

AURELIO MIRONE

Verso la despecializzazione dell'Autorità antitrust. Prime riflessioni sul controllo delle clausole vessatorie ai sensi dell'art. 37-bis cod. cons.

SOMMARIO: 1. Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie e l'art. 37-bis cod. cons. – 2. Controllo amministrativo delle clausole vessatorie e controllo amministrativo delle pratiche commerciali scorrette. – 3. Il procedimento di controllo successivo: legittimazione attiva ed ambito del controllo. – 3.1. (Segue) criteri di controllo. – 3.2.- (Segue) sanzioni. – 3.3. (Segue) procedimento. – 3.4. (Segue) rimedi. – 4. Il procedimento di controllo preventivo. – 5. Conclusioni.

1. Il tema del controllo amministrativo delle condizioni generali di contratto non è certamente nuovo, avendo animato la riflessione della dottrina civilistica a partire almeno già dagli anni '70. A distanza di un quarantennio, l'art. 5, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modifiche dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, ha introdotto nel codice del consumo un sistema generalizzato di controllo delle clausole vessatorie da parte dell'Autorità antitrust, interamente disciplinato all'interno del nuovo art. 37-bis cod. cons. (1), che sembrerebbe aver realizzato in qualche modo le aspirazioni di quella corrente di pensiero che ha sostenuto, sia pur con varie sfumature e prospettive, l'inidoneità del solo controllo giudiziario a realizzare l'obiettivo di un efficace contrasto delle pratiche vessatorie nei confronti dei consumatori (2).

Per apprezzare appieno l'impatto della nuova disciplina sul sistema (3), occorre però avvertire fin d'ora che il meccanismo di controllo dell'art. 37-bis si incardina

(1) I riferimenti normativi privi di specificazione, contenuti nel presente lavoro, sono tutti relativi al codice del consumo.

(2) La bibliografia in argomento è talmente estesa da non poter essere in alcun modo sintetizzata nella presente sede. Tra i fautori delle tecniche giudiziali di controllo, vedi C.M. BIANCA, voce *Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ., III*, Torino, 1998, 401 s.; U. MAJELLO, *Considerazioni in tema di condizioni generali di contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 75 ss. Favorevoli a forme di controllo amministrativo, V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in AA.VV., *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, a cura di A. Cesaro, Padova, 1994, 110 ss.; G. ALPA, *Il controllo amministrativo delle clausole abusive*, in *Contratti*, 1995, 469 ss.

(3) Come primi commenti, vedi, E. MINERVINI, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *NLCC*, 2012, 563 ss.; G. PALLIGIANO, *Vessorietà delle clausole accertata dal Garante*, in *Guida al dir.*, 2012, n. 7, 41 ss.; V. PANDOLFINI, *La tutela amministrativa dei consumatori contro le clausole vessatorie*, in *Corr. giur.*, 2012, 47 ss.; L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 492 ss.; T. RUMI, *Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie*, in *Contratti*, 2012, 638 ss.

all'interno di un coacervo di rimedi a tutela del consumatore, venutosi a stratificare nell'ultimo quindicennio a partire dall'attuazione in Italia della direttiva 93/13/CEE (l. 6 febbraio 1996, n. 52). Buona parte delle riflessioni scaturenti dall'originario dibattito tra fautori delle tecniche giudiziali di controllo e fautori delle tecniche amministrative di controllo, risulta pertanto oramai datata, dovendosi valutare non tanto se un intervento amministrativo contro le pratiche vessatorie sia opportuno o necessario in sé, quanto e soprattutto se il sistema ultimamente adottato presenti caratteristiche di razionalità ed efficacia, all'interno dell'attuale quadro normativo. Inoltre, non si tratta a mio avviso di negare che un adeguato enforcement della direttiva 93/13/CEE richieda uno strumentario anche pubblicistico, e lo stesso intervento di autorità indipendenti, ma di valutare la specifica connotazione del nuovo sistema, anche in confronto a possibili scelte alternative, come quella di estendere la platea dei soggetti legittimati ad esercitare l'azione inibitoria ex art. 37 (vedi § 3.2., 5).

Di certo, il nuovo art. 37-bis presenta caratteristiche assai diverse dagli altri sistemi amministrativi di controllo già presenti nell'ordinamento, i quali hanno tutti un ambito d'intervento più limitato. Il tratto della specialità caratterizza, innanzitutto, i poteri dell'AGCM in materia di controllo delle intese e degli abusi di posizione dominante o di dipendenza economica aventi ad oggetto condizioni contrattuali (4), che riguardano sì tutti i mercati, inclusi i rapporti commerciali «business to business», ma consentono un intervento sugli abusi contrattuali solamente quando la condotta determini effetti rilevanti sul gioco della concorrenza: segnatamente, nel caso in cui le clausole siano oggetto di intese o siano adottate da imprese in posizione di dominio (assoluto o relativo) (5). Specialità ancor maggiore presentano, inoltre, i poteri riconosciuti a vario titolo

(4) In argomento, A. MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, 2003, 1 ss.

(5) Non presenta particolare rilievo, in questa sede, la recente emersione di poteri sanzionatori dell'AGCM contro gli abusi (anche contrattuali), a prescindere dall'esistenza di posizioni dominanti, atteso che tali ipotesi appaiono estranee all'ambito del rapporto tra imprese e consumatori: vedi il nuovo co. 3-ter dell'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, introdotto dall'art. 10, co. 2, l. 1 novembre 2011, n. 180, in forza del quale la violazione diffusa e reiterata del d.lgs. 2002/231, in materia di «lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali», che prevede termini vincolanti di pagamento nei contratti tra imprese aventi ad oggetto la consegna di merci o la prestazione di servizi, costituisce abuso a prescindere dall'accertamento di un'effettiva situazione di dipendenza economica. Vedi inoltre l'art. 62 d.l. 1/2012, che attribuisce all'AGCM nuovi poteri sanzionatori in materia di comportamenti sleali nelle relazioni commerciali tra operatori economici (anche agricoli), di difficile inquadramento sistematico, ed include tra i comportamenti vietati quello dell'applicazione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose.

dall'ordinamento in favore di Bankitalia, IVASS, Consob, AGCom e AEEG, che per un verso hanno natura propriamente settoriale, e per alto verso appaiono limitati anche sul piano oggettivo alle particolari fattispecie ed ai criteri di controllo singolarmente previsti dalle rispettive normative di riferimento (6).

Il procedimento ex art. 37-bis ha, invece, natura assolutamente generalizzata: in primo luogo, perché riguarda le condizioni generali di contratto predisposte da qualunque impresa o professionista, alla sola condizione che si tratti di clausole «inserite nei contratti fra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari»; in secondo luogo, perché ha per oggetto – salvi i limiti che si evidenzieranno appresso – l'accertamento di tutte le fattispecie di divieto delle clausole vessatorie, previste dagli artt. 33 ss., a prescindere dalla ricorrenza di ulteriori requisiti esterni o condizioni di alcun genere, anche in ordine alla rilevanza quantitativa e qualitativa del fenomeno.

Ad accrescere la sensazione di una particolare pervasività del sistema ora introdotto, interviene inoltre uno degli aspetti più originali della disciplina, e cioè il fatto che l'accertamento da parte dell'AGCM può essere sia preventivo (art. 37-bis, co. 3), su istanza delle imprese interessate, le quali intendano ottenere il «beneplacito» dell'Autorità in merito alla regolarità delle proprie condizioni generali di contratto, sia successivo (art. 37-bis, co. 1 e 2), «d'ufficio o su denuncia», al fine di pervenire ad un provvedimento di accertamento della vessatorietà delle clausole, destinato alla pubblicazione per estratto sul sito dell'Autorità, su quello dell'impresa e «su ogni altro mezzo ritenuto opportuno per informare compiutamente i consumatori a cura e spese

(6) Vedi, M. CLARICH, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori delle autorità di regolazione settoriale*, intervento al convegno «Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela», organizzato dall'AGCM a Roma, 29 gennaio 2010, in www.agcm.it. Alcuni ordinamenti settoriali non prevedono in effetti controlli mirati alla vessatorietà in sé delle clausole contrattuali: ad esempio, l'art. 5 t.u.b. prevede che tra le finalità della Banca d'Italia rientri quella relativa «all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia», ragion per cui i relativi poteri, nei confronti di pratiche vessatorie, potranno essere azionati solamente se la disciplina speciale contenga norme che rinviano o si sovrappongano al codice del consumo (ad esempio, la disciplina in materia di credito al consumo, prevista dagli artt. 121 ss. t.u.b.; o talune disposizioni contenute nella disciplina della trasparenza bancaria, come l'art. 118 t.u.b.); soluzione che non muta in modo significativo per quanto interessa in questa sede, anche dopo l'introduzione dell'art. 127 t.u.b., ad opera del d.lgs. 141/2010, che ha integrato i criteri di controllo con le finalità relative «alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela». Altri ordinamenti settoriali presentano, invece, criteri d'intervento aventi portata in parte più ampia: vedi le funzioni di vigilanza attribuite all'IVASS dall'art. 3 del codice delle assicurazioni private, con riferimento «alla tutela degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative, all'informazione e alla protezione dei consumatori».

dell'operatore».

A fronte di siffatte novità, una chiave di lettura utile non può in realtà rinvenirsi nel dibattito sulla rilevanza pubblicistica della disciplina comunitaria sulle clausole vessatorie. E' vero, infatti, che la Corte di Giustizia ha più volte osservato che la direttiva 93/13/CEE contiene una disciplina che può essere qualificata come «di ordine pubblico» (7), stante l'interesse di carattere generale alla eliminazione delle clausole vessatorie dal mercato. Ed infatti, siffatta qualificazione è stata utilizzata dalla Corte proprio in riferimento alle tecniche giudiziali di controllo, e segnatamente al fine di sancire – nel silenzio della direttiva – la rilevabilità d'ufficio della nullità (rectius, della non vincolatività delle clausole vessatorie), quale strumento indispensabile per la realizzazione delle finalità d'interesse generale (8).

