

# **L'*actio finium regundorum* tra le Autorità Amministrative Indipendenti nella repressione delle pratiche commerciali scorrette: la posizione del Consiglio di Stato\***

di Fabio Dell'Aversana \*\*  
(26 giugno 2012)

SOMMARIO: 1) Il problema e le ragioni dell'intervento dell'Adunanza plenaria. 2) Il punto di diritto. 3) La posizione del Consiglio di Stato. 4) Conclusioni.

## **1) Il problema e le ragioni dell'intervento dell'Adunanza plenaria**

Il tema del riparto di competenze attribuite dalla legge alle singole Autorità Amministrative Indipendenti<sup>1</sup> si è imposto nuovamente all'attenzione del giurista a seguito di alcune recenti e importanti pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Ci si riferisce, in modo particolare, alle sentt. nn. 11, 12, 13, 14, 15 e 16 del maggio 2012<sup>2</sup> riguardanti una serie di provvedimenti sanzionatori che l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato ha adottato in danno di alcune società operanti nel settore delle telecomunicazioni e dei prodotti finanziari.

La questione non è nuova ed è stata già oggetto di contrastanti pronunce dei giudici amministrativi<sup>3</sup>. Alla luce di questa considerazione,

---

\* Scritto sottoposto a *referee*.

<sup>1</sup> D'ora in poi ricordate nel testo con l'acronimo A.I.

<sup>2</sup> Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 11, in *Federalismi*, 2012; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 12, in *Federalismi*, 2012; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 13, in *Federalismi*, 2012; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 14, in *Federalismi*, 2012; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 15, in *Federalismi*, 2012; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 11 maggio 2012, n. 16, in *Federalismi*, 2012.

<sup>3</sup> Il problema è strettamente collegato con quello del sindacato giurisdizionale sugli atti delle A. I.: in merito a questo specifico profilo, si richiama la posizione di G. DE MINICO, *Spunti per una riflessione in merito al sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Antitrust e della Consob*, in *Pol. dir.*, 1998, 2, 243, che nell'articolare il suo ragionamento sottolinea l'atipicità della funzione di controllo sulle fattispecie di rispettiva competenza dalle A. I. quanto all'oggetto, alla misura e ai fini perseguiti.

dunque, si giustifica l'intervento dell'Adunanza Plenaria, sollecitato in tutte le vicende dalla sesta sezione del Consiglio di Stato: come è noto, infatti, a norma dell'art. 99 cod. proc. amm. la sezione a cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali<sup>4</sup>, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d'ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'Adunanza Plenaria; quest'ultima può decidere l'intera controversia o limitarsi all'enunciazione di un principio di diritto che sarà poi applicato dalla sezione rimettente.

Volendo sintetizzare le singole vicende su cui sono intervenuti i provvedimenti dell'Antitrust, impugnanti dinanzi al Giudice Amministrativo, si può osservare quanto segue:

1) nella sentenza n. 11/2012 si analizza la pratica commerciale scorretta posta in essere dagli operatori di telefonia mobile in regime di traffico prepagato in caso di mancato riconoscimento del credito residuo in favore dell'utente recedente; si affronta, inoltre, il tema dell'informativa riguardante l'esercizio del diritto di recesso che l'operatore deve fornire al cliente in sede di conclusione del contratto (analoghe questioni vengono affrontate nella sentenza n. 15/2012, con riguardo a pratiche simili intrattenute da un altro operatore di telefonia mobile);

2) nella sentenza n. 12/2012 si prende in considerazione la pratica commerciale degli operatori telefonici che comunicano ai propri clienti le variazioni unilaterali delle condizioni economiche dell'abbonamento telefonico (manovra denominata in gergo tecnico di *repricing*) tramite SMS o attraverso la divulgazione della relativa informazione su quotidiani a diffusione nazionale e sui siti Internet della società;

