamento dei dati personali e dall'altro perché provoca una illegittima intrusione nella sfera privata del soggetto destinatario, e ciò costituisce una lesione delle sua riservatezza. In tema inoltre di videosorveglianza negli edifici condominiali (questione allo stato ancora al vaglio del Garante) si è pronunciata la Suprema Corte, rimarcando che l'installazione di un impianto di videosorveglianza in aree comuni di un edificio destinate all'uso di un numero indeterminato di soggetti e liberamente osservabili dai terzi (nella specie si tratta dello spazio, esterno al fabbricato, intercorrente fra il cancello e il portone d'ingresso), deve ritenersi lecita sia con riguardo al limite costituzionale del rispetto dell'inviolabilità del domicilio, sia con riferimento al residuale criterio fondato sulla verifica di eventuali interferenze illecite nella vita privata (cfr. Cass., 9 agosto 2012, n. 14346). E l'esemplificazione potrebbe continuare, ma la sede non lo consente.

Quel che è certo è che l'effetto di "trascinamento" dei provvedimenti del Garante sulle sentenze emesse anche in tempi recenti risulta sempre più palpabile. La tutela del consumatore - sotto il particolare aspetto in esame - appare sempre più radicata nella *background* delle Corti ed attesta un costante dialogo ed una generale concordia tra le stesse ed il Garante.

4. LA “LEALE COLLABORAZIONE” DEL GARANTE CON IL G.O. E CON LA “GIUSTIZIA ALTERNATIVA” (ABF): IL CASO EMBLEMATICO DELLA TUTELA DEL CREDITO BANCARIO VS. PRIVACY DEL DEBITORE. CONCLUSIONI

In questo contesto, il monito resta allora quello alla “leale cooperazione” tra Garante, Autorità interna e Autorità europee. D'altronde, proprio nel settore del credito – uno dei principali particolarmente incisi dalla attuale difficile congiuntura economica – il Garante e l'AGO sembrano muoversi in direzione uniforme, nella prospettiva di realizzare forme di tutela sia preventiva (inibitoria) sia successiva (risarcitoria) alla persona lesa.

Si pensi al caso esemplificativo dei cittadini contraenti prestiti di consumo e successivamente resisi insolventi rispetto al pagamento di talune rate. In loro favore – con il benessere dello stesso Garante – è stato riconosciuto il danno da lesione non patrimoniale per le insistenti telefonate al lavoro e dai parenti volte a convincere il cliente a restituire il prestito. Deve essere pertanto riconosciuto il danno non patrimoniale al debitore “braccato” dalla società incaricata dalla banca affinché saldi il suo debito relativo a un prestito ottenuto dall'istituto. Per le insistenti telefonate e i messaggi al lavoro e a casa dei parenti, si profila dunque il ristoro per aver dovuto fornire imbarazzanti spiegazioni al datore e ai propri cari su questioni molto private, anche se all'atto di stipulare il contratto di finanziamento il cliente autorizza la banca al trattamento dei suoi dati personali, pure mediante la trasmissione delle informazioni all'azienda delegata al recupero crediti.

Il G.O. ha accolto il ricorso del consumatore, condannando la banca e la società finanziaria a versare ciascuna diecimila euro al cliente per responsabilità solidale. La finanziaria incaricata avrebbe infatti dovuto verificare di poter utilizzare i numeri di telefono e le altre informazioni utili alla sua opera di *moral suasion* atta a spingere il debitore a saldare le sue debenze, mentre alla banca spetta l'onere di vigilare sulla riservatezza anche nel recupero dei suoi crediti. Al contrario, il cliente si è ritrovato tempestato di telefonate insieme all'anziana nonna e al fratello, costringendolo a raccontare a tutti del prestito da restituire alla banca, anche se dal contratto di finanziamento sottoscritto non era emerso che l'interessato avesse fornito all'istituto tutti i recapiti adoperati per rintracciarlo dall'addetta al recupero crediti. La senten-

za alla fine è di condanna al risarcimento della banca e alla segnalazione al Garante della *privacy*.

Nella stessa prospettiva muove la “giustizia alternativa” con riguardo alla giurisprudenza, per esempio, dell’ABF. Si può ricordare, così, la recente decisione n. 2205 del 23 aprile 2013, che àncora il presupposto risarcitorio alla violazione della regola di autoregolamentazione cui è tenuto l’intermediario (la quale trova il suo diretto referente nell’art. 117 del codice della *privacy*) , così accordando al ricorrente il risarcimento dei danni non patrimoniali connessi al discredito ed al turbamento generato dall’indebita iscrizione nei SIC, da liquidarsi in via equitativa. In altra analoga vicenda - osserva l’ABF - l’intermediario non ha correttamente rispettato l’obbligo di preavviso in quanto il cliente non è stato, o almeno non risulta sia stato, correttamente avvertito che l’ulteriore ritardo nei pagamenti dovuti avrebbe comportato la segnalazione in CRIF. Da ciò consegue che si è prodotto un danno alla immagine di buon pagatore della ricorrente e che tale danno è risarcibile secondo i criteri del diritto civile comune (ABF, decisione n. 1930 del 21 settembre 2011).

Quella dell’illegittima segnalazione in CRIF identifica un’altra vicenda emblematica, figlia dell’attuale congiuntura economica negativa, che ancora una volta dimostra – in chiusura – come anche in campo giudiziale o paragiudiziale le esigenze di tutela del credito non possono in nessun caso intaccare e calpestare la dignità e la riservatezza delle persone.

Il rafforzamento dell'enforcement pubblico in materia di pratiche commerciali scorrette e clausole vessatorie: tra "regolazione" dell'attività commerciale e deflazione del contenzioso

(Lucia Minervini)

L'evoluzione dell'enforcement in materia di pratiche commerciali scorrette e più recentemente in materia di clausole vessatorie ne rimarca la finalità autoritativa-dissuasiva (e "regolatoria") piuttosto che la diretta tutela dei consumatori, affidata al giudice civile. La rimodulazione dell'azione amministrativa dell'Antitrust richiede una rinnovata attività di partecipazione, stimolo e proposta alle associazioni dei consumatori e determina, mediante appositi meccanismi procedurali, l'adeguamento "spontaneo" degli operatori del mercato al paradigma di correttezza dell'attività commerciale e di trasparenza del contratto in una fase preventiva al contenzioso costituendo, peraltro, una risposta alla crisi economica. Tuttavia non mancano tensioni e frammentazioni nel sistema.

SOMMARIO: 1. PREMESSA. L'AUTORITÀ COME GUARDIANO DELLA CORRETTEZZA DEL MERCATO. – 2. LA COMPLEMENTARITÀ TRA PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E TUTELA AMMINISTRATIVA CONTRO LE CLAUSOLE VESSATORIE. – 3. MECCANISMI DI DEFLAZIONE DEL CONTENZIOSO DI MODALITÀ DI CONSULTAZIONE DELLE ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA, DELLE CAMERE DI COMMERCIO E DELLE ALTRE AUTORITÀ DI SETTORE: LA PRIMA PROCEDURA DI INTERPELLO. – 4. I PRIMI INTERVENTI IN APPLICAZIONE DELLA NUOVA DISCIPLINA IN MATERIA DI CLAUSOLE VESSATORIE: L'INFORMAZIONE AI CONSUMATORI. – 5 RIMODULAZIONE DELL'ENFORCEMENT IN TEMA DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE. – 6.CONCLUSIONI.

1. PREMESSA. L'AUTORITÀ COME GUARDIANO DELLA CORRETTEZZA DEL MERCATO

L'Autorità Antitrust, rispetto alla sua connotazione originaria di Autorità di garanzia della struttura concorrenziale del mercato¹¹⁸, ha progressivamente assunto tra i suoi compiti istituzionali la tutela del consumatore¹¹⁹. La scelta di far confluire le competenze in materia di tutela della concorrenza e quelle in materia di tutela del consumatore nella medesima Autorità garante ha posto quale punto fermo la correlazione esistente tra le due *policies*, via via ricostruita (e senza poter entrare in tale

118 Cfr. P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001.

119 P. LAZZARA, *Istituzioni pubbliche, autonomia privata e mercato nella lezione di Salvatore Romano*, in corso di pubblicazione.

interessante dibattito teorico) in termini di complementarietà ed unitarietà in quanto i comportamenti che incidono sulla libertà di scelta del consumatore alterano il funzionamento del mercato, sottraendo in modo scorretto clienti ai concorrenti.

In tale prospettiva, è stato osservato che la garanzia della «libertà e consapevolezza della scelta di consumo dovrebbe indurre le imprese ad un confronto competitivo sempre più serrato, che si incentri non solo sul prodotto e sul prezzo, ma anche sullo statuto dei diritti riconosciuti ai propri clienti», ossia sul livello di correttezza effettivamente garantito al consumatore¹²⁰. Si comprende allora che, l'Autorità garante, dotata di competenza generale in materia di pratiche commerciali scorrette, intervenendo trasversalmente, nei settori economici più disparati si è affermata come «guardiana del mercato corretto e di conseguenza libero»¹²¹. Tramite la disciplina delle pratiche commerciali scorrette l'Autorità garante ha svolto una funzione di “regolazione” dell'attività commerciale entro i confini della buona fede e della correttezza per garantire il corretto funzionamento del mercato¹²². Il *frame* normativo, infatti, mira a colpire il *modus agendi* del professionista che, in contrasto con la diligenza professionale, alteri effettivamente o sia anche solo potenzialmente idoneo ad alterare il comportamento economico del “consumatore medio” in ordine ad una decisione di natura commerciale e, dunque, a prescindere dalla sua concreta ricaduta sul piano del concreto assetto dei rapporti individuali con il consumatore. Poiché la prospettiva del legislatore si sposta dall'atto negoziale all'attività, il legislatore sceglie un sistema di tutela di carattere amministrativo volto alla tutela dei consumatori collettivamente considerati a presidio della correttezza del mercato e non del singolo consumatore concretamente vittima di una pratica commerciale scorretta.

Con l'acuirsi della congiuntura economica negativa e la necessità di intervenire con urgenza per stimolare la concorrenza e la competitività, il legislatore ha esteso il divieto di pratiche commerciali scorrette oltre i rapporti tra professionisti e consumatori includendovi anche quelli tra professionisti e “microimprese” mediante l'art.

120 Cfr. L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole abusive*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012.

121 Cfr. L. ROSSI CARLEO, *ibidem*.

122 P. LAZZARA, *Istituzioni pubbliche, autonomia privata e mercato nella lezione di Salvatore Romano*, in corso di pubblicazione.

7 d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, c.d. “Cresci italia” convertito dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, pur se l’estensione della tutela consumeristica alla microimpresa non comporta di per sè l’estensione della qualifica di consumatore alla stessa, ma l’affiancamento della nuova figura a quella di consumatore.

Inoltre, il legislatore con il citato d.l. n. 1/2012 ha rafforzato i poteri di *public enforcement* dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato inserendo nel codice del consumo l’art. 37-bis: “*Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*”, che riconosce all’AGCM il potere di accertare, d’ufficio o su segnalazione la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti stipulati con i consumatori soggetti-deboli, dopo avere sentito le associazioni dei consumatori, le camere di commercio e le loro unioni, e di renderla nota al pubblico attraverso appositi meccanismi. L’Autorità può intervenire anche *ex ante* pronunciandosi sull’“interpello” proposto spontaneamente dall’impresa interessata.

Nel caso di accertamento del carattere vessatorio o iniquo della clausola, l’Autorità non può ordinarne la rimozione né annullare il contratto. Soltanto il giudice civile, adito dai soggetti legittimati, avrà la possibilità di intervenire sugli atti privati. L’unica misura che accompagna l’accertamento della vessatorietà della clausola nell’ambito dell’art. 37-bis è la pubblicazione dell’informazione ai consumatori, a cura e spese dell’operatore, ferma restando la “complementarietà” con gli altri rimedi già previsti dall’ordinamento sul piano dei rapporti civilistici o sul terreno delle pratiche commerciali scorrette, come si chiarirà nel prosieguo.

L’informazione al consumatore, su cui è articolata tutta la disciplina del codice del consumo, è il perno attorno al quale muove la tutela amministrativa nella consapevolezza del legislatore che il consumatore ma ancor più il “consumatore della crisi” nella necessità di dover selezionare e razionalizzare i consumi è, spesso, più attento ed avveduto, punta alla qualità dei prodotti, è alla ricerca costante di informazioni utili anche attraverso gli strumenti telematici al fine di poter compiere scelte libere e consapevoli¹²³. Per il professionista, d’altra parte, l’informazione sulla vessatorietà del contratto costituisce una sanzione, in quanto può tradursi in una perdita della reputazione, quanto mai deleteria nella difficile congiuntura economica, come evi-

123 Cfr. Quinta edizione dell’Osservatorio sugli stili e sulle tendenze di consumo. Il consumerismo in Italia e in Europa. Il punto di vista dei cittadini a cura di Ipsos, in *Consumatori, Imprese e Istituzioni: idee a confronto*, I, Roma, 2013.

denziano i primi provvedimenti dell'AGCM su cui si soffermerà l'attenzione. In una prospettiva più generale, l'informazione consente altresì al pubblico dei consumatori di conoscere *ex ante* il funzionamento del mercato e l'estrinsecarsi del rapporto professionista - consumatore.

Emerge, inoltre, che il procedimento amministrativo volto ad accertare l'eventuale vessatorietà delle clausole si svolge secondo procedure e metodi che tendono a ricreare le condizioni che stanno normalmente alla base delle relazioni di mercato (conflitto di interessi, negoziazione e accordo). Si realizza un confronto anticipato tra operatori e utenti consumatori, organizzati in associazione con l'intermediazione dell'Autorità¹²⁴. In questa prospettiva può essere letta in un'ottica deflattiva la nuova norma che pone l'accento sulla collaborazione tra Autorità garante e associazioni dei consumatori che dovranno essere "sentite" prima di dichiarare la vessatorietà delle clausole. Anche le recenti indagini sul consumerismo in Italia, evidenziano che le associazioni dei consumatori, dopo una stagione tutta incentrata sulla conflittualità *ex post*, sono pienamente coinvolte nei procedimenti di *public enforcement* e reputano una necessaria spinta in avanti il c.d. *empowerment* dei consumatori, ovvero l'informazione, il monitoraggio e la proposta preventiva in relazione ai meccanismi del mercato in relazione con le imprese¹²⁵.

Alla luce di quanto brevemente esposto, appare evidente che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e delle clausole vessatorie «caratterizzano in senso pubblicistico la materia consumeristica, rimarcando la finalità autoritativa-dissuasiva piuttosto che la diretta tutela dei consumatori»¹²⁶. Difatti, seppure formalmente il destinatario della disciplina di protezione è il consumatore, in verità la disciplina intende produrre un impatto diretto sul professionista.

Naturalmente il controllo amministrativo delle clausole vessatorie si affianca al controllo giudiziario affidato al giudice ordinario nella forma della tutela inibitoria contro le clausole vessatorie già disciplinata dall'art. 37 del d. lgs. n. 206 del 2005 (c.d. "codice del consumo") e dei rimedi individuali previsti dall'art. 36 cod. cons., così come la tutela amministrativa in tema di pratiche commerciali scorrette non pregiu-

124 Cfr. P. LAZZARA, *op. cit.*

125 *Aspetti del consumerismo in Italia. Un'indagine qualitativa. Rapporto finale* a cura di Censis, in *Consumatori, Imprese e Istituzioni: idee a confronto*, I, cit.

126 Cfr. P. LAZZARA, *op. cit.*

dica l'utilizzo dei rimedi contrattuali.

2. LA COMPLEMENTARIETÀ TRA PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E TUTELA AMMINISTRATIVA CONTRO LE CLAUSOLE VESSATORIE

La nuova competenza attribuita all'Antitrust dall'art. 37-*bis* offre una serie di interconnessioni con la competenza già attribuita in materia di pratiche commerciali. Alcune preziose indicazioni emergono dalla recente giurisprudenza comunitaria. La Corte di Giustizia, nel giudicare scorretta la pratica commerciale consistente nel menzionare in un contratto di credito un tasso annuo effettivo globale inferiore a quello reale al fine di indurre il consumatore a contrarre, ha affermato che «*l'accertamento del carattere sleale di una pratica commerciale rappresenta un elemento tra gli altri su il giudice competente può fondare, la sua valutazione del carattere abusivo*» (Corte europea di Giustizia, 15 marzo 2012 causa c-453/10 Jana Perniciva, Vladislav Perenic/so.s. Financ, spol s.r.o). Così facendo, i giudici comunitari evidenziano che le due discipline in esame devono essere lette secondo un procedimento continuo e circolare¹²⁷. Nella stessa prospettiva la dottrina rappresenta la possibilità che l'Autorità garante sanzioni il comportamento del professionista che reiteri l'utilizzo della clausola dichiarata vessatoria dall'Autorità garante quale pratica commerciale scorretta, utilizzando l'art. 27 cod. cons.

Giova precisare che le discipline si pongono in rapporto di complementarità come emerge dalla previsione dell'art. 19, comma 2, lett. a), cod. cons., che statuisce: il presente titolo «*non pregiudica: a) l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto; (...)*».

Ed invero, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette intende regolare il comportamento di professionisti e consumatori per consentire alla domanda e all'offerta di incontrarsi in modo libero e consapevole: è attenta al "come" e non al "che cosa"¹²⁸, tende a definire la «qualità dell'attività economica commerciale, come un

127 Cfr. A. QUERCI, *Le novità introdotte nel Codice del consumo dal d.l. 1/2012 ed il ruolo delle associazioni dei consumatori nella tutela contro le clausole vessatorie*, in *Contratto e impresa*, 2013.

128 Cfr. L.ROSSI CARLEO, *Le modifiche al codice del consumo*, Giappichelli, Milano, 2009.

a priori rispetto al contenuto e al regolamento dei rapporti giuridici che nell'ambito dell'attività vengono posti in essere»¹²⁹. La disciplina delle clausole vessatorie pone il suo asse nella trasparenza del contratto, mira a tutelare il contraente debole che aderisce ad un regolamento contrattuale che non è in grado di negoziare, consentendo al giudice di effettuare un controllo contenutistico sul contratto ai sensi degli artt. 33 ss. cod. cons. La complementarietà tra le disciplina determina anche complementarietà tra i diversi rimedi, che non si escludono ma si aggiungono l'uno all'altro quali strumenti di accrescimento della "correttezza del mercato".

Inoltre, la scelta di affidare all'AGCM compito in materia di clausole vessatorie presenta diversi vantaggi, in un contesto di risorse limitate: la maggiore facilità per i consumatori di attivare la tutela, la rapidità delle decisioni, lo sviluppo di un *know-how* specialistico nell'amministrazione e la possibilità per l'autorità di svolgere un ruolo di guida e orientamento volto a facilitare il rispetto della disciplina da parte degli operatori economici.

3. LA PROCEDURA DI INTERPELLO E LE MODALITÀ DI CONSULTAZIONE DELLE ASSOCIAZIONI DI CATEGORIE RAPPRESENTATIVE A LIVELLO NAZIONALE E DELLE CAMERE DI COMMERCIO E LE LORO UNIONI E DELLE ALTRE AUTORITÀ DI SETTORE

Sotto il profilo procedurale, l'Autorità garante ha unificato la disciplina regolamentare relativa a tutta la materia di tutela del consumatore in un atto adottato nella versione definitiva l'8 agosto 2012 con notevole vantaggio in termini di chiarezza e semplificazione. In assoluto risalto è poi da mettere le scelta di sottoporre a consultazione pubblica la bozza del regolamento generale, secondo una modalità già adottate da altre autorità come AVCP.

La disciplina delle clausole vessatorie, cui sono dedicati in particolare gli artt. 21 e 22, prevede nella sua articolazione dei meccanismi che in concreto determinano un effetto di deflazione del contenzioso che sembrano accentuare spostamento dell'intervento dell'AGCM verso la regolazione piuttosto che verso la sanzione.

129 Cfr. M. SANDULLI, *sub art. 39, Il codice del consumo. Commentario* a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005.

In particolare, la procedura di interpello, in un ottica di sussidiarietà, consente ai professionisti interessati di chiedere all’Autorità una “parere” preventivo in merito alla vessatorietà delle clausole da adottare nelle proprie condizioni generali di contratto nei rapporti con il consumatore.

Sul presupposto che l’autonomia privata, si esercita attraverso l’adesione ad un modello contrattuale unilateralmente predisposto, il legislatore, con l’interpello del contraente-professionista, utilizza quale tecnica di tutela l’anticipare l’intervento della controparte *sub specie* di partecipazione dei consumatori, a livello di associazioni, chiamate a fornire proprie osservazioni per dar voce ai diritti del cittadino-consumatore, e l’effettuazione di un controllo amministrativo preventivo sulle clausole non ancora adottate¹³⁰.

L’Autorità dovrà pronunciarsi entro il termine di 120 giorni dalla richiesta, salvo che il professionista dovesse fornire informazioni «gravemente inesatte, incomplete o non veritiere», presumendosi, in tal caso, che l’Autorità potrà compiere ulteriori accertamenti e, dunque, ulteriore attività.

Tale previsione, da un lato, consente ai professionisti di contare su un termine certo di chiusura del procedimento e, dall’altro, incentiva la leale collaborazione con l’Autorità stessa, anche al fine di ricevere un riscontro in tempi brevi.

L’interpello determina la decadenza del potere di intervento dell’Autorità: l’accertamento di non vessatorietà, a seguito di interpello, è preclusivo di una successiva verifica dell’AGCM e impedisce, come espressamente previsto dal comma 3 dell’art. 37-*bis*, l’adozione successiva dei provvedimenti pubblicitario-sanzionatori.

Resta ferma, invece, l’eventuale responsabilità del professionista che adotti la clausola ritenuta non vessatoria dall’AGCM nei confronti dei consumatori, dato il diverso ambito del procedimento civile che dovesse essere intrapreso davanti al giudice ordinario. Da quanto detto risulta evidente che nella procedura di interpello è particolarmente evidente la finalità dissuasiva della disciplina che determina la modifica “spontanea “ dei regolamenti contrattuali, come nel seguito evidenziato facilitando la composizione preventiva di contrasti.

Conseguentemente, in esito a tale procedimento “di prevenzione” della vessato-

rietà, anche l'impresa vede rafforzata la propria posizione nei confronti dei consumatori i quali, volendo dimostrare il carattere abusivo delle condizioni di contratto unilateralmente predisposte dalla controparte professionale, non avranno altra via se non quella giudiziaria ordinaria (art. 37-*bis*, comma 4, cod. cons.).

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

Particolarmente interessante è il provv. n. 24268 CV del 15 marzo 2008 (Vittoria assicurazioni) con il quale si è conclusa la prima procedura di interpello preventivo con una decisione di non vessatorietà. L'accertamento ha riguardato la clausola disciplinante la cessione del credito inserita nel contratto e le relative previsioni contenute nella Nota Informativa predisposti dalla citata compagnia per l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli. Nel caso di specie l'Autorità ha chiesto un parere all'Autorità di settore e si è posta come interlocutore di associazioni dei consumatori e di molte associazioni dei professionisti interessati nel caso concreto¹³¹.

La clausola contempla una limitazione alla facoltà dell'assicurato danneggiato di cedere il credito relativo al risarcimento del danno a una carrozzeria o centro riparazioni non convenzionati con Vittoria consistente nella necessità per l'assicurato di munirsi del preventivo assenso della compagnia, conseguibile anche mediante meccanismi di silenzio assenso. In caso di cessione non autorizzata, gli eventuali maggiori oneri, non giustificabili sulla base dei criteri tecnici e di legge utilizzati per valutare l'entità del risarcimento del danno riportato, rimangono a carico dell'assi-

131 Infatti, entro trenta giorni dall'avvio dell'istruttoria, il responsabile del procedimento provvede alla pubblicazione, in apposita sezione del sito internet dell'autorità, di un comunicato nel quale vengono riportate le informazioni utili ai fini della consultazione. Entro il termine di 30 giorni i soggetti ammessi alla consultazione possono far pervenire per iscritto i loro commenti. Il regolamento contempla quali soggetti legittimati a partecipare alla procedura, oltre alle associazioni rappresentative dei professionisti e alle camere di commercio o loro unioni, le associazioni dei consumatori inserite nell'elenco di cui all'art. 137 cod. cons. Tale metodologia rappresenta la via per un buon processo decisionale.

curato.

La compagnia ha sostenuto che essa risponde alla necessità di arginare comportamenti opportunistici e fraudolenti da parte dei riparatori non convenzionati; questi ultimi, infatti, divenuti - per effetto della cessione - titolari del diritto al risarcimento, possono incrementare l'ammontare del *quantum* spettante per il danno subito dal veicolo, aggiungendo altre voci di costo (es. spese legali, danno da fermo tecnico, auto sostitutiva) che l'assicuratore è tenuto a risarcire, con conseguente pregiudizio economico per l'impresa e successivo recupero dei maggiori costi mediante l'aumento del premio delle polizze.

Accogliendo la prospettazione dell'interpellante, l'Autorità ha concluso per il carattere non vessatorio della clausola sulla base di tre ordini di argomentazioni: la limitazione alla cessione del credito operante nella sola ipotesi della procedura di risarcimento diretto e non nel caso di richiesta di risarcimento all'assicuratore del danneggiante, né qualora sia maturato in favore dell'assicurato il silenzio assenso alla cessione del credito, per effetto dell'inutile decorso del termine a disposizione della compagnia per esprimersi in ordine alla richiesta dell'assicurato di avvalersi di una carrozzeria non convenzionata.

Sul punto l'AGCM non trascura di evidenziare che la compagnia, in adempimento degli obblighi di trasparenza previsti dalla disciplina di tutela del consumatore, ha indicato il significato e la portata della cessione del credito nella Nota Informativa allegata alla polizza, ponendo l'assicurato nelle condizioni di comprendere, mediante il ricorso all'esemplificazione, quale azione può essergli intentata dall'assicuratore in caso di cessione non autorizzata.

Inoltre, la compagnia pone in evidenza la possibilità per l'assicurato di ricorrere alla delega di pagamento in alternativa alla cessione del credito: la clausola, infatti, fa espressamente salva la facoltà per l'assicurato di ottenere la riparazione del veicolo danneggiato dal proprio carrozziere di fiducia (anche non convenzionato) senza anticiparne i costi, rilasciando allo stesso delega all'incasso del risarcimento mediante la sottoscrizione di apposita dichiarazione attestante l'importo delle riparazioni effettuate e previamente concordate con il perito dell'impresa; ciò, a giudizio dell'Autorità, rappresenta una garanzia per l'interessato di poter pervenire rapidamente e senza esborso alla determinazione del *quantum* risarcibile e di procedere alla ripa-

razione, anche in considerazione dell'obbligo per il perito della compagnia di rendersi disponibile all'effettuazione della perizia entro un termine più breve rispetto a quello previsto dal codice delle assicurazioni (art. 148).