Non può, pertanto, sottacersi in limine che l'art. 7 della direttiva 1993/13/CEE lasciava liberi i legislatori nazionali di prevedere sistemi di controllo giudiziali, amministrativi o misti, fatto salvo il principio di adeguatezza dell'enforcement (9). Altrettanto

(7) Vedi, Corte di Giustizia UE, 27 giugno 2000, *Océano*, in cause riunite C-240/98 e C-244/98; Corte di Giustizia UE, *Cofidis*, 21 novembre 2002, in causa C-473/00; Corte di Giustizia UE, 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, causa C-168/05; Corte di Giustizia UE, 4 giugno 2009, *Pannon*, causa C-243/08.

(8) Si è, peraltro, condivisibilmente osservato, in via generale, che dovrebbe quanto meno distinguersi tra normative di tutela dei consumatori a «schema rigido», come ad esempio quelle previste dagli artt. 117 ss. e 121 ss. t.u.b. in materia di trasparenza bancaria e credito al consumo, caratterizzate dalla piena inderogabilità delle prescrizioni e dalla tradizionale convivenza di profili privatistici e pubblicistici (vedi artt. 128, 128-ter, 144, co. 3-bis, t.u.b.); e normative di tutela a «schema debole», come quelle degli artt. 33 ss., assistite da una nullità che secondo taluni potrebbe in realtà essere assimilata ad un'annullabilità rilevabile d'ufficio (L. VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. impresa*, 2011, 1402), ed in ogni caso caratterizzate dal fatto che non si prevede per vero alcun divieto di esercitare l'autonomia privata, ma semmai (quanto meno per le fattispecie diverse da quelle di cui all'art. 36, co. 2) un divieto di abusare del potere di predisposizione contrattuale in assenza di un effettivo dispiegamento dell'autonomia contrattuale, individuato in specie nella figura della c.d. trattativa individuale (art. 34, co. 4): vedi S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 155 ss.; VALLE, *op. cit.*, 1390 ss., che conseguentemente negano la qualificazione in termini di vera e propria illiceità. Naturalmente, è appena il caso di rilevare che anche una tale qualificazione, tipicamente assistita nel codice civile dalla sanzione della nullità, non determinerebbe affatto la necessità di un apparato pubblicistico di controllo.

(9) E' nota, al riguardo, la vicenda che ha imposto al legislatore italiano di modificare l'art. 1469-sexies c.c. (oggi, art. 37 cod. cons.), estendendo la legittimazione passiva per l'azione inibitoria anche alle associazioni di professionisti che raccomandano l'adozione di condizioni generali di contratto vessatorie, in esito alla sentenza della Corte di Giustizia CE, 24 gennaio 2002, in

vale per l'art. 2 della successiva direttiva 98/27/CE, «relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori», che impone l'adozione di procedure idonee a ordinare la cessazione o l'interdizione delle violazioni, con le relative sanzioni accessorie, mantenendo però l'autonomia degli Stati membri di «designare» «gli organi giurisdizionali o le autorità amministrative competenti». E tale notazione vale di per sé a confermare che l'intervento in commento non può essere giustificato con la connotazione (più o meno stringente) di «ordine pubblico», assegnabile alla normativa comunitaria sulle clausole vessatorie.

Le esperienze degli altri paesi europei (10), che hanno in molti casi sperimentato sistemi misti di controllo – e che non possono essere esaminate neanche per cenni nella presente sede – si presentano a loro volta troppo eterogenee e frammentarie per offrire indicazioni valide (11), potendosi solo affermare che non appaiono frequenti le ipotesi di meccanismi amministrativi considerati comunemente validi e funzionali.

La riflessione va concentrata, pertanto, sul sistema particolarmente originale adottato dal d.l. 1/2012 (12). Ed infatti, l'impressione è che la soluzione domestica risulti, in realtà, frutto non già dell'importazione di sistemi sperimentati in altri ordinamenti, quanto dell'espansione per via orizzontale delle competenze acquisite dall'AGCM in

causa C-372/99. In argomento, E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, 196 ss.

(10) Anche la letteratura in argomento è troppo estesa per essere riferita nella presente sede. Vedi, in ogni caso, almeno V. RIZZO, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994.

(11) Cfr., RUMI, *op. cit.*, 639 ss.

(12) L'art. 37-bis presenta – sia pur con evidenti differenze – qualche antecedente nel controllo che per lungo tempo è stato affidato al *BKartA* in Germania (in argomento, MIRONE, *op. cit.*, 79 ss., 229 ss.). I §§ 22 ss. *GWB* prevedevano, infatti, un controllo limitato alle sole *Konditionenempfehlungen* elaborate dalle associazioni imprenditoriali (non pertanto, di quelle adottate spontaneamente dalle singole imprese), secondo un modello pertanto meno pervasivo di quello previsto nell'art. 37-bis, ma certamente più pregnante di quello riconosciuto dalla normativa antitrust europea ed italiana, stante l'apposita previsione di una quarta figura di intese, effettivamente anomala rispetto al sistema europeo, e cioè appunto quella delle «raccomandazioni» (di prezzo, condizioni, standard produttivi, ecc.), e l'obbligo generalizzato di notifica preventiva al fine di godere dell'esenzione dall'*Empfehlungsverbot*, a sua volta condizionata proprio dall'assenza di clausole vessatorie (da valutare, secondo la giurisprudenza, anche sulla base dei parametri civilistici dell'*AGB-G*). La figura delle raccomandazioni è stata, però, integralmente eliminata dalla settima novella del 2005, per armonizzare l'ordinamento tedesco a quello comunitario, in seguito all'introduzione del sistema di esenzione legale nel Reg. 1/2003/CE: cfr., F.W. VON PAPP, *Empfiehl sich das Empfehlungsverbot? Die geplante Streichung des § 22 GWB in der 7. Novelle*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2005, 379 ss.

materia di pratiche commerciali scorrette (artt. 18 ss.), anche topograficamente vicine, stante la collocazione di entrambe all'interno del codice del consumo, rispettivamente nei titoli III e IV della Parte I. L'Autorità si presenta del resto oramai ripartita anche a livello organizzativo in due divisioni, la prima avente ad oggetto l'applicazione della legge antitrust, oltre a competenze minori aggiuntesi nel corso del tempo; la seconda avente ad oggetto la tutela dei consumatori, i cui due pilastri vengono ad essere appunto costituiti dalla repressione delle pratiche sleali e dalla repressione delle clausole vessatorie (13). L'intervento normativo si presenta, così, coerente con tale ripartizione funzionale ed organizzativa, sia pur venendosi a realizzare proprio nel momento in cui la riflessione dottrinale in materia ha iniziato a manifestare significativi elementi di dubbio sull'opportunità di tale assetto, paventando anche una distrazione dell'Autorità dai compiti più tradizionali ed importanti (14).

2. Ragioni di chiarezza impongono di evidenziare fin da subito come il legame fra la disciplina delle pratiche sleali e quella delle clausole vessatorie sia però assai flebile sul piano sistematico e pressoché inconsistente dal punto di vista pratico. Esso non può pertanto essere utilizzato, come si vedrà, come giustificazione per l'espansione di competenze in capo all'AGCM realizzata dall'art. 37-bis, pur essendo indubbia la simmetria che si viene così a determinare fra i due ambiti, soggetti entrambi ai poteri pubblicistici dell'AGCM (rispettivamente, artt. 27 e 37-bis) ed alle azioni inibitorie collettive (per le clausole vessatorie, ai sensi dell'art. 37; per le p.c.s., ai sensi dell'art. 140, che disciplina l'azione inibitoria residuale, ed include «tutte le materie disciplinate dal presente codice») (15)

(13) 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 *Riv. dir. comm.*, 2010, 1141 ss.

(14) V. DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 803 ss.; ID., *L'autorità garante della concorrenza e del mercato a vent'anni dalla sua istituzione: appunti critici*, in *Concorrenza e mercato (Rivista annuale di concorrenza)*, Milano, 2010, 467 ss.; G. FLORIDIA, *Il coordinamento fra controllo autodisciplinare e controllo amministrativo delle pratiche sleali*, in *Dir. ind.*, 2009, 175 ss.; G. GUIZZI, *Il divieto delle pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, 1125 ss.

(15) Permangono però rilevanti differenze di disciplina, non solamente nel procedimento amministrativo di competenza dell'AGCM (come di vedrà nel corso del presente lavoro), ma anche nell'azione inibitoria. In particolare, va sottolineato che l'ambito dei soggetti ai quali viene riconosciuta la legittimazione attiva è differente: per le clausole vessatorie comprende le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nonché le associazioni degli professionisti (sul presupposto che l'adozione di clausole vessatorie possa costituire condotta rilevante

Più a monte, risulta per vero debole anche il legame – forse eccessivamente valorizzato da taluni dei primi commenti (16) – fra la disciplina comunitaria contro le clausole vessatorie e la tutela del mercato. Il riferimento ai principi della concorrenza è indubbiamente presente già nella direttiva 93/13/CEE, sia pur accanto alle più tradizionali istanze solidaristiche: il 7° considerando rileva, infatti, che la repressione delle clausole vessatorie presenta anche la finalità di facilitare le attività commerciali nel mercato unico e stimolare la concorrenza. Non può negarsi, del resto, che la necessità di un'efficace repressione delle clausole vessatorie possa spiegarsi, secondo il classico paradigma di Akerlof, anche con l'esigenza di evitare la capacità di contagio delle *worse practices*, e con l'altrettanto valida ragione di evitare un effetto di «sussidio incrociato» a favore delle imprese che adottino bassi standard di tutela dei consumatori, aumentando i propri margini di manovra sui prezzi, con la conseguenza di falsare il gioco della concorrenza.

