

ANNA GENOVESE

LA CONCRETIZZAZIONE DEL GIUDIZIO DI SCORRETTEZZA DELLE PRATICHE COMMERCIALI RIVOLTE AI CONSUMATORI NELLA GIURISPRUDENZA DELL'AGCM RELATIVA AL SETTORE BANCARIO E IL DIVIETO DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE COME PRINCIPIO GENERALE DELL'ORDINAMENTO (ROMA, 11 FEBBRAIO 2011)

1. Il mio contributo verte sull'esperienza di concretizzazione del giudizio di scorrettezza delle pratiche commerciali operato dalla giurisprudenza dell'AGCM, rapportando il canone della "diligenza professionale" alle legittime aspettative del "consumatore medio" al quale la pratica si rivolge.

Il dato normativo considerato è costituito dagli artt. 20 e ss. del Codice del Consumo, introdotti, come noto, dal d.lg. 2 agosto 2007, n. 146, che, recependo la Direttiva 2005/29/CE ha:

- posto all'art. 20 del Cod.cons. un divieto generale di pratiche commerciali scorrette, rivolte ai consumatori, da professionisti operanti in tutti i settori economici;
- stabilito che sono "in particolare" scorrette le pratiche commerciali ingannevoli di cui agli artt. 21, 22 e 23, e aggressive di cui agli artt. 24, 25, 26, del Cod. cons.;
- elencato, agli articoli 23 e 26 del Cod.cons, alcune pratiche commerciali, rispettivamente ingannevoli e aggressive, considerate "in ogni caso" scorrette.

Intendo esaminare il dato normativo richiamato nella parte in cui pone una clausola generale di divieto (art. 20 Cod. cons.) imperniata sulle nozioni aperte di "diligenza professionale" e di "consumatore medio" che è precipuo compito dell'AGCM (cfr. art. 27 Cod. cons) concretizzare, anche con riferimento ai professionisti attivi nei settori c.d. regolati (banche, assicurazioni, imprese di TLC, etc...), e segnatamente anche con riferimento ai professionisti del settore bancario.

A valle di tale esame, intendo svolgere qualche considerazione di carattere più generale sul rilievo sistematico del divieto pratiche commerciali scorrette false o idonee a falsare il comportamento economico del consumatore tutelato, come principio generale dell'ordinamento applicabile al diritto dell'impresa.

2. La scelta del tema ha una duplice motivazione.

Va da sé che l'interpretazione e l'applicazione del divieto posto dall'art. 20 del Cod.cons. richiede la concretizzazione delle nozioni aperte di "diligenza professionale" e di "consumatore medio" e per questo solleva molteplici questioni pertinenti al tema del convegno. La previsione infatti può essere considerata:

- norma applicabile a fattispecie residuali o innominate di pratiche commerciali scorrette e, quindi, norma elastica suscettibile anche di applicazioni c.d. creative;

- norma che affianca altri articolati divieti di dettaglio, riferiti alle pratiche commerciali ingannevoli o aggressive e a quelle considerate scorrette “in ogni caso”: clausola generale quindi da porre in adeguata relazione con le norme analitiche che affianca;

- espressione di un principio generale che, se attiene anche al buon funzionamento del mercato e alla tutela della concorrenza, colloca la normativa in esame nel novero delle discipline che concorrono alla interpretazione e ricostruzione dei principi fondamentali del diritto dell’impresa.

La previsione pone altresì questioni ulteriori in considerazione del fatto che il divieto generale di pratiche commerciali scorrette è, almeno in linea di principio, applicabile anche ai professionisti che operano nei settori regolati.

Da tale punto di vista, sorge la questione relativa al trattamento di fattispecie astrattamente sussumibili nel campo di applicazione di questa normativa generale e anche in quello delle previsioni settoriali analitiche che i professionisti di settore sono pure tenuti a rispettare. E sorge la questione del rapporto fra lo *standard* di carattere generale posto dall’art. 20 del Cod. cons., e riferito alla correttezza di ogni pratica commerciale, e le previsioni settoriali che pongono, per il professionista, regole analitiche che compongono il tessuto della regolazione di settore.

Tali questioni sono, a mio avviso, ugualmente pertinenti al tema del convegno, per quanto concerne la giustapposizione di clausole generali e norme di dettaglio, e sono anche di notevole rilievo posto anche che la maggior parte degli interventi dell’AGCM, nei primi anni di vigenza della normativa in parola, ha riguardato proprio pratiche commerciali poste in essere nei settori regolati¹.

3. La trattazione del tema prescelto esige, per vero, la definizione anche di alcune questioni preliminari.

Premetto che, a mio avviso, fra la normativa che vieta le pratiche commerciali scorrette e le varie discipline di settore che stabiliscono, per il professionista, analitici obblighi e divieti, nelle relazioni con la clientela, non c’è rapporto di specialità. Per lo meno non quando le discipline settoriali sviluppano e precisano (senza confliggere con essi), per renderli più adatti ai contesti particolari, i medesimi precetti che sono contenuti nel Codice del consumo. Premetto altresì che reputo in generale sussistente la competenza dell’AGCM a intervenire nei settori regolati applicando il cod.cons. Rinvio però alla relazione scritta per le motivazioni degli assunti.

Del resto la legge istitutiva (l. n. 481 del 1995) include espressamente la tutela degli utenti e dei consumatori fra i compiti delle autorità amministrative indipendenti preposte alla vigilanza dei

¹ Cfr. E. CIARALLI, *Protecting consumers in the italian experience (slides – ACE Workshop on Antitrust and Regulation)* Milano 8 ottobre 2009.

settori regolati. Inoltre, per il settore dei mercati finanziari, va considerato che una delle finalità del Testo Unico della Finanza (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, cd. TUF) è proprio quello della “tutela degli investitori”, elemento questo alla base anche delle direttive MiFid, e delle norme attuative, emanate dalla Consob, specificando gli obblighi degli intermediari nei confronti dei risparmiatori². Obiettivi di trasparenza e correttezza del comportamento degli intermediari, unitamente a quelli della sana e prudente gestione, sono menzionati anche nel d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, c.d. Codice delle assicurazioni private, e guidano l’attività di vigilanza dell’Istituto di Vigilanza per le Assicurazioni Private (ISVAP)³, che emana regolamenti attuativi di tale normativa⁴.