3) nella sentenza n. 13/2012 si affronta la questione dei contratti a distanza per servizi di comunicazione elettronica, con specifico riferimento

---

<sup>4</sup> La complessità del problema è riconosciuta in tutte le sentenze, così come dimostra il fatto che nello statuire sulle spese processuali il Consiglio di Stato ha disposto la compensazione delle stesse tra le parti in giudizio.

alle pratiche commerciali di *teleselling* (la medesima questione è affrontata anche nella sentenza n. 16/2012);

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

## 2) Il punto di diritto

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

L'interrogativo di fondo posto al Consiglio di Stato concerne l'individuazione dell'A. I. competente a sanzionare le pratiche commerciali scorrette<sup>5</sup>: in tutte le vicende, infatti, viene in rilievo l'impugnativa dei provvedimenti con cui l'Antitrust ha disposto sanzioni a carico degli operatori economici per condotte *contra ius*, cioè violative delle prescrizioni dettate dal Codice del consumo (decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206).

I ricorrenti fondamentalmente contestano la carenza di potere in astratto dell'Antitrust ad adottare provvedimenti sanzionatori, laddove esistano normative speciali e complete, le quali attribuirebbero autonomi

---

<sup>5</sup> I contributi sulla nozione di pratica commerciale scorretta sono molteplici. *Ex multibus*, si vedano: R. ANGELINI, *Le pratiche commerciali scorrette: alcune considerazioni di sistema*, in *Obbl. e Contr.*, 2011, 5, 327; L. FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. e Contr.*, 2011, 3, 165; P. SPADA, *Dalla concorrenza sleale alle pratiche commerciali scorrette nella prospettiva rimediabile*, in *Dir. Industriale*, 2011, 1, 45; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. e Contr.*, 2010, 6, 408; C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. e Contr.*, 2007, 10, 781. Sul tema specifico del procedimento istruttorio seguito dall'Antitrust nella repressione delle pratiche commerciali scorrette, si vedano S. SIMONE, *Le istruttorie dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette: profili procedurali*, in *Obbl. e Contr.*, 2011, 10, 675; M. LIBERTINI, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette?*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 4-5, 147, il quale chiude il suo contributo fornendo un'ampia casistica riguardante il tema.

poteri di intervento ad altre A. I., il che farebbe venire meno il possibile ricorso alla disciplina generale del Codice prima citato.

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

Per paralizzare l'operatività della normativa generale, i ricorrenti si riferiscono a due diverse normative, a seconda del mercato in cui operano. Più precisamente, gli operatori di telecomunicazioni richiamano il Codice delle comunicazioni elettroniche (decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259) e la Delibera 664/06/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, la cui natura regolamentare è sostenuta dal Consiglio di Stato, così come si legge, ad esempio, nella parte in fatto della sentenza n. 13/2012; invece, per quanto riguarda il caso dell'operatore finanziario, si sostiene che la normativa speciale è contenuta nel Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 285).

La questione sollevata non è irrilevante, dato che l'individuazione della legge applicabile ha importanti ripercussioni (anche) sul riparto di competenze tra le varie A. I.: infatti, nelle leggi di settore vi è l'espressa attribuzione di poteri rispettivamente all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e alla Banca d'Italia (per alcuni profili anche alla Consob), autorità, queste, che perseguono obiettivi e curano valori ontologicamente diversi da quelli affidati all'Antitrust. Si pensi, *in primis*, al fatto che le normative speciali prendono in considerazione beni giuridici autonomi da quelli tutelati dalla normativa generale. Lo stesso Consiglio di Stato ritiene (sentenza n. 14/2012) che i poteri di vigilanza e di repressione della Banca d'Italia garantiscano la sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, la

stabilità complessiva, l'efficienza, la competitività del sistema finanziari; per cui il supremo collegio arriva ad affermare che il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia «non contiene alcuna disposizione intesa a perseguire, direttamente o indirettamente, finalità di tutela del consumatore»<sup>6</sup>.