Infine, a favore della salvezza della clausola milita la circostanza che la limitazione della libertà contrattuale dell'assicurato, nella misura in cui rappresenta un rimedio per contrastare comportamenti fraudolenti in sede di riparazione e quantificazione dei danni, è idonea a ridurre i costi di gestione dei sinistri con possibili riflessi positivi per gli assicurati in termini di diminuzione dei premi.

In definitiva, la clausola, unitariamente considerata, realizza un bilanciamento di interessi diversi e parimenti meritevoli di tutela quali, dal lato dell'impresa, l'esigenza di prevenire comportamenti fraudolenti che, determinando un incremento sui costi, incidono a valle sull'ammontare dei premi delle polizze; dal lato del consumatore/assicurato, la libertà di scelta del carrozziere di fiducia senza anticipare il costo della riparazione avvalendosi della delega di pagamento, con tempi rapidi per l'attivazione del perito e l'introduzione di un meccanismo di silenzio-assenso alla cessione del credito verso riparatori non convenzionati.

Pertanto, l'AGCM, nel caso di specie esclude quel significativo squilibrio di diritti e obblighi derivanti dal contratto a favore del contraente professionista alla cui ricorrenza è ancorato il giudizio di vessatorietà. Nella valutazione considera inoltre che la clausola di cui si discute riserva al consumatore che si avvalga della cessione del credito autorizzata o si rivolga ai riparatori convenzionati, un vantaggio economico in termini di sconto sul premio imponibile - pagato nell'ultima annualità assicurativa relativamente alla garanzia r.c. auto - fruibile al momento della liquidazione del danno.

Nel provvedimento, l'Autorità precisa che le valutazioni svolte riguardano la clausola contrattuale ed attengono esclusivamente alla non vessatorietà della clausola in esame ex artt. 33-37 *bis* cod. cons., senza riguardare profili di validità ed efficacia della stessa sulla base delle medesime o di altre disposizioni normative. L'Autorità ritiene altresì di dover procedere alla pubblicazione del provvedimento, in considerazione della novità e della rilevanza della clausola oggetto di interpello e del numero assai elevato dei consumatori potenzialmente coinvolti, essendo essa destinata ad essere inserita in un contratto per l'assicurazione obbligatoria della

responsabilità civile.

L'iter procedimentale dell'interpello è volto ad evitare in via preventiva le molteplici disfunzioni della contrattazione di massa e costituisce in qualche misura un tavolo tecnico di "negoziazione" attorno al quale, pur nel diverso atteggiarsi di ruoli e competenze, siedono le associazioni dei consumatori e quelle dei professionisti per trovare una "convergenza" in ordine al medesimo interesse della correttezza del mercato calato nel caso concreto, e l'Autorità garante e le altre autorità di settore.

4. I PRIMI INTERVENTI IN APPLICAZIONE DELLA NUOVA DISCIPLINA IN MATERIA DI CLAUSOLE VESSATORIE: LA DOVEROSA INFORMAZIONE AI CONSUMATORI

In materia di clausole vessatorie a settembre 2013 risultano chiusi n. 7 procedimenti con accertamento della vessatorietà della clausola, di cui sei avviati d'ufficio, e dunque *ex post*, e uno con richiesta di interpello, conclusosi con valutazione di non vessatorietà, come sopra esposto.

Dalla disamina delle prime applicazioni della nuova competenza in materia di clausole vessatorie emerge che in tutti i casi di avvio del procedimento d'ufficio, il medesimo si è concluso con l'accertamento almeno parziale delle clausole oggetto di attenzione.

Inoltre, in tutti i casi il contraente-professionista ha formulato proposte di modifica delle clausole oggetto di contestazione che - pur se parzialmente - hanno portato a rimuovere i profili di illegittimità lamentati. In uno dei procedimenti (CV28 - Feltrinelli.Com - Contratto Servizio Ebook provv. n. 24288 del 27 marzo 2013), il professionista ha sostenuto che le modifiche effettuate al contratto dovessero imporre l'adozione di un provvedimento di archiviazione previsto nel regolamento in materia di pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole ai sensi del combinato disposto degli artt. 17 e 5, comma 1, lett. d), del regolamento. L'Autorità ha precisato che la previsione della c.d. *moral suasion* (art. 5, comma 1, lett. d) attiene alla rimozione di profili oggetto di contestazione avvenuta prima dell'avvio del procedura, a seguito di un invito formulato dal responsabile del procedimento, ove

sussistano i presupposti.

Innanzitutto, nel caso di specie, la rimozione dei profili di vessatorietà nelle clausole oggetto del procedimento è avvenuta solo parzialmente. Oltre a ciò, la modifica delle clausole è stata effettuata dopo la comunicazione di avvio dell'istruttoria e oltre il termine di conclusione della medesima, peraltro in assenza dell'invito alla rimozione dei profili di illiceità di cui all'art. 4, comma 5, del regolamento. Nell'occasione, l'Autorità precisa che nell'ambito della disciplina del procedimento di accertamento di vessatorietà *«() non sono invocabili le diverse regole procedurali previste per l'applicazione della distinta disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. Pertanto, la sussistenza di normative sostanziali di riferimento totalmente diverse e l'attribuzione di poteri di enforcement di tenore non assimilabile appaiono di per sé elementi idonei a giustificare l'adozione di discipline procedurali diverse»*.

Particolarmente interessante è il provvedimento (Maggiore noleggio autoveicoli a breve termine) in cui la società in considerazione delle modalità di pubblicazione delle condizioni generali, divulgate via internet e affisse in Agenzia e delle difficoltà in cui versa il settore e la stessa Maggiore, ha auspicato la non pubblicazione del provvedimento o la sua pubblicazione dopo la stagione estiva al fine di evitare un danno all'immagine del professionista (punto 43). L'Autorità in merito alla richiesta di non procedere alla pubblicazione del provvedimento di accertamento della vessatorietà a fronte delle modifiche apportate alle condizioni generali di contratto sul sito istituzionale dell'Autorità e sul sito dello stesso operatore, ha precisato che la misura della pubblicazione rappresenta un atto dovuto previsto espressamente dal legislatore *«in relazione all'esigenza di informare compiutamente i consumatori»* (art. 37-bis cod. cons.) all'esito di una istruttoria di accertamento di vessatorietà svolto dall'Autorità. Il comma 2 dell'art. 37-bis prevede come dovuta, pertanto non discrezionale nell'an, una modalità di informazione del contenuto del provvedimento sul sito dell'Autorità e sul sito dell'operatore *«che adotta la clausola ritenuta vessatoria»* lasciando un margine di discrezionalità soltanto in merito all'adozione eventuale di *«ogni altro mezzo ritenuto opportuno in relazione all'esigenza di informare compiutamente i consumatori a cura e spese dell'operatore»*.

5. LA RIMODULAZIONE DELL'ENFORCEMENT IN TEMA DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE

Una novità di rilievo rispetto alle precedenti disposizioni regolamentari in materia di pratiche commerciali scorrette è rappresentata dall'art. 5 che, alla lett. f), codifica tra le ipotesi di chiusura del procedimento pre-istruttorio il non luogo a provvedere per sporadiche richieste di intervento relative a condotte isolate ovvero non rientranti tra le priorità di intervento dell'Autorità in ragione degli obiettivi di razionalizzazione, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa e l'archiviazione per la «*manifesta inidoneità del messaggio pubblicitario o della pratica a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio al quale è diretta, anche in ragione della dimensione minima della diffusione di un messaggio o della localizzazione circoscritta di una pratica*» (art. 5, comma 1, lett. e).

Sembra che la missione istituzionale affidata all'Autorità, che viene chiamata a intervenire per reprimere i fenomeni che possono mettere a rischio il corretto funzionamento del mercato, non debba comprendere questa tipologia di pratiche. Si limita l'attivazione dell'attività di *enforcement* pubblicistico della normativa in materia di pratiche commerciali scorrette rispetto a "*pratiche*" che, in alcuni casi, non hanno alcuna reale diffusione sul mercato, preferendo una interpretazione più restrittiva nella nozione di pratica commerciale. Ciò determina una diminuzione di tutela per gli eventuali consumatori lesi da pratiche isolate a beneficio dei quali, comunque, l'ordinamento giuridico mette a disposizione gli strumenti di natura privatistica. La previsione regolamentare è chiaro indice di un cambiamento di *policy*.

A questo deve aggiungersi che il numero complessivo di procedimenti portati a termine nel 2012 è inferiore, secondo i dati forniti nella relazione annuale dell'Autorità, rispetto agli anni precedenti. Sembra che dopo l'importante sforzo di interpretazione ed applicazione fatto dall'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette, per garantire la conoscenza della normativa e l'effetto deterrente connesso alle sanzioni, stia seguendo una rimodulazione - procedurale e sostanziale - delle modalità dell'*enforcement* pubblicistico.

Con riguardo all'evoluzione dell'*enforcement* in materia di pratiche commerciali scorrette, deve osservarsi, altresì, che il legislatore della "*spending review*" (d.l. 6

luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 135), è recentemente intervenuto con l'art. 23, comma 12-*quinquiesdecies*, mediante il quale, per un verso, ha aumentato l'importo massimo delle sanzioni comminate dall'AGCM a 5.000.000 euro e, per l'altro, ha ribadito la competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, *escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati.*

La norma sottende il problema del "conflitto" (*rectius* "coordinamento") di competenze tra l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e le autorità di settore, talvolta, risolto mediante protocolli di intesa bilaterali, strumenti di interazione, scambio di informazioni e più spesso rimesse all'attenzione del giudice amministrativo. L'*enforcement* in materia di pratiche commerciali scorrette risulta, in ragione degli ultimi orientamenti giurisprudenziali e delle più recenti previsioni normative, "frammentato": l'applicazione della normativa generale è rimessa a più amministrazioni indipendenti chiamate a preservare l'unità del sistema mediante intese e protocolli multilaterali e a scongiurare il rischio di una tutela asimmetrica in relazione al "guardiano" competente a reprimere e prevenire comportamenti specifici in relazione ai diversi settori.

6. CONCLUSIONI

La tutela amministrativa è espressione di un ordinamento interpellato dall'esigenza di tenere il passo con l'evoluzione dei rapporti socio-economici e dalla necessità di realizzare l'interesse pubblico della correttezza del mercato nella consapevolezza che la via giudiziaria più lunga e costosa e, comunque, limitata al singolo consumatore, non è sufficiente.

E' un dato significativo che emerge dalle prime applicazioni della nuova normativa in materia di clausole vessatorie che la maggior parte delle modifiche al regolamento contrattuale viene realizzato senza passare per i tribunali, attraverso la promozione di un'operazione di auto-adequamento delle condizioni di contratto del

professionista alla disciplina normativa in un contesto di confronto con le categorie di consumatori e con il parere tecnico delle autorità di settore di volta in volta coinvolte nel provvedimento avviato dall'AGCM.

Un elemento di spicco è il potenziamento del ruolo delle associazioni dei consumatori che possono “contribuire” attivamente nel controllo sociale sulla contrattazione di massa e più in generale sull'attività commerciale posta in essere dal professionista. A tal riguardo giova evidenziare che l'Autorità nella relazione annuale evidenzia il contributo delle associazioni dei consumatori che hanno determinato un accertamento in violazione nella totalità dei casi (17) in cui era stato avviato il procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette (p. 174). Dati a cui devono affiancarsi i dati emersi nelle indagini sull'evoluzione del consumerismo in Italia che evidenziano una maggiore fiducia del consumatore-cittadino in tali istituzioni e la tensione delle stesse a promuovere l'*empowerment* dei consumatori anche mediante modalità di dialogo con le istituzioni e le imprese, per esercitare un'azione di tutela dei consumatori in via preventiva.

Il legislatore, non dotando l'AGCM anche di poteri inibitori alla stessa stregua di quanto avviene in materia di pratiche commerciali scorrette, punta sulla responsabilizzazione dei consumatori che compiono quotidianamente scelte di consumo tanto più libere e consapevoli quanto più frutto di informazione. Ciò per garantire più trasparenza nell'agire del professionista in modo che il consumatore sempre più evoluto attraverso l'informazione possa compiere scelte di qualità.

Dai cambiamenti appare con chiarezza il graduale e costante ampliamento dell'orizzonte interpretativo, «non più circoscritto al profilo soggettivo/individuale caratterizzato dalla ricerca di rimedi volti a riequilibrare *ex post* le posizioni di debolezza, ma aperto al profilo oggettivo/collettivo, caratterizzato dall'esigenza di vigilare sulla correttezza del mercato, anche con l'obiettivo di reprimere comportamenti e offerte che possano incidere sulla libertà e consapevolezza del consumatore»¹³².

Con gli ultimi interventi normativi si è completato un sistema di tipo “misto” (giudiziale e amministrativo) di tutela dei diritti del consumatore in materia contrattuale che in definitiva potrà anche agevolare il giudice ordinario sotto il profilo probatorio nell'assicurare quella tutela sostanziale ai consumatori da tutti auspicata.

132 Cfr. L. ROSSI CARLEO, *op. cit.*

I rimedi previsti dall'ordinamento si pongono, quindi, in un'ottica di complementarietà l'uno con l'altro. Ciò vale per la tutela amministrativa e per l'azione inibitoria, accomunate dal carattere preventivo del rimedio, così come per le differenti forme di tutela amministrativa e cioè quella affidata all'AGCM dall'art. 37-*bis* cod. cons. e quella attribuita alle Camere di Commercio dall'art. 2, comma 2, lett. *i*), legge n. 580 del 1993.

Peraltro, è evidente, come posto in evidenza nel Rapporto dello scorso anno, che il nuovo assetto normativo, alla luce delle nuove forme di tutela introdotte a vantaggio del consumatore contro le clausole vessatorie, reca con sé il rischio di frammentazioni e dunque di duplicazioni o contrasti all'esito di differenti accertamenti, se non di veri e propri conflitti di giudicato, a discapito della certezza del diritto¹³³.

133 E. Battelli, La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie, in Consumerism: Rapporto 2012: «in ordine alla medesima clausola vessatoria potrebbe, infatti, almeno astrattamente, riscontrarsi: a) un provvedimento amministrativo dell'AGCM; b) un parere di una Camera di Commercio; c) una sentenza del giudice amministrativo in sede di impugnazione del provvedimento dell'AGCM; d) una sentenza resa dal giudice ordinario in sede di giudizio individuale promosso dal consumatore (sentenza che potrebbe essere poi oggetto di appello e ricorso in Cassazione); e) un provvedimento reso dal giudice ordinario in sede di azione inibitoria collettiva (provvedimento anch'esso appellabile e promosso da una Camera di Commercio o da una associazione di categoria o ancora da una associazione dei consumatori); f) un provvedimento reso dal giudice ordinario in sede di azione risarcitoria collettiva (provvedimento anch'esso appellabile). Non si può, pertanto, ragionevolmente, escludere che l'esito di tali differenti accertamenti potrebbe essere diverso, o addirittura contrastante, a discapito dell'esigenza di certezza, particolarmente avvertita dalle imprese».

L'erosione delle competenze dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato alla luce di alcuni profili di analisi nel contenzioso

(Maria Chiara Sole)

La fine del XX secolo è stato un periodo particolarmente favorevole per le Autorità indipendenti italiane; la crescita economica ha rappresentato uno stimolo importante per la cultura della concorrenza, favorendo le riforme, i processi di liberalizzazione e lo sviluppo del consenso intorno alla concorrenza come strumento di tutela dei consumatori. Negli ultimi anni si è tuttavia assistito ad una botta di arresto della disciplina concorrenziale: la crisi economica è infatti potenzialmente ostile alla stessa e alla sua promozione. Anche in Italia, la crisi, insieme al ritorno più aggressivo della politica, ad una lacerazione interna dovuta alla raggiunta maturità dell'Autorità stessa, nonché alla competizione tra le diverse Autorità, hanno determinato un'inversione di tendenza. Questo processo evolutivo, ha inevitabilmente finito per manifestarsi anche nel contenzioso consumeristico.

Il contributo seleziona ed analizza, in questa prospettiva, alcuni aspetti legati al contenzioso di primo grado tra la fine del 2012 e la prima metà del 2013. In particolare numerosi provvedimenti dell'AGCM sono stati impugnati dinanzi al giudice di primo grado eccependo l'incompetenza della stessa Autorità; altri, invece, eccependo una scorretta valutazione della quantificazione della sanzione pecuniaria. Al riguardo si osserva una tendenza del TAR a rivedere al ribasso la quantificazione delle sanzioni previste nei provvedimenti dell'Autorità.

SOMMARIO: 1. LA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA NEGLI ANNI DELLA CRISI ECONOMICA - 2. IL DECLINO DELL'ATTIVITÀ DELL'AGCM IN ITALIA - 3. IL CONTENZIOSO E LA DIVISIONE DELLE COMPETENZE TRA AUTORITÀ: LA TUTELA DEL CONSUMATORE TRA DISCIPLINA GENERALE E DISCIPLINE DI SETTORE - 4. SANZIONI PECUNIARIE AGCM: LA TENDENZA AL RIBASSO DEL GIUDICE DI PRIMO GRADO.

1. LA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA NEGLI ANNI DELLA CRISI ECONOMICA

La fine del XX secolo è stato un periodo particolarmente favorevole per le Autorità indipendenti italiane. La crescita economica ha rappresentato uno stimolo impor-

tante per lo sviluppo della cultura della concorrenza, tanto da essere definita una sorta di “età dell’oro” dell’antitrust. Basti pensare che in Europa le Autorità a tutela della concorrenza sono passate da quattordici, prima del 1990, alle oltre cento. Com’è noto, in Italia, l’Autorità garante della concorrenza e del mercato (d’ora in poi “Autorità” o “AGCM”) è stata istituita con la legge 287/90. La stabilità macroeconomica ha infatti favorito le riforme concorrenziali, i processi di liberalizzazione e privatizzazione dei mercati, ed ha soprattutto agevolato il consenso intorno alla concorrenza come strumento di tutela dei consumatori, nonché di crescita di produttività e creazione di benessere.

Va tuttavia sottolineato che, se da un lato si è registrata una fase positiva, dall’altro, non poche sono state le difficoltà incontrate nel corso di questo processo. Ciò in quanto i benefici della concorrenza richiedono tempi tecnici relativamente lunghi per manifestarsi, mentre, nel breve periodo, la disciplina concorrenziale comporta sia la fuoriuscita dal mercato delle imprese meno efficienti, sia incertezze per i produttori e per gli stessi consumatori.

È quindi facile desumere che, se queste difficoltà vengono meglio tollerate in una fase di crescita economica, lo stesso non può dirsi in periodi di crisi o di recessione in cui aumentano i costi per le imprese e per l’occupazione. In recessione i costi immediati della concorrenza per le aziende, per i lavoratori e per i consumatori possono, infatti, essere espliciti ed osservabili, mentre i benefici ritardati e meno visibili¹³⁴.

Negli ultimi anni la crisi che ha investito i mercati internazionali ha fatto crollare la fiducia negli stessi, scuotendo gli operatori economici, i *policy makers* e l’opinione pubblica. Di conseguenza si è assistito ad un aumento della pressione sui governi per intervenire a favore delle imprese in crisi, dei lavoratori disoccupati, nonché dei consumatori.

Per tutte queste ragioni è quindi possibile affermare che la recessione è potenzialmente ostile alla concorrenza e alla sua promozione. Le scelte politiche, infatti, si basano su rapporti molto stretti con le aziende, la cui influenza è generalmente più forte rispetto a quella dei consumatori.

134 J. FINGLETON, *La concorrenza in tempo di crisi*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1/ 2009, pp. 7-22.

Tuttavia, la storia ci insegna che le politiche di contrazione della competitività perseguite in fase di recessione sia negli Stati Uniti, nel corso degli anni Trenta, sia in Giappone, nel corso degli anni Novanta, hanno finito per prolungare il decorso della recessione piuttosto che abbreviarlo.

Sulla base di queste argomentazioni, come alcuni esperti del settore suggeriscono, nel contesto economico odierno le Autorità della concorrenza dovrebbero offrire il loro contributo per individuare gli spazi per un intervento pubblico il più possibile rispettoso dei principi della concorrenza¹³⁵. E' quindi auspicabile che i governi siano capaci di creare un sistema tale da alleggerire i costi per coloro che risentono del conflitto concorrenziale. E alle Autorità di garanzia è lasciato il compito di dimostrare l'esigenza di flessibilità per fronteggiare le nuove condizioni economiche nonché di disporre di un apparato stabile in grado di promuovere gli investimenti di lungo periodo.

2. IL DECLINO DELL'ATTIVITÀ DELL'AGCM IN ITALIA

In Italia l'AGCM nasce come un'Autorità di garanzia in senso stretto: essa non ha poteri normativi o di regolazione di singoli mercati ma esercita un'attività repressiva di condotte antigiuridiche a carattere trasversale. Nel corso degli anni l'Autorità si è sviluppata notevolmente, ampliando i propri poteri ed arricchendosi delle conferme provenienti dagli altri Paesi europei. Tuttavia anch'essa ha risentito del difficile contesto economico e, al decennio di crescita, è seguito uno di erosione per tutta una serie di cause che hanno minato in parte l'attività dell'AGCM. Tra le ragioni alla base di questo declino vi è un ritorno più aggressivo della politica, una lacerazione interna dovuta alla raggiunta maturità dell'Autorità stessa, nonché la competizione tra le diverse Autorità per la difesa delle competenze, per l'acquisizione di compiti nelle zone di confine e per la spartizione delle risorse. In ultimo, ma non in ordine di importanza, come esposto precedentemente, un ulteriore elemento di tensione è derivato dalla crisi economica.

Questo processo evolutivo, sommato alla ridefinizione di una nuova congiuntura

135 G. OLIVIERI - A. PEZZOLI, *L'Antitrust e le sirene della crisi*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2009, pp. 115-131.

economica, ha inevitabilmente finito per manifestarsi anche nel contenzioso consumeristico.

Oggi l'AGCM, a seguito dei numerosi interventi normativi, è divenuta un'Autorità che dedica gran parte della propria attività alla tutela del consumatore ponendosi come giudice del rapporto tra impresa e consumatore, in ogni fase del contratto. L'AGCM stabilisce infatti i paradigmi dell'agire del professionista in maniera diligente: si tratta quindi di un controllo particolarmente penetrante che non si limita a valutare i comportamenti dell'impresa ma l'assetto stesso dell'organizzazione e delle procedure aziendali. Inoltre questa nuova forma di regolazione che si esercita attraverso procedimenti amministrativi di carattere sanzionatorio, tende ad interferire con l'attività di produzione normativa e di tutela del consumatore demandata alle Autorità di settore¹³⁶.

3. IL CONTENZIOSO E LA DIVISIONE DELLE COMPETENZE TRA AUTORITÀ: LA TUTELA DEL CONSUMATORE TRA DISCIPLINA GENERALE E DISCIPLINE DI SETTORE

Nel contenzioso di primo grado, tra la fine del 2012 e la prima metà del 2013 di fronte al TAR Lazio, ci sono alcuni aspetti in linea con questa tesi sui cui è interessante soffermarsi. In particolare nelle pagine che seguono l'attenzione si concentrerà sul principio di specialità per la suddivisione delle competenze tra le diverse Autorità di settore, sulla quantificazione delle sanzioni previste nei provvedimenti dell'Autorità, nonché sull'oggetto principale dei ricorsi e sulla centralità dell'asimmetria informativa tra professionista e consumatore.

Ciò che si vuole dimostrare è che anche nel contenzioso di primo grado è osservabile la tendenza a limitare l'attività dell'AGCM. Questo si manifesta soprattutto in relazione a due profili: in primo luogo l'AGCM si vede sottrarre alcune competenze che vengono invece affidate ad altre Autorità; in secondo luogo si riscontra la

136 V. MINERVINI, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato quale Autorità di tutela del consumatore: verso una nuova forma di regolazione dei mercati*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 4/2010, pp. 1141-1175.

tendenza del TAR a rivedere al ribasso le sanzioni pecuniarie stabilite dall'Autorità stessa. Questo è riconducibile in particolare alla valutazione da parte del giudice di una scorretta considerazione delle condizioni economiche delle aziende, condizioni che invece rivestono un ruolo significativo proprio per la fase economica che sta vivendo il Paese.

In primo luogo occorre, quindi, soffermarsi sull'aspetto relativo ai provvedimenti dell'AGCM che sono stati impugnati dinanzi al giudice di primo grado eccependo, innanzitutto, l'incompetenza della stessa Autorità, in virtù di una tutela del consumatore che, in alcuni settori, sarebbe stata affidata rispettivamente all'Autorità di garanzia per le comunicazioni elettroniche (d'ora in poi "AGCom") e alla Banca d'Italia, in applicazione delle relative discipline settoriali.

Al riguardo è necessario fare riferimento alla pronuncia del Consiglio di Stato (11 maggio 2012, sentenze dal n. 11 al n. 16) che, in sede di Adunanza plenaria, ha esaminato il tema della *actio finium regundorum* tra l'AGCM, l'AGCom e la Banca d'Italia in materia di tutela dei consumatori. In particolare, il massimo organo della giustizia amministrativa ha indagato il problema del rapporto tra la disciplina generale in materia di pratiche commerciali scorrette e le normative che eventualmente disciplinino analoghe pratiche scorrette in relazione a specifici settori, ed ha concluso affermando la prevalenza del principio di specialità. Secondo tale principio è necessario individuare la competenza di ciascuna Autorità conformemente al quadro normativo ed al principio di buon andamento (art. 97 Cost.), al fine di evitare duplicazioni e contraddizioni nell'esercizio del potere pubblico: *«Ove la medesima fattispecie sia prevista tanto da una disciplina generale, come da una disciplina speciale, e questa seconda riproduca tutti gli elementi della prima, e aggiunga un ulteriore elemento di specificità, il principio di specialità è da considerarsi prevalente. Il principio di specialità consente di individuare la competenza dell'Autorità di settore in materia di pratiche commerciali scorrette e di escludere la competenza dell'Agcm, anche in ragione del rinvio operato dall'art. 19, c. 3 del codice del consumo. La prevalenza del principio di specialità è conforme al principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione, in quanto consente di evitare duplicazioni e contraddizioni nell'esercizio del potere pubblico e di non imporre oneri sproporzionati agli operatori nei settori regolati»*.

L'utilizzo del principio di specialità consente in questo modo di evitare duplicazioni e sovrapposizioni e di assicurare sia l'esercizio efficiente del potere pubblico, sia la proporzionalità del carico imposto ai privati. Proprio perché la specialità non è intesa come deroga o eccezione, essa non comporta una diminuzione di tutela ed assicura la coerenza fra tutela accordata e poteri attribuiti dall'ordinamento.

Pertanto, l'Adunanza Plenaria ha disatteso la tesi dell'AGCM, secondo cui la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche avrebbe finalità di sola tutela della concorrenza e di garanzia del pluralismo informativo, poiché queste ultime finalità non possono non affiancarsi alla tutela del consumatore.