Ancor più significativo, da questo punto di vista, appare il quadro normativo di riferimento del settore propriamente bancario. Per vero, fra le finalità generali del Testo Unico Bancario (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, cd. TUB) rientra in via diretta la sana e prudente gestione dell’impresa bancaria e non è inclusa invece la tutela del cliente (depositante/debitore). Tuttavia recenti innovazioni relative alla vigilanza prudenziale hanno posto l’accento sulla rilevanza del c.d. “rischio reputazionale”, ovvero sulle possibili conseguenze negative per la banca derivanti dal mancato rispetto delle leggi e regolamenti e che possano danneggiare la fiducia del pubblico nei confronti dell’intermediario. Di conseguenza, anche in questo settore, ha rilievo la tutela del consumatore, che si aggancia alla tutela della stabilità, garantita anche dalla correttezza dei rapporti con la clientela e dalla minimizzazione del rischio reputazionale⁵.

Il TUB contiene anche specifiche norme a tutela della trasparenza delle condizioni contrattuali (cfr. il Titolo VI), che prevedono obblighi di pubblicità, obblighi di comportamento nelle relazioni con la clientela, nonché norme speciali di natura civilistica relative ai contratti bancari.

² La Consob ha emanato svariate norme attuative che specificano gli obblighi di trasparenza e di comportamento degli intermediari e degli emittenti. Si vedano in particolare i Regolamenti Intermediari (Del. Consob n. 16190/07, in particolare per i criteri di correttezza, Libro III, Parte II, Titolo I in merito alle informazioni rilevanti e Titolo II in merito agli obblighi di adeguatezza ed appropriatezza) e Emittenti (Del. Consob n. 11971/99). In particolare per quel che riguarda i criteri generali di svolgimento dell’attività di intermediazione, i soggetti abilitati devono alla stregua di tali previsioni, “comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza”, “acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati”, “utilizzare comunicazioni pubblicitarie corrette, chiare, non fuorvianti” e “disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l’efficiente svolgimento dei servizi e delle attività”.

³ Cfr. gli artt. 3 e 5, comma 3, del Codice delle Assicurazioni private.

⁴ Cfr. il Reg. ISVAP n. 23 dell’8 maggio 2008 sulla trasparenza dei premi e delle condizioni di contratto nell’RCAuto; il Reg. ISVAP n. 5 del 16 ottobre 2006, in particolare Parte III, Titolo II; il Reg. ISVAP n. 4 del 9 agosto 2006 sugli obblighi informativi relativi alle polizze RC Auto; il Reg. ISVAP n. 11 del 3 gennaio 2008 sull’attività peritale, in particolare il Titolo III sulle regole di comportamento, e da ultimo il Reg. ISVAP n. 35 del 26 maggio 2010, concernente la disciplina degli obblighi di informazione e della pubblicità dei prodotti assicurativi di cui al titolo XIII (trasparenza delle operazioni e protezione dell’assicurato) del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 – Codice delle assicurazioni private, varato con il parere favorevole reso dall’AGCM il 6 agosto 2009 (AS613). L’AGCM aveva particolarmente apprezzato l’introduzione di una regolazione volta a risolvere le vischiosità emerse nella prassi della portabilità/estinzione anticipata dei mutui e di altri rapporti di finanziamento, anche in ragione dei profili connessi all’esito delle polizze assicurative accessorie, auspicando che, rispetto allo schema estinto fossero riconosciute due opzioni e cioè quella di cessare il rapporto assicurativo e quella di trasferire la polizza.

⁵ La crescente rilevanza delle relazioni con la clientela anche ai fini della garanzia della stabilità è stata sottolineata dallo stesso governatore della Banca d’Italia Draghi in occasione delle Considerazioni finali del 31 maggio 2008, 17-19, disponibili sul sito istituzionale http://www.bancaditalia.it/interventi/integov/2008/cf/cf07/cf07_considerazioni_finali.pdf. Tale attenzione ha poi trovato concreta attuazione con le nuove Istruzioni relative alla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari del 29 luglio 2009 (integrate il 15 febbraio 2010), che operano un esplicito richiamo, in relazione alla loro base legale, anche all’art. 53 comma 1 lett. d) del TUB, relativo alla vigilanza prudenziale regolamentare.

Infine, per alcuni servizi bancari, e segnatamente per i servizi di pagamento e per i servizi del credito ai consumatori, in seguito al recepimento delle corrispondenti direttive⁶, è stata inserita nel TUB una disciplina che espressamente include tra gli interessi presidiati dalla Banca d'Italia anche quelli degli utenti di tali servizi.

Sicché nei settori regolati, e nel settore bancario in particolare, la correttezza delle condotte degli operatori nei confronti della clientela è assicurata anche dalla normativa settoriale che, allo scopo, si avvale di regole precise e dettagliate⁷. Queste regole, però, almeno a mio parere, non necessariamente escludono l'applicabilità anche del divieto di pratiche commerciali scorrette.

Poste tali premesse, sorgono due diversi ordini di interrogativi: uno riguardante il tipo di concorso (reale o apparente) che si determina laddove una stessa pratica/fattispecie sia in contrasto tanto con la regolazione settoriale di dettaglio quanto con precetti posti dalla normativa sulle pratiche commerciali scorrette (si pensi alla ipotesi delle forniture non richieste che sono espressamente e doppiamente vietate dal Codice del consumo e da varie disposizioni settoriali⁸); l'altro riguardante il rilievo della regolazione analitica settoriale nella concretizzazione dello *standard* di correttezza esigibile dai professionisti di un settore regolato. E su quest'ultimo interrogativo, che è quello più aderente al tema del convegno, intendo in particolare soffermarmi.