E però, la prima prospettiva rimane per così dire interna al sistema di tutela del consumatore, che costituisce valore ed obiettivo autonomo dell'ordinamento comunitario, anche a prescindere dai legami con il principio di tutela della concorrenza. Quanto alla seconda prospettiva, può rilevarsi che già in sede di applicazione della tradizionale disciplina codicistica sulla concorrenza sleale, e ben prima delle contaminazioni sistematiche ed interpretative conseguenti all'introduzione della l. 287/90, analogo paradigma veniva utilizzato per le violazioni di norme pubblicistiche, anche di tipo fiscale (17). E' evidente, pertanto, che non basta la funzionalità di una determinata disciplina alla tutela del sistema di mercato, per ritenere conseguente ed opportuna l'attribuzione di poteri d'intervento all'AGCM (18). Altrimenti, occorrerebbe spingersi

come atto di concorrenza sleale o possa se non altro arrecare discredito alla categoria: in argomento, fra gli altri, M. LIBERTINI, *Prime riflessioni sull'azione inibitoria dell'uso di clausole vessatorie (art. 1469-sexies c.c.)*, in *Contr. e impresa – Europa*, 1996, 555 ss.); per le p.c.s. è invece limitata alle sole associazioni dei consumatori di cui all'art. 137 (in argomento, A. PALMIGIANO, *Pratiche commerciali scorrette: la legittimazione ad agire delle associazioni di consumatori ed utenti ex art. 139 ed il relativo procedimento ex art. 140 del d.lgs. 206/2005*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 251 ss.). Per l'ammissibilità dell'azione inibitoria collettiva di cui all'art. 140 nelle violazioni antitrust, vedi ora Cass., 18 agosto 2011, n. 17351, in *Corr. giur.*, 2012, con nota di R. DONZELLI, *La tutela collettiva dei consumatori davanti alla Corte di cassazione*.

(16) Vedi, in particolare, ROSSI CARLEO, *op. cit.*, 492 ss.

(17) Vedi, ad esempio, A. VANZETTI – V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, settima ed., Milano, 2012, 112 ss.

(18) Non si vuole pertanto ovviamente negare che la disciplina di tutela dei consumatori sia coerente e complementare rispetto alla legislazione antimonopolistica (in argomento, fra gli altri, T. LEARY, *Competition Law and consumer protection law: two wings of the same house*, in *Antitrust*

ad attribuire competenze in settori sempre più disparati, come quello dei bilanci societari, essendo indubbio che anche le pratiche in tale ambito sono suscettibili di alterare il gioco della concorrenza, nella specie per la raccolta del capitale di credito e di rischio. E il rilievo, che potrebbe a prima vista apparire banale o scontato, forse non lo è del tutto, stando alla recente introduzione del c.d. rating di legalità, che l'art. 5-ter d.l. 1/2012 affida ancora una volta alle competenze dell'AGCM, senza evidente connessione con la missione istituzionale dell'Autorità.

Quanto al rapporto più specifico con la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, anche in tal caso – ma altrettanto vale per la disciplina dell'abuso di dipendenza economica – convivono com'è noto letture in chiave solidaristica (che accostano la clausola di correttezza ex art. 20 cod. cons. al principio civilistico della buona fede oggettiva) e letture filo concorrenziali della disciplina (che privilegiano, più condivisibilmente, il rapporto con il principio di correttezza ex art. 2598, n. 3, c.c.) (19).

Ciò che rileva, però, è che il rapporto effettivo fra le due discipline appare del tutto residuale (20). Ed in particolare, non appaiono convincenti le tesi secondo cui l'adozione di clausole vessatorie rileverebbe, di per sé, come pratica commerciale scor-

Law Journal, vol. 71 (2005), 1147 ss.); né che la tutela dei consumatori rientri fra gli scopi anche normativamente considerati dalla disciplina *antitrust* comunitaria e nazionale (tale valutazione è oramai acquisita definitivamente, dopo le sentenze Corte di Giustizia UE, 20 settembre 2001, *Courage*, in causa C-453/99; e Cass. 4 febbraio 2005, n. 2207, fra le altre in *Corr. giur.*, 2005, con note di I. Pagni e M. Negri: in argomento, fra gli altri, M. LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, ivi, 2005, 1093; G. GUIZZI, *Consumatori e concorrenza nell'esperienza della giurisprudenza civile: bilanci e prospettive*, in ID., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, Milano, 2010, 299 ss.).

(19) Vedi, P. FABBIO, *Disparità di forza contrattuale e abuso di dipendenza economica*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri e A. Zoppini, Bari, 2008, 153 ss., per la lettura in chiave filo-concorrenziale dell'art. 9 l. 192/1998; e nello stesso senso, per le p.c.s., GUIZZI, *Il divieto*, cit., 1125 ss.

(20) Anche l'ambito oggettivo del controllo non è identico, dato che l'applicazione della normativa sulle p.c.s. presuppone che sussista una effettiva pratica commerciale (sul rilievo di tale presupposto, vedi fra gli altri, P. AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in AA.VV., *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali sleali. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di A. Genovese, Padova, 8 ss.; MIRONE, *Pubblicità e invalidità del contratto: la tutela individuale contro le pratiche commerciali sleali*, in *AIDA*, 2008, 319, ove critica degli orientamenti che ne svalutano la portata), mentre la Dir. 13/1993/CEE si applica a qualunque clausola vessatoria, ed anche il rimedio inibitorio di cui all'art. 37 si applica – sia pur alle sole condizioni generali di contratto – anche prima dell'utilizzo, ove sussista mera raccomandazione da parte delle associazioni di professionisti.

retta (21).

In particolare, può senz'altro ricostruirsi un rapporto di reciproca influenza fra le due discipline (22). La direttiva 93/13/CEE, al 16° considerando, evidenzia infatti che l'esistenza di «forme di incoraggiamento all'acquisto» può essere rilevante per valutare la vessatorietà della pratica; e l'art. 4 conferma che la vessatorietà dev'essere accertata tendo conto di tutte le circostanze che accompagnano la conclusione del contratto, e pertanto anche di tutte le pratiche – e principalmente di quelle relative alla comunicazione d'impresa – che siano in grado di influenzare il «comportamento economico» del consumatore (art. 20 cod. cons.).

A sua volta, la direttiva 2005/29/CE contiene riferimenti che ben possono attagliarsi anche ai profili concernenti le clausole vessatorie, per i quali, in ogni caso, viene fatta salva la prevalenza delle «disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto» (art. 19, co. 2), ivi incluse evidentemente le norme di cui agli artt. 33 ss. cod. cons. In particolare, la violazione dell'art. 34, co. 2 (che esclude dal controllo di vessatorietà le clausole che attengono all'oggetto del contratto ed al prezzo, a condizione che tali elementi «siano individuati in modo chiaro e comprensibile»), e dell'art. 35 (che impone in ogni caso il dovere di redigere tutte le clausole contrattuali «in modo chiaro e comprensibile»), ben possono rilevare come pratiche commerciali scorrette (23). La correlazione fra i due sistemi, però, sembra arrestarsi alle tipologie di abuso legate alla clausola di chiarezza e comprensibilità. Solo in tali ipotesi, in linea di massima, sembra potersi concretizzarsi un'azione (od omissione) ingannevole (artt. 21 e 22), idonea ad indurre in errore il consumatore in ordine alle caratteristiche del prodotto (lett. b), al prezzo (lett. d), o ai diritti del consumatore (lett. g). Non è, in definitiva, l'adozione di clausole vessatorie in sé a poter assumere rilievo ai fini delle p.c.s., ma il mancato rispetto degli ordinari criteri

(21) Vedi, invece, sia pure con varie sfumature, S. ORLANDO, *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 345 ss.; M. MELI, *Trasparenza e vessatorietà delle clausole nei contratti per adesione*, in AA.VV., *I «principi» del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, 482 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Il comportamento ostativo del professionista tra «ostacoli non contrattuali» e ostacoli contrattuali*, in AA.VV., *Studi celebrativi del ventennale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di Barucci e Bedogni Rabitti, Milano, 2010, 1216 ss.

(22) Si esprimono, invece, nel senso di una vera e propria circolarità fra le due discipline, ROSSI CARLEO, *op. cit.*, 492 ss.; RUMI, *La tutela*, cit., 642 ss.

(23) Vedi, Corte di Giustizia UE, 15 marzo 2012, *Perenicova*, in causa C-435/10, che ha ritenuto suscettibile di essere qualificata come ingannevole, ai sensi della dir. 2005/29/CE, la violazione della normativa in materia di contratti di credito con i consumatori, a proposito di formulazione del TAEG.

legali di correttezza nella formulazione dell'offerta, che possono avere come riferimento le clausole contrattuali, alla pari di qualunque altro aspetto rilevante per il comportamento economico del consumatore.

Nel caso in cui, invece, la pratica vessatoria sia palese, e cioè la clausola sia intrinsecamente abusiva, non sembrano sussistere i presupposti per l'applicazione della figura generale di cui all'art. 20, co. 2. Per un verso, infatti, nessuna delle figure tipiche, considerate negli artt. 21 ss., è accostabile al mero utilizzo di clausole vessatorie. Per altro verso, anche a voler accogliere gli orientamenti che privilegiano la portata della clausola generale rispetto alle figure tipiche (24) – alle quali (salvo qualche eccezione) non può però a mio avviso negarsi quanto meno un valore interpretativo pregnante nella ricostruzione del «sistema p.c.s.» (25) – non risulta agevole prefigurare che tale condotta possa falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio (al quale spetta in ogni caso il pieno diritto di avvalersi della nullità della clausola ex art. 36), atteso che uno dei presupposti della normativa comunitaria sulle clausole abusive risiede, al contrario, proprio nel fatto che il consumatore è tipicamente indifferente al dettaglio dei profili contrattuali nella scelta dell'offerta (e perciò bisognoso della relativa tutela) (26).