Il massimo organo di giustizia amministrativa ha attribuito rilievo all'art. 19, comma 3, del codice del consumo, ai sensi del quale, in caso di contrasto, prevalgono le norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette. In sostanza, ha ritenuto che la norma in esame sarebbe iscritta nell'ambito del principio di specialità, ai sensi del quale non si può fare contemporanea applicazione di due differenti disposizioni normative che disciplinano la stessa fattispecie, ove una delle due disposizioni presenti tutti gli elementi dell'altra e aggiunga un ulteriore elemento di specificità (o per aggiunta o per qualificazione). Utilizzando una metafora dell'Adunanza, le due norme astrattamente applicabili potrebbero essere raffigurate come cerchi concentrici, di cui quello più grande è caratterizzato dalla specificità.

Guardando inoltre al *considerando* n. 10 della direttiva n. 2005/29/CE, si rileva che la disciplina di carattere generale si applica solo nei casi in cui non esista una norma di diritto comunitario che disciplini aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette.

La giurisprudenza di primo grado è intervenuta di recente in più occasioni¹³⁷ annullando alcuni provvedimenti dell'AGCM perché ritenuti di competenza dell'AGCom, proprio in forza della pronuncia del Consiglio di Stato: «*A tal proposito, appare pertinente il richiamo alle precedenti pronunce con le quali la Sezione, in altra fattispecie pure attinente al settore delle comunicazioni elettroniche, in piena adesione agli orientamenti espressi dall'Adunanza Plenaria n. 11 dell'11 maggio 2012, ha risolto in favore dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni la questione dell'indivi-*

137 Al riguardo si rimanda alle sentenze del TAR Lazio 22 luglio 2013, n. 7464; 18 luglio 2013, n. 7275; 18 febbraio 2013, nn. 1742 e 1754.

duazione dell’Autorità competente ad adottare provvedimenti sanzionatori in materia di tutela del consumatore nel settore all’odierna attenzione»¹³⁸.

Il TAR afferma inoltre che gli artt. 4 e 13, e la Sezione III del Capo IV (dedicata specificamente ai “diritti degli utenti”) del codice delle comunicazioni elettroniche, stabiliscono che la tutela del consumatore rientra a pieno titolo tra i fini istituzionali dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, e tanto, in coerenza con quanto previsto dalle leggi nn. 481/1995 e 40/2007, ove si affida, espressamente ed esclusivamente, all’AGCom l’attuazione delle disposizioni, anche primarie, che concernono il settore di competenza.

Il fatto che indipendentemente dalla pronuncia del Consiglio di Stato, l’AGCM abbia, nel corso della seconda metà del 2012 e nella prima del 2013, continuato a sanzionare pratiche scorrette in materia di commercio elettronico, è un elemento di per sé indicativo che fa sicuramente riflettere. Va inoltre evidenziato che in contemporanea anche l’AGCom ha provveduto a sanzionare le relative pratiche in forza della conferma delle sue competenze in materia. A questa riflessione si aggiunga infine che nella Relazione annuale dell’AGCM la questione viene integralmente bypassata, dimostrando una certa riluttanza a trattare l’argomento.

Particolarmente interessante è la sentenza del TAR Lazio 22 luglio 2012, n. 7442, che annulla il provvedimento n. 23675 adottato il 19 giugno 2012 dall’AGCM contro la società David 2, in qualità di impresa di Content Service Provider (“CSP”). L’Autorità riteneva infatti accertata la pratica commerciale scorretta consistente nell’aver diffuso, tramite banner presenti in alcuni siti internet, messaggi pubblicitari finalizzati apparentemente a promuovere un concorso a premi, al quale, in realtà, i consumatori potevano partecipare solo a seguito di abbonamento ad un servizio premium denominato “allyoucan”.

E’ interessante sottolineare che, nel corso dell’istruttoria, l’AGCM aveva richiesto un parere all’AGCom, la quale, richiamando il dettato dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 11 del 15 maggio 2012, ravvisava l’impossibilità di rendere il parere richiesto relativamente all’istruttoria per pratiche commerciali scorrette; aprendo invece un’istruttoria nell’esercizio delle proprie competenze. Istruttoria che non tar da ad essere portata a termine con la delibera n. 462/13/Cons con la quale viene

138 Sentenze TAR Lazio 18 febbraio 2013, nn. 1742, 1752 e 1754.

approvata la proposta di impegni presentati dalla società David 2 S.p.a, ai sensi della legge n. 248/06, relativa al procedimento sanzionatorio n. 2/13/DIT.

Alla luce di ciò sorgono due interrogativi, uno relativo alla certezza dell'Autorità a cui rivolgersi, l'altro relativo alla pronta attivazione o meno dell'Autorità competente per un'efficace e immediata tutela del consumatore. Nel caso di specie, l'AGCom è comunque intervenuta con prontezza e sembrerebbe in questo modo garantita una piena tutela del soggetto debole, così come indicato nella pronuncia del Consiglio di Stato. Quanto ai contrasti in materia di competenze tra Autorità, sembrerebbe che l'evoluzione sul piano giurisprudenziale non sia stata seguita da una sul piano operativo. E probabilmente, proprio questo tipo di riflessione ha poi portato al recente Protocollo d'intesa tra l'AGCM e l'AGCom, firmato il 22 maggio 2013.

Nel Protocollo, partendo dalla premessa che le due Autorità esercitano funzioni tra loro complementari perseguendo interessi convergenti (ossia lo sviluppo e il mantenimento di adeguati livelli di concorrenza nei mercati e la tutela degli interessi dei consumatori), le Autorità si impegnano a cooperare attraverso: a) il coordinamento degli interventi istituzionali su settori di interesse comune; b) le segnalazioni reciproche nei casi in cui emergano ipotesi di eventuali violazioni, da parte degli operatori, delle norme alla cui applicazione è preposta l'altra Autorità.

Il Protocollo prevede inoltre il reciproco scambio di pareri e avvisi su questioni di interesse comune; iniziative congiunte in materia di *enforcement*, vigilanza e controllo dei mercati; collaborazione scientifica, formazione e scambio di personale; nonché collaborazione nelle iniziative internazionali e nelle iniziative a tutela del consumatore. E' dunque auspicabile che attraverso queste misure la cooperazione tra Autorità diventi definitivamente operativa, nel rispetto delle reciproche competenze e nella massima tutela dei diritti dei consumatori.

4. SANZIONI PECUNIARIE AGCM: LA TENDENZA AL RIBASSO DEL GIUDICE DI PRIMO GRADO

Un ulteriore profilo di asimmetria è stato rinvenuto da parte della dottrina nella previsione dell'aumento del tetto delle sanzioni dell'AGCM. Con il d.l. 6 luglio 2012

n. 95 (denominato “*spending review*”), convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012 n. 135, è stato innalzato il tetto massimo delle sanzioni dell’Autorità. In particolare, l’art. 23, comma 12-*quinquiesdecies* stabilisce che «*l’importo massimo delle sanzioni di all’articolo 27, commi 9 e 12, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, in materia di pratiche commerciali scorrette, la competenza ad accertare e sanzionare le quali è dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati, è aumentato a 5.000.000 di euro*».

Nessun intervento è stato invece previsto per l’impianto normativo sanzionatorio dell’AGCom che, di fatto, non dispone di un disegno normativo unitario e coerente, ma può solo irrogare sanzioni *ex post* in caso di violazione degli obblighi di regolamentazione da essa impartita con propri provvedimenti (*ex art. 98, comma 11, d. lgs. n. 259/2003*).

I paradigmi normativi rilevanti ai fini della determinazione della sanzione da parte dell’AGCM sono rappresentati dall’art. 15 della legge n. 287/90 e dalle indicazioni ricavabili dall’art. 11 della legge n. 681/89, espressamente richiamato dall’art. 27, comma 13, d. lgs. n. 206/2005.

I criteri sono, in particolare, rappresentati:

- dalla gravità della violazione;
- dall’attività svolta dall’agente per eliminare quest’ultima;
- dalla personalità dell’agente stesso e dalle condizioni economiche al medesimo riferibili.

Come affermato dai giudici di primo grado, nel contesto delle sanzioni antitrust la corretta applicazione di tali criteri riveste un’importanza notevole ai fini del rispetto dei principi di legalità, in ragione dell’ampiezza dei limiti edittali previsti dalla normativa e del relativo margine di discrezionalità lasciato all’Autorità.

Dall’analisi di numerose sentenze di primo grado è emerso che il Tribunale ha sempre ridefinito in sede di ricorso la sanzione prevista dall’Autorità. È importante no-

tare che nella maggior parte dei casi le ragioni alla base della riduzione risiedono in una scorretta valutazione da parte dell'AGCM delle condizioni economiche del professionista. Quest'ultimo ha infatti la possibilità di dimostrare, attraverso la presentazione del bilancio d'esercizio, l'esistenza o meno di perdite; perdite che devono essere tenute in considerazione nel momento della quantificazione della sanzione pecuniaria. In numerosi casi il Tribunale ha dunque giustificato la riduzione in questo modo: *«l'Autorità, pur richiamando la dimensione del professionista ai fini della valutazione della gravità della condotta, non ha in alcuna parte della gravata delibera indicato la concreta consistenza di tale dimensione economica, con ciò omettendo l'accertamento, e comunque l'esternazione, di uno degli elementi cui la sanzione va necessariamente parametrata al fine di assicurare il perseguimento delle finalità sia deterrente che punitiva nel rispetto del criterio di proporzionalità della sanzione, che costituisce peraltro corollario di quello di ragionevolezza e di parità di trattamento di situazioni uguali, avente rango costituzionale fondamentale perché insito nell'art. 3 della Costituzione».*

Tale principio, si articola in tre distinti profili: l'idoneità, la necessità e l'adeguatezza. Il primo si riferisce al rapporto tra il mezzo adoperato e l'obiettivo perseguito, in base al quale l'esercizio del potere risulta legittimo solo se la soluzione adottata consenta di raggiungere l'obiettivo. Il secondo si individua nell'assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo, che altrimenti dovrebbe essere preferito. Infine il terzo profilo riguarda la tollerabilità della restrizione per il privato, che deve essere ponderata e bilanciata.

La dimensione economica del professionista è quindi un parametro da cui non si può prescindere nella determinazione della sanzione, al fine di assicurare la finalità sia deterrente che punitiva della stessa, garantendo, oltre che la sua effettività, l'idoneità della stessa rispetto allo scopo, la sua adeguatezza e proporzionalità. Al riguardo si rimanda alle sentenze n. 7493 e n. 7495 del 03 settembre 2012 in cui il TAR, pur confermando la correttezza del provvedimento dell'AGCM, ne riduce la sanzione che viene portata, rispettivamente, da 21.000 a 15.000 euro e da 35.000 a 20.000 euro. Infine vanno considerati altri due profili di asimmetria che riguardano l'ingannevolezza delle pratiche da un lato, e la posizione di debolezza del consumatore dall'altro.

La maggior parte delle sentenze del TAR Lazio riconoscono la scorrettezza della pratica in quanto ingannevole e, come tale, in grado di falsare il comportamento economico del consumatore. Al riguardo va innanzitutto evidenziato che tutte le pratiche commerciali messe in atto da un professionista, indipendentemente dal momento del rapporto contrattuale, condividono un elemento, e cioè la comunicazione. La comunicazione è quindi elemento comune sia alle pratiche commerciali che si basano su forme di linguaggio (parole, immagini, ecc.) sia alle pratiche commerciali che si basano su comportamenti del professionista. Il fatto poi che le pratiche poste in essere dal professionista e rivolte al consumatore riguardino l'offerta di beni o servizi consente di qualificare tali comunicazioni come «comunicazioni commerciali»¹³⁹.

Questa premessa è necessaria se si considera che tale caratteristica ha avuto ripercussioni notevoli sulla disciplina specifica delle pratiche commerciali ingannevoli perché l'ingannevolezza viene valutata proprio in base agli elementi che assumono rilevanza in riferimento ad una pratica commerciale posta in essere da un professionista. Ed infatti, per valutare l'impatto nei confronti del consumatore destinatario della pratica/comunicazione commerciale, occorre focalizzare l'attenzione sulla percezione che egli può avere della stessa. Percezione può variare sulla base di due principali fattori di tipo «oggettivo»: il «contenuto» della comunicazione commerciale, e le «modalità di presentazione» di quel contenuto.

Queste informazioni assumono significatività e rilevanza sotto due profili: della falsità o inesattezza delle informazioni stesse e delle omissioni di informazioni rilevanti. In entrambi i casi, infatti, viene alterata la capacità di scelta del consumatore medio, privato della possibilità di assumere una decisione di natura commerciale consapevole.

Recentemente il TAR si è pronunciato in tal senso. In particolare, a titolo esemplificativo, con la sentenza n. 9347 del 14 novembre 2102 il Tribunale ha respinto il ricorso presentato dall'Università Ese International Ltd per l'annullamento del provvedimento dell'AGCM che aveva ritenuto scorretta una pratica commerciale ai sensi degli artt. 20 ("Divieto delle pratiche commerciali scorrette"), 21 comma 1, lett. **b)** ("Azioni ingannevoli") e 22, comma 1 ("Omissioni Ingannevoli"), del codice del 139

N. Zorzi, Il controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno dei consumatori, in *Contratto e Impresa*, 3/2010, Padova.

consumo. La pratica aveva ad oggetto il contenuto del sito della stessa Università nel quale si presentava l'offerta relativa ai diversi corsi di laurea, e nella quale l'Autorità aveva individuato alcuni profili di decettività del messaggio, ovvero della sua attitudine a orientare indebitamente il consumatore nelle sue decisioni di natura commerciale, alla stregua dei parametri dettati dal codice del consumo.

Allo stesso modo con la sentenza n. 9349 del 14 novembre 2012 il TAR Lazio respinge il ricorso proposto da Immobiliare Priolo Srl sanzionato dall'AGCM in relazione a una pratica commerciale consistente nella diffusione di volantini pubblicitari volti a promuovere la sua attività nel territorio della città di Palermo, di cui ha accertato la scorrettezza ai sensi degli artt. 20, 21, 22 e 23, comma 1, lett. e), del codice del consumo. L'Autorità concludeva, in particolare, che i profili di ingannevolezza riguardassero la natura del professionista, le caratteristiche del servizio, nonché le modalità e le condizioni economiche dell'effettiva erogazione dei prestiti.

Secondo quanto affermato dai giudici: *«La disciplina di tutela consumeristica, nel presupporre l'attribuibilità psicologica del fatto al soggetto, non postula infatti, necessariamente, la presenza del dolo (specifico o generico), sicché la configurabilità della fattispecie prescinde dalla sussistenza di un elemento volitivo costituito dal preordinato proposito di porre in essere una condotta antigiuridica: dimostrandosi, per l'effetto, sufficiente la sussistenza dell'elemento psicologico della colpa, vale a dire di un difetto di diligenza rilevabile dal complessivo atteggiarsi del comportamento posto in essere dall'operatore commerciale. E proprio per questo la giurisprudenza ritiene sufficiente a integrare la fattispecie della scorrettezza della prassi commerciale la presenza di un mero rischio, consistente nella potenzialità del pregiudizio per il consumatore medio».*

Questa prospettiva muove dal riconoscimento di una situazione di disuguaglianza strutturale che caratterizza le due parti di un rapporto di consumo e che si fonda quindi su un fattore di tipo «soggettivo». Il professionista non è solo il detentore del potere economico ma è anche il detentore di tutte le informazioni pertinenti, delle conoscenze essenziali, delle tecniche, ecc., relative ai prodotti o servizi dallo stesso offerti. Il consumatore è invece in una posizione strutturale di disuguaglianza perché sprovvisto delle informazioni chiave, funzionali ad assumere le decisioni in maniera consapevole. Una siffatta disuguaglianza è dunque determinata da asim-

metrie informative tra le parti, asimmetrie diversamente dipendenti o graduabili in funzione di molteplici fattori, quali, ad esempio, la complessità del mercato relativa ad alcuni settori, il tipo specifico di prodotti o servizi offerti, la particolare debolezza psicologica o vulnerabilità del consumatore.

Ed è proprio la posizione di debolezza del consumatore ad essere richiamata più volte nelle sentenze del TAR. Alcuni esempi si trovano in TAR Lazio 4 giugno 2012, n. 5029, 4 febbraio 2013, n. 1177, 3 settembre 2012, nn. 7493 e 7495, in cui la scorrettezza della pratica commerciale posta in essere dal professionista è stata aggravata dalla posizione di particolare debolezza del consumatore. Una debolezza che in taluni casi viene ricondotta alle condizioni psicologiche del consumatore reso vulnerabile perché in difficoltà economica o in cerca di lavoro; in altri è invece vulnerabile per fattori legati all'età. In questi casi quindi la pratica è ritenuta illecita anche ai sensi dell'art. 21, comma 4, cod. cons., che considera scorretta la pratica commerciale che, in quanto suscettibile di raggiungere bambini e adolescenti, possa, anche indirettamente, minacciare la loro sicurezza.

La tutela del risparmiatore-investitore nel sistema finanziario: rimedi giudiziari e stragiudiziali tra vecchi e nuovi scenari

(Stefania Vacca)

Il contributo affronta due diverse analisi.

Nella prima parte, si affronta il tema dell'attività di conciliazione nel settore finanziario condotta dalla Camera di conciliazione Consob. A tale fine è parso necessario, per comprendere appieno la realtà esistente e le criticità che la affliggono, ripercorrere il travagliato iter normativo e giurisprudenziale della Camera Consob che ha condotto all'adozione del recente regolamento da parte dell'Autorità nel luglio 2012, con il quale si è inteso dare nuovo slancio all'istituto conciliativo tenendo conto dell'esperienza pregressa e della c.d. internalizzazione della Camera presso la Consob (a seguito di quanto osservato dal Consiglio di Stato nel proprio parere sull'autonomia soggettiva della CCA).

Considerati, peraltro, i primi bilanci non confortanti, è stato istituito un tavolo di lavoro tra la Consob e le Associazioni dei consumatori con l'obiettivo di individuare le criticità del sistema (tra cui l'inadeguatezza del procedimento a partecipazione volontaria) al fine di promuovere, ove possibile, una modifica legislativa dell'art. 32-ter del TUF.

Nella seconda parte, il contributo analizza le doglianze che più di frequente sono oggetto di contestazione da parte dei clienti degli operatori del mercato finanziario in sede contenziosa, in un'ottica di ricerca e spiegazione delle patologie che colpiscono i rapporti tra risparmiatori/investitori non professionali ed intermediari, nonché tra risparmiatori quali utenti del mercato finanziario e Autorità preposta alla vigilanza sullo stesso.

In questa prospettiva, vengono quindi analizzate le tutele che la giurisprudenza offre, alla luce degli indirizzi espressi più di recente.

SOMMARIO: PARTE PRIMA: LA CONCILIAZIONE IN AMBITO CONSOB. 1. INTRODUZIONE. LE COORDINATE NORMATIVE E GIURISPRUDENZIALI. – 2. SEGUE. IL NUOVO REGOLAMENTO CONSOB N. 18275/2012. – 3. L'ATTIVITÀ DELLA CAMERA CONSOB ALL'INDOMANI DEL REGOLAMENTO 2012: LA TUTELA DEL RISPARMIATORE TRA VECCHI PROBLEMI E OBIETTIVI ANCORA DA RAGGIUNGERE. - PARTE SECONDA. IL CONTENZIOSO "CONSUMERISTICO" IN AMBITO FINANZIARIO: QUESTIONI PIÙ FREQUENTI, CAUSE, TUTELE. 1. I CARATTERI DEL CONTENZIOSO IN AMBITO FINANZIARIO DALLA PROSPETTIVA DEL RISPARMIATORE. – 2. LE TUTELE RESE IN SEDE GIURISDIZIONALE.

PARTE PRIMA. LA CONCILIAZIONE IN AMBITO CONSOB

1. INTRODUZIONE. LE COORDINATE NORMATIVE E GIURISPRUDENZIALI

Nell'ambito del settore finanziario, l'istituzione di procedimenti stragiudiziali di risoluzione di controversie sembra essere, a giudicare dal fermento normativo che ha caratterizzato la Camera di conciliazione ed arbitrato Consob in soli tre anni di attività, un'esperienza a cui non si vuole rinunciare e, nel contempo, un sistema da ripensare, con gli aggiustamenti che necessita una "macchina" ancora in fase di sperimentazione.

La fiducia che si nutre entro e fuori il nostro ordinamento per i meccanismi di conciliazione deriva dalla convinzione che essi producano, in prima battuta, un effetto benefico in capo alle parti "deboli" del sistema finanziario, accrescendo il loro grado di fiducia nei confronti delle istituzioni finanziarie. Si aggiunga poi che ad essi si riconosce, com'è noto, una non secondaria funzione deflattiva della giustizia ordinaria, dal momento che le forme rapide, snelle e poco costose delle ADRs rendono queste procedure una valida alternativa alla lunga e defatigante via ordinaria del giudizio civile, soprattutto da parte dei c.d. *small litigants*¹⁴⁰.

Queste premesse hanno giustificato, anche nel nostro ordinamento, l'introduzione della Camera di conciliazione ed arbitrato in ambito Consob, alla quale il legislatore ha pensato in un contesto emergenziale, segnato da vicende di risparmio tradito e dalla urgenza di predisporre strumenti, preventivi e successivi, di protezione del risparmiatore che opera nei mercati finanziari.

Infatti, proprio a seguito dei noti *crack* di grandi imprese che hanno cagionato considerevoli danni al pubblico dei risparmiatori, con legge 28 dicembre 2005, n. 262, recante "*Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*", il legislatore italiano ha incaricato il Governo di adottare un decreto legislativo per l'istituzione, in materia di servizi di investimento, di procedure di conciliazione

140 Cfr. A. NASCOSI, «La Camera», in *Nuove leggi civ.*, 2009, p. 963; F. CAPRIGLIONE, «La giustizia», in *Banca borsa*, 2010, I, p. 261 ss; L. ARDIZZONE, M.L. VITALI, «Le ADRs», in *Riv. soc.*, 5, 2012, p. 998 ss.

e di arbitrato, collocandole specificamente nell'ambito dell'Autorità di vigilanza del settore (art. 27 legge cit.). In attuazione della delega, l'esecutivo ha predisposto il d. lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, con cui ha istituito una Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob, demandando al potere regolamentare di quest'ultima, sentita la Banca d'Italia, la definizione degli ulteriori profili applicativi attinenti l'organizzazione della Camera e la disciplina dei procedimenti di conciliazione e arbitrato. Con delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008, la Consob ha adottato il regolamento in materia.

Tuttavia, il contesto nel quale si è inserito il regolamento è venuto ben presto a mutare per il concorrere di almeno due fattori: *a)* l'intervento chiarificatore del Consiglio di Stato circa la natura giuridica della Camera (Consiglio di Stato, Ad. Gen., 20 ottobre 2011, n. 1235); *b)* il d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e i relativi decreti attuativi del Ministero della giustizia (d.m. 18 ottobre 2010, n. 180 e d.m. 6 luglio 2011, n. 145), per il cui effetto la procedura di mediazione e conciliazione è stata estesa a tutte le controversie in materia civile e commerciale, assumendo per determinate materie, fra le quali anche quelle di competenza della Camera, la valenza di condizione di procedibilità per poter adire il giudice civile.

Sotto il primo profilo, diversi dubbi adombravano la neo istituita Camera. Si agitavano infatti in dottrina pareri discordanti sulla sua natura giuridica e, in particolare, sul riconoscimento alla Camera Consob di un'autonomia soggettiva rispetto all'Autorità. La Consob, incline alla tesi dell'autonomia, ha richiesto parere al Consiglio di Stato, il quale ha osservato che *«la Camera, appositamente istituita per marcare il tecnicismo dei suoi compiti e l'autonomia di cui gode rispetto alla tradizionale posizione dell'organo, resta priva di soggettività, qualificandosi la stessa come un organismo tecnico, strumentale alla Consob, ma non distinto da questa»* (Consiglio di Stato, Ad. Gen., 20 ottobre 2011, n. 1235). In altri termini, il Consiglio di Stato, rigettando la tesi sostenuta dall'Autorità richiedente, ha definito la CCA un organo tecnico e strumentale dotato di autonomia di funzioni ma privo di soggettività giuridica.

Per altro verso, di grande impatto si è dimostrato l'intervento del legislatore del 2010, il quale, anche con riferimento alle controversie insorgenti nel settore in esame, ha reso obbligatorio il tentativo di conciliazione, congegnato invece dal rego-

lamento Consob come facoltà rimessa all'investitore «diverso dai clienti professionali».

Tali discontinuità, associate ai poco significativi risultati ottenuti dalla Camera nei primi mesi di attività, hanno stimolato la riflessione sulla opportunità di aggiornare la normativa secondaria, sì da raccorderla alle novità emerse dando, nel contempo, soluzione alle criticità funzionali riscontrate.

Sicché, a conclusione di una procedura di consultazione iniziata nell'aprile del 2012, la Consob, con delibera n. 18275 del 18 luglio 2012, ha approvato un nuovo regolamento della CCA in sostituzione del precedente, con il quale l'Autorità ha dotato di nuove regole la Camera di conciliazione.

2. SEGUE. IL NUOVO REGOLAMENTO CONSOB N. 18275/2012

Il nuovo regolamento ha tentato di dare risposta ad una duplice esigenza di intervento: da un lato, le predette novità normative e giurisprudenziali hanno imposto all'Autorità di farsi carico della fluidità del settore e di adeguare, di conseguenza, il piano normativo alla realtà di riferimento; dall'altro, gli scarsi risultati registrati dalla Camera hanno reso necessario un profondo ripensamento dei meccanismi procedurali, nel tentativo di pervenire ad un assetto più efficiente del sistema conciliativo.

Le maggiori criticità riscontrate nella fase iniziale dell'attività della Camera possono così riassumersi: a) basso numero di conciliazioni conclusesi con esito positivo; b) elevata percentuale di mancate adesioni da parte degli intermediari alle procedure conciliative (trattandosi di un meccanismo a partecipazione volontaria); c) ambito soggettivo ristretto (dal momento che non tutte le tipologie di investitori e intermediari potevano ricorrere alla Camera di conciliazione e arbitrato).

Questi dati lasciano intendere come il sistema assecdasse molto poco le istanze di tutela del risparmiatore, sfiduciato dalla mancata partecipazione degli intermediari, nonché dal basso numero di soluzioni bonarie raggiunte.

Da qui, due ipotesi di correzione al sistema sono emerse in sede di consultazione

per l'adozione del regolamento in parola: un prima opzione proponeva una modifica regolamentare (e non legislativa) che realizzasse la c.d. *"internalizzazione"* della Camera (per usare l'espressione adoperata in sede di consultazione) come definita dal Consiglio di Stato, nonché l'introduzione di incentivi alla conciliazione (ad esempio, sanzioni reputazionali, informativa da parte degli intermediari agli investitori degli ambiti operativi della Camera, richiamando nei contratti la facoltà di adire la stessa). Con una seconda opzione, invece, si caldeggiava un intervento più energico, consistente nella introduzione nel TUF di un sistema di risoluzione alternativo delle controversie con la clientela, mediante un intervento diretto del legislatore primario che prevedesse come obbligatoria l'adesione da parte degli intermediari, in linea con la soluzione adottata da Banca d'Italia attraverso l'istituzione dell'Arbitro Bancario Finanziario (art. 128-*bis* TUB).