Prima però occorre fare ancora un'altra verifica preliminare. Occorre infatti verificare anche il fondamento e gli esatti termini della competenza dell'AGCM a intervenire nei settori regolati da norme di dettaglio, in base alle previsioni di cui agli artt. 20 e ss. del Cod.cons. Anche per la difesa di questo presupposto della trattazione rinvio però, come ho detto, rinvio alla relazione scritta.

4. Con riferimento a uno dei settori regolati, il settore finanziario, e segnatamente ai servizi di investimento, tale tema, come è noto, ha trovato compiuta definizione. L'ha trovata però in senso negativo della competenza dell'AGCM a intervenire. Precisamente, l'AGCM ha chiesto al Consiglio di Stato un parere specifico (poi reso come Parere CDS n. 3999/2008) prospettando essa stessa la necessità di considerare completa, speciale e prevalente la regolazione settoriale analitica - sulla condotta che i professionisti devono tenere nei confronti dei risparmiatori - ed esclusiva la competenza della Consob ad applicare questa, a tutela dei risparmiatori, in luogo di quella, a tutela dei consumatori, contenuta nel Codice del consumo. Il Consiglio di Stato ha accolto l'ipotesi

⁶ In tema cfr. G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, Torino, 2009.

⁷ Cfr. T.BROGGIATO, *Pratiche commerciali scorrette: dalla direttiva europea alla normativa nazionale di recepimento*, in *Bancaria*, n. 4/2010.

⁸ Cfr. A.GENOVESE, *L'enforcement e le tutele*, in A.GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle priche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, p. 244 ss.

avanzata dall'AGCM, alla luce della disciplina, primaria e secondaria, vigente e derivante dal recepimento delle c.d. direttive MiFiD⁹.

Sulla scorta di questo Parere del Consiglio di Stato, l'AGCM si è astenuta, sino ad oggi, da interventi repressivi nel campo delle attività vigilate dalla Consob. Il parere peraltro, non ha sedato il dibattito sul tema dei rapporti fra divieti generali di pratiche commerciali scorrette e regolazione speciale di talune attività economiche. Anzi lo ha per certi versi animato. Il Parere infatti, in dottrina, oltre ad alcune critiche¹⁰, ha suscitato molti interrogativi. Fondamentalmente interrogativi, a monte, sulla fondamento e la portata del principio di specialità che vi viene affermato; e interrogativi, a valle, sulla possibilità di estendere il ragionamento condotto con riguardo al settore finanziario, ad altri settori regolati e, se sì, con quali esiti.

Non è questa la sede per affrontare compiutamente a tali interrogativi. E' però sufficiente, per il prosieguo del discorso, assumere che la portata del citato parere del Consiglio di Stato possa essere strettamente collegata alla specificità delle regolazione dell'offerta e della domanda di servizi di investimento. Infatti, la magistratura amministrativa ogni altra volta che si è trovata a decidere su come coordinare i divieti di pratiche commerciali scorrette e le prescrizioni settoriali finalizzate a tutelare il consumatore, ha escluso ogni contrasto fra disciplina settoriale e codice del consumo, ed ha ritenuto che la clausola di specialità di cui all'art. 19 del Cod.cons. non potesse essere invocata per affermare la prevalenza della regolazione settoriale su quella generale¹¹. Ha inoltre sempre rigettato le difese basate sulla specialità delle prescrizioni settoriali di forma o formalità (trasparenza) nei confronti delle previsioni generali di contenuto (conformità della condotta al canone della diligenza professionale che il consumatore medio si può motivatamente attendere), se dirette ad affermare che, per i professionisti operanti nei settori regolati, la diligenza professionale si traduce nell'osservanza, necessaria e sufficiente, della normativa di settore¹².

Sembra corretto dunque assumere che il Parere citato si possa basare su una valutazione affatto specifica, riferita alla regolazione settoriale esaminata, considerata *in contrasto* con il codice del consumo laddove attribuisce al risparmiatore una *tutela maggiore* di quella che il Codice del consumo accorda al consumatore medio¹³. Il Parere quindi non negherebbe ma confermerebbe, negli altri casi, ossia quando la regolazione settoriale non è in contrasto con il Codice del consumo, la competenza dell'AGCM ad applicare gli art. 20 e ss. del Cod.cons. ai settori regolati.

⁹ Questa disciplina, prevede penetranti obblighi di informazione e di assistenza in capo agli intermediari finanziari che trattano con piccoli risparmiatori; e tali obblighi arrivano, secondo l'interpretazione più accreditata, a delineare per questi professionisti un vero e proprio divieto di negoziare prodotti finanziari "tossici". In materia cfr. M.DE MARI (a cura di), *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, Padova, 2009.

¹⁰ Cfr. P.L.PARCU, *Tutela dei risparmiatori: meno spazio per l'Antitrust*, in *Consumatori, Diritto e mercato*, 2009, 80, e A.M.POLITO, *Consob e AGCM? Un breve commento al parere del Consiglio di Stato n. 3999/2008*, in www.Diritto.it; e da ultimo L.ARNAUDO, *Concorrenza tra autorità indipendenti. Notarelle bizzarre intorno a un parere del Consiglio di Stato*, in *Giur.comm.*, 2010, I, 916.

¹¹ Cfr. per tutte TAR Lazio, sez. I, 15 giugno 2009, n. 5625.

¹² Cfr. TAR Lazio, sez. I, 6 aprile 2009, n. 3696.