In ogni caso, viene da considerare che, indipendentemente dall'esatta ricostruzione delle ipotesi nelle quali la vessatorietà possa rilevare come pratica scorretta, l'eventuale sovrapposizione dei due profili costituisce semmai argomento contrario, piuttosto che favorevole, all'introduzione delle nuove competenze in capo all'AGCM. Poiché, infatti, il sistema sanzionatorio delle p.c.s. è più severo di quello previsto dall'art. 37-bis (27),

(24) M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in AA.VV., *I decreti legislativi*, cit., 27 ss.

(25) Per l'opinione prevalente, che ricostruisce c.d. *black list* degli artt. 23 e 26 come elenco di divieti *per se*, A. MIRONE, *Pubblicità e invalidità del contratto*, cit., 321 s., ove il rilievo secondo cui talune pratiche sarebbero vietate in quanto socialmente indesiderate, nonostante la limitata capacità di influenza sul comportamento del consumatore medio.

(26) Per l'orientamento che ricostruisce la *ratio* della direttiva comunitaria sulle clausole abusive in termini di tutela dell'integrità del consenso del consumatore, fra gli altri, S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 257 ss.; G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 46 ss.

(27) Per taluni rilievi in ordine all'eccesso di tutela sanzionatoria, previsto nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, cfr., DI CATALDO, *Pratiche commerciali*, cit., 820 s. L'ammontare massimo delle sanzioni amministrative pecuniarie, originariamente previsto dall'art. 27, co. 9, in € 500.000,00 (ed € 150.000,00 per l'inottemperanza ai provvedimenti d'urgenza e inibitori: art. 27, co. 12) è stato però aumentato a 5 milioni di euro dall'art. 23, co. 12-*quinquiesdecies*, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. con modifiche dalla l. 7 agosto 2012, n. 135.

che non contempla l'irrogazione di sanzioni pecuniarie, dovrebbe conseguire che la nuova procedura sia destinata a trovare applicazione proprio nelle ipotesi che non sia possibile attrarre nella competenza prevista dall'art. 27. E' pertanto agevole immaginare che la nuova sfera d'intervento resterà ben distinta rispetto a quella delle p.c.s., anche nelle modalità di intervento, che dovrebbero risultare di tipo meramente oggettivo, trattandosi «solo» di valutare – come si vedrà appresso (§ 3.2.) – se il testo delle condizioni generali adottate dal professionista contenga o meno clausole vessatorie. E ciò conferma come le possibili interferenze fra i due istituti non costituiscano in realtà valido fondamento per l'estensione dei poteri pubblicistici dell'AGCM al fenomeno in sé delle clausole vessatorie.

L'innovazione normativa determina, peraltro, ulteriori profili di necessario coordinamento fra le due discipline. L'art. 27, co. 14, stabilisce infatti che le pratiche assentite con provvedimento amministrativo, preordinato anche alla verifica del carattere scorretto della stessa, siano esenti dalla disciplina delle p.c.s. (28): in tal caso, la tutela di tutti i soggetti interessati, di natura individuale o collettiva, è circoscritta all'impugnazione con ricorso al giudice amministrativo del relativo provvedimento. Nel nostro caso, l'approvazione da parte dell'AGCM, ai sensi dell'art. 37-bis, sia in via preventiva che successiva, finirebbe così per neutralizzare la disciplina delle p.c.s. Come detto, infatti, la fattispecie delle p.c.s. è più limitata di quella delle clausole abusive, ragion per cui la verifica sulla non vessatorietà della clausola dovrebbe implicare necessariamente quella di non scorrettezza della pratica contrattuale in sé, fermi restando eventuali ed ulteriori profili relativi alle modalità comunicative e pubblicitarie, anche con riferimento a singole clausole contrattuali, che esorbitino dal controllo ex art. 37-bis. Ed anche il criterio di riferimento soggettivo depone nella stessa direzione, atteso che la giurisprudenza nazionale ha più volte affermato che il parametro rilevante ai sensi dell'art. 33 è quello del consumatore «meno avveduto» (29), mentre la Dir. 2005/95/CE utilizza il parametro ben più limitato del consumatore «ragionevolmente avveduto» (considerando 18°) (30).

(28) Su tali profili, V. MELI, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel «macrosettore credito e assicurazioni»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 336 s. E' noto, invece, che l'approvazione amministrativa di clausole contrattuali non preclude in alcun modo l'esercizio delle competenze antitrust: vedi, Cons. Stato, 10 marzo 2006, n. 1271, in *Riv. dir. ind.*, 2007, II, 183 ss., con nota di M. FILIPPELLI, *Abusi di impedimento dell'impresa dominante e regolazione di settore: il caso Telecom Italia*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, II, 235 ss., relativa a pratiche contrattuali assentite con provvedimento dell'AGCom.

(29) Vedi Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2045.

(30) In argomento, V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in AA.VV., *I decreti legislativi*, cit., 101 s.

L'AGCM, ove ricorrano i presupposti, dovrebbe pertanto mantenere in linea di principio i poteri di cui all'art. 27, per l'accertamento e la repressione di pratiche sleali concernenti l'adozione di clausole vessatorie (31), salvo il caso in cui abbia precedentemente definito con approvazione un procedimento ai sensi dell'art. 37-bis. Vista la collocazione della norma di deroga all'interno dell'art. 27, che disciplina solamente il procedimento di competenza dell'AGCM, può però ritenersi che l'approvazione ai sensi dell'art. 37-bis non precluda in ogni caso le azioni risarcitorie in sede civile per violazione del divieto di p.c.s. (in cui l'autorità giudiziaria potrebbe effettuare valutazioni di merito diverse rispetto a quelle effettuate dall'Autorità antitrust), anche mediante azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis. (32)

3. Una valutazione del sistema di controllo previsto dall'art. 37-bis non può, a questo punto, prescindere da una prima interpretazione del testo normativo.

Iniziando l'analisi dal procedimento di controllo successivo, è opportuno premettere che, a differenza del sistema delle p.c.s., il procedimento ex art. 37-bis non prevede l'irrogazione di sanzioni amministrative. Anch'esso, però, è azionabile d'ufficio o su «denuncia». Nonostante il diverso tenore, rispetto all'art. 27, co. 2 (che prevede la «istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse»), la legittimazione ad effettuare la denuncia dovrebbe richiedere in ogni caso la sussistenza di un qualche interesse (33), anche se l'eventuale insussistenza di tale presupposto potrebbe essere superata dalla possibilità per l'Autorità di provvedere d'ufficio.

L'AGCM pronuncia «sentite le associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale e le camere di commercio interessate o loro unioni». In sede di conversione, è

(31) Non trova, invece, applicazione a mio avviso l'art. 23, co. 12-*quinquiesdecies*, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. con modifiche dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, che è intervenuto sul dibattito relativo alle competenze in materia di p.c.s. nei settori vigilati, chiarendo – in modo apparentemente conforme a Cons. Stato, ad. Plenaria 11 maggio 2012, n. 1, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, 576 ss., con nota di V. MELI, *Il Consiglio di Stato e l'applicabilità delle pratiche commerciali scorrette al settore del credito* – che la disciplina delle p.c.s. è da ritenersi inapplicabile, ai sensi dell'art. 19, co. 3, solamente nei «settori in cui esista una regolamentazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità, munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati», dato che la disciplina dell'art. 37-bis (peraltro affidata all'AGCM, anche se tale circostanza non sarebbe determinante) non è di carattere «settoriale», ma bensì generale.

(32) Sull'applicazione dell'art. 140-bis alle violazioni antitrust, M. SCUFFI, *Tutela antitrust del consumatore e azione di classe*, in *Dir. ind.*, 2009, 341; A. GIUSSANI, *Aspetti processuali dell'azione di classe antitrust*, in *AIDA*, 2010, 446 ss.

(33) In argomento, ASSONIME, Circolare 2 aprile 2012, n. 9, 10.

stata opportunamente modificata la norma che prevedeva originariamente una sorta di parere vincolante delle associazioni (34), richiedendo in modo effettivamente assai singolare una sostanziale intesa fra l'Autorità e le associazioni (35). Come associazioni di categoria - formulazione ambigua - devono essere verosimilmente considerate sia le associazioni nazionali dei consumatori, di cui all'art. 137 (36), sia le associazioni di riferimento dell'impresa oggetto del procedimento (37), dato che anche queste ultime possono avere interesse ad intervenire, stante la potenziale capacità espansiva del provvedimento per le imprese che operano nello stesso mercato.

Oggetto del controllo sono le «clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari». Trattasi, pertanto, di un ambito che viene a coincidere con quello dell'azione inibitoria ex art. 37, che può esperirsi contro «il professionista o l'associazione di professionisti che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto», e risulta conseguentemente più ristretto di quello del controllo giudiziario nei rapporti inter-individuali (art. 36), che concerne le clausole vessatorie comunque inserite nei contratti fra professionisti e consumatori.

Anche nel procedimento ex art. 37-bis, come in quello ex art. 36, è così da ritenere che l'Autorità non possa delimitare unilateralmente il controllo all'esame isolato di singole clausole, atteso che trova applicazione, come in sede di inibitoria, il criterio di controllo di cui all'art. 34, co. 1, per cui occorre tenere in considerazione l'insieme delle clausole del contratto (38), onde valutare se lo squilibrio contenuto in una determinata clausola trovi giustificazione e/o compensazione in altra parte del regolamento contrattuale.

(34) PALLIGIANO, *op. cit.*, 41 ss.

(35) Priva di riscontro, invece, appare la tesi di PANDOLFINI, *op. cit.*, 52, nt. 33, secondo cui il controllo dell'AGCM sarebbe precluso nel caso in cui le clausole siano inserite in schemi di contratto tipo, adottati dal professionista in seguito a trattative collettive condotte con associazioni di categoria con i consumatori. In senso critico verso gli orientamenti che attribuiscono alle associazioni poteri dispositivi dei diritti stabiliti dall'ordinamento a tutela dei consumatori, sia sul piano delle opzioni di politica del diritto (ma in tal senso, invece, con riferimento al nuovo procedimento ex art. 37-bis, RUMI, *op. cit.*, 646 ss., secondo cui occorrerebbe indirizzare il sistema verso la figura dell'«atto amministrativo negoziato corporativamente»), sia su quello interpretativo (in assenza, come allo stato, di espliciti riferimenti normativi), vedi MIRONE, *Le «fonti private» del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, I, 282 ss.