Saggiate entrambe le vie in un'ottica di costi-benefici derivanti dall'introduzione dell'una o dell'altra soluzione, si è optato per la strada regolamentare (e, cioè, per la prima opzione), preferita per il minor tempo e per i minori costi di realizzazione.

Tra le maggiori innovazioni apportate dal regolamento si segnala quindi l'art. 2, il quale, adeguandosi alla pronuncia della giurisdizione amministrativa, dispone che *«la Camera Consob è un organo tecnico e strumentale della Consob e svolge i compiti ad essa assegnati dalle disposizioni di legge e di regolamento con autonomia funzionale»*. Quale immediata conseguenza, si è proceduto a rendere concreta l'*"internalizzazione"* della Camera attraverso: a) una nuova composizione della CCA, costituita da tre membri nominati dall'Autorità tra i propri dipendenti appartenenti alla carriera direttiva superiore, scelti tra coloro che *«non siano preposti o assegnati ad unità organizzative con funzioni di vigilanza ovvero sanzionatorie nelle materie di competenza della Camere»* (art. 3, comma 1, regolamento); b) l'attribuzione alla Camera del potere di adottare gli atti strumentali allo svolgimento della propria attività, nel rispetto delle disposizioni regolamentari; c) l'attribuzione ad un'apposita Segreteria della Camera dell'attività di supporto amministrativo alla Camera stessa, individuata nell'assetto organizzativo della Consob nel cui ambito essa svolge la propria attività.

Inoltre, per gli iscritti negli elenchi dei conciliatori e degli arbitri sono ora richiesti più stringenti requisiti di professionalità e onorabilità, sì da innalzare il livello di pro-

fessionalità e garantire un maggior numero di procedure con esito positivo.

In ultimo, al fine di assicurare un costante raccordo tra associazioni di categoria degli utenti e degli intermediari, *«nonché per fornire un qualificato supporto di elevata consulenza per le questioni inerenti gli aspetti più qualificanti dell'esercizio della funzione di conciliazione e arbitrato»*, si è proceduto alla istituzione di un Comitato consultivo al quale partecipano anche i rappresentanti delle predette associazioni (art. 39 regolamento).

Rispetto a queste novità di tipo strutturale, e quanto alla incidenza della mediazione di cui al d. lgs. n. 28/2010, il regolamento ha lasciato inalterato il carattere facoltativo della procedura conciliativa, la quale non è dunque una condizione di procedibilità per rivolgersi al giudice ordinario. Tuttavia, nel tempo della vigenza dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, prima cioè che intervenisse la Corte costituzionale a dichiararne l'incostituzionalità, l'investitore era tenuto ad esperire un tentativo di composizione della lite con l'intermediario, ove la facoltatività per il richiedente risiedeva nella scelta di rivolgersi, alternativamente, alla Camera Consob, fermo il rispetto delle norme regolamentari e quindi delle controversie conciliabili (le sole *«controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori»*) ovvero ad uno degli altri organismi di mediazione accreditati.

Qualche considerazione in più merita la posizione dell'intermediario, il cui ruolo, discusso, ha costituito il *punctum dolens* nella riflessione che ha accompagnato la rielaborazione del testo regolamentare. Nonostante le tante richieste delle Associazioni dei consumatori di rendere obbligatoria la sua partecipazione alla procedura conciliativa, si è preferito lasciare libero l'intermediario di aderire o meno al procedimento conciliativo.

Rispetto al regolamento precedente (delibera n. 16763/2008), il quale si limitava a prevedere che l'intermediario venisse invitato ad aderire alla procedura conciliativa da parte della Camera e che la sua mancata adesione non avesse alcuna ripercussione sull'esito del procedimento, l'art. 12 del regolamento 2012 ha invece introdotto una regola diversa, volta, seppure in maniera blanda, a favorire il coinvolgimento degli intermediari stessi. Infatti, la nuova disciplina, ferma la libertà dell'intermedia-

rio di aderire o meno al procedimento, ha tuttavia previsto che questi sia tenuto a comunicare, entro i dieci giorni successivi alla ricezione dell'invito, l'intento di non parteciparvi. La mancata partecipazione dell'intermediario è attestata dalla Camera con produzione dei medesimi effetti del verbale di fallita conciliazione (di cui all'art. 18, comma 6, regolamento), non costringendo il risparmiatore ad esperire un nuovo tentativo di conciliazione per poter adire il giudice ordinario¹⁴¹.

Invero, si tratta di una soluzione accolta solo nel breve termine. Infatti, come si legge dagli esiti della procedura di consultazione, la strada preferibile sarebbe quella di inserire nel TUF – nel medio periodo – un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie ad adesione obbligatoria sul modello dell'ABF (previsto dall'art. 128-bis del TUB) perché ritenuto più efficiente in termini di costi/benefici e maggiormente appagante per investitori, associazioni dei consumatori partecipanti alla consultazione e maggiormente efficace anche nei confronti degli intermediari.

Tuttavia - si legge ancora tra gli scritti della consultazione - *«in virtù dei previsti tempi di realizzazione che richiederanno l'intervento del legislatore primario, nel breve termine appare coerente procedere all'internalizzazione», la quale potrebbe avere maggiori poteri in termini di moral suasion presso gli intermediari ed essere strumentale alla formazione e all'accrescimento delle competenze del personale da destinarsi successivamente presso l'istituendo Organismo»*.

3. L'ATTIVITÀ DELLA CAMERA CONSOB ALL'INDOMANI DEL REGOLAMENTO 2012: LA TUTELA DEL RISPARMIATORE TRA VECCHI PROBLEMI E OBIETTIVI ANCORA DA RAGGIUNGERE

Nonostante l'intervento di riassetto, la Camera Consob, alla prova del tempo, sembra aver chiaramente riproposto problematiche già note nel passato e tutt'altro che superate.

I dati complessivi che si evincono dalla documentazione Consob evidenziano, infatti, che al 5 aprile 2013, ossia in due anni di attività della Camera Consob, sono stati avviati 624 procedimenti, di cui 340 (circa il 54% delle istanze avviate) hanno visto

141 L. ARDIZZONE, M.L. VITALI, «Le ADRs», cit., p. 1005.

la mancata adesione alle richieste di conciliazione da parte degli intermediari e che, a fronte di 119 conciliazioni concluse con esito positivo, ben 106 hanno sortito esito negativo.

Questi dati, che sommano le risultanze dell'esperienza della Camera Consob prima e dopo il regolamento del 2012, subiscono una brusca flessione proprio all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo regolamento.

Invero, giova osservare che la Camera abbia esordito nella propria operatività in concomitanza con l'entrata in vigore della obbligatorietà del tentativo di conciliazione, in un contesto in cui, dunque, la procedura conciliativa Consob, di per sé facoltativa, diventava obbligatoria, pur lasciando libero l'investitore di scegliere l'organismo di mediazione cui rivolgersi. Tuttavia, proprio sulla obbligatorietà della mediazione si è abbattuta la scure della Consulta, la quale, con sentenza 24 ottobre-6 dicembre 2012, n. 272, di poco posteriore alla entrata in vigore del regolamento n. 18275/2012, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega. Da qui la brusca frenata nelle richieste di conciliazione - come si evince dai grafici resi noti dalla Consob - con una media di istanze di conciliazione ricevute inferiore al precedente *trend*.

Questi rilievi, dunque, suscitano l'impressione che i risparmiatori, quando non siano obbligati *ex lege* ad esperire il tentativo di conciliazione, si sottraggono a tale procedimento per l'evidente scarsa fiducia riposta nell'operatività della Camera, ostacolata nel suo agire dalla riluttanza degli intermediari. In questa circolarità viziosa, la via stragiudiziale resta confinata ad una mera ipotesi teorica, che perde di consistenza nell'impatto con la realtà.

Nella consapevolezza di ciò, di recente, nell'ambito di un progetto di più ampio respiro, è stato istituito un tavolo di lavoro tra la Consob e le Associazioni dei consumatori, con l'obiettivo di promuovere un intervento legislativo di riscrittura dell'art. 32-*ter* TUF, mediante l'inserimento di un sistema legale di risoluzione stragiudiziale a cui gli intermediari siano obbligati ad aderire.

Si tratta di una riforma che, alla luce dell'esperienza pregressa, pare ormai improcrastinabile, pur portando con sé notevoli costi (organizzativi, derivanti alla necessità di istituire un collegio, di personale, di strutture, ecc.; procedurali, derivanti dal coin-

volgimento degli Uffici di supporto nelle istruttorie; legislativi, considerando i tempi di realizzazione legati alle modifiche legislative), che tuttavia sembra opportuno sopportare - in vista dei benefici attesi, costituiti dalla realizzazione di un strumento di risoluzione specializzato che meglio possa soddisfare le ragioni degli investitori.

Da ultimo, va segnalata la reviviscenza della mediazione obbligatoria ad opera del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. decreto del Fare), convertito in legge 9 agosto 2013, n. 98. In essa, all'art. 84 rubricato *“Modifiche al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28”*, il legislatore fa chiaro riferimento al procedimento conciliativo in ambito Consob, come risulta testualmente: *«Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di [...] contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate»*.

Alla luce di tale dato normativo, è possibile ipotizzare un “revival” dello *status quo ante* la pronuncia d'illegittimità del d. lgs. n. 28/2010, nell'attesa di interventi più sensibili di cui il sistema necessita.

PARTE SECONDA. IL CONTENZIOSO “CONSUMERISTICO” IN AMBITO FINANZIARIO: QUESTIONI PIÙ FREQUENTI, CAUSE, TUTELE

1. I CARATTERI DEL CONTENZIOSO IN AMBITO FINANZIARIO DALLA PROSPETTIVA DEL RISPARMIATORE

Sotto un profilo sistematico, il contenzioso in ambito finanziario, guardato dalla parte del risparmiatore/investitore non professionale, può essere raccolto in due “macro aree”: a) il contenzioso che ha per protagonisti i risparmiatori e gli intermediari per violazioni legislative e regolamentari da parte di questi ultimi a danno dei primi; b) il contenzioso promosso dai risparmiatori nei confronti della Consob per manca-

to esercizio dei suoi poteri di vigilanza sui mercati finanziari.

Questa seconda area riconduce a sé la tanto dibattuta fattispecie della responsabilità civile della Consob quale autorità preposta alla sorveglianza dei mercati finanziari.

Senza richiamare le tappe storiche che hanno portato a dare ingresso nel nostro ordinamento alla responsabilità civile dell'Autorità¹⁴², basti qui segnalare come all'apertura giurisprudenziale, focalizzata intorno al *neminem laedere* ex art. 2043 c.c. (di grande rilievo, da ultimo, Cass. 23 marzo 2011, n. 6681), si sia affiancato il formante legislativo che, con una serie di provvedimenti novellativi, è intervenuto a ridefinire le attività istituzionali della Consob, in un'ottica, oltre che di buon funzionamento dei mercati, di parallela protezione degli investitori¹⁴³. Questa convergenza di formanti ha consentito di delineare, sinergicamente, una definizione più strutturata della posizione della Commissione e della sua responsabilità nell'ambito dell'esercizio dei propri poteri verso i risparmiatori, i quali, a propria volta, escono dallo sfondo del sistema per divenirne destinatari di rilievo.

Pertanto, in questo quadro di maturazione della funzione di garanzia dell'autorità di vigilanza e della posizione dei risparmiatori, si collocano i tanti ricorsi all'autorità giudiziaria con cui i risparmiatori chiedono che si condanni la Consob al risarcimento dei danni per omessa vigilanza sui mercati, facendo valere un proprio «interesse qualificato (giuridicamente rilevante e riconosciuto dall'ordinamento che finalizza anche alla sua tutela l'esercizio dei poteri della Consob) a che l'autorità garante vigili sul rispetto delle regole del gioco ed eserciti tutti i poteri di intervento previsti dalla legge, al fine di evitare che dal loro mancato adempimento derivi un pregiudizio alla propria sfera patrimoniale»¹⁴⁴.

Passando invece ad analizzare il contenzioso promosso dai risparmiatori per violazioni di legge primaria e di normativa secondaria da parte degli intermediari, in via di prima approssimazione può osservarsi come questa "area" si componga di

142 Per un'ampia ed approfondita analisi sul tema, si rinvia al contributo reso nell'ambito del Quinto Rapporto annuale (2012), a cura di A. INGENITO, *Responsabilità della Consob e tutela degli investitori*, p. 209 ss.

143 M. PASTORE, *Consob*, in *Danno e resp.*, 2011, p. 1175.

144 M. PASTORE, *Consob*, cit., p. 1179.

pronunce dai caratteri piuttosto ricorrenti, le quali ripropongono scenari già visti in cui si muovono, con comportamenti recidivi, gli intermediari nel relazionarsi con i risparmiatori.

In effetti, il *fil rouge* che trapassa la mole maggiore delle liti in questo ambito è tuttora costituito dall'asimmetria informativa e cognitiva tra i contraenti che avvinca i contratti di investimento finanziario. Tale asimmetria è da sempre terreno d'abuso da parte degli intermediari i quali tendono a sfruttare, in maniera dolosa/colposa, il deficit informativo del cliente/consumatore, con pericolosi riflessi sulla primaria esigenza di preservare l'integrità del mercato finanziario e la fiducia dei risparmiatori.

In questo contesto, il legislatore e l'Autorità competente hanno tentato di rimediare tessendo una trama normativa stringente, costituita da regole dal contenuto preciso e dal carattere imperativo, ritoccate più volte in un'ottica di armonizzazione comunitaria della disciplina dell'intermediazione finanziaria. In tal senso, l'ultimo intervento occorso per attuare nel nostro ordinamento la direttiva cd. MiFID, si è tradotta nell'emanazione del regolamento Consob n. 16190/2007, in sostituzione del precedente regolamento n. 11522/1998, il quale ha proceduto a specificare ulteriormente i doveri comportamentali imposti all'intermediario finanziario.

Passando in rassegna le risposte della giurisprudenza alle doglianze dei risparmiatori (affrontate più nel dettaglio nel successivo paragrafo), è possibile notare come la maggior parte del contenzioso sia fondato principalmente sulla violazione dei doveri di correttezza, *sub specie* d'informazione verso il cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione di servizi di investimento finanziario. In questo filone si ascrivono tutti quei casi in cui l'intermediario abbia disatteso il puntuale obbligo di spiegare al cliente la complessità dello strumento finanziario e i rischi che ad esso conseguono ovvero l'obbligo di valutare se l'ordine ricevuto o la strategia d'investimento proposta siano appropriati al profilo del cliente.

A questa tipologia di controversie si affiancano poi pronunce incentrate sulla violazione di norme da rispettarsi a pena di nullità del contratto. In particolare, frequenti violazioni attengono al mancato rispetto delle norme che prevedono la forma scritta *ad substantiam*, quale estrinsecazione dell'esigenza di trasparenza negoziale,

ricondata al più ampio fenomeno noto come *neoformalismo negoziale*.

In ultimo, si segnala un recente arresto delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione (sulla quale ci si soffermerà più diffusamente nel paragrafo che segue), con cui si è esteso il recesso di pentimento come previsto dall'art. 30 TUF in materia di "offerte fuori sede" oltre i confini del dato positivo strettamente inteso, ricomprendendo anche i servizi di *execution only* conclusi fuori sede. La pronuncia è interessante dal momento che l'interpretazione estensiva condotta dai giudici pare disvelare un intervento suppletivo volto a colmare un *vulnus* alla tutela del cliente/consumatore in relazione a quella prassi, perniciosa e assai diffusa, che vede gli investitori solo apparenti proponenti, sollecitati ad impartire ordini d'investimento agli intermediari proprio dietro suggerimento, magari fuori sede, di questi ultimi.

2. LE TUTELE RESE IN SEDE GIURISDIZIONALE

Come si diceva poc'anzi, buona parte del contenzioso in ambito finanziario riguarda la violazione di regole comportamentali, come ad esempio l'inadempimento, da parte dell'intermediario, agli obblighi informativi attivi e passivi gravanti sullo stesso *ex lege* ovvero l'induzione all'acquisto di strumenti finanziari non adeguati agli obiettivi e alle esigenze del cliente. Tra le altre, per citare qualche esempio in tal senso, vi sono le tante decisioni riguardanti l'acquisto di titoli di Stato argentini, in cui i risparmiatori hanno citato in giudizio gli intermediari lamentando di non essere stati informati dei rischi connessi all'operazione compiuta, risultata poi un caso di "risparmio tradito" per effetto del "fallimento" dello Stato argentino.

A fronte di tali violazioni, il risparmiatore/investitore non professionale si rivolge al giudice chiedendo, con maggior frequenza, che questi invalidi le operazioni di acquisto effettuate in spregio alla disciplina di legge (art. 21 TUF) e regolamentare Consob (artt. 28 e 29 regolamento n. 11522/1998 *ratione temporis*; regolamento n. 16190/2007).

Dal canto suo, la giurisprudenza di legittimità e di merito, seguendo un orientamento ormai consolidato a partire da Cassazione, sez. un., 19 dicembre 2007, 26724, è compatta nell'affermare che nonostante la qualificazione delle norme comporta-

mentali come imperative perché previste tanto nell'interesse del singolo investitore quanto ai fini della tutela dell'integrità del mercato, esse si collocano nell'alveo delle norme di responsabilità e non in quello delle norme di validità. Tali previsioni, in altri termini, attengono al comportamento che una delle parti contraenti - l'intermediario - deve tenere durante l'intero snodarsi del rapporto contrattuale, dalla fase precontrattuale a quella della conclusione del contrattuale, nonché durante l'esecuzione della prestazione cui è tenuto, senza riguardare in alcun modo gli elementi strutturali del contratto stesso.

Il rimedio da approntare, allora, non potrà mai consistere nella dichiarazione della nullità del contratto ex art. 1418, comma 1, cod. civ., riscontrandosi piuttosto, ove tali infrazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipula del contratto, un'ipotesi di responsabilità precontrattuale con il conseguente obbligo di risarcimento; quando invece le violazioni riguardano operazioni di investimento (o disinvestimento) compiute in esecuzione del contratto, si configura una responsabilità contrattuale che può condurre alla risoluzione dello strumento negoziale (tra le altre, Cass. 9 gennaio 2013, n. 330; Cass. 30 gennaio 2013, n. 2185; App. Roma 19 marzo 2013).

Numerose sono poi le pronunce in cui ci si interroga sui confini della invalidità del contratto di intermediazione finanziaria per vizio di forma, considerata l'importanza che essa acquista nell'ambito della protezione del risparmiatore, parte "debole" del contatto. Le violazioni esposte più di frequente dai risparmiatori attengono al difetto di forma degli ordini di negoziazione che essi stessi impartiscono all'intermediario.

Sul punto, la giurisprudenza maggioritaria afferma che la forma scritta *ad substantiam* prevista dall'art. 23 TUF e ribadita dall'art. 37 regolamento Consob n. 16190/2007 non riguarda i singoli ordini di investimento impartiti dal cliente in attuazione del contratto di investimento validamente stipulato. Si ritiene, infatti, che la regola per cui «*gli intermediari autorizzati non possono fornire i propri servizi se non sulla base di un apposito contratto scritto*» (art. 37 regolamento n. 16190/2007) valga solo per il contratto quadro, che rappresenta la cornice contrattuale nel cui ambito viene svolto il servizio di investimento scelto dal cliente e non i singoli ordini di negoziazione eseguiti in attuazione di quel contratto, per i quali la forma da

rispettare è quella stabilita in via pattizia nello stesso contratto quadro. Questa soluzione, tuttavia, non è pacifica e anzi avversata da quanti ritengono che i requisiti formali prescritti dalla legge per il contratto quadro si impongono anche agli ordini di investimento, dal momento che è ben possibile compiere singole ed isolate operazioni di investimento senza la preventiva stipula a monte di un contratto quadro. Tanto, sulla base del fatto che, in tutte queste ipotesi, quel singolo atto assomma in sé le caratteristiche di entrambi i negozi, costituendo al tempo stesso fonte generale del rapporto e attuazione concreta dello stesso.

Va dato conto, poi, in questa sede, delle numerose ipotesi di conflitti d'interesse segnalate dai clienti. Si tratta di una violazione (art. 27 regolamento n. 11522/1998) spesso invocata nei casi in cui l'intermediario negozia in contropartita diretta con la propria clientela strumenti finanziari. Al riguardo, sia la giurisprudenza che la Consob (risp. a quesito n. 97006042/1997) assumono un atteggiamento prudente, affermando che la negoziazione in contropartita diretta costituisce uno dei servizi d'investimento al cui esercizio l'intermediario è autorizzato, al pari della negoziazione per conto terzi. Pertanto, una ipotesi di conflitto di interessi non può essere individuata, a priori, in tutti i casi in cui l'intermediario negozia in contropartita diretta con la propria clientela strumenti finanziari, ma deve essere valutata, invece, caso per caso, con riguardo alle peculiarità della situazione concreta (Cass. 30 gennaio 2013, n. 2185; Cass. 22 dicembre 2011, n. 28432).

Per concludere, merita qui di essere segnalato un recente arresto delle sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 3 giugno 2013, n. 13905), con cui è stato appianato un contrasto interpretativo sorto intorno all'art. 30 del TUF, "offerte fuori sede", avente ad oggetto il diritto di recesso accordato all'investitore dalla norma in parola e la previsione di nullità dei contratti in cui quel diritto non sia contemplato (art. 30, commi 6 e 7). La questione, controversa sia in giurisprudenza che in dottrina, verte in particolare intorno ai "contratti di collocamento" cui si riferisce l'art. 30 e ai quali quindi si applica la prescrizione concernente l'inserimento, a pena di nullità, della clausola di recesso in favore del cliente. Ebbene, al riguardo, secondo un orientamento, il riferimento a detti contratti va inteso in senso stretto, secondo la definizione esplicita dall'art. 1, comma 5, lett. c) e *c-bis*) del TUF; per altro orientamento, invece, i commi 6 e 7 dell'art. 30 TUF si riferiscono a qualsiasi operazione in virtù della quale l'intermediario offra in vendita a clienti non profes-

sionali strumenti finanziari al di fuori della propria sede, anche nell'espletamento di servizi di c.d. *execution only* (ossia servizi di negoziazione, trasmissione e ricezione di ordini) sul presupposto che, anche in questo caso, sussistano le esigenze di protezione del cliente al dettaglio proprie delle contrattazioni a sorpresa.

La Corte, sciogliendo l'esposto contrasto, ha affermato che *«Il diritto di recesso accordato all'investitore dal sesto comma dell'art. 30 del D. Lgs. n. 58 del 1998 (TUF) e la previsione di nullità dei contratti in cui quel diritto non sia contemplato, contenuta nel successivo settimo comma, trovano applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell'intermediario sia intervenuta nell'ambito di un servizio di collocamento prestato dall'intermediario medesimo in favore dell'emittente o dell'offerente di tali strumenti, ma anche quando la medesima vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio d'investimento diverso, ove ricorra la stessa esigenza di tutela»*.

La pronuncia si segnala per la trama argomentativa costruita dai giudicanti, i quali pervengono ad una interpretazione estensiva del dato positivo, muovendo dall'esigenza di tutelare il consumatore e facendo pertanto applicazione dei principi generali desumibili dallo stesso TUF, ispirati all'esigenza di effettività dell'indicata tutela, *«cui dà ulteriore rinforzo la previsione dell'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che, nel garantire "un livello elevato di protezione dei consumatori", per ciò stesso impone d'interpretare le norme ambigue nel senso più favorevole a questi ultimi»*. Non solo. Ad avviso dei giudici, determinante è altresì *«la difficoltà di giustificare, anche sul piano costituzionale, una disparità di trattamento tra l'ipotesi di offerta fuori sede di strumenti finanziari che sia fondata sulla diversa tipologia di servizio d'investimento reso dall'intermediario, quando del tutto analoga è la situazione di maggiore vulnerabilità in cui viene comunque a trovarsi il cliente per il fatto stesso che l'offerta lo raggiunge fuori dalla sede dell'intermediario o degli altri soggetti indicati dal primo comma del citato art. 30»*.

Senza entrare nel merito della decisione, può qui segnalarsi come non sia tuttavia mancato in dottrina chi, prima ancora del responso del Consesso, avesse messo in guardia da una contaminazione dei piani, data la differenza che corre tra «la logica di protezione del consumatore che agisce sui mercati finali e quella del cliente che opera sui mercati finanziari», osservandosi come, «a differenza del diritto dei con-

sumi, nel diritto dell'intermediazione finanziaria il recesso di pentimento assuma un ruolo tutto sommato secondario quale strumento di protezione dell'investitore», tanto che «il diritto contrattuale dei mercati finanziari ha invece nel corso del tempo sperimentato tecniche di tutela della clientela al dettaglio ben più avanzate, perché di tipo non procedurale ma sostanziale, come i regolamenti adeguati»¹⁴⁵.

In effetti, l'impressione che rende la pronuncia è che i giudici si siano fatti carico di un vuoto di tutela cui rimediare ricorrendo ai principi informativi del sistema, che più a monte fanno perno sulla figura base del consumatore. E tuttavia, come si segnala in dottrina, il problema potrebbe essere mal posto, offrendo già il dato positivo di settore una possibile soluzione alla questione (ad esempio, riqualificando il fatto come "consulenza in materia di investimenti" ex art. 1, comma 5, lett. f, TUF¹⁴⁶), proprio perché la "politica" del vincere l'insidiosità dei mercati finanziari per il risparmiatore passa innanzi tutto, nelle idee del legislatore, attraverso una normativa primaria e secondaria stringente che, sia pure talvolta sommessamente, contiene in sé le soluzioni ai problemi del settore.

145 R. NATOLI, «*lus poenitendi*», in *Contratti*, 2013, p. 131 ss.

146 Come suggerisce R. NATOLI, «*lus poenitendi*», cit., p. 135.

L'Arbitro Bancario e Finanziario e la tutela della clientela

(Maddalena Rabitti)

Un crescente rilievo nella tutela dei consumatori assume l'attività dell'Arbitro Bancario e Finanziario, che si colloca nel novero delle ADR, seppure con caratteristiche peculiari. L'ABF opera, ad un tempo, a livello micro e a livello macro, risolvendo le specifiche controversie secondo diritto ma privilegiando la conservazione della relazione tra Banche e clienti e favorendo così, attraverso un lavoro intenso e innovativo, la ricerca di un punto di equilibrio tra interessi delle banche e dei clienti nel contesto della crisi economica in corso, che certo non favorisce questa relazione. Le decisioni emanate dall'ABF vengono sempre più apertamente assunte come riferimento importante sia dalla Banca d'Italia, che ne tiene conto in sede di regolazione e in sede di vigilanza; sia dagli intermediari per decidere i reclami interni e anche per orientare diversamente, alla luce degli indirizzi assunti dall'ABF, i propri comportamenti con la clientela; sia dalla stessa clientela che, dai dati aggregati sull'attività svolta dall'ABF, può scegliere con maggiore consapevolezza a quale intermediario rivolgersi, privilegiando la correttezza come criterio della scelta, e potendo così incidere anche sul gioco della concorrenza in maniera virtuosa.