¹³ Cfr. Relazione annuale AGCM per il 2009, del 31 marzo 2010, presentata al Parlamento il 15 giugno 2010, a p.249.

5. Anche la Direttiva 2005/29/Ce, da cui le previsioni del Codice del consumo in esame traggono origine, suggerisce, per il coordinamento fra i divieti di pratiche commerciali scorrette e disposizioni settoriali, tale soluzione.

La Direttiva infatti non pregiudica il diritto degli Stati membri di andare al di là delle sue disposizioni, al fine di tutelare gli interessi economici dei consumatori nel settore dei servizi finanziari, e quindi di mantenere o introdurre a carico dei professionisti che vi operano obblighi informativi e di comportamenti più stringenti e rigorosi rispetto a quelli previsti dalla stessa Direttiva (cfr. i Considerando n. 9, e n.15 e l'art. 3, par.9 della Direttiva). Precisa però che gli obblighi, in tal caso, non sono da considerare vincolanti ai fini dell'applicazione della Direttiva sulle pratiche commerciali scorrette (cfr. il Considerando n. 15), ossia ai fini della concretizzazione della nozione di diligenza professionale esigibile da un professionista che si relaziona con un consumatore.

Inoltre la Direttiva riconosce la prevalenza delle disposizioni comunitarie settoriali che riguardano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, rispetto al vincolo di armonizzazione massima che pone e, a questo riguardo, fa espresso riferimento ai prodotti finanziari, che comportano rischi più elevati per i consumatori. Il *Considerando* n. 10 precisa inoltre che la Direttiva tutela i consumatori anche “*ove a livello comunitario non esista una specifica legislazione di settore*”¹⁴.

La Direttiva dunque non preclude la più forte tutela dei consumatori, ossia la tutela anche dei consumatori più deboli e non solo del consumatore medio e la tutela che va oltre la correttezza del professionista in taluni settori e per determinate attività economiche¹⁵.

La Direttiva, in definitiva, assegna alle previsioni sulla pratiche commerciali sleali o scorrette una valenza di completamento del *corpus* normativo posto a protezione del consumatore, fissando anche una soglia comune e rigida (posta la finalità di armonizzazione “piena” delle legislazioni nazionali¹⁶) di correttezza - soggettiva e oggettiva – dovuta in UE dal professionista che si relaziona con il consumatore.

¹⁴ Anche le Linee Guida pubblicate dalla Commissione nel dicembre 2009 (*EUROPEAN COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices*, 2 dicembre 2009, SEC(2009) 1666) contengono alcune precisazioni relative ai rapporti fra divieti di pratiche commerciali scorrette e discipline speciali. In particolare, a proposito della disciplina dei servizi aerei che prevede norme specifiche relative a obblighi informativi al pubblico relativi alle tariffe aeree (Air Service Regulation (EC) No 1008/2008 del Parlamento Europeo e del consiglio del 24 settembre 2008 contenente regole comuni per la gestione dei servizi aerei nella Comunità) le Linee Guida precisano che la direttiva “*complements these sectoral provisions and fills any remaining gaps in the protection against unfair commercial practices*”.

¹⁵ In tale senso, l'art. 3, comma 4, della Direttiva pone un principio di prevalenza delle norme comunitarie che contengono disposizioni, sotto tale aspetto, speciali, rispetto al divieto in discorso. L'art. 3 della Direttiva è ripreso, alla lettera, dall'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, secondo il quale “*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*”.

¹⁶ La Direttiva è volta ad introdurre, a livello comunitario, norme uniformi che prevedono un elevato livello di protezione dei consumatori, superando nel contempo le differenze dei regimi nazionali che sono fonti di incertezza e rendono più oneroso per le imprese l'esercizio delle libertà del mercato interno (cfr. i Considerando nn. 3, 4 e 5). Solo per i servizi finanziari e i beni immobili,

La Direttiva e il Codice del consumo pongono dunque all'interprete, per quanto qui interessa, i seguenti vincoli. Richiedono che il rapporto tra normativa generale e normative settoriali di tutela dei consumatori sia stabilito sulla base di un raffronto:

- non effettuato per così dire in blocco, ma riferito ad “aspetti specifici” delle pratiche commerciali scorrette, cioè ponendo a confronto, caso per caso, le disposizioni puntuali settoriali, con lo standard generale di correttezza introdotto;

- punti a stabilire se le prime (le disposizioni puntuali settoriali) siano specificazione dello *standard* o sopravanzino tale *standard*.

Si può dunque concludere che solo le prescrizioni settoriali che - legittimamente¹⁷ - elevano la soglia di tutela assicurata al consumatore dai divieti di pratiche commerciali scorrette possono considerarsi speciali perché in contrasto con la Direttiva e possono prevalere su questa e nel nostro ordinamento sul Codice del consumo. Non pare essere questo però il caso del settore bancario. In tale senso si esprime anche l'AGCM, rigettando sempre le difese di parte volte a sostenere la prevalenza della normativa di settore sulle disposizioni del Codice del consumo e da qui l'incompetenza dell'AGCM ad accertare le pratiche commerciali scorrette degli operatori bancari. Secondo l'AGCM tale ipotesi ricostruttiva “è errata perché non corrispondente né al dettato normativo comunitario né a quello nazionale”¹⁸.