Gioverà alla chiarezza espositiva avviare l'esame dalla normativa generale. L'art. 27, primo comma, del Codice del consumo – come novellato dall'[art. 1, primo comma, del decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 146](#) – ha attribuito all'Antitrust la competenza generale in materia di pratiche commerciali scorrette<sup>7</sup>: cioè inibire la continuazione degli illeciti contestati e eliminarne gli effetti già prodotti. Più precisamente, l'Autorità può disporre la sospensione provvisoria delle pratiche commerciali scorrette, richiedere informazioni ai soggetti interessati e imporre al professionista la prova dei dati fattuali connessi alla pratica commerciale e infine, può applicare sanzioni amministrative, sia pecuniarie che interdittive<sup>8</sup>.

Quanto alla questione del riparto di competenza tra le varie A. I., essa è in parte affrontata in sede comunitaria, in particolare, dalla direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato

---

<sup>6</sup> Diversa è la posizione che il Consiglio di Stato esprime con riguardo al Codice delle comunicazioni elettroniche che, in numerose disposizioni, richiama espressamente il fine della tutela del consumatore: ciò avviene, ad esempio, all'art. 4, terzo comma, lett. f), ove è previsto che la disciplina delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica è volta, tra l'altro, ad assicurare vantaggi per i consumatori; all'art. 13, quarto comma, lett. a), ove si dispone che Ministero e l'Autorità assicurano agli utenti, compresi i disabili, il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità; all'art. 70, che disciplina *ex professo* l'attività di stipulazione dei contratti con i fornitori di servizi telefonici; all'art. 71, che assicura ai consumatori la fruizione di informazioni trasparenti e aggiornate. Come già ricordato nel testo, ad integrare tale *corpus* normativo è poi intervenuta la delibera n. 664/06/CONS che, in attuazione delle disposizioni indicate (nelle premesse sono citati espressamente, tra gli altri, gli artt. 13, 70, 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche), ha declinato compiutamente gli obblighi di comportamento gravanti sugli operatori di settore nella contrattazione a distanza (in questi termini, sentenza n. 13/2012).

<sup>7</sup> Per l'analisi del generale potere di ordine di cui l'Autorità dispone ai sensi della legge 10 ottobre 1990, n. 287, si veda G. DE MINICO, *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, Padova, 1997, cap. I.

<sup>8</sup> A quanto detto nel testo, si aggiunga che la repressione delle pratiche commerciali scorrette ha una rilevanza che per certi aspetti travalica il riferimento alla tutela del singolo consumatore. Per alcune considerazioni sul complesso tema delle interferenze fra tutela individuale e tutela collettiva del consumatore nella repressione delle pratiche commerciali scorrette, anche alla luce delle innovazioni in tema di azione di classe, si veda A. GIUSSANI, *Tutela individuale e tutela collettiva del consumatore dalle pratiche commerciali scorrette fra diritto sostanziale e processo*, in *Giur. It.*, 2010, 7.

interno. Il dato più interessante è contenuto nel suo considerando n. 10, preoccupato a garantire un rapporto coerente tra la normativa contenuta nella direttiva e il diritto comunitario preesistente, soprattutto per quanto concerne le disposizioni dettagliate in materia di pratiche commerciali sleali applicabili a specifici settori. Nel considerando si afferma anche che «la presente direttiva si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino 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 e vieta ai professionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti. Ciò è particolarmente importante per prodotti complessi che comportano rischi elevati per i consumatori, come alcuni prodotti finanziari. La presente direttiva completa pertanto l'*acquis* comunitario applicabile alle pratiche commerciali lesive degli interessi economici dei consumatori».

La regola prima ricordata è stata trasfusa nell'art. 19 del Codice del consumo, che – dopo aver fissato il principio generale secondo cui la normativa del Codice del consumo si applica alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori – dispone la prevalenza delle disposizioni contenute in direttive (o in altre fonti comunitarie) e nelle relative norme nazionali di recepimento sulle prescrizioni del Titolo III del Codice del consumo nell'ipotesi in cui le prime regolino aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette.