SOMMARIO: 1. LA CORRETTEZZA DEI RAPPORTI BANCHE-CLIENTELA NELL'ESPERIENZA DELL'ARBITRO BANCARIO E FINANZIARIO. 2. LE MOLTEPLICI FUNZIONI DELL'ABF: OLTRE LA SOLUZIONE DELLA SPECIFICA CONTROVERSIA.

1. LA CORRETTEZZA DEI RAPPORTI BANCHE-CLIENTELA NELL'ESPERIENZA DELL'ARBITRO BANCARIO E FINANZIARIO

E' stato di recente sottolineato dagli stessi vertici di Banca d'Italia che: «nella sensibilità sociale e politica dei nostri giorni la correttezza dei rapporti banche-clienti – ma il tema abbraccia tutti gli intermediari finanziari – occupa un posto di grande rilievo. (). La regolazione e la supervisione esercitate dalla Banca d'Italia hanno seguito l'evoluzione di questa sensibilità, innalzando l'attenzione alla tutela della clientela delle aziende bancarie e finanziarie, dedicando via via più risorse a questo aspetto, ritenuto anch'esso parte integrante della vigilanza. La costituzione dell'Arbitro Bancario Finanziario, con i suoi tre colleghi di Milano, Napoli e Roma, è stato uno snodo importante. () Se la fiducia del pubblico nei confronti della correttezza

dei comportamenti dell'industria finanziaria è incrinata, come a volte è accaduto in questi anni, è messa a repentaglio la sana e prudente gestione di singoli intermediari, è minacciata la stabilità dell'intero sistema finanziario»¹⁴⁷.

In effetti, nell'ottica di una cooperazione sinergica tra *Authority*, imprese bancarie e consumatori, di significativa importanza sia teorica sia pratica risulta l'attività svolta dall'Arbitro Bancario Finanziario, istituito con l'art. 128-bis del TUB e operante dal 2009 che svolge, in piena autonomia, un'attività di vigilanza sul rispetto, da parte degli intermediari, della disciplina in materia di trasparenza e di correttezza nei rapporti con la clientela.

Tale efficacia è testimoniata dal fatto che, durante il 2012, l'attività dell'ABF è cresciuta a dismisura: i ricorsi ricevuti sono stati il 58 per cento in più rispetto al 2011. Dai dati raccolti risulta che 4.765 ricorsi (circa l'84% del totale) sono stati presentati dai consumatori, la restante quota da imprese e professionisti. I ricorsi risolti nell'anno, 4.301, hanno avuto un esito positivo per i clienti nel 65 per cento dei casi.

Se i numeri di ricorsi presentati dalla clientela all'ABF sono in costante crescita, le decisioni dell'ABF vengono sempre più apertamente assunte come riferimento sia dalla Banca d'Italia, che ne tiene conto in sede di regolazione e in sede di vigilanza; sia dagli intermediari per decidere i reclami interni e anche per orientare diversamente, alla luce degli indirizzi assunti dall'ABF, i propri comportamenti con la clientela; sia dalla stessa clientela che ha uno strumento in più per valutare la correttezza degli intermediari e scegliere con maggiore consapevolezza a chi rivolgersi, potendo così incidere anche sul gioco della concorrenza.

Circa i tempi di conclusione del procedimento, i termini riscontrati per l'anno 2012 risultano essere maggiori (219 giorni) rispetto a quelli previsti delle disposizioni sull'ABF (165 giorni, comprensivi di possibili sospensioni per integrazioni documentali).

Al fine di ridurre i tempi di ritardo (dovuti anche e soprattutto all'inaspettato aumento dei ricorsi presentati) e di riportare la durata dei procedimenti nei termini regolamentari, sono allo studio alcune misure organizzative. In proposito, si sta va-

147 S. Rossi, Intervento al Convegno "Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri", tenutosi in Banca d'Italia il 16 settembre 2013, p. 6.

lutando, tra l'altro, la possibile creazione di ulteriori collegi, che si andrebbero ad affiancare ai tre già operanti a livello nazionale e al Collegio di Coordinamento, creato nel 2012 per favorire l'uniformità degli orientamenti.

Proprio in questa prospettiva di miglioramento dell'efficienza, il 14 ottobre 2013 è stato emanato dalla Banca d'Italia, ad integrazione del precedente, un ulteriore "Regolamento per il funzionamento dell'organo decidente dell'ABF", che si ispira a criteri di semplificazione, di informatizzazione delle procedure e di digitalizzazione dei documenti e che si è reso necessario proprio per assicurare il buon funzionamento di questo organismo a fronte del massiccio ricorso che ad esso fanno i clienti.

Anche se la Banca d'Italia procede alla nomina dei Collegi e svolge funzioni di segreteria tecnica e di coordinamento, è da rilevare che l'Arbitro, chiamato a comporre le controversie tra gli intermediari bancari e la clientela, è organo che agisce, per definizione, in piena autonomia e secondo diritto: le sue decisioni non possono essere mai imputate all'Autorità, né costituiscono espressione diretta della sua attività di vigilanza e di controllo.

2. LE MOLTEPLICI FUNZIONI DELL'ABF: OLTRE LA SOLUZIONE DELLA SPECIFICA CONTROVERSIA

E' anche attraverso l'operato di tale organo che la Banca d'Italia viene a conoscenza dei problemi più rilevanti che affliggono il sistema e può tempestivamente intervenire, esercitando i propri poteri di vigilanza sugli intermediari sia per quanto riguarda l'organizzazione dell'impresa sia per quanto riguarda il comportamento osservato dagli intermediari nei confronti della clientela. A quest'ultimo riguardo si legge nella *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, 2012, che gli esiti delle procedure davanti all'ABF possono fornire "un utile contributo informativo, evidenziando criticità o lacune della normativa vigente, ovvero essere utilizzati quale fonte informativa per individuare anomalie nel comportamento dell'intermediario o rilevare una particolare esposizione a rischi legali o di reputazione"¹⁴⁸.

Le decisioni dei Collegi possono anche indirizzare l'Autorità in ordine a questioni

148 *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, 2012, p. 19.

interpretative rilevanti su temi giuridicamente complessi, cosa che sta avvenendo ad esempio in materia di usura sopravvenuta. A questo riguardo si ricorda che il 29 maggio 2013 la Banca d'Italia ha effettuato un Comunicato per segnalare un provvedimento dell'Arbitro Bancario e Finanziario proprio in tema di usurarietà sopravvenuta nei contratti, mentre il successivo 3 luglio 2013 la posizione assunta dalla Vigilanza è espressa con un ulteriore Comunicato nel senso che: «per le aperture di credito in conto corrente, gli anticipi su crediti e sconto di portafoglio commerciale, il factoring e il credito revolving sono rilevati i TAEG praticati nel trimestre per tutti i conti in essere anche se si tratta di contratti stipulati in precedenza», e spetta, perciò, agli intermediari, di condurre una verifica trimestrale sul rispetto delle soglie vigenti in ciascun periodo per tutti i finanziamenti di tale tipo in corso, mentre per le restanti operazioni di credito («i finanziamenti con un piano di ammortamento predefinito»: «credito personale, credito finalizzato, leasing, mutui, prestiti contro cessione del quinto»), i contratti che nascano non usurari non sono soggetti ad usura sopravvenuta».

La forza delle decisioni dell'ABF - che pure non costituiscono titolo esecutivo e dunque non hanno il valore di "sentenze" - si coglie se si pensa che in materia bancaria attraverso il lavoro dei diversi Collegi si sta formando una "giurisprudenza" specializzata che può orientare sia l'attività regolamentare sia l'attività di vigilanza di Banca d'Italia sia, in prospettiva, anche il giudice civile chiamato a decidere controversie simili in sede giurisdizionale.

Il ricorso all'ABF vale inoltre come meccanismo alternativo per la risoluzione stragiudiziale delle controversie¹⁴⁹.

Non vi è dubbio, infatti, che l'ABF svolge sia una funzione di "supplenza" dell'autorità giurisdizionale, specie per le "*small claims*", per le quali i costi collegati ad una lunga ed incerta controversia possono dissuadere il cliente dall'agire il giudice, sia la funzione di garantire alla clientela degli intermediari una forma di tutela alternativa a quella giurisdizionale, più rapida ed efficiente oltre che più specializzata¹⁵⁰.

149 M. PELLEGRINI, *Sistemi di ADR in ambito bancario e finanziario. Riflessioni sulle dinamiche sulle dinamiche di mercato*, in *ABF e supervisione bancaria*, a cura di Capriglione e Pellegrini, Padova, 2011, p. 23 ss.

150 Sul punto, v. G. FINOCCHIARO, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Milano, 2012, p. 362 ss.

In questo senso va tuttavia valutato se il recente provvedimento normativo sulla mediazione obbligatoria delle controversie civili e commerciali (d.l. n. 69/2013) incida sul procedimento davanti all'ABF o sul valore delle Decisioni emanate dai Collegi. In particolare, si pone il problema di stabilire se, come richiesto dal decreto relativo alla mediazione (art. 84 d.l. n. 69/13), le parti debbano ora obbligatoriamente partecipare con l'assistenza dell'avvocato anche al procedimento in ABF. Nonostante il dubbio abbia ragione di porsi, specie in considerazione dell'ambigua formulazione normativa dell'art. 84, sembra corretto ritenere che la presenza obbligatoria dell'avvocato non sia richiesta per il procedimento davanti all'ABF, sia perché ad un'attenta lettura ciò sembra affermare la norma sia in quanto, diversamente, si consentirebbe ad una norma generale successiva di derogare ad una norma speciale precedente quale l'art. 128 bis del TUF. Va inoltre considerato che l'obiettivo di salvaguardare la relazione di fiducia tra gli intermediari e i clienti è in parte riuscito proprio per il modesto costo (20,00 euro) della procedura che consente a tutti, anche senza ricorrere al difensore, di proporre il ricorso in caso di pregiudizio alle proprie ragioni¹⁵¹.

Come è stato correttamente rilevato in dottrina, peraltro, la (relativa) "modestia del valore economico della controversia non incide sulla «qualità» della medesima: che può essere (pure particolarmente) importante per le caratteristiche specifiche del fatto e/o per la domanda giuridica che pone. Il discorso si misura, dunque, con l'interesse a raccogliere in termini diffusi i problemi variati che l'operatività in essere delle banche viene materialmente a proporre. E a gestirli in maniera da trasformarli in linee guida per il futuro della medesima"¹⁵². Oltre a svolgere una funzione di filtro delle fattispecie concrete, l'ABF da un lato risolve le controversie propositegli e dall'altro lato, dunque, produce indirizzi di comportamento per le banche.

Infine, l'ABF tocca con mano la crisi economica dei consumatori, come rivela l'analisi della casistica che è chiamata ad affrontare. Proprio la gravità del problema della difficoltà di accesso al credito hanno indotto il legislatore a prevedere con il decreto "Salva Italia" (d. l. 24 gennaio 2012, art. 27 *bis*, comma 1 *quinquies*) un procedimento speciale rispetto a quello disciplinato dall'art. 128 *bis* davanti all'ABF secondo il quale il prefetto, ove lo ritenga necessario, può segnalare all'ABF specifiche proble-

151 In questo senso v. M. MARINARO, *Arbitrato bancario e Consob senza avvocato*, in *Guida al diritto*, 14 settembre 2013, p. 105.

152 Così A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, p. 26.

matiche relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari, in particolare in tema di accesso al credito e merito creditizio¹⁵³.

Questioni ricorrenti sottoposte all'ABF nell'ambito della sua ordinaria competenza si pongono, ad esempio, in tema di mutui (estinzione anticipata; portabilità ecc) e altri finanziamenti; in tema di usura; in tema di credito al consumo; in tema di segnalazioni nei Sistemi privati di informazione creditizia e in Centrale Rischi di Banca d'Italia. A questi temi si aggiungono poi i numerosissimi ricorsi in tema di conto corrente, depositi bancari, utilizzo fraudolenti di strumenti di pagamento, ecc.

Va peraltro rilevato che la casistica diviene di anno in anno più varia e meno "seriale", confermando l'impressione che l'Arbitro Bancario Finanziario costituisca obiettivamente un valido ausilio dei clienti e mediatamente uno strumento utile a realizzare un miglioramento del complessivo sistema finanziario.

153 Per un approfondimento v. E. MINERVINI, *L'arbitro bancario e finanziario ed il prefetto*, in *NLCC*, 2013, p. 735 ss.

Diversificazione ed alternative tra i meccanismi di ADR predisposti dall'AEEG e scelta del consumatore: vera massimizzazione delle sue esigenze di tutela giustiziale?

(Alfonso Ingenito)

Ben noto è il carattere di versatile e polivalente vantaggiosità proprio dei sistemi di alternative dispute resolution (ADR). Altrettanto noto è che la tutela del consumatore dal punto di vista giustiziale è un obiettivo costantemente perseguito dall'ordinamento sia europeo, sia (conseguentemente) nazionale.

La medesima tutela può ora trovare una potenziale massimizzazione nel mercato dell'energia, laddove l'AEEG ha inteso recentemente istituire il Servizio conciliazione clienti energia ed un (rinnovato) Sportello per il consumatore di energia, che si affiancano, in via alternativa, all'ormai collaudato modello paritetico.

In concreto, però, per un verso, una tale diversificazione nell'offerta di strumenti di composizione stragiudiziale delle controversie potrebbe rappresentare un elemento di disorientamento per il cliente finale che, (pur) libero nella loro scelta, intenda agire autonomamente.

Per altro verso, attesa anche la natura essenzialmente sperimentale delle neo-nate soluzioni di ADR, ne è auspicabile un oculato coordinamento ed una attenta, reciproca, calibratura operativa, affinché non si ecceda, allo scopo di evitare comportamenti opportunistici, in altrettanto deleterie vischiosità procedimentali.

SOMMARIO: 1. PREMESSA. - 2. I PIÙ RECENTI STRUMENTI DI ADR ISTITUITI DALL'AUTORITÀ. A) IL SERVIZIO CONCILIAZIONE CLIENTI ENERGIA. B) SEGUE. LO SPORTELLO PER IL CONSUMATORE DI ENERGIA. - 3. CONCLUSIONI.

1. PREMESSA

È noto che soprattutto su impulso del legislatore comunitario, anche in Italia, al pari degli ordinamenti degli altri Stati europei, si è assistito, negli ultimi decenni, al rapido fiorire e diffondersi di strumenti, alternativi alla giurisdizione ordinaria, di composizione delle controversie originate dalle dinamiche di relazione nei mercati. Detti strumenti di ADR sono infatti suscettibili di comportare vantaggi e benefici non soltanto nell'ottica di una tutela dal punto di vista giustiziale dei consumatori, ma anche nella prospettiva di un pieno sviluppo del mercato, in un clima di accresciuta

fiducia e quindi di maggiore propensione ai consumi.

Ciò è tanto più vero nel settore dell'energia, laddove, in primo luogo, a seguito del processo di liberalizzazione, i motivi di un possibile contenzioso tra gli esercenti la vendita di energia e gas da un lato, e gli utenti-consumatori dall'altro, si sono notevolmente incrementati, ed in secondo luogo e per quel che più rileva, lo squilibrio sussistente tra l'esiguo valore della maggior parte delle controversie (c.d. *small claims*) e gli elevati costi (e tempi) della giurisdizione ordinaria potrebbero certamente scoraggiare i clienti finali dal far valere in quest'ultima sede le proprie ragioni, incrinandosi, in tal modo, la fiducia nelle dinamiche di mercato, e, con essa, le potenzialità di sviluppo dello stesso. Come efficacemente osservato, «L'effettività della tutela dell'utente sarebbe vanificata, se, di fronte al rifiuto dell'impresa di riconoscere inadempimenti e violazioni, questi non potesse far altro che adire le tradizionali vie giurisdizionali», dal momento che «Lunghezza dei processi e, in molti casi, sproporzione del loro costo rispetto al risultato sconsigliano all'utente, perlomeno al singolo, iniziative in questa direzione¹⁵⁴».

Non è, dunque, un caso se il legislatore italiano, già con la legge istitutiva¹⁵⁵ dell'A-EEG elevando la tutela dei consumatori a principio cardine del proprio intervento, oltre a contemplare la possibilità di opportuni provvedimenti inibitori e di meccanismi di indennizzo automatici, ha attribuito all'Autorità, tra le altre, la funzione di «*valuta[re] reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti o dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio*».

Attesa, poi, la mancata adozione dei regolamenti governativi da emanarsi ai sensi dell'art. 2, comma 24, lett. b), della medesima legge istitutiva, i quali avrebbero dovuto definire in via regolamentare «le procedure di conciliazione e arbitrato, che nell'originario disegno arricchivano l'offerta di tutela per gli utenti¹⁵⁶», non può, conseguentemente, sottacersi l'importante ruolo di impulso all'istituzione ed allo sviluppo di strumenti di ADR comunque svolto dall'AEEG, la quale in sintesi, e nello

154 G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 17.

155 L. 14 novembre 1995, n. 481, in G.U. n. 270, del 18 novembre 1995, Suppl. Ordinario n. 136, recante «*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*».

156 S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 112.

specifico, «ha avviato diverse iniziative indirizzate alla promozione di procedure extragiudiziali di soluzione delle controversie a vantaggio dei clienti finali, prendendo in particolare a riferimento le procedure basate sul c.d. modello paritetico adottato nei Protocolli di intesa stipulati tra imprese e Associazioni di consumatori rappresentative a livello nazionale¹⁵⁷», al contempo finanziando l'attività di formazione dei membri delle associazioni dei consumatori addetti ai meccanismi di conciliazione, evidentemente sul presupposto, a volte (soprattutto di recente) disatteso, secondo cui «l'esperienza dice che il successo degli organi di conciliazione è strettamente legato alla loro specializzazione¹⁵⁸».

2. I PIÙ RECENTI STRUMENTI DI ADR ISTITUITI DALL'AUTORITÀ

Lo sviluppo dei sistemi di ADR connota anche i più recenti interventi comunitari, laddove, nell'ambito del c.d. «Terzo Pacchetto Energia», varato al fine di implementare l'integrazione e la trasparenza del relativo mercato europeo, le direttive nn. 2009/72/CE e 2009/73/CE, in materia di energia elettrica e di gas naturale, rispettivamente agli artt. 3, comma 13 e 3 comma 9, obbligano gli Stati membri a predisporre «*un meccanismo indipendente (...) ai fini di un trattamento efficiente dei reclami e della risoluzione extragiudiziale delle controversie*», come, ad esempio, un «*Mediatore dell'energia*» o altro «*organismo dei consumatori*».

In Italia, tali direttive sono state recepite con d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93¹⁵⁹, il quale, per quel che qui più interessa, all'art. 44, (pur) confermando, in punto di afferente potestà regolamentare, le attribuzioni di cui all'art. 2, comma 24, lettera b), della l. 14 novembre 1995, n. 481, ha stabilito che la medesima Autorità debba «*assicura[re] il trattamento efficace dei reclami e delle procedure di conciliazione dei clienti finali nei confronti dei venditori e dei distributori di gas naturale ed energia elettrica avvalendosi dell'Acquirente unico Spa e vigila[re] affinché siano applicati i principi in*

157 Rapporto di sintesi dell'indagine conoscitiva sulla diffusione e sull'impatto delle procedure di soluzione extragiudiziale delle controversie nei rapporti di somministrazione tra clienti finali e fornitori di energia elettrica, 27 ottobre 2011, p. 5.

158 S. CHIARLONI, *La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 700.

159 In G.U. n. 148 del 28 giugno 2011, Suppl. Ordinario n. 157.

materia di tutela dei consumatori di cui [alle] direttive 2009/73/CE e 2009/72/CE».

In ottemperanza a tali prescrizioni legislative, l'AEEG ha inteso diversificare i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie a vantaggio della tutela giustiziale degli utenti, istituendo per un verso, *ex novo*, il c.d. Servizio conciliazione clienti energia, e, rinnovando, per altro verso, lo Sportello per il consumatore già operativo, con correzione ed incremento dei suoi ruoli e delle sue attribuzioni.

a) *Il Servizio conciliazione clienti energia*

Premesso che la natura attualmente sperimentale, e quindi, tendenzialmente non definitiva (degli assetti configurativi) del nuovo meccanismo impone di tratteggiare la fisionomia dell'istituto soltanto da un punto di vista generale, il Servizio conciliazione clienti energia, attivo dal 1° aprile 2013 per un periodo di 12 mesi, eventualmente rinnovabili, è stato istituito con Deliberazione 260/2012/E/com, del 21 giugno 2012, anche all'esito delle conclusioni raggiunte nel Rapporto di sintesi dell'indagine conoscitiva sulla diffusione e sull'impatto delle procedure di soluzione extragiudiziale delle controversie nei rapporti di somministrazione tra clienti finali e fornitori di energia elettrica e gas del 27 ottobre 2011, in attuazione della Deliberazione VIS/65/11, del 1 giugno 2011.

Detto sistema, è, nelle intenzioni dell'Autorità, perfettamente rispondente alle norme europee che, a garanzia dei consumatori, impongono che la connotazione dei meccanismi di ADR rispetti i principi della efficienza, efficacia, immediatezza ed economicità.

Per quanto attiene al suo ambito di applicazione sia soggettivo, che oggettivo, l'Autorità attribuisce al Servizio un carattere "universale", () sia per quanto concerne i potenziali fruitori, sia per quanto riguarda le controversie oggetto della procedura», potendo «essere attivato dai clienti finali domestici e non domestici del settore elettrico, aventi diritto alla maggior tutela e del settore gas considerati vulnerabili, per le controversie insorte con un operatore (distributore e/o venditore di energia elettrica e/o di gas naturale) relative al servizio di energia elettrica e/o di gas naturale, con la sola esclusione delle controversie inerenti a profili tributari e fiscali, per le quali è prevista dalla legge una specifica riserva di competenza esclusiva¹⁶⁰».

160 AEEG, Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta, 31 marzo 2013, p. 142.

La delibera istitutiva, precisa, altresì, che detto ambito di applicazione, nell'attuale fase sperimentale, è circoscritto al «cliente finale (): a. del servizio elettrico avente diritto alla maggior tutela di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legge 73/07; b. del servizio gas considerato cliente vulnerabile ai sensi dell'articolo 22, comma 2, del d.lgs. n. 164/00, ad esclusione dei clienti titolari di utenze relative ad attività di servizio pubblico¹⁶¹». Come esemplificato, peraltro, sul sito *web* dell'AEEG, al Servizio possono accedere «per il settore elettrico: tutti i clienti domestici; i clienti non domestici connessi in bassa tensione (BT) aventi meno di 50 dipendenti e fatturato annuo o totale di bilancio non superiore a 10 milioni di euro; per il settore gas: tutti i clienti domestici; il condominio uso domestico con consumi non superiori a 200.000 metri cubi annui; i clienti non domestici con consumi non superiori a 50.000 metri cubi annui. In caso di cliente *dual fuel* (fornitura congiunta di energia elettrica e gas), è sufficiente rientrare in una delle tipologie indicate sopra».

L'attivazione della procedura è volontaria per il cliente finale, il quale ha, anzi, ampia facoltà di scelta tra i differenti strumenti di ADR predisposti su iniziativa dell'Autorità. L'esercente, invece, è tenuto ad aderirvi unicamente qualora si sia iscritto, in qualità di «distributore» o di «venditore» negli appositi elenchi realizzati ai sensi della deliberazione 15 novembre 2012, 475/2012/E/com, che, nel modificare la delibera istitutiva del Servizio, ha disposto, anche a fini divulgativi del nuovo strumento, previa «creazione, nel sito internet dell'Autorità, () di un elenco degli operatori che aderiscono volontariamente a procedure di conciliazione extragiudiziale delle controversie», che «l'adesione volontaria all'elenco vincola l'operatore a partecipare agli strumenti volontariamente indicati per un periodo uguale almeno al periodo complessivo previsto per l'avvio sperimentale del Servizio conciliazione e comunque non inferiore a due anni». Per completezza, può soggiungersi che, con successiva Deliberazione 7 marzo 2013, 93/2013/com, è stata attribuita al venditore la facoltà di provocare la partecipazione, in sede di conciliazione, anche del distributore qualora (i) nelle fasi immediatamente interiori al procedimento abbia dallo stesso «acquisito dati tecnici»; o (ii) ciò sia «necessario ed indispensabile ai fini della corretta ed efficace trattazione della controversia».

Con espresso riferimento, invece, agli aspetti procedurali, al fine di accedere al Servizio de quo, è innanzitutto prevista, *ad instar* di una vera e propria condizione

161 Deliberazione dell'AEEG del 260/2012/E/com, del 21 giugno 2012, p. 5.

di ammissibilità/procedibilità, una fase di reclamo, al pari, sostanzialmente, delle altre soluzioni di ADR del settore energetico. Il cliente, infatti, è, all'uopo tenuto ad inoltrare detto reclamo in forma scritta, ivi esponendo le ragioni delle proprie doglianze e delle proprie richieste all' esercente interessato, al quale è poi concesso un termine di quaranta giorni per rispondere, sempre in forma scritta. Il cliente può accedere al Servizio solo qualora non abbia ottenuto un tempestivo riscontro, o, pur ricevendolo, lo abbia ritenuto inadeguato.

La subordinazione dell'attivazione del meccanismo di conciliazione al previo esperimento della fase di reclamo è da valutarsi positivamente, atteso che essa, nella fisiologia delle dinamiche relazionali tra i soggetti del mercato, può favorire ed incrementare la fiducia nei rapporti tra cliente ed esercente, e, in caso di patologia delle stesse, contribuisce, all'evidenza, a delimitare l'oggetto della controversia in sede di successiva conciliazione.

Sembra ugualmente da assumersi positivamente la previsione secondo cui l'intero procedimento, tendenzialmente gratuito, si svolga in via telematica (o, nelle fasi più avanzate, addirittura telefonica). Ciò, infatti, concorre ad azzerare gli oneri a vantaggio del cliente, il quale, ove non disponga di idonei strumenti informatici, o non sia sufficientemente avvezzo al loro utilizzo, può, all'uopo agevolmente rivolgersi, in punto di assistenza e consulenza, alla «rete di prossimità¹⁶²» costituita dalle Associazioni dei consumatori, della cui rappresentanza nel procedimento l'utente può, inoltre, avvalersi, previo conferimento di apposita delega, con espressa autorizzazione a transigere e conciliare.

Il procedimento che, nel complesso, non può avere una durata superiore ai novanta giorni dalla richiesta di attivazione in via telematica, è destinato a svolgersi in presenza di conciliatori dei quali si vanta la piena terzietà ed imparzialità, oltre che la spiccata competenza con riferimento tanto alla mediazione, quanto al settore dell'energia.