6. La questione della rilevanza delle discipline settoriali nella concretizzazione delle previsioni del Codice del consumo che vietano le pratiche commerciali scorrette è tecnicamente complessa. Non di meno, al riguardo, la posizione dell'AGCM pare piuttosto netta. L'AGCM ha infatti anche recentemente affermato che “il quadro di tutela offerto dal Codice di Consumo non presenta carattere sussidiario rispetto a quello derivante da specifiche discipline di settore”, essendo questa invece strumento di tutela ulteriore che colma i vuoti di tutela lasciati dalla normativa settoriale proprio mediante il richiamo al concetto, elastico e suscettibile di concretizzazione casistica, della “diligenza professionale” attesa dal “consumatore medio”¹⁹.

tenuto conto della loro complessità e dei gravi rischi inerenti, la direttiva non pregiudica il diritto degli Stati membri di andare al di là delle sue disposizioni al fine di meglio tutelare gli interessi economici dei consumatori (considerando 9 e art. 3, comma 9). Sicché, in generale, non è lasciata agli ordinamenti nazionali facoltà di adottare o mantenere previsioni maggiormente restrittive dell'attività delle imprese. Disposizioni nazionali più dettagliate o vincolanti rispetto a quelle previste dalla Direttiva non possono trovare applicazione, una volta decorso il periodo transitorio di sei anni, concesso agli Stati membri, che ritengano di seguire un approccio di adeguamento più graduale (cfr. l'art. 3, comma 4 della Direttiva).

¹⁷ Nei settori diversi da quelli da essa contemplati, la Direttiva non consente di elevare le soglie di protezione del consumatore e nello specifico di introdurre divieti assoluti riferiti a pratiche diverse da quelle che essa stessa, nell'allegato I, individua come vietate in ogni caso: cfr. Corte di giust. CE 23 aprile 2009, cause C-261 e C-299/07, in NGCC, 2009, I, 1059, con commento di G.DE CRISTOFARO, la quale sancisce che “una norma nazionale che – salvo talune eccezioni – vieti in modo assoluto, senza tener conto delle circostanze specifiche del caso di specie, l'effettuazione di qualsiasi offerta congiunta del venditore al consumatore, è incompatibile con la direttiva n. 05/29/CE del 11 novembre 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno”.

¹⁸ Cfr. PS4126 Barclays Bank – Rata di Cauzione del 16 giugno 2010.

¹⁹ Cfr. PS4126 Barclays Bank – Rata di Cauzione del 16 giugno 2010.

Il canone della diligenza professionale, nel giudizio sulla correttezza delle pratiche del professionista operato dall'AGCM, acquista dunque una valenza precettiva che trascende quella delle previsioni settoriali che lo stesso professionista è tenuto ad osservare. L'esperienza di concretizzazione della nozione, però, come evidenzia il prosieguo della relazione, risente anche del contenuto di queste previsioni settoriali.

7. E' opportuno peraltro, ancora prima di considerare l'esperienza dell'AGCM, valutare se la concretizzazione della nozione di "diligenza professionale" di cui all'art. 20 del Codice del Consumo, sia normativamente guidata e come.

La nozione è in effetti aperta. Essa tuttavia è anche oggetto di definizione. E' definita dalla lettera h dell'art. 18 comma 1 del Cod.cons. nel seguente modo: "*il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista*".

La definizione grosso modo riproduce l' art. 2, lett. h della Direttiva e certamente non brilla per chiarezza. Tuttavia dalla lettura logica e sistematica di questa definizione si possono, almeno a mio parere, trarre indicazioni ricostruttive che possono portare a una concretizzazione guidata dal dato positivo²⁰.

La prima di queste indicazioni è che la diligenza professionale che determina la correttezza di una pratica commerciale è fondamentalmente "perizia" che include conoscenze, "competenze" tecniche e "attenzione" espressamente richiamate dal legislatore.

La seconda è che il grado di perizia posto dal professionista che si relaziona con il consumatore è deficitario se è inferiore a quello che "ragionevolmente" ossia "motivatamente", e cioè alla luce dei vincoli economici e delle regole giuridiche che presiedono lo svolgimento dell'attività, il consumatore medio può aspettarsi dal professionista.

L'ultima è che la diligenza professionale che il professionista adotta nei confronti del consumatore deve essere esercizio *oggettivamente e soggettivamente corretto* ("correttezza" e "buona fede") di competenze e di attenzione.

Corollario di sintesi di tali indicazioni, per quanto qui interessa, è dunque il seguente: quando il professionista opera in un settore regolato la diligenza professionale esigibile è specifica perché la regolazione di settore "rinforza" la motivazione dell'aspettativa di correttezza - soggettiva e oggettiva - del consumatore.

²⁰ Per un diverso approccio ricostruttivo cfr. da ultimo F.PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p.4 ss.

In rapporto a tale corollario, la giurisprudenza dell'AGCM, appare coerente con il dato positivo. Tale esperienza è infatti caratterizzata da scelte interpretative di assoluto rilievo in relazione ad entrambi gli elementi costitutivi della fattispecie vietata: la contrarietà della pratica alla diligenza professionale; e l'idoneità della pratica a falsare il comportamento del "consumatore medio" di settore. E da scelte che, nell'insieme, elevano lo standard di correttezza a cui si deve allineare il professionista attivo nel settore bancario.

8. In generale, la giurisprudenza dell'AGCM sulla condotte commerciali scorrette poste in essere nei settori regolati appare influenzata dai contenuti della normativa settoriale e nel contempo appare volta ad accrescere il livello di protezione garantito al consumatore dalla normativa settoriale.

Secondo l'AGCM, peraltro, è proprio la determinazione e concreta definizione del concetto ampio di diligenza professionale che identifica la specifica funzione della normativa sulle pratiche commerciali scorrette, in rapporto alla disciplina generale dei contratti e alle discipline di settore, attraverso la possibilità di colmare i vuoti che una disciplina analitica immancabilmente presenta²¹.

Nel contempo, però, l'AGCM trae dalla normativa di settore indicazioni utili a concretizzare la nozione di diligenza professionale esigibile dal professionista. E ciò anche se talvolta le vicende di tale normativa settoriale paiono integrare una dialettica di contrapposizione piuttosto che di convergenza con le istanze del Codice del consumo.