### **3) La posizione del Consiglio di Stato**

Come si ricordava in precedenza, la normativa qui analizzata è stata oggetto di orientamenti contrastanti che, seguendo l'impostazione del Consiglio di Stato, possono essere raggruppati in due filoni.

Secondo un primo orientamento il problema può essere risolto applicando un criterio di specialità “per materie” o “per settori”. Il principale referente di questa impostazione viene ravvisato nel parere del 3 dicembre 2008, n. 3999 reso dalla I sezione del Consiglio di Stato all’Autorità Garante della concorrenza e del mercato<sup>9</sup>. Questo criterio postula che l’interprete deve escludere l’applicazione della normativa generale ogni volta che viene in rilievo una disciplina speciale, a prescindere da valutazioni sulla specifica condotta imputata all’operatore. Pertanto, non è necessario analizzare quale rapporto si instaura tra la condotta sanzionata e il quadro normativo settoriale, dato che la mera presenza di un operatore soggetto alla disciplina speciale è condizione necessaria e sufficiente per l’applicazione di quest’ultima. Per questa ragione, la I sezione del Consiglio di Stato – che nel parere citato si occupa del settore finanziario – giunge ad affermare che la normativa speciale contenuta nel decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 prevale, anche ai fini dell’identificazione dell’Autorità titolare del potere punitivo, sulla normativa generale di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206. Dunque, le pratiche commerciali scorrette poste in essere dai professionisti che forniscono servizi finanziari sottostanno alle prescrizioni del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, con la conseguenza che, la disciplina generale (e la relativa competenza dell’Antitrust) non trova applicazione se non per quanto riguarda le disposizioni sugli obblighi informativi e di correttezza nella

---

<sup>9</sup> Per un commento al parere citato nel testo, si veda A. GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Giur. comm.*, 2011, 2, 200. Nel trarre le conclusioni sul generale tema del riparto di competenza tra le varie A. I., l’Autrice afferma che potrebbe essere utile l’acquisizione di un parere reso dall’Antitrust all’Autorità di settore ogni volta che quest’ultima deve adottare una disciplina attuativa del Codice del consumo (si veda, in particolare, la nota 51 a pag. 221). Un’interessante interpretazione dell’attività dell’Antitrust, anche alla luce del parere citato nel testo, viene fornita da V. MELI, *L’applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel «macrosettore creditizio e assicurazioni»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 3, 334: in particolare, l’Autore osserva che l’attivismo dell’Antitrust nel campo delle pratiche scorrette risente della difficoltà riscontrata nell’ottenere uguali risultati attraverso l’azione *antitrust*, che pure non è del tutto mancata nel settore di riferimento.

commercializzazione dei servizi finanziari, la cui applicazione è comunque riservata alla Consob.

Il secondo orientamento che viene ricordato – condiviso anche da parte della sezione rimettente – si fonda sull'applicazione del criterio di specialità, principio generale del nostro ordinamento, codificato in molteplici disposizioni (si richiamano, in particolare, l'art. 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689 e l'art. 15 cod. pen.). Tra i precedenti conformi a questo orientamento, si richiama la sentenza 22 giugno 2011, n. 3763 della VI sezione del Consiglio di Stato.

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

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

Tuttavia, dopo aver formulato il principio generale, il Consiglio di Stato precisa che la nozione di conflitto tra norme deve essere interpretata in senso ampio. È interessante, a tal proposito, notare che l'Adunanza plenaria intende il termine *conflict* (impiegato nel testo inglese della direttiva) come descrittivo di una situazione di mera diversità di disciplina. Alla luce di quest'interpretazione, si afferma che il conflitto tra norme rilevante per il diritto comunitario ricorre anche in assenza di un'antinomia in senso stretto,

essendo sufficiente una mera diversità tra le discipline per garantire la prevalenza della normativa speciale.