Il conciliatore, in particolare, agevola e facilita l'auspicabile raggiungimento di un accordo tra clienti ed esercenti, e, ove da questi ultimi concordemente richiesto, propone una soluzione della *res litigiosa* che gli stessi possono far propria, o, all'opposto, rifiutare.

162 Deliberazione dell'AEEG del 260/2012/E/com, del 21 giugno 2012, p. 5.

Il nuovo Servizio di conciliazione si affianca, in via alternativa, alla soluzione di ADR già adottata e ampiamente promossa dall’Autorità, ossia la conciliazione paritetica, mantenendo in comune con essa, oltre alla natura volontaria in punto di accesso, il necessario esperimento, rispetto a quest’ultimo, della fase di reclamo e il carattere facilitativo nel raggiungimento di un accordo tra le parti; lo stesso Servizio, all’opposto, se ne differenzia, in primo luogo, perché promana direttamente dall’AEEG, a differenza delle conciliazioni paritetiche, fondate sui Protocolli stipulati tra imprese esercenti e Associazioni dei consumatori o dei clienti non domestici, ed in secondo luogo, perché garantisce la terzietà e l’imparzialità dei conciliatori, laddove, invece, «Caratteristica della conciliazione paritetica è la rappresentanza asimmetrica», essendo «il rappresentante dell’utente () esponente di un interesse collettivo¹⁶³».

Rilevato, in conclusione, che, nell’esperienza dell’AEEG, il modello paritetico, pur avendo conseguito effetti complessivamente positivi in ordine alla tutela degli utenti finali, ha evidenziato però alcune criticità, soprattutto in termini di accesso alle procedure da parte dei clienti, l’istituzione del nuovo servizio di conciliazione, affiancandosi alternativamente a quest’ultime, permette, in generale, di sfruttarne i risultati positivi (raggiunti, ad esempio, con riferimento agli *standards* di specializzazione professionale degli addetti alla mediazione), essendo, al contempo, suscettibile di superarne gli aspetti negativi, potendosene inoltre implementare le potenzialità in senso efficientistico all’esito del periodo di sperimentazione.

b) Segue. Lo Sportello per il consumatore di energia

Nonostante la novità più rilevante sembra essere rappresentata proprio dal neo-nato servizio di conciliazione, è opportuno dedicare un cenno anche al (non meno importante) Sportello del consumatore di energia.

Istituito con Deliberazione GOP 28/08, del 14 maggio 2008, a seguito di esternalizzazione di attività in precedenza svolta direttamente dagli uffici dell’AEEG conformemente alla disciplina del d.p.r. 9 maggio 2001, n. 244, allo Sportello è stato originariamente attribuito essenzialmente «lo svolgimento delle attività materiali, informative e conoscitive anche preparatorie e strumentali ad interventi dell’Autorità nell’ambito della valutazione di reclami, istanze e segnalazioni presentate dai

163 S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, cit., p. 113.

consumatori¹⁶⁴».

A seguito del recepimento delle citate direttive nn. 2009/72/CE e 2009/73/CE, ad opera del d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93, il quale, oltre a quanto disposto nel già menzionato art. 44, ha, in aggiunta, all'art. 7, comma 6, prescritto all'AEEG di istituire «*sportelli unici al fine di mettere a disposizione dei clienti tutte le informazioni necessarie concernenti i loro diritti, la normativa in vigore e le modalità di risoluzione delle controversie di cui dispongono*», l'Autorità, piuttosto che creare un nuovo organismo, con soluzione operativa più efficiente, efficace e meno onerosa, ha inteso dare attuazione alle norme comunitarie e nazionali riconfigurando, con Deliberazione 323/2012/E/com, del 26 luglio 2012, ruoli e compiti dello Sportello già esistente, ritenendo, in particolare che quest'ultimo «pur richiedendo margini di miglioramento sotto i profili della qualità e delle tempistiche di risposta» fosse stato, fino ad allora, «un importante punto di riferimento istituzionale senza oneri per i richiedenti a disposizione per le problematiche che non trovano soluzione nella fase iniziale di reclamo nei confronti di venditori e distributori del mercato elettrico e gas¹⁶⁵».

Il nuovo Sportello, operativo dal 1 gennaio 2013, data di entrata in vigore, ai sensi della Deliberazione 548/2012/E/com, del suo nuovo Regolamento (adottato all'esito del Documento per la consultazione 463/2012/E/com, nell'ambito del procedimento avviato con Deliberazione 399/2012/E/com), anche in considerazione del suo carattere «*unico*», come ascrivitogli dalla legge, sembra assumere vocazioni sempre più generali, configurandosi quale immediato strumento di interfaccia tra AEEG ed utenti-consumatori, nonché come primo punto di riferimento di questi ultimi, atteso, inoltre, all'uopo, un apposito «*call center* potenziato e migliorato ancor più nella professionalità e preparazione degli addetti¹⁶⁶».

Lo Sportello, in primo luogo, assolve ad una basilare funzione informativa dei clienti finali, orientandoli ed assistendoli in relazione sia alla varietà dei servizi disponibili,

164 Art. 2, Regolamento per lo svolgimento da parte dell'unità reclami dello sportello per il consumatore di energia delle attività materiali, informative e conoscitive anche preparatorie e strumentali nell'ambito della valutazione di reclami, istanze e segnalazioni presentati dai clienti finali ai sensi dell'articolo 2 comma 12, lett. m), della legge 14 novembre 1995, n. 481.

165 Deliberazione 323/2012/E/com.

166 Sito internet AEEG.

ivi inclusi quelli agevolati, sia alla molteplicità dei loro diritti, sia alle concrete modalità con i quali essi possono, in via di tutela, farli valere.

In secondo luogo, e in maggiore attinenza alla sua connotazione originaria, esso continua a «svolge[re] le attività di trattamento dei reclami richiedendo agli esercenti le necessarie informazioni e fornendo ai clienti, alle loro associazioni rappresentative e agli esercenti, le indicazioni necessarie per la soluzione delle problematiche segnalate» trasmettendo, per gli opportuni (anche se eventuali) provvedimenti del caso, «all’Autorità solo reclami compiutamente istruiti, che devono essere oggetto di valutazione da parte dell’Autorità stessa¹⁶⁷».

È utile, inoltre, evidenziare che il citato nuovo Regolamento, oltre a sopperire alle criticità in precedenza rilevate, adottando correttivi al fine di migliorare la frequenza e le tempistiche di risposta da parte degli esercenti, ha, nell’ottica di una razionalizzazione procedimentale, aggiunto la distinzione (e la definizione) di reclamo «incompleto» o «irregolare» proprio del cliente, e di risposta «incompleta» o «interlocutoria» da parte dell’esercente.

Atteso, inoltre, che anche in tale ipotesi il previo esperimento della fase di reclamo è condizione necessaria ai fini dell’accesso alla procedura, si è, però, ulteriormente previsto che «nei casi di reclami irregolari in cui risulti che il cliente finale () abbia già inoltrato un reclamo scritto» senza però «attendere il decorso dei termini per la risposta da parte dell’esercente» lo Sportello possa comunque «procedere con eventuali richieste di informazioni all’esercente, previo assenso degli Uffici dell’Autorità» qualora «ravvisi il pericolo di danni gravi e irreparabili per il cliente finale» (cfr. art. 4.3 regolamento e deliberazione 162/2013/E/com, cit., p. 6).

A tale funzione di gestione dei reclami, per così dire, «generale», se ne sono aggiunte, nel corso del 2012, altre che potrebbero essere definite come «speciali».

Ed infatti, dapprima, la Deliberazione 99/2012/R/eel, del 22 marzo 2012, nel modificare la disciplina relativa al Sistema indennitario per l’esercente la vendita uscente a carico del cliente finale moroso, di cui si è già fatto cenno nel contributo relativo alla Parte II del presente rapporto annuale, ha attribuito allo Sportello *de quo* competenze specifiche in merito alla gestione sia dei flussi informativi tra esercenti e clien-

167 AEEG, Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull’attività svolta, 31 marzo 2013, p. 136.

ti, sia dei reclami da questi ultimi avanzati in riferimento alla applicazione del coefficiente di morosità (c.d. C-MOR); e, successivamente, la Deliberazione 153/2012/R/com, del 19 aprile 2012, recante l'Adozione di misure preventive e ripristinatorie nei casi di contratti ed attivazioni non richiesti di forniture di energia elettrica e/o di gas naturale, ha aggiunto alle funzioni dello stesso Sportello anche la gerenza dei procedimenti di reclamo afferenti il deprecabile fenomeno relativo ai c.d. contratti non richiesti, allo scopo di una (eventuale) attivazione della c.d. procedura di ripristino a favore dell'utente.

Infine, è opportuno evidenziare che lo Sportello per il consumatore di energia, quale «*meccanismo indipendente (...) ai fini di un trattamento efficiente dei reclami e della risoluzione extragiudiziale delle controversie*», si pone in via alternativa (oltre che rispetto alla giurisdizione ordinaria, anche) rispetto alle altre procedure di ADR del medesimo settore, essendo dunque rimessa, pure in tal caso, all'utente-consumatore la libera scelta dello strumento del quale usufruire.

Tale «principio dell'alternatività» è stato espressamente sancito dalla Deliberazione 162/2013/E/com, del 18 aprile 2013, la quale, nel modificare ed integrare a propria volta il Regolamento sul funzionamento dello Sportello, ha introdotto specifiche e, per quel che qui più rileva, potenzialmente complesse, ipotesi di inammissibilità e di improcedibilità dei reclami, in conseguenza, rispettivamente, della pendenza o dell'avvio, di procedimenti giurisdizionali o di ADR, ivi compreso, in particolare, tra questi ultimi, proprio il nuovo Servizio conciliazione clienti energia.

3. CONCLUSIONI

Atteso l'affiancarsi in via alternativa, del Servizio conciliazione clienti energia e dello Sportello per il consumatore di energia alla consueta (e ormai collaudata) conciliazione paritetica, tale diversificazione di meccanismi di ADR è, in astratto, da valutarsi sicuramente in modo positivo, giacché (potenzialmente) suscettibile di massimizzare l'utilità e la tutela del consumatore, permettendo una vantaggiosa conformazione delle procedure extragiudiziali alle sue esigenze ed alla specificità delle sue richieste.

D'altro canto, però, può evidenziarsi, in concreto, che la medesima differenziazione tra soluzioni di composizione bonaria delle vertenze è tale da rappresentare un elemento di disorientamento per il cliente finale, le cui labili competenze e capacità di valutazione potrebbero non consentirgli adeguate scelte, senza l'ulteriore (e dunque necessario) ausilio da parte delle associazioni dei consumatori o delle medesime strutture dell'Autorità.

Inoltre, in considerazione della natura per un verso alternativa, e, per altro verso, essenzialmente sperimentale dei meccanismi illustrati, se ne rendono opportuni sia un perfetto coordinamento sistematico, sia una attenta calibratura operativa che, mediando tra opposte esigenze, non eccedano, al fine di evitare comportamenti opportunistici, in altrettanto deleterie farraginosità procedurali.

Tutto ciò, nell'auspicio che «la concorrenza tra rimedi () innes[chi] un processo virtuoso di affinamento e selezione degli strumenti più efficienti e convenienti per i privati che chiedono giustizia¹⁶⁸».

168 S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, cit., 75.

Il contenzioso sorto in seguito all'eliminazione della remunerazione del capitale fra le componenti della tariffa

(Lorenzo Armentano)

Con il referendum del giugno 2011 è stata espunta dalle componenti della tariffa "l'«adeguatezza della remunerazione del capitale investito». Da un lato ci si è domandati se l'espunzione di tale criterio avrebbe dovuto decorrere sin dal 21 luglio 2011, giorno in cui ha avuto effetto l'abrogazione referendaria. Questione, poi, risolta dall'AEEG con una specifica deliberazione. Dall'altro lato, i comitati promotori del referendum hanno ricorso avverso la deliberazione dell'Autorità che ha adottato il nuovo metodo tariffario transitorio, in quanto avrebbe surrettiziamente reintrodotta la remunerazione del capitale tra le componenti della voce relativa agli "oneri finanziari".

SOMMARIO: 1. PREMESSA. – 2. L'ILLEGITTIMO MANTENIMENTO IN TARIFFA DELLA QUOTA RIFERIBILE AL CAPITALE INVESTITO. – 3. IL RICORSO DEI PROMOTORI DEL REFERENDUM CONTRO LE DELIBERE SUL MTT.

1. PREMESSA

Se i sistemi di risoluzione extragiudiziale delle controversie stanno accrescendo la tutela dei consumatori nei settori dell'energia elettrica e del gas, non può dirsi lo stesso per i servizi idrici. Qui, infatti, gli utenti non possono beneficiare né dello strumento della conciliazione paritetica, né dei nuovi strumenti di *alternative dispute resolution* (ADR) introdotti dall'AEEG negli altri settori (il Servizio conciliazione clienti energia e lo Sportello per il consumatore di energia). Si tratta di mezzi assai importanti, in quanto capaci di evitare le lungaggini e i costi del processo, assicurando così una piena tutela del consumatore.

Sicuramente l'estensione di queste differenti forme di tutela al settore idrico è auspicabile, in quanto garantirebbe all'utente una protezione completa superando l'attuale discrepanza tra settori.

In tale ambito, però, le associazioni dei consumatori si sono attivate in modo deciso sul diverso versante della tutela giurisdizionale.

Queste hanno proposto delle azioni innanzi al giudice amministrativo contro i provvedimenti dell'AEEG relativi al nuovo metodo tariffario transitorio. Ciò ha dato luogo ad una interessante controversia, che ancora non è stata definita dal giudice. Si tratta di questioni assai complesse e delicate, che potrebbero avere effetti molto importanti non solo per gli utenti ma anche per gli operatori del settore.

2. L'ILLEGITTIMO MANTENIMENTO IN TARIFFA DELLA QUOTA RIFERIBILE AL CAPITALE INVESTITO

Il punto di partenza è rappresentato dal referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011 (secondo quesito), in recepimento del cui esito il Presidente della Repubblica, con decreto n. 116 del 18 luglio 2011, ha disposto la parziale abrogazione dell'art. 154, comma 1, del codice dell'ambiente, eliminando il riferimento alla «*adeguatezza della remunerazione del capitale investito*».

In sostanza, è stata eliminata una delle componenti chiave della tariffa del servizio idrico, relativa al cosiddetto profitto del gestore del servizio.

L'effetto, secondo quanto chiarito dalla Corte costituzionale in sede di ammissibilità del referendum, è stato infatti «*rendere estranee alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua*».

L'attività continua ad essere svolta con metodo economico, ma con l'eliminazione dell'utile di impresa, che da sempre orienta le scelte dell'imprenditore.

L'esito del *referendum* ha da subito sollevato una questione sull'applicazione temporale. Infatti l'intero lasso di tempo compreso tra il giorno in cui ha avuto effetto il referendum abrogativo (21 luglio) ed il giorno in cui è entrato in regime il nuovo metodo tariffario transitorio adottato dall'AEEG (1 gennaio 2013) è stato coperto dal c.d. metodo tariffario normalizzato (d.m. 1 agosto 1996). Poiché questo prevedeva espressamente tra le voci di calcolo la remunerazione del capitale - in quota fissa pari al 7% - l'AEEG si è domandata se il rispetto della volontà referendaria comportasse la restituzione agli utenti di tale componente.

Il Consiglio di Stato ha risposto al quesito - con parere n. 267 del 25 gennaio 2013 - chiarendo che il criterio dell'adeguata remunerazione dell'investimento, contenuto nel vecchio metodo tariffario normalizzato, non poteva più trovare applicazione dal 21 luglio 2011 perché la sua applicazione si poneva in contrasto con gli effetti del referendum abrogativo. Pur non essendo le disposizioni in discussione direttamente coinvolte dal quesito referendario ne subirebbero, infatti, gli effetti perché il referendum ha una valenza espansiva che colpisce anche norme contrastanti con la volontà abrogativa.

Il TAR Toscana, ponendosi su questa linea direttrice, con sentenza n. 436/2013 ha dichiarato illegittimo il piano tariffario adottato dall'AATO 2 "Basso Valdarno" poiché contrastante con l'esito del referendum nella parte in cui prevedeva il criterio della remunerazione del capitale.

Anche il TAR Lazio, sede distaccata di Latina, ha stabilito che il d.m. 1 agosto 1996 *«deve ritenersi travolto dagli esiti del referendum abrogativo (..) nella parte in cui richiama ed applica il criterio dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito»*.

In armonia con dette pronunce e recependo il parere del Consiglio di Stato, l'AEEG ha successivamente disposto, con la deliberazione del 25 giugno 2013 271/2013/R/idr, la restituzione agli utenti domestici della quota tariffaria relativa alla remunerazione del capitale con riferimento al periodo 21 luglio – 31 dicembre 2011 non coperto dal metodo tariffario transitorio.

3. IL RICORSO DEI PROMOTORI DEL REFERENDUM CONTRO LE DELIBERE SUL MTT

Da quasi un anno l'AEEG ha adottato, con il chiaro intento di conformarsi all'esito del referendum, un nuovo metodo tariffario di natura transitoria, applicabile al solo biennio 2012-2013.

Come dispone l'art. 4 della deliberazione del 28 dicembre 2012, le nuove componenti della tariffa sono: i costi delle immobilizzazioni, i costi della gestione efficientabili, i costi della gestione on efficientabili e l'eventuale anticipazione per il finan-

ziamento dei nuovi investimenti.

E' dunque scomparso il criterio della remunerazione del capitale, previsto dal precedente metodo tariffario in misura percentuale fissa.

Nonostante l'espunzione di tale componente, i comitati promotori del referendum ritengono che la nuova disciplina non segni un vero passo in avanti rispetto al passato, anzi finirebbe per riprodurre il vecchio schema.

In particolare, il Forum Italiano dei Movimenti per l'Acqua e Federconsumatori hanno impugnato la delibera innanzi al TAR della Lombardia, in quanto avrebbe eluso gli esiti della consultazione referendaria reintroducendo in modo surrettizio tra le componenti della tariffa la remunerazione del capitale.

Per cogliere il senso delle critiche mosse dalle associazioni, è opportuno partire dalla descrizione del vecchio MTN. Questo si fondava su tre componenti: i costi operativi, i costi di ammortamento e la remunerazione del capitale investito. L'art. 3 del d.m. escludeva espressamente dai costi operativi quelli aventi «*natura finanziaria, straordinaria, o fiscale*» per cui l'intero blocco degli oneri finanziari (es. interessi da pagare a fronte della concessione di un prestito) finiva per essere coperto dalla voce remunerazione del capitale investito (che ammontava al 7%).

Il profitto del gestore era quindi pari alla differenza tra la percentuale di remunerazione del capitale e gli oneri finanziari sostenuti. Quanto più l'operatore era capace di ridurre il carico dei costi finanziari, tanto più cresceva il suo profitto.

Il *referendum*, invece, ha estromesso la logica del profitto dal governo e dalla gestione delle acque, sebbene il servizio abbia conservato la sua connotazione economica.

Arrivando al nuovo metodo tariffario, secondo il ragionamento dei promotori del referendum, la voce di costo della remunerazione, seppur letteralmente espunta – in coerenza con l'obiettivo dichiarato di conformarsi ad esso – continuerebbe nei fatti a persistere sotto una diversa veste formale.

In particolare, le associazioni hanno censurato l'art. 18 dell'allegato A alla delibera n. 585 del 2012, il quale include tra gli oneri finanziari la componente di copertura della rischiosità " α ", che a sua volta tiene conto dell'ERP, ossia del premio per il

rischio di mercato.

Coprire il rischio di mercato – a detta dei promotori – equivarrebbe a remunerare il capitale investito, neutralizzando così gli esiti referendari.

Si tratterebbe di effetti diametralmente opposti a quelli perseguiti dall'AEEG, che ha celermente introdotto il metodo transitorio con lo scopo precipuo di conformarsi all'esito referendario.

La questione invita a riflettere se sia concretamente possibile escludere del tutto una seppur minima forma di remunerazione dalla gestione del servizio idrico.

Elucubrazioni a parte, giunti a questo punto non resta che attendere la pronuncia del giudice amministrativo.

Il mercato assicurativo ancora alla ricerca di strumenti deflattivi del contenzioso

(Andrea Luberti)

Anche sotto il profilo dei sistemi di conciliazione e di risoluzione del contenzioso tra imprese e assicurati, il ruolo attribuito alla nuova autorità appare non del tutto delineato. Tale circostanza pare in forte contrasto con le numerose esternalità proprie del mercato assicurativo, che si segnalano anche per la drastica incidenza delle relative controversie sul sistema giudiziario nel suo complesso.

Dall'analisi delle prime misure di *regulation* (e di *self-regulation*) adottate dall'Autorità si ha avuto modo di cogliere una (ancora) incerta selezione degli obiettivi principali dell'attività normativa, nell'ambito delle diverse finalità cui l'istituzione di un'*authority* di regolazione può essere preordinata.

La cennata divaricazione tra finalità di tutela del consumatore (*rectius*, in ambito assicurativo, del contraente debole anche se imprenditore), stabilità delle imprese e concorrenza potrebbe ripercuotersi anche sul diverso profilo della scarsa, o punta, rilevanza dell'Autorità in tema di *alternative dispute resolution*.

Il settore assicurativo rimane, in effetti, a tutt'oggi sprovvisto di un formale strumento di risoluzione alternativa delle controversie, e tanto non può che ripercuotersi in modo estremamente negativo sulla posizione - per l'appunto - di quella "parte debole" che risulta una fondamentale *raison d'être* di un'autorità indipendente.

Un'evidente considerazione di analisi economica del diritto induce infatti a ritenere che la predisposizione, da parte di soggetti pubblici, di meccanismi conciliativi o arbitrari (per le varie autorità indipendenti sono stati infatti conati sistemi variegati e invero disorganici) si presenti vantaggioso soprattutto per i soggetti meno provvisti di risorse tecniche ed economiche.

Essi, infatti, risulterebbero estremamente svantaggiati rispetto alle imprese in un'eventuale controversia giudiziaria, dai tempi e costi incerti. Né, ovviamente, gli stessi possono essere agevolmente in grado di ricorrere a procedure *ad hoc*, attesa la rilevanza attribuita dall'ordinamento in detti casi (si pensi all'arbitrato o alla transa-

zione) all'attività delle parti, e i conseguenti costi transattivi ed economici.

Per contro, in un sistema di risoluzione alternativo, la controparte imprenditoriale è solitamente più incentivata (data la scarsa incidenza delle poste liquidate sul proprio fatturato) ad addivenire a una composizione amichevole della lite.

Tutto ciò risulta ampiamente considerato nei casi in cui, storicamente, più drastico è parso al legislatore il divario tra le parti in causa (si pensi alla rilevanza che alla procedura conciliativa è stata attribuita in ambito giuslavoristico ex art. 410 ss. c.p.c.).

Né deve essere dimenticata l'importanza che una definizione anticipata delle controversie riveste per la collettività, attesa l'incidenza dell'incertezza e della farraginosità del sistema giudiziario sulla crescita economica nel suo complesso.

Come noto, poi, il mercato assicurativo nel nostro paese impinge principalmente sul settore r.c. auto¹⁶⁹ e sui relativi sinistri, campo contraddistinto da un'estrema litigiosità, nonché da una sostanziale serialità delle controversie e dall'afferenza a beni primariamente tutelati dall'ordinamento giuridico (principalmente il diritto alla salute).

Purtuttavia, anche in tale ambito, difetta un sistema potenzialmente idoneo a incentivare la risoluzione delle controversie evitando il ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria.

Un rimedio in tal senso potrebbe essere costituito dal sistema del c.d. risarcimento diretto, secondo il procedimento disciplinato dall'art. 149 cod. ass., che presentava l'indubbio vantaggio di spostare la richiesta reintegratoria all'impresa dal danneggiato al contraente.

Ma, come noto, proprio tale sistema risulta essere ormai fortemente svuotato di contenuti, dopo che la Corte costituzionale (sentenza 19 giugno 2009, n. 180) ne ha affermato la facoltatività con una sentenza interpretativa di rigetto, a ben vedere incisiva quanto e più di una declaratoria di incostituzionalità.

Sempre la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima, questa volta per formale

169 Sulla base degli ultimi dati disponibili «*Il peso del settore auto (r.c. auto e corpi dei veicoli terrestri) è stato pari al 19,2% del totale mercato e al 57% del settore danni (rispettivamente 18,7% e 56,8% nel 2011)*». In tal senso IVASS, *Relazione sull'attività svolta dall'Istituto*, cit., p. 13.

eccesso di delega (sentenza 6 dicembre 2012, n. 272) l'istituto della mediazione civile introdotta dal decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, quantomeno sotto il profilo della sua obbligatorietà ai fini dell'instaurazione del giudizio. E' ben vero che in forza della l. 9 agosto 2013, n. 98, di conversione, con modificazioni, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (art. 84) tale obbligatorietà è stata sostanzialmente ripristinata, ma occorre osservare che, ai fini di cui in commento, il nuovo art. 5 pare essere stato peggiorato sotto un duplice punto di vista.

Innanzitutto, infatti, il novero delle controversie sottoposte a mediazione obbligatoria comprende i *contratti assicurativi* ma non più anche quelle concernenti il *risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti*.

In secondo luogo, è al riguardo prevista l'assistenza obbligatoria da parte di un legale, con il che risulta effettivamente diminuita l'appetibilità alla procedura conciliativa.

Da ultimo, non bisogna dimenticare, sotto il profilo del contenzioso tra imprese e contraenti, la nutrita serie di liti spesso insorgenti dal c.d. danno *antitrust* (fatto valere dal contraente che lamenti di aver corrisposto una tariffa assicurativa determinata da intesa restrittiva cui abbia partecipato l'impresa di assicurazione).

Sul punto si segnala l'ordinanza della sez. VI della Corte di cassazione (4 marzo 2013, n. 5327) che ha affermato il carattere privilegiato (quantomeno sotto il profilo presuntivo) delle risultanze del procedimento presso l'*Autorità garante della concorrenza* e del mercato quanto agli elementi costitutivi dell'azione risarcitoria.

Al riguardo, in data 11 giugno la Commissione europea ha presentato una *Proposta di direttiva* sulle regole concernenti la richiesta di risarcimento per il caso di violazioni delle disposizioni sulla concorrenza (non solo nel settore assicurativo), atta ad agevolare i consumatori e ad armonizzare la disciplina dei diversi ordinamenti giuridici, proposta che all'art. 17 prevede un sistema consensuale di risoluzione delle controversie con effetto sospensivo rispetto all'azione giudiziaria.

Si tratta del punto di arrivo di una serie di interventi che, a livello europeo, hanno delineato un sostanziale *favor* per un sistema di *private enforcement* in relazione agli illeciti anticoncorrenziali. Si pensi, sempre con riferimento alla Commissione europea, al *Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie* presentato in data 3 aprile 2008, o al punto

191 del *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française* (c.d. Commissione Attali), concernente l'ordinamento francese, ma cui hanno partecipato esperti di diverse nazionalità. Ovvero, sotto il profilo interno, della più recente giurisprudenza della Cassazione: il riferimento è alla sentenza delle Sezioni unite 4 febbraio 2005, n. 2207, che ha chiarito la competenza della Corte d'Appello per il risarcimento relativo a detti illeciti, nonché a Cass., sez. III, sentenza 2 febbraio 2007, n. 2305 che ne ha chiarito presupposti, quantificazione e termine prescrizione.