Due paiono i casi emblematici in tal senso. In un primo caso, come è noto, una legislazione settoriale analitica ma tecnicamente difettosa e lacunosa (cfr. l'art. 8 del d.l. 31 gennaio 2007, n. 7) ha alimentato diffuse pratiche commerciali che l'AGCM ha considerato scorrette per svariati istituti di credito²². I provvedimenti dell'AGCM sono stati però poi annullati dal TAR²³ e dal Consiglio di Stato²⁴ che, rispettivamente in primo grado e in appello, hanno entrambi ritenuto di dover dare rilievo a interventi legislativi settoriali successivi (legge n. 2 del 2009) che, colmando le lacune, hanno reso tale regolazione rilevante come esimente nella valutazione complessiva della diligenza della condotta delle banche.

In un secondo caso, una legislazione settoriale analitica adottata dopo alcuni provvedimenti sanzionatori dell'AGCM, per l'opacità delle commissioni di massimo scoperto applicate dalle

²¹ Cfr. PS4126 Barclays Bank – Rata di Cauzione del 15 giugno 2010.

²² Vedi per tutti tali provvedimenti da ultimo PS740 – Barclays Bank Estinzione mutuo del 12 marzo 2009.

²³ Vedi per tutte queste sentenze di annullamento TAR Lazio, sez. I, 6 aprile 2009 n. 3692 e TAR Lazio, sez. I, 24 novembre 2009, n. 11589.

²⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, sentenza n. 201009329 del 23 dicembre 2010.

banche²⁵, privando gli operatori dei margini di flessibilità prima utilizzabili ha contribuito in realtà ad accrescere, in media, i costi del servizio per tutti i consumatori²⁶.

9. Nella concretizzazione della diligenza esigibile dall'operatore bancario, l'Autorità ha ritenuto motivato, da un punto di vista economico e giuridico, esigere dal professionista banca, siccome attrezzato per svolgere la propria attività con elevata diligenza professionale interna (elevata attenzione al rispetto delle complesse normative applicabili all'attività ed elevata fedeltà aziendale degli operatori), pari elevata diligenza professionale esterna (correttezza) nei rapporti con la clientela. L'AGCM dunque ha fatto leva sulla normativa settoriale che sovrintende allo svolgimento delle attività bancarie per affermare che è ragionevole, da parte del consumatore, esigere dall'operatore bancario uno standard elevato di diligenza professionale.

L'AGCM ha inoltre stabilito che la diligenza professionale che i consumatori possono motivatamente attendersi dalle imprese bancarie è quella di volta in volta in grado di "proteggerli", ossia di neutralizzare i rischi commerciali connessi al forte squilibrio informativo che inevitabilmente impronta la relazione²⁷. Sicché la diligenza che l'ordinamento esige dal professionista banca può essere tanto più elevata quanto più elevata è l'asimmetria informativa specifica in cui versa il consumatore con cui il professionista si rapporta. Asimmetria che, pur collocandosi sempre ad alti livelli, può variare di intensità in ragione dalla complessità del rapporto interessato dalla pratica o della scarsa o elevata frequenza con cui il consumatore ricorre ad alcuni servizi o prodotti (si pensi ai mutui ipotecari per l'acquisto della casa: in genere, il consumatore stipula tale contratto solo una volta o pochissime volte in tutta la sua vita).

Per cui, almeno secondo l'Autorità, la diligenza professionale che il consumatore può aspettarsi (e che l'ordinamento esige) dall'operatore bancario *si determina* in base al parametro della legalità specifica dell'attività esercitata, *ma non si esaurisce nell'osservanza delle prescrizioni di settore*, se e quando queste non sono in grado di "sterilizzare" i rischi dell'asimmetria.

Talune decisioni dell'AGCM arrivano a configurare in capo al professionista oneri di diligenza professionale tanto elevati da includere una consulenza tecnica sulla normativa applicabile alla prestazione e sulla convenienza economica delle diverse opzioni. Come pratica commerciale vietata, nel settore bancario, è stata infatti considerata anche l'attività di orientamento delle scelte

²⁵ Cfr. per tutti PS1733 – BNL – Commissioni di massimo scoperto del 23 dicembre 2008.

²⁶ Con la legge 28 gennaio 2009 n.2 di conversione del decreto legge n. 185/08 è stata ridisciplinata la commissione di massimo scoperto e successivamente, con la modifica introdotta dalla legge 3 agosto 2009 n. 102, di conversione del decreto legge n. 78/2009, è stato stabilito un limite massimo alle commissioni trimestrali sulle somme affidate, pari allo 0,5. Dopo tali interventi legislativi l'AGCM ha ritenuto che il Codice del consumo non consentisse più interventi sulle condizioni economiche proposte dalle banche in conformità alla normativa settoriale.

²⁷ In proposito L. FIORENTINO, *Autorità Garante e tutela dei consumatori nel settore bancario e finanziario*, Intervento in ABI, Dimensione Cliente 2010, *La Customer Experience nel mercato retail*, 25 marzo 2010, parla di una sorta di "dovere di soccorso" del cliente, che incomberebbe sulle banche nelle varie fasi del rapporto con il consumatore.

del consumatore “*in direzione diversa dai suoi interessi e dagli obiettivi perseguiti dal legislatore*”, attraverso la regolazione settoriale²⁸.

Nell’insieme, le decisioni dell’AGCM evidenziano dunque che il canone di diligenza richiesto all’operatore bancario è elevato ed è specifico sia perché funzionale alla salvaguardia di uno specifico interesse consumeristico (la possibilità, per i consumatori, di effettuare scelte di consumo libere e consapevoli in un campo in cui è particolarmente difficile l’agire di consumo libero e consapevole) sia perché sono specifiche le circostanze a cui il professionista bancario, quando interagisce con il consumatore, si deve adeguare. Queste circostanze sono riconducibili: a) alle caratteristiche dell’organizzazione industriale dell’offerta; b) al livello di (elevata) “reattività” della domanda.