(36) In tal senso, PANDOLFINI, *op. cit.*, 49.

(37) PANDOLFINI, *op. cit.*, 55.

(38) Conf., E. MINERVINI, *La tutela*, cit., 568 s.

Quanto alla categoria dei «professionisti», essa non presenta particolarità rispetto a quella prevista dalle definizioni generali dell'art. 3, co. 1, lett. c). Più complesso, invece, è stabilire se anche il procedimento ex art. 37-bis possa avere ad oggetto clausole «raccomandate» dalle associazioni, a prescindere dal (ed anche prima del) loro effettivo utilizzo da parte delle imprese. I primi commenti si sono espressi in modo oscillante, sostenendo talora la tesi favorevole (39), anche al fine di mantenere un coordinamento sistematico con il rimedio inibitorio dell'art. 37. Il diverso tenore letterale, però, sembrerebbe deporre in senso contrario, proprio in ragione delle ben note vicende che hanno portato alla modifica dell'art. 37, dopo l'intervento di censura della Corte di Giustizia nei confronti dell'ordinamento italiano (40). L'esistenza di un rimedio inibitorio di carattere giudiziale, idoneo ad assicurare il livello minimo di tutela richiesto dalla direttiva, rende infatti preferibile l'argomento a contrario rispetto all'argomento a simili.

Il principale motivo che, a mio avviso, osta all'interpretazione estensiva o analogica, consiste però nella sovrapposizione con il controllo delle intese anticoncorrenziali, nella forma di «deliberazioni di associazioni d'impresa», ai sensi dell'art. 2 l. 287/90, che si verrebbe altrimenti a determinare. Tale fattispecie, che è idonea a ricomprendere tutte le raccomandazioni di condizioni contrattuali effettuate dalle associazioni di categoria (anche adottate senza il coinvolgimento degli organi rappresentativi della base associativa), ha infatti portata e conseguenze ben più ampie del procedimento ex art. 37-bis. L'esperienza applicativa dell'AGCM, per vero non del tutto lineare, e sin qui limitata a pochi mercati (soprattutto quello bancario) (41), si è infatti correttamente orientata nel senso che la standardizzazione contrattuale da parte delle associazioni di categoria debba essere soggetta a limiti ben più stringenti del divieto di abuso, trattandosi di fenomeno di per sé restrittivo della concorrenza, e che può essere ritenuto lecito alla sola condizione che ricorrano i presupposti di cui all'art. 4 l. 287/90. Non solo, pertanto, occorre l'assenza di clausole vessatorie (42), ma occorre anche che la raccomandazione si limiti ai profili di tipo «tecnico», senza intervenire in ordine a scelte di meri-

(39) E. MINERVINI, *La tutela*, cit., 566, che prefigura una «elementare operazione di interpretazione estensiva». Diversamente orientato, nel senso del testo, sulla base di una interpretazione testuale, PANDOLFINI, *op. cit.*, 50.

(40) Vedi, *supra*, nt. 9.

(41) Vedi, MIRONE, *Le «fonti private»*, cit., 266 ss.

(42) Nel senso che la raccomandazione di clausole vessatorie da parte delle associazioni di categoria non sarebbe tipicamente in grado di superare il *test* di bilanciamento dell'art. 4, l. 287/90, dato che ogni presumibile vantaggio in termini di riduzione dei costi di transazione derivante dalla standardizzazione contrattuale sarebbe comunque annullato dalla insussistenza dei requisiti del «sostanziale beneficio per i consumatori» e della «restrizione non strettamente necessaria», vedi MIRONE, *Standardizzazione*, cit., 253.

to che potrebbero differenziare l'offerta contrattuale delle imprese su profili d'interesse per la clientela. Riprendendo una sistemazione proposta in altra sede, la standardizzazione di categoria può così considerarsi in linea di massima lecita, a condizione: a) che non contenga clausole vessatorie; b) che non contenga clausole «salienti»; c) che non riguardi clausole relative ai criteri di determinazione del prezzo; d) che non introduca meccanismi contrattuali distorsivi della concorrenza (clausole c.d. anticoncorrenziali: penali per il recesso, etc.). Inoltre, il controllo non è escluso dal fatto che la clausola standardizzata sia riproduttiva di norme di legge o regolamentari (43).

Il riscontro di raccomandazioni contrattuali di categoria, contenenti clausole suscettibili di essere considerate vessatorie, dovrebbe pertanto determinare l'apertura di un procedimento ai sensi della l. 287/90, e non già ai sensi dell'art. 37-bis, sia al fine di verificare se sussistano ulteriori profili restrittivi della concorrenza, sia per verificare l'esistenza dei presupposti per l'applicazione delle sanzioni amministrative previste dall'art. 15 l. 287/90. In ogni caso, l'effettivo accertamento di clausole abusive nella standardizzazione per intese orizzontali dovrebbe quanto meno condurre alla diffida per l'eliminazione dell'infrazione, ai sensi dell'art. 15 l. 287/90, e non già alla mera sanzione reputazionale della pubblicazione, prevista dall'art. 37-bis.

3.1. Venendo ai criteri contenutistici di controllo che potranno essere utilizzati dall'AGCM, i primi commenti hanno correttamente evidenziato l'analogia con il rimedio giudiziale inibitorio di cui all'art. 37, sottolineandone il carattere oggettivo (44).

Trovano pertanto applicazione, oltre al criterio di buona fede, gli elenchi di clausole vessatorie (sia l'elenco delle clausole presuntivamente vessatorie, di cui all'art. 33, co. 2 ss.; sia l'elenco di clausole vessatorie anche in presenza di trattativa individuale, di cui all'art. 36, co. 2), la regola di chiarezza e comprensibilità (artt. 34 e 35, co. 1), l'esclusione dal controllo delle clausole riproduttive di legge (art. 34, co. 3) (45). Non trovano naturalmente applicazione, invece, le regole attinenti al caso concreto, e in particolare il criterio di contestualizzazione del giudizio alle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto (art. 34, co. 1), trattandosi di valutare il testo delle condizioni generali di contratto, e non l'abusività o meno del regolamento di singole relazioni negoziali (46).

Nonostante il diverso avviso dei primi commenti, riterrei applicabile non solo la re-

(43) Per una trattazione di tale profili, vedi MIRONE, *Standardizzazione*, cit., 269 ss.

(44) Vedi, fra gli altri, PANDOLFINI, *op. cit.*, 52, ROSSI CARLEO, *op. cit.*, 494.

(45) Per l'applicazione, inoltre, delle regole d'interpretazione previste dall'art. 35, co. 3, in luogo di quelle previste dall'art. 35, co. 2, correttamente, E. MINERVINI, *La tutela*, cit., 572.

(46) PANDOLFINI, *op. loc. ult. cit.*

gola di bilanciamento interno, prevista dall'art. 34, co. 1, ma anche la regola di bilanciamento esterno, relativamente alle clausole di altri contratti collegati (47), a condizione che pure questi ultimi vengano sottoposti a controllo e che risulti effettivamente una prassi di collegamento necessario fra i due contratti, di tal ch  il primo non venga mai offerto sul mercato in assenza del secondo.

Quanto al criterio di esclusione delle clausole riproduttive di legge, deve a mio avviso anche in questa sede confermarsi la validit  della tesi che estende l'esenzione alle norme regolamentari, sulla base dell'argomento che individua la ratio della esclusione nel criterio di integrazione della lacuna contrattuale mediante le norme suppletive, di origine legale o regolamentare, a condizione che queste ultime abbiano la necessaria copertura di fonti primarie. L'eventuale approvazione della clausola con provvedimento amministrativo, anche di autorit  indipendenti (Consob, AEEG, ACGom, Bankitalia), non osta invece alla dichiarazione di vessatoriet  (48).

Suscita perplessit , invece, l'orientamento che esclude in radice la rilevanza delle trattative individuali nel rimedio inibitorio, e di conseguenza nel procedimento AGCM, ritenendola delimitata al solo contenzioso interindividuale, relativo a singoli e specifici contratti (49). L'art. 34, co. 5, pone infatti solamente una regola di inversione dell'onere della prova, che non impedisce al professionista di dimostrare che la clausola, o taluni suoi elementi, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore, anche nel «contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali». Viene sancita, pertanto, la compatibilit  della trattativa individuale con il fenomeno dei contratti per adesione (50). Una interpretazione eccessivamente restrittiva di tale criterio, unitamente al rafforzamento dei controlli inibitori, in sede non solo giudiziale ma amministrativa, potrebbe pertanto determinare l'esito negativo di eliminare forme «impersonali» di trattativa individuale, che andrebbero invece forse valorizzate, come elementi di dinamicit  dell'offerta e di competitivit  del mercato (51).

(47) Diversamente orientato, E. MINERVINI, *La tutela*, cit., 572.

(48) Per una convincente trattazione di tali profili, P. SIRENA, *Controllo giudiziale e controllo amministrativo dei contratti stipulati dai consumatori*, in *Banca e borsa*, 2003, I, 469 ss.

(49) Vedi, PANDOLFINI, *op. cit.*, 52, che parla di «ontologica estraneit  delle stesse alle condizioni generali di contratto».

(50) Anche in argomento sono qui possibili solo cenni minimi alla letteratura: vedi G. SMORTO, *Clausole abusive e diritti dei consumatori*, Padova, 2001, 110 ss.; A. DI MAJO, *Clausole abusive e regimi protettivi*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di G. Alpa e S. Patti, II, Milano, 1997, 797 ss.