A fronte di tale, triplice orizzonte (contratti assicurativi, sinistri stradali, responsabilità per violazione del diritto *antitrust*) quantomai scarna appare, allo stato, la gamma dei rimedi esperibili presso l'IVASS. Continua a trovare applicazione, ovviamente, il regolamento del 19 maggio 2008, n. 24, che disciplina la presentazione di *reclami* all'autorità, eventualmente dopo aver fatto valere la relativa doglianza avanti all'impresa, ma sempre prima del ricorso all'autorità giudiziaria.

Tuttavia, pare evidente che tale atto normativo solo in modo improprio possa essere qualificato come un sistema di a.d.r., atteso che (art. 4, comma 1) in effetti lo stesso *nomen iuris* indica l'afferenza di tali reclami più all'oggettivo accertamento delle violazioni che non a una specifica pretesa creditoria o risarcitoria.

Resta inoltre la possibilità, prevista dallo stesso regolamento, di avvalersi della FIN-NET (la rete per la risoluzione extragiudiziale delle liti in materia di servizi finanziari nello Spazio economico europeo, istituita sulla base della Raccomandazione della Commissione europea 98/257/CE del 30 marzo 1998) ma unicamente per le controversie transfrontaliere. Le tematiche esposte inducono a ritenere quantomai impellente, nell'ottica di un futuribile ripensamento del complessivo assetto delle autorità del settore finanziario, l'attribuzione anche all'IVASS di un potere conciliativo, ovvero una complessiva rivisitazione delle a.d.r. in ambito finanziario (in senso lato), con un auspicabile inserimento dell'autorità di vigilanza sul mercato assicurativo.

Come sottolineato dall'attuale Presidente del Consiglio nella prefazione a un'opera di indubbio spessore in tema di autorità indipendenti¹⁷⁰ «() *l'uscita dalla crisi ha bisogno di mercati che funzionino, quindi ha bisogno di regole, poche, ma giuste e rispettate. E ha bisogno di Autorità forti ed efficienti nell'applicarle*».

170 G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna, 2009, p. 10.

L'elenco dei prezzi di riferimento in ambito sanitario predisposto dall'Osservatorio dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 17 del decreto legge n. 98/2011, convertito nella legge n. 111/2011. L'Autorità per la Vigilanza dei Contratti Pubblici, la crisi economica e la "spending review". L'obiettivo di efficienza del mercato delle forniture sanitarie per un maggior benessere del consumatore

(Carlo Bellesini)

Con l'art. 17 del decreto legge n.98/2011, convertito in legge n. 111/2011, in materia di razionalizzazione della spesa sanitaria, il Governo ha attribuito all'Osservatorio dei contratti pubblici presso l'AVCP, il compito di pubblicare, a partire dal primo luglio 2012, l'elenco dei prezzi in ambito sanitario, quale punto di riferimento per le Stazioni Appaltanti nelle procedure di procurement delle forniture sanitarie, al fine di centrare alcuni obiettivi di spending review e di crescita del benessere dei consumatori. Si auspica infatti che una maggiore efficienza del mercato delle forniture sanitarie comporti un netto miglioramento del benessere dei consumatori oltre che un risparmio per l'Erario.

Con il presente contributo si vogliono mettere in luce le finalità, il procedimento seguito, l'interpretazione giurisprudenziale e le ultime modifiche normative relative alla complessa e più volte modificata disciplina dell'elenco dei prezzi di riferimento in ambito sanitario.

SOMMARIO: 1. LA RAZIONALIZZAZIONE DELLA SPESA SANITARIA NEL COMPLESSO DELLE MANOVRE DI SPENDING REVIEW. MAGGIORE EFFICIENZA DEL MERCATO DELLE FORNITURE SANITARIE E BENESSERE DEL CONSUMATORE. – 2. LA DISCIPLINA DEI PREZZI DI RIFERIMENTO IN AMBITO SANITARIO DI CUI ALL'ART. 17 DEL DECRETO LEGGE N. 98/2011, CONVERTITO NELLA LEGGE N. 111/2011, NELLA SUA COMPLESSA EVOLUZIONE: FINALITÀ, PROCEDIMENTO, INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE ED ULTIME MODIFICHE NORMATIVE. A) IN PRINCIPIO, L'ELENCO DEI PREZZI COME "STRUMENTO OPERATIVO" A DISPOSIZIONE DELLE REGIONI PER IL CONTENIMENTO E LA RAZIONALIZZAZIONE DELLA SPESA SANITARIA; B) PROCEDIMENTO; C) LA FUNZIONE DI BENCHMARK; D) L'ELABORAZIONE DEI DATI, L'ELENCO DEI PREZZI ED I PERCENTILI; E) LE PRIME VALUTAZIONI GIURISPRUDENZIALI SULL'ELENCO DEI PREZZI; F) IL D.L. N. 95/2012 E LA NUOVA FUNZIONE DEI PREZZI DI RIFERIMENTO; G) IL D.L. N. 158/2012 (C.D. DECRETO BALDUZZI) E L'ULTIMA MODIFICA ALLA DISCIPLINA DEI PERCENTILI NELLA INDIVIDUAZIONE DEI PREZZI DI RIFERIMENTO. – 3. LA CONSULTAZIONE CON GLI STAKEHOLDERS DEL SETTORE IN VISTA DELLA RILEVAZIONE DEI PREZZI DI RIFERIMENTO IN AMBITO SANITARIO NELL'ANNO 2013. – 4. CONCLUSIONI.

1. LA RAZIONALIZZAZIONE DELLA SPESA SANITARIA NEL COMPLESSO DELLE MANOVRE DI SPENDING REVIEW. MAGGIORE EFFICIENZA DEL MERCATO DELLE FORNITURE SANITARIE E BENESSERE DEL CONSUMATORE

In questi anni, l'esigenza di uno studio puntuale dei procedimenti che incidono sull'andamento della spesa pubblica e la necessità di individuare interventi mirati al contenimento e alla sua progressiva riqualificazione, sono state più volte al centro dell'agenda delle Camere, divenendo obiettivo vitale della politica finanziaria e di bilancio, reso ancor più stringente ai fini del consolidamento dei conti nel rispetto degli obiettivi di finanza pubblica concordati in sede europea.

Viste le criticità riscontrate nel perseguire una sostanziale riduzione della spesa pubblica, si è reso necessario rafforzare il controllo dei flussi di finanza e di determinare nuovi strumenti, di carattere più strutturale e selettivo, al fine di assicurare un controllo anche qualitativo della spesa.

Per tali ragioni, le attività di analisi e revisione della spesa riflettono una politica economica di medio termine, *«volta a contenere il complesso della spesa pubblica, in particolare di quella corrente, favorendo al contempo una maggiore qualità della stessa e una allocazione più efficiente delle risorse»*¹⁷¹.

Ed è in questa prospettiva che prende le mosse, sin dalla XV Legislatura, un programma straordinario di analisi e valutazione della spesa, comunemente denominato, sulla base di analoghe esperienze internazionali, *“spending review”*.

Il suddetto piano - inquadrabile in una più complessa attività di riclassificazione in senso funzionale del bilancio dello Stato, articolato in missioni e programmi - veniva da subito configurato come uno strumento di programmazione economico-finanziaria, volto a fornire una *metodologia sistematica per migliorare sia il processo di decisione delle priorità e di allocazione delle risorse, sia la performance delle amministrazioni pubbliche in termini di economicità, qualità ed efficienza dei servizi offerti ai cittadini*¹⁷².

171 Per un approfondimento sul punto si veda *Il controllo della spesa e la spending review*, in *Temi dell'attività parlamentare* su www.camera.it.

172 Si veda *la spending review* in *Dossier* su www.camera.it.

Alla normativa in tema di analisi e revisione della spesa contenuta nella legge di contabilità e nel d. lgs. n. 123/2011, si sono peraltro accostati, a partire dall'estate del 2011, specifici interventi normativi, che oltre ad ampliarne l'ambito di operatività, hanno definito modalità applicative di carattere speciale rispetto ai principi generali sopra richiamati, facendo in particolare leva sulla diffusione del metodo dei fabbisogni e dei costi standard, già utilizzato e sancito sul piano normativo, con riferimento agli enti territoriali, dalla legge delega, legge n. 42/2009, di attuazione del federalismo fiscale.

Un primo insieme di misure del suddetto tipo è contenuto nel decreto legge n. 98 del 2011, convertito nella legge n. 111/2011, che ha previsto, a decorrere dall'anno 2012, l'avvio di un programma di *spending review* volta all'identificazione dei fabbisogni standard dei programmi di spesa delle amministrazioni centrali dello Stato.

In un periodo di grande difficoltà della finanza pubblica, infatti, si è reso necessario rendere più efficiente e trasparente la spesa nel mercato dei contratti pubblici in quanto i costi sono rilevanti e costituiscono la parte di spesa più facilmente ridimensionabile.

Ed, in particolare, il fenomeno dei costi risulta assai gravoso in ambito sanitario: basti pensare che 9 miliardi su quasi 17 del settore ordinario delle forniture, riguardano i costi per il sistema sanitario nazionale¹⁷³.

Considerando che nel predetto mercato la variabilità dei prezzi di acquisto è elevatissima, il Legislatore ha dunque ritenuto opportuno intervenire per un omogeneizzazione ed un ottimizzazione degli acquisti, al fine di ottenere risparmi significativi¹⁷⁴.

Pertanto, con l'art. 17 del decreto legge n. 98/2011, convertito in legge n. 111/2011, in materia di razionalizzazione della spesa sanitaria, il Governo ha attribuito all'Osservatorio dei contratti pubblici presso l'AVCP, il compito di pubblicare, a partire dal primo luglio 2012, alcune elaborazioni di prezzi di riferimento relative a dispositivi medici, farmaci per uso ospedaliero e servizi sanitari e non sanitari individuati dall'Agenzia per i servizi sanitari regionali (AGENAS).

173 Cfr., in particolare, *Intervento del Presidente dell'AVCP Sergio Santoro nella Relazione al Parlamento 2012 del 17 luglio 2013*, su www.avcp.it.

174 Sul punto, *Intervento del Presidente dell'AVCP Sergio Santoro in op. cit.*

Come si vedrà in seguito, la disciplina di cui all'art. 17 della legge n. 111/2011 ha nel tempo conosciuto varie modifiche, andando ad ampliare lo spettro di funzioni svolte dall'Osservatorio nella predisposizione dei costi standard sanitari al fine di rendere sempre più efficace la razionalizzazione della spesa pubblica.

La norma, in estrema sintesi, ha dapprima delineato un procedimento volto alla definizione dei prezzi di riferimento da fornire alle regioni, che è stato puntualmente seguito dall'Osservatorio per la definizione di un primo elenco di prezzi pubblicato il 1° luglio 2012.

Successivamente, il legislatore ha ritenuto, con le ulteriori previsioni dell'art. 15, comma 13, lett. b), d.l. n. 95/2012, convertito con legge n. 135/2012, di corroborare la funzione dell'elenco, rendendo i prezzi così determinati rilevanti ai fini di una possibile rinegoziazione, da parte delle stazioni appaltanti, dei contratti ancora in essere con i fornitori e dell'eventuale recesso dai contratti in corso.

La *ratio* complessiva della suesposta disciplina è dunque quella di garantire lo sviluppo di ulteriori strumenti operativi di controllo, regolazione e razionalizzazione della spesa sanitaria per beni e servizi, in un momento come quello attuale, che, come predetto, vede il Paese fortemente impegnato in una operazione di *spending review* allo scopo di mantenere il livello di prestazioni erogate riducendo al contempo tutti i possibili sprechi e le inefficienze.

Ed in quest'ottica, trova tutela non solo l'Erario pubblico ma altresì l'interesse dei consumatori: come ricordava il Presidente dell'AVCP Sergio Santoro, «*sprechi ed inefficienze nel settore della spesa sanitaria comportano maggiori oneri per la PA ed un danno per gli utenti-cittadini, rallentando lo sviluppo economico*»¹⁷⁵.

175 Parole del Presidente dell'AVCP, a margine del suo intervento in Parlamento per la relazione 2012 delle attività dell'Autorità. Per un approfondimento, si veda *Intervento del Presidente dell'AVCP Sergio Santoro in op. cit.*

2. LA DISCIPLINA DEI PREZZI DI RIFERIMENTO IN AMBITO SANITARIO NELLA SUA COMPLESSA EVOLUZIONE: IL PRIMO ELENCO PREZZI DI RIFERIMENTO, FINALITÀ, PROCEDIMENTO, INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE ED ULTIME MODIFICHE NORMATIVE

a) In principio, l'elenco dei prezzi come "strumento operativo" a disposizione delle Regioni per il contenimento e la razionalizzazione della spesa sanitaria

Nel corso del 2012, l'Autorità ha proceduto all'applicazione di quanto previsto dall'art. 17 del decreto legge n. 98 del 2011, convertito nella legge n. 111/2011, giungendo nel luglio 2012 alla pubblicazione del primo elenco di riferimento.

La legge, nella sua iniziale versione ha, infatti, conferito all'Osservatorio dei Contratti Pubblici, in attesa del perfezionamento delle attività concernenti la determinazione annuale dei costi standardizzati per tipo di servizio e di fornitura, il compito di fornire alle regioni, attraverso la propria banca dati (Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, disciplinata dal Codice dei Contratti e dal Nuovo Codice dell'Amministrazione Digitale) un'elaborazione dei prezzi di riferimento, alle condizioni di maggiore efficienza dei beni, compresi i dispositivi medici e i farmaci per uso ospedaliero, delle prestazioni e dei servizi sanitari e non sanitari individuati dall'Agenzia per i servizi sanitari regionali (Agenas) tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico del servizio sanitario nazionale.

b) Procedimento

Il primo luglio 2012, l'Osservatorio ha pubblicato il primo elenco dei prezzi di riferimento all'esito di un complesso procedimento, di cui di seguito si delineano i tratti essenziali¹⁷⁶.

Nell'assolvimento dei compiti di razionalizzazione della spesa di cui alla suesposta normativa, l'Osservatorio ha intavolato un confronto ed un dialogo costante con

¹⁷⁶ I dati ed i riferimenti particolareggiati riportati nel presente capo circa il procedimento seguito dall'Osservatorio per la definizione dell'elenco dei prezzi per l'anno 2012 traggono ispirazione da *I prezzi di riferimento in ambito sanitario nel mercato dei contratti pubblici in Relazione annuale dell'AVCP al Parlamento per l'anno 2012*, cit., p. 76 ss, a cui si rimanda per una più esaustiva trattazione.

tutte le Amministrazioni coinvolte.

L'Autorità nel corso del 2011 ha, in particolare, predisposto una serie di incontri con altri soggetti istituzionali, in primis l'Agenas, per l'individuazione di quei prodotti e di quei servizi per i quali calcolare i prezzi di riferimento. Nel periodo compreso tra novembre e dicembre 2011, l'Agenas ha fornito all'Autorità l'elenco di dispositivi medici, farmaci di uso ospedaliero e servizi di maggiore rilevanza in termini di costo a carico del Servizio Sanitario Nazionale.

Sono stati peraltro svolti i questionari per la raccolta delle informazioni relative alle voci indicate negli elenchi trasmessi dall'Agenzia. Sebbene i farmaci e i dispositivi selezionati siano stati solo quelli a maggior impatto economico e nonostante si sia cercato di circoscrivere la somma per assicurare un grado di tollerabilità delle rilevazioni da parte delle amministrazioni coinvolte, il numero delle voci merceologiche è stato elevato: 147 tipologie farmacologiche, 186 tipologie di dispositivi medici, 38 articoli di guardaroba e 53 articoli di cancelleria. Questi numeri sono stati controbilanciati da una serie sostanzialmente esigua di informazioni richieste: solo 5/6 per ogni voce oggetto di analisi. Tra gli ambiti selezionati dall'Agenas tre tipologie: la ristorazione, la pulizia e la lavanderia. La preparazione dei relativi questionari, tuttavia, è risultata molto problematica, vista la natura complessa di tali servizi: ciò deriva dal fatto che questi sono tendenzialmente articolati in più sottoservizi coesistenti secondo combinazioni diverse, nonché dall'elevato numero di variabili che possono influenzare il prezzo del contratto. Le informazioni raccolte per ciascun servizio, pertanto, sono state piuttosto numerose: ciò è risultato inevitabile avendo voluto adottare un livello di standardizzazione non eccessivo per ciascun servizio, a cui associare prezzi di riferimento realmente utili per le finalità previste dalla legge.

Poiché non era possibile elaborare direttamente le informazioni contenute nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP), in quanto ad oggi queste informazioni non consentono di arrivare ad un dettaglio tale da poter fare confronti omogenei tra prodotti e servizi, sono state selezionate 89 amministrazioni rappresentative di tutte le regioni. Si è voluto così contemperare l'esigenza di minimizzare il numero di amministrazioni coinvolte, e quindi l'onere di referto informativo, con quello di buona riuscita della rilevazione. Più in dettaglio la selezione delle amministrazioni è avvenuta scegliendo per ciascuna "Regione" attraverso la Banca Dati

Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP), le amministrazioni operanti in ambito sanitario che avevano effettuato il maggior numero di acquisti sia in termini di numero che in termini di valore. Sono state anche inserite tutte le amministrazioni che svolgono il ruolo di centrale di committenza regionale.

Infine, è stata presa in considerazione anche la popolazione residente nel 2010 in ciascuna regione. Il campione definitivo è risultato formato da 89 soggetti a cui sottoporre i questionari.

L'indagine pilota per verificare che i questionari fossero correttamente interpretati, è stata condotta con due amministrazioni operanti nella Regione Lazio.

I questionari relativi ai farmaci ai dispositivi medici e ai servizi di lavanderia, pulizia e ristorazione sono stati sottoposti ad un sottoinsieme di 66 amministrazioni.

Una volta selezionate le stazioni appaltanti a cui rivolgere la richiesta dati e predisposti i questionari definitivi su base telematica, sono state spedite, principalmente per Posta Elettronica Certificata (PEC), delle lettere di preavviso indirizzate alle amministrazioni rientranti nel campione ed aventi ad oggetto la richiesta dei nominativi dei RUP a cui rivolgere direttamente la successiva richiesta di dati informativi. Detta richiesta ha poi assegnato il termine di 30 giorni per la trasmissione dei dati all'Osservatorio attraverso l'utilizzo della piattaforma informatica resa disponibile attraverso il collegamento con il sito *web* dell'Autorità.

Per i servizi sono state chieste le informazioni dei contratti in corso. Per le forniture sono state chieste informazioni relative all'ultimo contratto di acquisto comunque non antecedente al 2010.

c) La funzione di benchmark

Il suesposto procedimento mirava in particolare ad enucleare un elenco prezzi idoneo ad assolvere il ruolo di *benchmark* "virtuosi" e, contemporaneamente, realisticamente raggiungibili da parte delle regioni e delle amministrazioni appaltanti meno "virtuose", nonché a rafforzare la capacità di controllo e razionalizzazione della spesa sanitaria delle Regioni.

Inizialmente, come predetto, la norma contenuta all'art. 17 del decreto legge n. 98/2011, convertito nella legge n. 111/2011 non è stata interpretata con una finalità di controllo ma con l'obiettivo di mettere a disposizione delle amministrazioni operanti nella sanità pubblica uno strumento di orientamento in un settore dove è molto difficile valutare possibili differenze qualitative di un servizio o di un prodotto¹⁷⁷.

d) L'elaborazione dei dati, l'elenco dei prezzi ed i percentili

I dati raccolti sono stati successivamente elaborati al fine di eliminare o correggere quei valori che presentavano degli elementi di criticità e che, pertanto, avrebbero potuto compromettere la precisione dei risultati finali. Preliminarmente si è proceduto utilizzando appositi software di statistica per individuare i possibili valori di prezzo anomali, contattando direttamente i responsabili della trasmissione dei dati¹⁷⁸.

La maggior parte dei dati anomali, puntualmente verificati, sono stati quelli corrispondenti ai valori più bassi della distribuzione statistica in quanto, in una logica di contenimento della spesa, più degli altri potevano costituire un riferimento.

I prezzi elaborati hanno riguardato i valori di posizione delle distribuzioni statistiche analizzate – con riferimento al costo delle varie forniture sanitarie – attraverso il metodo del percentile, ossia dividendo ogni singola distribuzione in cento parti uguali¹⁷⁹.

Il prezzo di riferimento rilasciato è stato fissato, per i principi attivi e per i dispositivi

177 Si veda *La funzione di benchmark dell'elenco dei prezzi in ambito sanitario in Relazione annuale dell'AVCP al Parlamento per l'anno 2012*, cit., p. 81 ss.

178 I dati ed i riferimenti particolareggiati riportati nel presente capo sul procedimento seguito dall'Osservatorio per la definizione dell'elenco dei prezzi traggono ispirazione da *il calcolo del percentile nell'elenco dei prezzi in ambito sanitario in Relazione annuale dell'AVCP al Parlamento per l'anno 2012*, cit., p. 80 ss., a cui si rimanda per una più esaustiva trattazione.

179 In particolare, dato un campione, il percentile ennesimo è il valore che separa il numero percentuale dei dati dal resto. Esempio il 50° percentile è la mediana. La definizione di percentile permette di stabilire la percentuale di valori al di sotto di una certa soglia, e anche la percentuale tra due soglie; per esempio, tra i valori corrispondenti al 25° ed il 75° percentile, abbiamo il 50% dei valori, tra il 5° e il 95° percentile il 90% e così via. Per un approfondimento, si veda *Risk management*, in www.itccalo.it.

medici uguale al 10° percentile. Nel caso del servizio di lavanderia e di pulizia il prezzo di riferimento considerato è stato quello corrispondente al 20° percentile mentre nel caso della ristorazione come prezzo di riferimento è stato indicato quello in corrispondenza del 25° percentile.

Per tutte le categorie di beni e servizi oggetto di indagine oltre al prezzo di riferimento sempre inferiore al prezzo mediano, è stato pubblicato anche quest'ultimo. Il prezzo mediano, infatti, è stato pubblicato potendo costituire un utile termine di confronto in tutti quei casi in cui il prezzo di riferimento, che per sua natura rappresenta una misura sintetica dei prezzi comunicati, non riesca pienamente a dar conto dell'eterogeneità, anche qualitativa, dei beni e servizi acquistati.

Nel caso dei dispositivi medici il prezzo è stato inizialmente fissato al 10° percentile se il numero di osservazioni era superiore a dieci (per osservazioni comprese tra 5 e 10 il prezzo scaturiva dalla media tra il prezzo del 10° e il prezzo del 25° percentile).

All'esito del suesposto procedimento, il primo luglio 2012, l'Osservatorio ha pubblicato il primo elenco dei prezzi di riferimento.

e) Le prime valutazioni giurisprudenziali sull'elenco dei prezzi

Dopo la prima pubblicazione dei prezzi di riferimento, avvenuta il 1° luglio 2012, la Giurisprudenza è stata chiamata a saggiare la legittimità dell'operato dell'Osservatorio.

Con precipuo riferimento ai prezzi dei medicinali, a seguito di alcuni ricorsi presentati dagli operatori economici del settore, il TAR del Lazio ha valutato la regolarità e la completezza dell'istruttoria compiuta dall'Amministrazione sia con riguardo alle modalità di svolgimento sia con riguardo alla congruità dei tempi¹⁸⁰.

Con riguardo al procedimento seguito, il giudice amministrativo ha rilevato come l'AVCP abbia correttamente coinvolto le Amministrazioni maggiormente esposte. Sul punto, l'Autorità giurisdizionale ha stigmatizzato come *«l'indagine compiuta dall'Osservatorio sia stata svolta nei confronti di 66 stazioni appaltanti (su circa 400 operanti a livello nazionale); queste amministrazioni - che comprendono tutte quel-*

180 Cfr. sul punto *ex multis* la sentenza del TAR del Lazio, 2 maggio 2013, n. 4399.

le che svolgono il ruolo di centrale di committenza regionale - sono state scelte tra quelle che, in ciascuna regione, avevano effettuato i maggiori acquisti (sia in termini di numero che di valore economico)»¹⁸¹.

Quanto al profilo dei tempi, il Tribunale ha avuto altresì modo di puntualizzare che il lavoro di rilevazione sia stato avviato con congruo anticipo, sin dal novembre 2011, aggiungendo che, «*se è vero che la norma non prescriveva che i prezzi di riferimento andassero pubblicati il 1 luglio 2012 ma “a partire” da quella data, è anche vero che la pubblicazione in data 1 luglio 2012 è giustificata dalla situazione di grave emergenza finanziaria e dagli ambiziosi obiettivi in termini di risparmio sulla spesa sanitaria che erano ricollegati alla misura in esame»¹⁸².*

Per quanto riguarda infine il profilo relativo all'identificazione del prezzo di riferimento dei medicinali con il prezzo corrispondente al decimo percentile, il Tribunale ha rilevato come la *ratio* della norma sia quella di *far conseguire significativi risparmi di spesa, con il chiaro obiettivo di massimizzare il risparmio; nello stesso tempo va rilevato che - almeno per quanto riguarda il profilo relativo ai prezzi di riferimento dei farmaci a uso ospedaliero - il prezzo di riferimento in questo modo individuato corrisponde a prezzi effettivamente praticati (e quindi evidentemente ritenuti remunerativi dalla ricorrente) in negoziazioni aventi a oggetto il medesimo farmaco; anzi dalle rilevazioni eseguite dall'osservatorio risultano anche forniture aggiudicate a prezzi inferiori*¹⁸³. Il Tribunale ha ulteriormente argomentato rilevando che il criterio utilizzato dall'Osservatorio ha ricevuto, sia pure a posteriori, una *legittimazione da parte del legislatore* che, nel fissare la nozione di prezzo di riferimento, ha previsto che esso possa identificarsi persino con il quinto percentile, in presenza di significatività statistica e di elevata omogeneità del bene¹⁸⁴.

f) Il d.l. n. 95/2012 e la nuova funzione dei prezzi di riferimento

Dopo la prima pubblicazione dei prezzi di riferimento, avvenuta il 1° luglio 2012, è intervenuto il d.l. n. 95/2012, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135,

181 Si veda la sentenza del TAR del Lazio, cit.

182 Cfr. la sentenza del TAR del Lazio, cit.

183 A riguardo, la sentenza del TAR del Lazio, cit.

184 Si veda più avanti (al punto g) il commento al decreto Balduzzi (d.l. n. 158 del 2012) e alle recenti modifiche da questo apportate all'art. 17 della legge n. 111/2011 in tema di percentili.

il quale ha previsto, all'art. 15, comma 13, lett. b), di inserire nel citato art. 17, la seguente disposizione: «*Qualora sulla base dell'attività di rilevazione di cui al presente comma, nonché sulla base delle analisi effettuate dalle Centrali regionali per gli acquisti anche grazie a strumenti di rilevazione dei prezzi unitari corrisposti dalle Aziende Sanitarie per gli acquisti di beni e servizi, emergano differenze significative dei prezzi unitari, le Aziende Sanitarie sono tenute a proporre ai fornitori una rinegoziazione dei contratti che abbia l'effetto di ricondurre i prezzi unitari di fornitura ai prezzi di riferimento come sopra individuati, e senza che ciò comporti modifica della durata del contratto. In caso di mancato accordo, entro il termine di 30 giorni dalla trasmissione della proposta, in ordine ai prezzi come sopra proposti, le Aziende sanitarie hanno il diritto di recedere dal contratto senza alcun onere a carico delle stesse, e ciò in deroga all'articolo 1671 del codice civile. Ai fini della presente lettera per differenze significative dei prezzi si intendono differenze superiori al 20 per cento rispetto al prezzo di riferimento*».