Per il profilo sub a), come segnalato, muovendo dalla considerazione delle specifiche ed elevate professionalità che l’operatore ha la possibilità - economica e industriale – o l’obbligo in base alla normativa settoriale di mettere in campo, l’AGCM giunge alla conclusione che l’operatore, *anche quando interagisce con i consumatori, deve mettere in campo le sue migliori professionalità*.

10. Per il profilo *sub b)* l’AGCM ha operato con l’individuazione del consumatore medio di prodotti e servizi bancari quale soggetto tipicamente debole e influenzabile. Il consumatore di riferimento destinatario delle pratiche commerciali del professionista, secondo l’AGCM, è definito infatti dal contesto economico e di mercato nell’ambito del quale questi si trova ad agire, quando tale contesto è caratterizzato da squilibri e da asimmetria informativa particolarmente elevata²⁹.

Concretizzando la nozione di “consumatore medio” di prodotti e servizi bancari, sotto tale profilo, l’AGCM ha chiarito che, nel settore bancario, una serie di fattori amplifica la reattività della domanda e così la risonanza di ogni pratica commerciale (corretta o scorretta) che vi si svolge. Tali fattori sono la vulnerabilità della clientela bancaria che, per esigenze di finanziamento e quindi per necessità di denaro, si rivolge all’azienda di credito; la manipolabilità della clientela bancaria che è nell’impossibilità di decodificare l’informazione relativa al prodotto o servizio che domanda, o che è portata a fare un uso incontrollato e inconsapevole dello strumento del credito al consumo.

Tutte queste circostanze, valendo ad accentuare l’influenzabilità dello specifico agire di consumo, amplificano gli effetti pregiudizievoli che possono avere le pratiche commerciali scorrette.

²⁸ Cfr. PS1130 – Intesa Sanpaolo – Cancellazione Ipoteca, del 6 agosto 2009 e PS1481 – BNL – Cancellazione Ipoteca, del 26 agosto 2009.

²⁹ Relazione annuale ACGM per il 2009, cit., p.300.

11. A valle di questa analisi a campione sulla concretizzazione della previsione, vorrei svolgere anche alcune considerazioni di carattere più generale sul rilievo sistematico della clausola generale di vertice che, nel Codice del consumo, vieta ai professionisti di tenere pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori.

A mio parere il richiamo al consumatore medio, nell'ambito del divieto generale di pratiche commerciali scorrette, vale a collocare le disposizioni in esame nel più ampio quadro della regolazione europea che persegue il fine ultimo del buon funzionamento del mercato³⁰.

Infatti l'individuazione del consumatore sul quale parametrare la tutela nei confronti delle pratiche commerciali scorrette attiene alla decisione di gravare o meno le imprese di costi di informazione o protezione dei consumatori che saranno poi scaricati anche su consumatori che di quelle informazioni o protezioni non hanno bisogno³¹.

L'identificazione del consumatore tutelato riguarda quindi, in primo luogo, l'incidenza di questa disciplina sull'attività di consumo e sulla soddisfazione di soggetti che hanno conoscenze, capacità patrimoniali e preferenze diverse, anche in relazione al modo e all'intensità con cui le imprese fanno offerte diverse in concorrenza fra loro.

Sicché nell'impianto normativo l'identificazione del consumatore tutelato con il "consumatore medio" e l'identificazione qualitativa e non statistica del consumatore medio con il "consumatore che agisce in modo normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto" (cfr. il Considerando 18 della Direttiva 2005/297Ce)³² è l'espressione di una netta scelta di campo dell'ordinamento a favore della concorrenza effettiva e del consumatore che si attiva per alimentarla anche con le proprie scelte.

La previsione di divieto delle pratiche commerciali scorrette peraltro, nella misura in cui è formulata come standard, lascia all'AGCM consistenti margini di discrezionalità valutativa che investono il fronte più vasto dei rapporti fra tale disciplina e i principi di tutela della concorrenza e del mercato (oltre che delle sfere di intervento). La concretizzazione della clausola in esame ha infatti ripercussioni anche sull'entità dei costi di una produzione e sull'allocazione di tali costi nelle diverse fasi di un ciclo produttivo o commerciale. Da questo punto di vista, l'attivismo che la normativa sulle pratiche commerciali scorrette esige dal consumatore, pena il diniego di protezione, si può, caso per caso, o settore economico per settore economico, anche porre in relazione con

³⁰ Cfr. V.FALCE, *Appunti in tema di disciplina comunitaria sulle pratiche commerciali sleali*, in *Riv.dir.comm.*, 2009, p. 423 ss.

³¹ In chiave critica cfr. F. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, Relazione al Convegno "Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela", Roma, 29 gennaio 2010, in www.agcm.it.

³² In argomento cfr. da ultimo N.Zorzi Galgano, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contratto e impresa*,

l'entità dei costi che l'impresa sarebbe chiamata ad affrontare per rapportarsi con il consumatore in modo corretto³³.

La normativa che vieta le pratiche commerciali scorrette si pone quindi come fondamentale snodo della disciplina del mercato, inducendo, a parere mio, l'interprete ad assumere il consumatore tutelato dai divieti di pratiche commerciali scorrette come tipo di riferimento nella considerazione del benessere del consumatore di cui tener conto nel confronto fra diversi modelli di tutela e promozione della concorrenza. Ciò in quanto il modello di tutela del consumatore nelle relazioni di mercato che le istituzioni comunitarie hanno elaborato e veicolato negli ordinamenti nazionali attraverso la Direttiva 2005/29/CE non può essere definito a prescindere dal modello di mercato (concorrenziale) da esse contestualmente promosso e tutelato, e viceversa³⁴.

Le previsioni in tema di pratiche commerciali scorrette quindi inverano quelle in materia di concorrenza sleale e attengono alla libertà dell'agire di consumo che è indispensabile complemento alla tutela e alla libertà di concorrenza presidiata dal diritto antitrust³⁵.