(51) Si pensi al caso in cui le imprese offrano sul mercato pacchetti standardizzati in alternativa, alcuni dei quali caratterizzati da clausole vessatorie (purch  naturalmente valide sul piano

3.2. A norma dell'art. 37-bis, co. 2, «il provvedimento che accerta la vessatorietà della clausola è diffuso anche per estratto mediante pubblicazione su apposita sezione del sito internet istituzionale dell'Autorità, sul sito dell'operatore che adotta la clausola ritenuta vessatoria e mediante ogni altro ritenuto opportuno in relazione all'esigenza di informare compiutamente i consumatori a cura e spese dell'operatore». L'unica sanzione prevista in seguito all'accertamento della violazione degli artt. 33 ss. da parte del professionista è pertanto di tipo reputazionale (52), dato che il co. 4 a sua volta sancisce la piena salvezza della giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla validità della clausola ed al risarcimento del danno, sia in sede di azione individuale che di azione collettiva (53).

Tale soluzione appare corretta sul piano sistematico, evitando interferenze formali rispetto alle competenze del giudice ordinario, ai sensi degli artt. 36 e 37. Poiché, però, i provvedimenti dell'AGCM sono impugnabili presso il giudice amministrativo, saranno inevitabili interferenze di fatto fra i due sistemi di controllo, che non troveranno alcuna sede di composizione, con la prospettiva di possibili contraddizioni che avrebbero potuto essere quanto meno attenuate, adottando la diversa soluzione di estendere anche all'AGCM la legittimazione all'azione inibitoria ex art. 37 cod. cons. (vedi infra, § 5) (54).

Una siffatta legittimazione è del resto riconosciuta alle CCIAA (55), le quali, a norma dell'art. 2, comma 2, d.lgs. 23/2010, possono promuovere forme di controllo sulla

contrattuale), espressamente evidenziate al pubblico (penali per il recesso, limitazioni di responsabilità), e strettamente legate ad un differente trattamento sul prezzo, anch'esso espressamente evidenziato al pubblico.

(52) In senso critico, paventando l'inefficacia del sistema di controllo, E. MINERVINI, *La tutela*, cit., 566.

(53) Per vero, anche il procedimento inibitorio ex art. 37 è depotenziato dal fatto che non sono previste le sanzioni accessorie, poi introdotte nell'inibitoria generale di cui all'art. 140, che consentono al giudice di «adottare le misure più idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni» (in argomento, E. MINERVINI, *Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo*, in *Contr. impr.*, 2006, 116 ss.): art. 140, co. 1, lett. c; e vedi l'art. 37, co. 4, che prevede l'applicabilità dell'art. 140 solamente «[p]er quanto non previsto dal presente articolo».

(54) E' appena il caso di osservare che il modello dell'Autorità *antitrust* come soggetto titolato a promuovere l'azione davanti al giudice ordinario è tipico di altri sistemi, ma non è mai stato adottato nel nostro ordinamento, per nessuna delle competenze attualmente attribuite all'AGCM: vedi, in argomento, DI CATALDO, *L'autorità garante*, cit., 470 ss., 487 s.; G. GHIDINI-V. FALCE, *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 1999, 317 ss.

(55) Cfr., E.V. NAPOLI, *Legittimazione delle Camere di commercio all'azione inibitoria dell'uso delle condizioni generali di contratto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 1277 ss..

presenza di «clausole inique» inserite nei contratti standard (nonché promuovere contratti tipo tra imprese, loro associazioni e associazioni rappresentative degli interessi dei consumatori e degli utenti). E la prima esperienza applicativa di tale norma, anche nella prassi regolamentare delle CCAA, sembrerebbe mostrare che lo sbocco del procedimento di controllo, nei casi (tendenzialmente marginali) di mancato accordo con l'impresa interessata, dovrebbe essere costituito proprio dall'esercizio dell'azione ex art. 37 cod. cons. (56)

Né il riconoscimento di una legittimazione ad agire in capo all'AGCM può discendere dall'art. 139, co. 2, che menziona gli «organismi pubblici indipendenti nazionali», atteso che la norma si riferisce agli organismi indicati in apposito elenco pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Europea, i quali hanno titolo a far valere esclusivamente le violazioni del codice del consumo «nei confronti di atti o comportamenti lesivi per i consumatori del proprio Paese» (pertanto, trattasi di organismi stranieri) «posti in essere in tutto o in parte nel territorio dello Stato» (italiano); e che la legittimazione all'azione inibitoria ex art. 37 è in ogni caso espressamente dettata all'interno di tale norma speciale, in favore di sole tre categorie di soggetti (associazioni rappresentative di consumatori, associazioni rappresentative di professionisti, camere di commercio) (57), ragion per cui non appaiono consentite ulteriori integrazioni.

3.3. Non poche perplessità suscitano anche i profili relativi al procedimento istruttorio. La dottrina più attenta ha infatti da tempo avvertito l'importanza di tali profili (58), soprattutto nel caso in cui le Autorità indipendenti esercitino poteri di tutela dell'ordinamento privatistico, in cui non venga espressa alcuna discrezionalità amministrativa in senso proprio (59) e pertanto nessuna autonoma ponderazione di interessi pubblici (60). Tale valutazione dovrebbe indurre a ritenere insufficiente il rispetto della

(56) E. POSMON, *Tecniche di controllo della contrattazione standardizzata fra imprese e consumatori e fra imprese. Le camere di commercio e il mercato*, Tesi di dottorato (a.a. 2010-2011), Venezia, 2012, 56 ss., anche sulla base dell'analisi di taluni regolamenti camerali, e 143 s. (ove riferimenti a giurisprudenza apparentemente inedita).

(57) In argomento, anche per le differenze di disciplina che si determinano, a norma dell'art. 37, u.co., a seconda del soggetto che esercita l'azione, G. DE CRISTOFARO, *Il codice del consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 800 ss.

(58) Vedi DI CATALDO, *L'autorità garante*, cit., 472 ss.

(59) Vedi, in argomento, P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2011, *passim*.

(60) P. SIRENA, *La partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti innanzi alle autorità indipendenti*, in NGCC, 2012, 442 ss., G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti,

mera disciplina generale del procedimento amministrativo, e a ritenere anzi necessarie apposite integrazioni (61), come la necessità del contraddittorio orale e plurifasico, direttamente con il relatore designato del procedimento (quanto meno su apposita istanza) e non con il semplice R.U.P., nonché la sussistenza di speciali requisiti di effettiva indipendenza in capo a tutti i componenti del collegio e la necessità di apposite guidelines d'intervento.

L'art. 37-bis desta invece particolare preoccupazione, atteso che il co. 5 attribuisce come di consueto un potere regolamentare all'AGCM, per definire le modalità di partecipazione del professionista interessato e degli altri organismi coinvolti nel procedimento (associazioni, CCIAA, loro unioni), ma il co. 1 richiama i soli commi 2, 3 e 4 dell'art. 14 l. 287/90, con esclusione del co. 1.

Orbene, l'art. 14 co. 1 prevede innanzitutto l'obbligo di notificazione dell'apertura del procedimento ai soggetti interessati, che non può non trovare applicazione anche al procedimento in questione, essendo comunque dovuto ai sensi dell'art. 7, l. 241/1990 (62). La restante parte della norma stabilisce, invece, il diritto degli interessati ad essere «sentiti personalmente o a mezzo di procuratore speciale, nel termine fissato contestualmente alla notifica, nonché il diritto di presentare deduzioni e pareri in ogni stadio dell'istruttoria, nonché di essere nuovamente sentiti prima della chiusura di questa».

Il mancato richiamo appare frutto di una scelta – evidentemente consapevole ed anche per questo maggiormente criticabile – di depotenziare le tutele procedurali rispetto a quello antitrust. Anche un esercizio massimamente cauto del potere regolamentare lascerebbe pertanto intatti i dubbi di costituzionalità della norma primaria, che sembrerebbe voler sancire la non necessità del contraddittorio diretto, orale e plurifasico.

Gravi perplessità suscita anche il mancato riferimento normativo a forme di ravvedimento operoso, e in particolare sia alla definizione anticipata del procedimento, prima dell'apertura formale, sia alla definizione del procedimento con impegni (63), visto il mancato richiamo dell'art. 14-ter l. 287/90 e dell'art. 27, co. 7 (in materia di p.c.s.) (64). Né il carattere meramente reputazionale delle sanzioni previste dal co. 2. costituisce o-

Bologna, 2006, 134 ss.

(61) SIRENA, *op. ult. cit.*, 446 ss.

(62) Cfr., PANDOLFINI, *op. cit.*, 56.

(63) In argomento, M. LIBERTINI, *Le decisioni «patteggiate» nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1283 ss.

(64) E' assai dubbio, peraltro, che tali aspetti – e particolarmente quelli relativi al ravvedimento in corso di procedimento – possano essere affrontati dal regolamento attuativo, in assenza di delega (in tal senso, invece, PANDOLFINI, *op. cit.*, 55).

stacolo al dispiegamento di serie dinamiche collaborative (65), che sarebbero risultate anzi viepiù preferibili, vista l'impossibilità per l'AGCM di ottenere in via coattiva l'eliminazione delle clausole vessatorie.

Minore formalismo, a mio avviso, è invece prospettabile nel coinvolgimento pur necessario ex lege delle associazioni interessate e delle CCIAA, per le quali esigenze di semplificazione del procedimento potrebbero suggerire l'adozione di sistemi c.d. notice and comment.

Quanto alla possibilità di «sentire le autorità di regolazione o vigilanza nei settori in cui i professionisti interessati operano», la norma, oltre ad attribuire una facoltà probabilmente opportuna, ha il valore di affermare la piena competenza dell'AGCM anche nei settori regolati, evitando i dubbi che si sono invece determinati per le p.c.s. a causa dell'ambigua formulazione dell'art. 19, co. 3, che ha dato luogo a contrastanti orientamenti giurisprudenziali (66).