Con il d.l. n. 95/2012 del 6 luglio 2012, e quindi successivamente alla pubblicazione della prima tranche di prezzi da parte dell'Osservatorio avvenuta il 1° luglio 2012, il Legislatore ha apportato alcune modifiche e integrazioni all'art. 17, comma 1, lett. a), d.l. n. 98/2011 in base alle quali la funzione dei prezzi di riferimento è risultata del tutto innovata e potenziata. Secondo le nuove previsioni, infatti, i prezzi di riferimento non sono più semplicemente "strumenti operativi di controllo e razionalizzazione della spesa" ma anche e soprattutto dei parametri di riferimento per la "rinegoziazione dei contratti" in essere.

In altre parole, la modifica normativa appena citata ha sostanzialmente modificato il significato dei prezzi di riferimento che da *benchmark* sono diventati dei veri e propri valori su cui le singole amministrazioni hanno il diritto di confrontarsi e rinegoziare condizioni contrattuali in essere.

Pertanto, lo strumento dell'elenco dei prezzi in ambito sanitario accresce notevolmente la sua efficacia nella razionalizzazione della spesa sanitaria.

g) Il d.l. n. 158/2012 (c.d. decreto Balduzzi) e l'ultima modifica alla disciplina dei percentili nella individuazione dei prezzi di riferimento

Con d.l. 13 settembre 2012, n. 158, (convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189), c.d. decreto Balduzzi, il legislatore è intervenuto nuovamente sul contenuto dell'art. 17, comma 1, lett. a), del d.l. n. 98/2011 (convertito con legge 111/2011) introducendo previsioni di ancora maggiore dettaglio¹⁸⁵.

185 L'art. 17 del d.l. n. 98/2011, conv. in legge n. 111/2011, nella sua attuale formulazione, nel disciplinare la "razionalizzazione della spesa sanitaria" prevede che: «1. Al fine di garantire il rispetto degli obblighi comunitari e la realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, il livello del finanziamento del Servizio sanitario nazionale a cui concorre lo Stato per il 2013 è incrementato dello 0,5% rispetto al livello vigente per il 2012 ed è ulteriormente incrementato dell'1,4% per il 2014. Conseguentemente, con specifica Intesa fra lo Stato e le regioni, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, da stipulare entro il 30 aprile 2012, sono indicate le modalità per il raggiungimento dell'obiettivo di cui al primo periodo del presente comma. Qualora la predetta Intesa non sia raggiunta entro il predetto termine, al fine di assicurare per gli anni 2013 e 2014 che le regioni rispettino l'equilibrio di bilancio sanitario, sono introdotte, tenuto conto delle disposizioni in materia di spesa per il personale di cui all'articolo 16, le seguenti disposizioni negli altri ambiti di spesa sanitaria:

a) nelle more del perfezionamento delle attività concernenti la determinazione annuale di costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura da parte dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'articolo 7 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e anche al fine di potenziare le attività delle Centrali regionali per gli acquisti, il citato Osservatorio, a partire dal 1° luglio 2012, attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 62-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, fornisce alle regioni un'elaborazione dei prezzi di riferimento, ivi compresi quelli eventualmente previsti dalle convenzioni Consip, anche ai sensi di quanto disposto all'articolo 11, alle condizioni di maggiore efficienza dei beni, ivi compresi i dispositivi medici ed i farmaci per uso ospedaliero, delle prestazioni e dei servizi sanitari e non sanitari individuati dall'Agenzia per i servizi sanitari regionali di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 giugno 1993, n. 266, tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico del Servizio sanitario nazionale, nonché la pubblicazione sul sito web dei prezzi unitari corrisposti dalle aziende sanitarie locali per gli acquisti di beni e servizi. Per prezzo di riferimento alle condizioni di maggiore efficienza si intende il 5° percentile, ovvero il 10° percentile, ovvero il 20° percentile, ovvero il 25° percentile dei prezzi rilevati per ciascun bene o servizio oggetto di analisi sulla base della significatività statistica e della eterogeneità dei beni e dei servizi riscontrate dal predetto Osservatorio. Il percentile è tanto più piccolo quanto maggiore risulta essere l'omogeneità del bene o del servizio. Il prezzo è rilasciato in presenza di almeno tre rilevazioni. Ciò, al fine di mettere a disposizione delle regioni ulteriori strumenti operativi di controllo e razionalizzazione della spesa. Le regioni adottano tutte le misure necessarie a garantire il conseguimento degli obiettivi di risparmio programmati, intervenendo anche sul livello di spesa per gli acquisti delle prestazioni sanitarie presso gli operatori privati accreditati. Qualora sulla base dell'attività di rilevazione di cui al presente comma, nonché, in sua assenza, sulla base delle analisi effettuate dalle Centrali regionali per gli acquisti anche grazie a strumenti di rilevazione dei prezzi unitari corrisposti dalle Aziende Sanitarie per gli acquisti di

beni e servizi, emergano differenze significative dei prezzi unitari, le Aziende Sanitarie sono tenute a proporre ai fornitori una rinegoziazione dei contratti che abbia l'effetto di ricondurre i prezzi unitari di fornitura ai prezzi di riferimento come sopra individuati, e senza che ciò comporti modifica della durata del contratto. In caso di mancato accordo, entro il termine di 30 giorni dalla trasmissione della proposta, in ordine ai prezzi come sopra proposti, le Aziende sanitarie hanno il diritto di recedere dal contratto senza alcun onere a carico delle stesse, e ciò in deroga all'articolo 1671 del codice civile. Ai fini della presente lettera per differenze significative dei prezzi si intendono differenze superiori al 20 per cento rispetto al prezzo di riferimento. Sulla base dei risultati della prima applicazione della presente disposizione, a decorrere dal 1° gennaio 2013 la individuazione dei dispositivi medici per le finalità della presente disposizione è effettuata dalla medesima Agenzia di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 giugno 1993, n. 266, sulla base di criteri fissati con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, relativamente a parametri di qualità, di standard tecnologico, di sicurezza e di efficacia. Nelle more della predetta individuazione resta ferma l'individuazione di dispositivi medici eventualmente già operata da parte della citata Agenzia. Le aziende sanitarie che abbiano proceduto alla rescissione del contratto, nelle more dell'espletamento delle gare indette in sede centralizzata o aziendale, possono, al fine di assicurare comunque la disponibilità dei beni e servizi indispensabili per garantire l'attività gestionale e assistenziale, stipulare nuovi contratti accedendo a convenzioni-quadro, anche di altre regioni, o tramite affidamento diretto a condizioni più convenienti in ampliamento di contratto stipulato da altre aziende sanitarie mediante gare di appalto o forniture;

a-bis) in fase di prima applicazione, la determinazione dei prezzi di riferimento di cui alla lettera a) è effettuata sulla base dei dati rilevati dalle stazioni appaltanti che hanno effettuato i maggiori volumi di acquisto, come risultanti dalla Banca dati nazionale dei contratti pubblici;

b) in materia di assistenza farmaceutica ospedaliera, al fine di consentire alle regioni di garantire il conseguimento degli obiettivi di risparmio programmati compatibili con il livello di finanziamento di cui al primo periodo del presente comma, a decorrere dall'anno 2013, con regolamento da emanare, entro il 30 giugno 2012, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono disciplinate le procedure finalizzate a porre a carico delle aziende farmaceutiche l'eventuale superamento del tetto di spesa a livello nazionale di cui all'articolo 5, comma 5, del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, nella misura massima del 35% di tale superamento, in proporzione ai rispettivi fatturati per farmaci ceduti alle strutture pubbliche, con modalità stabilite dal medesimo regolamento. Qualora entro la predetta data del 30 giugno 2012 non sia stato emanato il richiamato regolamento, l'Agenzia italiana del farmaco, con riferimento alle disposizioni di cui all'articolo 11, comma 7, lettera b), del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, a decorrere dall'anno 2013, aggiorna le tabelle di raffronto ivi previste, al fine di consentire alle regioni di garantire il conseguimento dei predetti obiettivi di risparmio, e conseguentemente, a decorrere dall'anno 2013 il tetto di spesa per l'assistenza farmaceutica territoriale di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto-legge 1° ottobre 2007,

n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, come da ultimo modificato dall'articolo 22, comma 3, del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102 è rideterminato nella misura del 12,5%;

c) ai fini di controllo e razionalizzazione della spesa sostenuta direttamente dal Servizio sanitario nazionale per l'acquisto di dispositivi medici, in attesa della determinazione dei costi standardizzati sulla base dei livelli essenziali delle prestazioni che tengano conto della qualità e dell'innovazione tecnologica, elaborati anche sulla base dei dati raccolti nella banca dati per il monitoraggio dei consumi dei dispositivi medici direttamente acquistati dal Servizio sanitario nazionale di cui al decreto del Ministro della salute dell'11 giugno 2010, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 175 del 2010, a decorrere dal 1° gennaio 2013 la spesa sostenuta dal Servizio sanitario nazionale per l'acquisto di detti dispositivi, tenuto conto dei dati riportati nei modelli di conto economico (CE), compresa la spesa relativa all'assistenza protesica, è fissata entro un tetto a livello nazionale e a livello di ogni singola regione, riferito rispettivamente al fabbisogno sanitario nazionale standard e al fabbisogno sanitario regionale standard di cui agli articoli 26 e 27 del decreto legislativo 6 maggio 2011, n. 68.

Ciò al fine di garantire il conseguimento degli obiettivi di risparmio programmati. Il valore assoluto dell'onere a carico del Servizio sanitario nazionale per l'acquisto dei dispositivi di cui alla presente lettera, a livello nazionale e per ciascuna regione, è annualmente determinato dal Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Le regioni monitorano l'andamento della spesa per acquisto dei dispositivi medici: l'eventuale superamento del predetto valore è recuperato interamente a carico della regione attraverso misure di contenimento della spesa sanitaria regionale o con misure di copertura a carico di altre voci del bilancio regionale. Non è tenuta al ripiano la regione che abbia fatto registrare un equilibrio economico complessivo;

d) a decorrere dall'anno 2014, con regolamento da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro della salute di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono introdotte misure di compartecipazione sull'assistenza farmaceutica e sulle altre prestazioni erogate dal servizio sanitario nazionale. Le misure di compartecipazione sono aggiuntive rispetto a quelle eventualmente già disposte dalle regioni e sono finalizzate ad assicurare, nel rispetto del principio di equilibrio finanziario, l'appropriatezza, l'efficacia e l'economicità delle prestazioni. La predetta quota di compartecipazione non concorre alla determinazione del tetto per l'assistenza farmaceutica territoriale. Le regioni possono adottare provvedimenti di riduzione delle predette misure di compartecipazione, purché assicurino comunque, con misure alternative, l'equilibrio economico finanziario, da certificarsi preventivamente da parte del Comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza e dal Tavolo tecnico per la verifica degli adempimenti di cui agli articoli 9 e 12 dell'Intesa Stato-Regioni del 23 marzo 2005.

2. Con l'Intesa fra lo Stato e le regioni di cui all'alinea del comma 1 sono indicati gli importi delle manovre da realizzarsi, al netto degli effetti derivanti dalle disposizioni di cui all'articolo 16 in materia di personale dipendente e convenzionato con il Servizio sanitario nazionale per l'esercizio 2014, mediante

In primo luogo, è stato specificato il significato dell'espressione «*condizioni di maggiore efficienza dei beni*», che nella precedente formulazione non veniva esplicitato, riconducendo la «*condizione di efficienza*» all'utilizzo di ben individuati percentili nella determinazione dei prezzi. Inoltre, è stato chiarito che la scelta del percentile va fatta sulla base della significatività statistica e dell'eterogeneità dei beni e servizi di volta in volta considerati e secondo le rilevazioni fatte dall'Osservatorio. La norma dispone infatti che: *«per prezzo di riferimento alle condizioni di maggiori efficienza si intende il 5° percentile, ovvero il 10° percentile ovvero il 20° percentile, ovvero il 25° percentile dei prezzi rilevati per ciascun bene o servizio oggetto di analisi sulla base della significatività statistica e della eterogeneità dei beni e dei servizi riscontrate dal predetto Osservatorio».*

Va segnalato che il legislatore non ha ritenuto di modificare la parte dell'art. 17 relativa all'utilizzo dei prezzi di riferimento per la rinegoziazione dei contratti in corso, lasciando inalterate le disposizioni in precedenza introdotte dall'art. 15, comma 13, lett. b), d.l. n. 95/2012, convertito con legge n. 135/2012.

Un ulteriore importante aspetto chiarito dal Legislatore ha riguardato l'elenco dei dispositivi medici oggetto di rilevazione. Il decreto c.d. "Balduzzi" ha stabilito, infatti, che *«a decorrere dal 1° gennaio 2013 la individuazione dei dispositivi medici () è effettuata dalla medesima Agenzia di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 giugno 1993, n. 266, sulla base di criteri fissati con decreto del Ministro della Salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, relativamente a parametri di* le misure di cui alle lettere a), b), c) e d) del comma 1. Qualora la predetta Intesa non sia raggiunta entro il predetto termine, gli importi sono stabiliti, al netto degli effetti derivanti dalle disposizioni di cui al citato articolo 16, fra le predette misure nelle percentuali, per l'esercizio 2013, del 30%, 40% e 30% a carico rispettivamente delle misure di cui alle lettere a), b) e c) del comma 1, nonché, per l'esercizio 2014, del 22%, 20%, 15% e 40% a carico rispettivamente delle misure di cui alle lettere a), b) c) e d) del comma 1; per l'anno 2014, il residuo 3 per cento corrisponde alle economie di settore derivanti dall'esercizio del potere regolamentare in materia di spese per il personale sanitario dipendente e convenzionato di cui all'articolo 16. Conseguentemente il tetto indicato alla lettera c) del comma 1 è fissato nella misura del 5,2%. Qualora le economie di settore derivanti dall'esercizio del potere regolamentare in materia di spese per il personale sanitario dipendente e convenzionato di cui all'articolo 16 risultino di incidenza differente dal 3 per cento, le citate percentuali per l'anno 2014 sono proporzionalmente rideterminate e con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, ove necessario, è conseguentemente rideterminato in termini di saldo netto da finanziare il livello del finanziamento del Servizio sanitario nazionale di cui al comma 1».

qualità di standard tecnologico, di sicurezza e di efficacia. Nelle more della predetta individuazione resta ferma l'individuazione di dispositivi medici eventualmente già operata da parte della citata Agenzia».

Il legislatore ha, infine, chiarito che il prezzo di riferimento va rilasciato in presenza di almeno tre rilevazioni e che (nuova lettera a-bis del comma 1 dell'art. 17) in fase di prima applicazione, la determinazione dei prezzi di riferimento è effettuata sulla base dei dati rilevati dalle stazioni appaltanti che hanno effettuato i maggiori volumi di acquisto, come risultanti dalla Banca dati nazionale dei contratti pubblici¹⁸⁶.

3. LA CONSULTAZIONE CON GLI STAKEHOLDERS DEL SETTORE IN VISTA DELLA RILEVAZIONE DEI PREZZI DI RIFERIMENTO IN AMBITO SANITARIO DELL'ANNO 2013

Con riferimento all'elaborazione dell'elenco dei prezzi in ambito sanitario per l'anno 2013, che seguirà l'elenco del primo luglio 2012, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha aperto una consultazione pubblica (on line sino al 25 ottobre 2013) al fine di garantire il più ampio contraddittorio con tutte le parti interessate ed, in particolare, con i soggetti operanti nel settore della sanità, cd. *stakeholders*¹⁸⁷.

Tale consultazione garantisce il rispetto della regola espressa dal codice dei contratti (art. 8 d. lgs. n. 163 del 2006) secondo cui, nell'attività di regolazione per le questioni di più rilevante interesse, ogni soluzione dell'Autorità è preceduta da una fase di

186 Le nuove previsioni hanno anche chiarito il rapporto tra il ruolo dell'Osservatorio Centrale e delle Centrali Regionali per gli acquisti nella determinazione ed applicazione dei prezzi di riferimento. Infatti, l'art. 17 in questione è stato modificato nella parte che lega i prezzi di riferimento alle analisi effettuate dalle Centrali di committenza regionali, limitando il ricorso a tali analisi alla sola ipotesi di assenza di prezzo di riferimento elaborato dall'Osservatorio. Ciò in linea con l'interpretazione fornita dall'Ufficio legislativo del Ministero dell'Economia e delle Finanze che già con nota del 2 agosto 2012 aveva precisato che la rinegoziazione va effettuata utilizzando i prezzi di riferimento determinati dall'Autorità e solo ove questi non sono presenti, utilizzando quelli rilevati dalle Centrali di committenza regionali. Per un approfondimento sul punto si veda *Il quadro normativo in Consultazione su i prezzi di riferimento in ambito sanitario*, in *Attività dell'Autorità* su www.AVCP.it.

187 Si veda *Consultazione su I prezzi di riferimento in ambito sanitario*, in *Attività dell'Autorità* su www.AVCP.it

consultazione preventiva¹⁸⁸, con l'auspicio che essa possa avere altresì degli effetti futuri positivi e deflattivi del contenzioso.

Gli aspetti sui quali l'Osservatorio ritiene profittevole un confronto con i soggetti interessati sono quelli che richiedono una conoscenza specifica del *procurement* (approvvigionamento) in ambito sanitario e per i quali il Legislatore non fornisce puntuali previsioni rimandando, invece, alla discrezionalità dell'AVCP le valutazioni necessarie per l'adempimento agli obblighi normativi.

Più specificatamente, oggetto della suddetta consultazione sono: a) l'insieme delle stazioni appaltanti a cui sottoporre i questionari per la rilevazione dei dati necessari alla determinazione dei prezzi di riferimento; b) i questionari per la rilevazione dei prezzi di riferimento dei farmaci, dei dispositivi medici, dei servizi di pulizia, ristorazione, lavanderia; c) il periodo di riferimento dei dati da comunicare.

Sono pertanto messi a disposizione per la consultazione da parte dei soggetti interessati: 1) l'elenco dei soggetti operanti in ambito sanitario risultanti dalla Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP) che saranno coinvolti nella rilevazione 2013; 2) i nuovi questionari di rilevazione dei prezzi dei dispositivi medici, dei principi attivi, dei servizi di pulizia, ristorazione, lavanderia predisposti dall'Osservatorio¹⁸⁹.

4. CONCLUSIONI

Salva l'alea di ulteriori interventi normativi e giurisprudenziali, questi ultimi dovuti alla proposizione di una serie di ricorsi che gli operatori economici hanno nel frattempo attivato ed ai relativi procedimenti¹⁹⁰, sembra ragionevole ritenere come il

188 A riguardo, cfr. gli atti del convegno su "*Nuove prospettive giuridiche tra deflazione del contenzioso e responsabilizzazione del mercato dei contratti pubblici: l'Autorità e l'Avvocatura a confronto*", Roma 30 maggio 2013.

189 Per un approfondimento sul punto si veda *La consultazione degli stakeholders in Consultazione su i prezzi di riferimento in ambito sanitario*, in *Attività dell'Autorità su www.AVCP.it*.

190 Si vedano, tra le altre, TAR Lazio Roma, sez. III, sentenze: 9 maggio 2013, n. 4602; 8 maggio 2013, n. 4586; 9 maggio 2013, n. 4601; 9 maggio 2013, n. 4600; 8 maggio 2013, n. 4589; 8 maggio 2013, n. 4586; 2 maggio 2013, n. 4401.

nuovo elenco dei prezzi di riferimento in ambito sanitario, di cui all'art. 17 del decreto legge n. 98/2011, convertito nella legge n. 111/2011, possa condurre le Amministrazioni Pubbliche a centrare alcuni obiettivi di *spending review* e parallelamente di crescita del benessere dei consumatori.

Per comprendere la portata del fenomeno e i suoi effetti benefici sulla spesa sanitaria, basti pensare che, dalle simulazioni svolte dall'AVCP, per i farmaci e per i dispositivi medici, per i quali sono stati elaborati i prezzi di riferimento, i risparmi possibili potrebbero raggiungere il 24,6%¹⁹¹ della spesa attuale.

Non a caso, il legislatore sembra aver colto le potenzialità dell'operato dell'Osservatorio, laddove ha da ultimo previsto la possibilità per le S.A. di rinegoziare i contratti in corso che si discostino dai valori dell'elenco prezzi. L'elenco annuale dei prezzi standard in ambito sanitario dimostra così un'efficacia a tutto tondo, non solo guidando le Amministrazioni aggiudicatrici nelle future nuove contrattazioni ma andando ad incidere anche sui rapporti instaurati.

Con il coinvolgimento degli *stakeholders*, d'altro canto, la redazione del nuovo elenco prezzi 2013 in ambito sanitario dovrebbe essere espressione di un confronto ancora più costruttivo tra parte pubblica e privata, con auspicabili effetti deflattivi del contenzioso.

Pertanto, sembra doversi presumere una crescita d'importanza di tale attività di rilevazione da parte dell'Osservatorio al fine di una razionalizzazione della spesa sanitaria, tenendo ben presente che la maggior efficienza del settore dovrebbe assicurare, come rilevato in premessa, giovamento non solo all'Erario pubblico ma anche al benessere dei consumatori.

191 Cfr. *La funzione di benchmark dell'elenco dei prezzi in ambito sanitario*, in *Relazione annuale dell'AVCP al Parlamento per l'anno 2012*, cit., p. 81 ss.

Gli Autori

LORENZO ARMENTANO

Dottore in Giurisprudenza

FABIO BASSAN

*Professore associato di Diritto internazionale
Università Roma Tre*

CARLO BELLESINI

*Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo
Università La Sapienza*

ELENA BELLISARIO

*Ricercatore di Diritto privato
Università Roma Tre*

ALESSANDRA CAMEDDA

*Dottoranda di ricerca in Mercato e Consumatori
Università Roma Tre*

ALFIO CILLEPI

*Dottorando di ricerca in Mercato e Consumatori
Università Roma Tre*

ALDO CORVINO

*Dottorando di ricerca in Mercato e Consumatori
Università Roma Tre*

GIUSTINO DI CECCO

*Professore associato di Diritto commerciale
Università Roma Tre*

ROCCO JR. FLACCO

*Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo
Università La Sapienza*

ALFONSO INGENITO

*Dottorando di ricerca in Mercato e Consumatori
Università Roma Tre*

PAOLO LAZZARA

*Professore associato di Diritto amministrativo
Università Roma Tre*

ELIO LEONETTI

Avvocato in Roma

ALESSANDRO LOMORO

*Dottorando di ricerca in Mercato e Consumatori
Università Roma Tre*

FRANCESCO LONGOBUCCO

*Ricercatore di Diritto privato
Università Roma Tre*

ANDREA LUBERTI

*Magistrato della Corte dei conti
Referendario presso la Sezione controllo per la Regione Lombardia
Dottore di ricerca in Mercato e consumatori - Università Roma Tre*

LUCIA MINERVINI

*Dottore di ricerca in Mercato e Consumatori
Università Roma Tre*

FRANCESCA PELLICANÒ

*Dottoranda di ricerca in Mercato e Consumatori
Università Roma Tre*

SARA PERUGINI

*Dottore di ricerca in Mercato e Consumatori - Università Roma Tre
Funzionario presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*

MADDALENA RABITTI

*Professore ordinario di Diritto dell'economia
Università Roma Tre*

LILIANA ROSSI CARLEO

*Professore ordinario di Diritto privato
Università Roma Tre*

CLARA SGOBBO

*Dottoranda di ricerca in Mercato e Consumatori
Università Roma Tre*

MARIA CHIARA SOLE

*Dottorando di ricerca in Mercato e Consumatori
Università Roma Tre*

STEFANIA VACCA

*Dottorando di ricerca in Mercato e Consumatori
Università Roma Tre*

PAOLO VALENSISE

*Professore associato di Diritto commerciale
Università Roma Tre*

Associazioni di Consumatori



ACU - Associazione Consumatori Utenti
Organizzazione senza scopo di lucro



ADICONSUM



Casa del Consumatore



CITTADINANZA ATTIVA



CONFCONSUMATORI
CONFEDERAZIONE GENERALE DEI CONSUMATORI



FEDERCONSUMATORI
FEDERAZIONE NAZIONALE CONSUMATORI E UTENTI



Lega Consumatori



MOVIMENTO CONSUMATORI



difesa del cittadino



1955
UNIONE NAZIONALE CONSUMATORI

Istituzioni



CAMERE DI COMMERCIO D'ITALIA

Università



UNIVERSITÀ di CATANIA



ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI



UNIVERSITÀ DI SIENA
1240



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

Centro Europeo di Diritto dell'Informatica e del Consumo



Università di Roma

Tor Vergata

Imprese e loro associazioni di categoria



DUCATO



CENTROMARCA



Asstra • Federambiente • Federutility



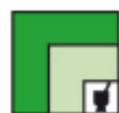
EDISON



Enel



FEDERDISTRIBUZIONE
LE AZIENDE DELLA DISTRIBUZIONE MODERNA



federfarma



FERROVIE DELLO STATO ITALIANE

INTESA SANPAOLO



MasterCard



MONTE DEI PASCHI DI SIENA
BANCA DAL 1472

Posteitaliane



SORGENIA
L'ENERGIA SENSIBILE



TELECOM ITALIA

UPA

UTENTI PUBBLICITÀ ASSOCIATI



vodafone

WIND

Più vicini.



Consumers' Forum è un'associazione indipendente e unica in tutta Europa che dal 1999 riunisce imprese e consumatori per facilitare il dialogo, promuovere le politiche consumeriste e migliorare la qualità di vita dei cittadini.

Fanno parte di Consumers' Forum le più importanti associazioni di consumatori, istituzioni, università, numerose imprese industriali e di servizi e le loro rappresentanze.

L'associazione è luogo di confronto sui diritti dei consumatori e favorisce il "dialogo aperto" tra le parti.

Consumers' Forum

Via degli Scipioni,8 00192 Roma RM
tel.06-39725486 fax 06-39887519
segreteria@consumersforum.it
www.consumersforum.it

 consumforum

 @ConsumForum

 consumersforumtv