12. Le considerazioni svolte da ultimo consentono di avanzare una ipotesi sistematica ulteriore.

Se il divieto di pratiche commerciali scorrette contribuisce a definire la tutela della concorrenza dinamica, intesa come processo dinamico virtuoso, orientato dalle libere scelte dei consumatori, come principio generale dell'ordinamento dell'Unione europea, esso è vincolante per l'interprete nella applicazione di tutto il diritto della concorrenza.

Dall'ipotesi sistematica si traggono importanti indicazioni ricostruttive per l'interpretazione delle norme sui segni distintivi³⁶ come di quelle sulle invenzioni e sulle opere dell'ingegno. Un'applicazione di particolare importanza si ha però ai fini dell'interpretazione della clausola generale in materia di concorrenza sleale posta al numero 3 dell'art. 2598 c.c.

Storicamente infatti la concorrenza sleale si è affermata come un ramo esclusivamente privatistico e giudiziario della disciplina dei mercati, ed ha preso forma attraverso la risoluzione di conflitti interindividuali, nella cornice della tutela aquiliana delle componenti immateriali dell'azienda e dei conflitti fra imprenditori. Alla visione della concorrenza sleale come disciplina

³³ Secondo V.MELI, *Le clausole generali relative alla pubblicità*, in AIDA – *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, 2008, 257 ss. non si può considerare "l'effetto complessivo di una pratica, se non ponendolo in relazione con l'entità degli obblighi esigibili dal professionista (e, dunque, dei costi impostigli). In tal modo, si potranno ricomprendere entrambi i profili di possibile rilevanza dei potenziali effetti di una pratica sotto una comune formula, che consideri la relazione proporzionale tra questi (sia che essi vadano ponderati rispetto al numero di consumatori coinvolti, sia che essi debbano esserlo con riferimento al valore economico dell'operazione indotta) e i costi richiesti al professionista per evitarli: tanto minori saranno i primi, tanto meno rigoroso dovrà essere il giudizio sull'adeguatezza dei costi affrontati dal professionista per evitare l'esito scorretto". Sulla valutazione di proporzionalità cfr. anche F.PIRAINO, *op.cit.*, p. 1163 ss.

³⁴ Cfr. V.FALCE, *Appunti in tema di disciplina comunitaria sulle pratiche commerciali sleali*, in *Riv.dir.comm.*, 2009, 423 ss.

³⁵ A.GENOVESE, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*, in AIDA, 2008, p. 297 ss.

³⁶ Per un tentativo di applicazione del criterio in questo ambito v. M.LIBERTINI, *The protection of business investments regarding the reputation of the trademark*, in *Europa e dir.priv.*, 2007, 757 ss.

volta a reprimere gli eccessi di concorrenza e i “colpi bassi” si è accompagnata, per lungo tempo, la tendenza a concretizzare la clausola generale contenuta nelle disposizioni sulla concorrenza (“usi onesti del commercio” della Convenzione di Unione di Parigi, “correttezza professionale” del numero 3 dell’art. 2598 c.c.) facendo capo a fonti private, create all’interno delle categorie interessate (di volta in volta individuate negli usi commerciali, o nelle regole deontologiche create da organismi di categoria o nella *best practice* del settore). Minoritaria è stata nello stesso tempo l’idea che la clausola generale di concorrenza sleale dovesse concretizzarsi facendo uso di criteri normativi oggettivi ed in ultima analisi dei principi generali dell’ordinamento in materia di buon funzionamento di mercati caratterizzati dalla possibilità per il consumatore di riferimento di effettuare scelte libere e consapevoli fra offerte molteplici e in concorrenza effettiva.

Ora però, anche per effetto della legislazione che recepisce le direttive in materia di pratiche commerciali scorrette, è mutato radicalmente il contesto di riferimento del giudizio di slealtà della condotta concorrenziale dell’imprenditore. Non soltanto, direi, perché gran parte delle fattispecie tradizionalmente rilevanti solo in rapporto alla disciplina generale della concorrenza sleale (ivi compresi gli atti di confusione) hanno ormai possibile rilevanza anche come illeciti di mercato e come illeciti amministrativi al pari degli illeciti antitrust. Ma anche perché la repressione di questi illeciti, come illeciti di mercato, è apertamente finalizzata a scopi di tutela della “libertà di scelta” del consumatore.

L’evoluzione dell’ordinamento e l’introduzione del divieto di pratiche commerciali scorrette può sancire dunque, a mio parere, la definitiva prevalenza della tesi secondo cui il contenuto della clausola generale in materia di concorrenza sleale riferita ai principi di correttezza professionale è dato dai principi generali dell’ordinamento in materia di tutela oggettiva della concorrenza³⁷, che ora interessa anche i consumatori che nel mercato fanno scelte di consumo libere e consapevoli.

³⁷ Cfr. M.LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Europa e dir.priv.*, 1999, p. 509 ss.; più di recente, ID., v. “Concorrenza” in *Enc. Dir., Annali III*, Milano, 2010, p. 243 ss.; G.FLORIDIA, *Concorrenza sleale e pubblicità*, in P.AUTERI e AA., *Diritto industriale*³, Giappichelli, Torino, 2009, p.333 ss. Meno sicuro è l’orientamento giurisprudenziale in tal senso: v., per esempio, Cass., 15 febbraio 1999, n.1259, in *Giur.ann.dir.ind.*, 1999, n. 3871, che ancora identifica i principi della correttezza professionale con le “regole deontologiche che gli stessi operatori abbiano riconosciuto valide e vincolanti”, e in tal senso valuta come professionalmente scorretto, ai sensi dell’art. 2598, n.3, c.c., un comportamento imprenditoriale, sol perché contrario a una disposizione del Codice di autodisciplina pubblicitaria.