Resta fermo che, laddove sussistano i relativi presupposti, l'adozione di clausole vessatorie, che risulti vietata anche dalla normativa di settore (vedi l'art. 118 t.u.b. in materia di ius variandi; o la regolamentazione del recesso da parte del consumatore nei servizi di telecomunicazione, contenuta nelle deliberazioni AGCom), ben può determinare una duplicazione dei procedimenti amministrativi (che può sfociare anche nell'irrogazione di misure sanzionatorie ed inibitorie: vedi ad es. artt. 128-ter, 144, t.u.b.). A ciò non osterebbe neanche la duplicazione di sanzioni amministrative (salve le norme sul cumulo giuridico: v. art. 8, l. 689/91) (67), che nella specie non trovano però applicazione, dato che l'art. 37-bis, co. 1, prevede sanzioni solamente per l'autonomo illecito della mancata ottemperanza ai doveri informativi previsti dal richiamato art. 14 l. 287/90 (il cui importo è però inferiore rispetto alla disciplina antitrust: da un minimo di € 2.000,00 ad un massimo di € 20.000,00, in caso di omesso adempimento; da un minimo di € 4.000,00 ad un massimo di € 40.000,00, in caso di false informazioni).

3.4. Il co. 4 dell'art. 37-bis prevede che per la «tutela giurisdizionale contro gli atti dell'Autorità, adottati in applicazione del presente articolo, è competente il giudice

(65) Vedi, in linea generale, in senso critico verso gli eccessi dell'*adversarial system* statunitense, SIRENA, *op. ult. cit.*, 449.

(66) In argomento, anche per gli opportuni riferimenti, V. MELI, *Le pratiche commerciali scorrette nella relazione-banca cliente*, in *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011, 104 ss.; A. GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario. Gli interventi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Giur. comm.*, 2011, 200 ss. E vedi *supra*, nt. 31.

(67) Vedi, Consiglio di Stato, 10 marzo 2006, cit.

amministrativo». Viene però «fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno» (68).

La scelta effettuata in ordine al sistema rimediabile contro il procedimento ex art. 37-bis si colloca pertanto nell'ambito di una tendenza legislativa in costante rafforzamento (69), costruita sulla base di criteri formali (70), e determina un altro motivo di simmetria con la materia delle p.c.s., oltre a porre il delicato problema dei limiti al sindacato del giudice amministrativo.

L'attribuzione della competenza al giudice amministrativo contro i provvedimenti dell'AGCM in materia di p.c.s. ha sollevato – com'è noto – gravi dubbi in dottrina, determinando un filone di pensiero volto a contestare la scelta del legislatore nazionale (71): per un verso, osservando che le Sezioni Specializzate in materia di proprietà industriale (ed ora i Tribunali delle imprese, istituiti dal d.l. 1/2012, dalle cui competenze è però stranamente esclusa proprio quella in materia di concorrenza sleale) presenterebbero caratteristiche adatte per un'efficace valutazione dei provvedimenti dell'AGCM; per altro verso, osservando che il sindacato del giudice amministrativo rimarrebbe anche in tale materia di natura «debole», e cioè limitato alla verifica sulla legittimità del provvedimento, mediante il ricorso alla figura dell'eccesso di potere, dovendosi invece arrestare ogni qual volta la questione presenti margini di opinabilità (72).

(68) La salvezza della giurisdizione del giudice ordinario riguarda anche l'azione di classe ex art. 140-bis, che non attiene ai soli profili risarcitori, difficilmente connessi alla violazione dell'art. 33 cod. cons., ma anche ai profili restitutori, che potrebbero venire in evidenza nelle ipotesi in cui, secondo gli indirizzi della giurisprudenza comunitaria (vedi, Corte di Giustizia UE, 15 marzo 2012, *Perenicova*, cit.) la nullità della clausola vessatoria sia in grado di determinare la nullità totale del contratto, anziché la sola nullità parziale; orientamenti che naturalmente sopravanzano la rigida formulazione dell'art. 36, co. 1, ove si prevede unicamente la sanzione della nullità parziale.

(69) Lo dimostra il recente spostamento al giudice amministrativo della competenza nei giudizi di opposizione alle sanzioni amministrative irrogate dalla Consob e dalla Banca d'Italia, intervenuto ad opera del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, Allegato 4, art. 4, co. 1, n. 17 e 19, che ha abrogato gli artt. 145, commi 4-8 t.u.b. e 195, commi 4-8 t.u.f.

(70) L'unica ipotesi di competenza del giudice ordinario a decidere in materia di legittimità dei provvedimenti amministrativi di autorità indipendenti, è allo stato quella prevista dall'art. 152 del Codice della *privacy* (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196).

(71) Vedi, in particolare, DI CATALDO, *Pratiche commerciali*, cit., 808 ss.; GUIZZI, *op. cit.*, 1135 ss.

(72) Vedi, Cass., S.U., 29 aprile 2005, 2358, con nota di A. Palmieri, ove la ricorrente affermazione di principio secondo cui il giudice amministrativo non può «sovrapporre» il proprio apprezzamento tecnico a quello già compiuto dall'AGCM. In argomento, per una ricostruzione, R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 1019

Il paradigma del controllo «debole» appare, in effetti, tutt'altro che consolidato, anche nell'ambito dell'impugnazione dei provvedimenti antitrust. Un altro filone di pensiero, infatti, evidenzia che il giudice amministrativo presta sovente ossequio solo formale ai principi del controllo debole, facendo seguire alla individuazione di un eccesso di potere nella configurazione del mercato rilevante o nell'accertamento degli effetti dell'intesa (o delle altre fattispecie rilevanti) una propria autonoma valutazione nel merito (73), e in ogni caso sindacando anche le valutazioni di ordine tecnico dell'AGCM sotto il profilo della ragionevolezza – e non già solamente in caso di travisamento dei fatti o manifesta illogicità – quale criterio discretivo anche fra diverse soluzioni astrattamente ricomprese tra quelle «tecnicamente accettabili» (74).

L'esatta delimitazione di tali spazi nei giudizi in materia antitrust dipende in realtà, a monte, dalla corretta qualificazione del tipo di discrezionalità spettante all'AGCM, che occorrerebbe ritenere come discrezionalità meramente tecnica (75), e non propriamente amministrativa (76). Ciò che rileva nella presente sede, però, è che sia nella disciplina delle p.c.s. (77), sia in quella delle clausole vessatorie, non è per vero riconoscibile alcuno spazio neanche alla discrezionalità tecnica, trattandosi solamente di applicare clausole generali di tipo propriamente civilistico.

Ciò che connota la discrezionalità tecnica, infatti, è il necessario ricorso a valutazioni di tipo economico (non necessariamente più o meno opinabili di quelle giuridiche), o comunque quanto meno ad una valutazione in ordine agli effetti sul mercato delle condotte oggetto di valutazione (effetti dipendenti da un insieme di fattori esterni e finanche dai comportamenti parallelamente adottati dagli stessi concorrenti) (78), e per-

ss.

(73) Vedi, FILIPPELLI, *op. cit.*, 236 ss.;

(74) F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005, 373 ss.; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza e i giudici amministrativi nella recente giurisprudenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 632 ss. Nel senso che il controllo spettante al giudice amministrativo potrebbe essere qualificato come «debole-forte»: M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 204 s.

(75) Vedi, Cons. Stato, 5 febbraio 2007, n. 433, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 632 ss., con nota di M. LIBERTINI, *La tutela*, cit.

(76) In tal senso, invece, altri orientamenti interpretativi, come quelli esposti da A. CATRICIÀ – A. LALLI, *L'antitrust in Italia. Il nuovo ordinamento*, Milano, 2010, 32 ss., secondo i quali anche nella materia delle p.c.s. l'Autorità vanterebbe un autonomo potere di accertamento in concreto e di soppesamento fra le esigenze di tutela dei consumatori e quelle di libertà ed efficienza organizzativa delle imprese.

(77) Cfr., V. MINERVINI, *op. cit.*, 1172.

(78) Come nel caso delle intese vietate per il c.d. effetto cumulativo escludente: vedi la comunicazione della Commissione UE, *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, 10 maggio 2010, § 76.

tanto a parametri di riferimento ulteriori rispetto a quelli strettamente normativi, ragion per cui la violazione della norma non può essere accertata mediante il semplice ricorso al metodo della sussunzione nella fattispecie normativa. La clausola generale di diligenza professionale, di cui all'art. 20 cod. cons. (79), così come quella di squilibrio dei diritti e degli obblighi «malgrado la buona fede», di cui all'art. 33 cod. cons., rimangono invece di tipo esclusivamente normativo.

Ne consegue che il sindacato avverso le decisioni dell'AGCM in materia di clausole vessatorie e di pratiche commerciali scorrette non dovrebbe essere di tipo «debole» (in nessuna delle varie accezioni con cui tale categoria viene intesa), ma di tipo assolutamente «pieno». Ed in tal senso, nonostante le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di p.c.s. risultino effettivamente oscillanti (80), dovrebbe confidarsi che si evolva il sistema, tenuto conto che in materia di clausole vessatorie risulterebbe effettivamente anomalo il consolidamento di una diversa opzione, trattandosi solamente di verificare – oltre ai profili riguardanti il rispetto delle norme procedurali – se la valutazione dell'AGCM, in ordine alla vessatorietà della clausola contestata, sia o meno giusta. In caso contrario, e cioè di insussistenza dei presupposti di cui agli artt. 33 ss., la decisione risulterebbe verosimilmente viziata per violazione di legge, piuttosto che per eccesso di potere.

Ciò premesso, la propensione per un sistema di controllo pieno dei provvedimenti AGCM nelle materie di tutela del consumatore, non deve comportare apprezzamento per la decisione del legislatore di assegnare la relativa competenza al giudice amministrativo. Potrebbe anzi proporsi nella materia in questione un rovesciamento, quasi simmetrico, delle valutazioni espresse dal citato filone di pensiero che critica l'assegnazione del giudice amministrativo della competenza in materia antitrust. Proprio la perfetta sovrapponibilità del tipo di controllo assegnato al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 37-bis, co. 4, con quello assegnato al giudice ordinario ai sensi degli artt. 36 e 37, determina infatti qui un motivo di grave irrazionalità del sistema, essendo evidente che sarebbe stato preferibile assegnare al medesimo organo giurisdizionale tutta la materia delle clausole vessatorie, sulle quali peraltro il giudice ordinario (ed anche il giudice non necessariamente «specializzato» (81)) vanta certamente

(79) Vedi LIBERTINI, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 880 ss.