L'affermata operatività del criterio di specialità porta il Consiglio di Stato ad escludere la possibilità di un residuo campo di intervento dell'Antitrust ogni volta venga in rilievo una normativa speciale esaustiva e completa. Prendendo ad esempio quanto detto nella sentenza n. 13/2012, si deve ritenere che la disciplina degli obblighi imposti agli operatori di telecomunicazione – sia di natura legislativa che regolamentare – è in grado di delineare un sistema compiuto, il cui rispetto deve essere garantito dall'intervento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. Una riprova di questo assunto è ravvisata dal Consiglio di Stato nel comportamento tenuto dall'Antitrust che, a ben vedere, ha richiamato in alcuni provvedimenti impugnati proprio questo (compiuto) sistema di regole (in particolare, la delibera 664/06/CONS). Per quanto concerne il mercato dei prodotti finanziari, la considerazione sviluppata nella sentenza n. 14/2012 è ancora più forte: infatti, l'Adunanza plenaria afferma che l'innovativa disciplina introdotta con il decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, pur non essendo applicabile *ratione temporis* al caso di specie, costituisce (forse) il primo passo in vista della trasformazione del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia in una «disciplina di settore tendenzialmente esaustiva»<sup>10</sup>.

#### 4) Conclusioni

Nelle sentenze in commento si afferma chiaramente che il riparto di competenza tra le varie A. I. in tema di repressione delle pratiche commerciali scorrette si risolve in base al criterio di specialità, per cui la *lex specialis*

---

<sup>10</sup> Sulle specificità del mercato dei prodotti finanziari, veda G. BILOTTA – N. DELLA BIANCA, *Pratiche commerciali scorrette nel settore finanziario e assicurativo e tutela individuale*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 1, 1.

*derogat legi generali*. E il Consiglio di Stato offre un'immagine plastica del rapporto intercorrente tra le norme antinomiche attributive del potere sanzionatorio: quella dei cerchi concentrici, figura a nostro parere suscettibile però di una duplice lettura.

Da un lato, come afferma il Consiglio di Stato, si può ritenere che la norma speciale coincida con il cerchio esterno, occupato da una fattispecie composta da più elementi di quelli propri della norma generale; dall'altro lato, si può identificare invece la norma speciale nel cerchio concentrico più piccolo, descrittivo di un ambito di efficacia limitato rispetto a quello della norma generale. Ad avviso di chi scrive, sarebbe da preferire quest'ultima immagine per descrivere i rapporti tra norma generale e norma speciale, perché quella offerta dal Consiglio di Stato lascia fuori talune ipotesi: ad esempio, quando la norma speciale non aggiunge elementi a quelli della fattispecie generale, ma si limita a sostituirli con altri.

Ciò non esclude che, ad avviso di chi scrive, l'Adunanza plenaria avrebbe potuto completare il discorso con ulteriori argomenti a sostegno dell'attribuzione del potere sanzionatorio all'A. I.: ad esempio, affermando esplicitamente che lo *jus puniendi* spetti a quest'ultima (anche) in ragione delle approfondite conoscenze dei mercati oggetto della regolazione speciale di cui dispone. Così come avrebbe potuto chiarire un punto critico del parere del 3 dicembre 2008, n. 3999, precisando che la mera presenza di un soggetto operante nel campo delle telecomunicazioni e dei servizi finanziari sia elemento necessario ma insufficiente ad attrarre la repressione delle pratiche commerciali scorrette alla sfera di competenze dell'A. I. di settore.

A prescindere dai rilievi prima esposti, il ragionamento sviluppato dal Consiglio di Stato appare comunque pienamente rispettoso dei principi interni e comunitari in materia di fonti del diritto.

\*\* Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico e Costituzionale con indirizzo in Discipline Giuspubblicistiche presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".