(80) LIBERTINI, *op. ult. cit.*, 885 s.

(81) Anche nella materia del codice del consumo, peraltro, può rinvenirsi un'esigenza di specializzazione, quanto meno nelle azioni inibitorie e collettive, come dimostra la competenza attribuita al Tribunale del capoluogo di Regione in ordine alle azioni di classe ai sensi dell'art. 140-bis (co. 4), nonché il fatto che il testo originario dell'art. 2 d.l. 1/2012 (con norma poi sop-

un'esperienza ben più consolidata rispetto al giudice amministrativo, che non ha mai esercitato competenze specifiche nella materia. Né sussistevano validi motivi per effettuare introdurre tale novità, al di là di ragioni, invero trascurabili, dovute all'ossequio nei confronti della regola (di massima) che assegna al giudice amministrativo la competenza in ordine all'impugnazione dei provvedimenti delle autorità indipendenti.

4. Venendo all'esame del procedimento d'interpello preventivo, previsto dal co. 3, esso ha per oggetto la verifica in ordine alla vessatorietà delle clausole che le «imprese interessate (...) intendono utilizzare nei rapporti commerciali con i consumatori». In tal caso, l'Autorità si pronuncia entro il termine di centoventi giorni dalla richiesta, salvo il caso di informazioni gravemente inesatte, incomplete o non veritiere (82). E' poi espressamente previsto che le clausole ritenute non vessatorie siano escluse dal procedimento di verifica successiva (83), ai sensi del co. 2, ferma restando invece «la responsabilità dei professionisti nei confronti dei consumatori» (formula non del tutto perspicua, sulla quale ci soffermeremo più avanti).

Il procedimento dovrebbe avere la finalità di assicurare un vantaggio competitivo alle imprese che adottano pratiche contrattuali conformi al codice del consumo (84), incentivando tali comportamenti. L'intervenuta approvazione dovrebbe infatti consentire a tali imprese non solamente di evitare verifiche successive, ma anche di vantare l'approvazione dell'AGCM nella pubblicità commerciale e in generale nei rapporti con la clientela.

In ordine alla legittimazione attiva, è ragionevole estendere tale facoltà ai professionisti intellettuali e ad altri eventuali soggetti, privi dei requisiti di cui all'art. 2082 c.c., ricompresi nella nozione di «professionista» di cui all'art. 3, lett. c) (85) Tale soluzione, nonostante l'incipit normativo sia riferito alle sole «imprese interessate», è infatti

pressa in sede di conversione) affidava anche tali azioni al neo-istituito Tribunale delle imprese.

(82) Secondo ASSONIME, circolare 2 aprile 2012, n. 9, la mancata pronuncia dell'AGCM varrebbe come silenzio-assenso («formazione tacita di un benessere»). La tesi, priva di fondamento normativo, è giustamente criticata da E. MINERVINI, *La tutela*, cit., 566.

(83) Ne consegue che i criteri di controllo sono quelli già esposti *supra*, § 3.1., in ordine al procedimento di controllo successivo. Ma vedi E. MINERVINI, *La tutela*, cit., 566, per il quale il controllo ai sensi dell'art. 37-bis dovrebbe essere ispirato a criteri di «prudenza», onde evitare l'autorizzazione di clausole di dubbia legittimità. Deve, però, osservarsi che anche la mancata autorizzazione può essere oggetto, come si vedrà appresso, di impugnazione da parte dell'impresa interessata, ragion per cui anche un atteggiamento di *self restraint* dell'Autorità potrebbe risultare censurabile.

(84) Vedi RUMI, *op. cit.*, 645.

(85) In senso diverso, ROSSI CARLEO, *op. cit.*,

confermata dal riferimento alla nozione di professionista, effettuato nella parte finale della norma per la responsabilità nei confronti dei consumatori (86).

E' dubbio, invece, se il procedimento possa essere utilizzato anche per condizioni generali di contratto già utilizzate nei rapporti commerciali, atteso che tale situazione potrebbe risultare preclusiva di un esame puramente oggettivo, come quello di competenza dell'AGCM. Potrebbe, però, immaginarsi che l'Autorità abbia in questo caso la facoltà di rifiutare la definizione del procedimento, con una sorta di non luogo a procedere, e con la possibilità di azionare il procedimento di cui al co. 1, in presenza di elementi esterni di valutazione (come la concreta tipologia del servizio, ai sensi dell' art. 34, co. 1), suscettibili di influenzare la valutazione di vessatorietà. Analoga soluzione potrebbe prospettarsi per la sottoposizione all'AGCM di singole clausole, testualmente prevista dalla norma (87), che potrebbe essere rifiutata dall'Autorità nel caso in cui si ritenga necessario un esame completo delle condizioni generali di contratto. E ciò dovrebbe avvenire in realtà come prassi, salva la possibilità di limitare l'autorizzazione alla singola clausola, come da domanda.

Quanto alle interferenze con gli altri procedimenti, l'effetto preclusivo nei confronti del procedimento di cui al co. 1 si determina solamente in caso di definizione con esito positivo, anche se ragioni di correttezza imporrebbero di stabilire per via regolamentare un termine di adeguamento, prima di addivenire alla conversione del procedimento per l'accertamento di una violazione.

Anche in tal caso, deve infine ribadirsi la soluzione negativa in ordine alla legittimazione delle associazioni di imprese (e di professionisti) (88), al fine di evitare che il procedimento in questione si presti ad eludere l'ambito più esteso del controllo ex art. 2 l. 287/90, che non è limitato al solo equilibrio contrattuale, ma è esteso agli altri profili già ricordati, onde valutare compiutamente gli effetti della conseguente standardizzazione contrattuale sul mercato.

La salvezza per le azioni risarcitorie non va intesa, infine, come esclusione degli altri rimedi, inclusa l'inibitoria (89) e la dichiarazione di nullità. La salvezza di tutte le azioni civili, prevista dal co. 4, si applica peraltro anche al procedimento preventivo, atteso che la norma è posta con riferimento a tutti «gli atti dell'Autorità, adottati in appli-

(86) Conf., PANDOLFINI, *op. cit.*, 56; E. MINERVINI, *La tutela*, cit., 565.

(87) E ritenuta pertanto generalmente ammissibile da E. MINERVINI, *La tutela*, cit., 566.

(88) Vedi, *supra*, § 3.

(89) Il rimedio inibitorio può peraltro applicarsi (e vedi, Corte di Giustizia UE, 24 gennaio 2002, cit.), anche prima dell'utilizzo effettivo nella contrattazione: cfr., E. MINERVINI, *Contratti*, cit., 642.

cazione del presente articolo» (90), e che si determinerebbe altrimenti un vulnus inaccettabile all'autonomia di valutazione del g.o. Il riferimento alle azioni risarcitorie, pertanto, è da leggere probabilmente in rapporto a possibili particolarità della fattispecie, e particolarmente per il timore di un utilizzo scorretto del provvedimento di approvazione (91), anche in collegamento con l'art. 23, co. 1, lett. d), che qualifica come in ogni caso ingannevole la pratica commerciale con cui il professionista asserisca «contrariamente al vero, che (...) le sue pratiche commerciali o un suo prodotto sono stati autorizzati, accettati o approvati, da un organismo pubblico o privato o che sono state rispettate le condizioni dell'autorizzazione, dell'accettazione o dell'approvazione ricevuta». Il che potrebbe avvenire sia in caso di approvazione solamente parziale, sottaciuta dall'impresa che vanta sul mercato un'approvazione completa delle proprie condizioni di contratto da parte dell'AGCM, sia in caso di modifica successiva delle clausole autorizzate dall'AGCM.

Non trova valido fondamento, in tal senso, neanche la soluzione per cui l'autorizzazione dell'AGCM farebbe sì che le condizioni generali di contratto non dovrebbero essere più considerate come «unilateralmente predisposte», venendo pertanto sottratte alla relativa disciplina (92). Sul piano sostanziale, il procedimento di approvazione non comporta infatti alcuna compartecipazione dell'AGCM all'attività di predisposizione, che si colloca a monte (o se si vuole anche a valle) del relativo provvedimento di autorizzazione (93). Inoltre, la salvezza delle azioni civili è sancita – come già

(90) Né osta il fatto che il co. 4 faccia riferimento anche alle azioni risarcitorie, e che pertanto la salvezza della responsabilità all'interno del co. 3 risulti sostanzialmente superflua, se non del tutto oscura.

(91) Vedi, ROSSI CARLEO, *op. cit.*, 495 che parla di «uso improprio» e «con modalità scorrette» dell'autorizzazione, senza chiarirne però esattamente i termini (invero, come detto, oggettivamente sfuggenti), e ipotizzando poi (496) una responsabilità per l'ipotesi di «offerte, singolarmente «depurate» da clausole vessatorie, ma fra loro collegate attraverso prassi di mercato scorrette». L'esempio fornito dall'A., che fa riferimento alle prassi recentemente vietate dal nuovo art. 21, co. 3-bis (introdotto dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, di conversione con modifiche del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201), è però dubbio, dato che una clausola che imponga al cliente bancario un obbligo di stipulazione di polizze assicurative presso lo stesso intermediario, essendo qualificata generalmente come comportamento scorretto, difficilmente potrebbe essere valutata non vessatoria nei confronti dei consumatori, ai sensi dell'art. 33, co. 1.

(92) Vedi in tal senso, con riferimento più in generale al fenomeno della «trattativa collettiva», che nel procedimento in questione potrebbe svilupparsi sotto il controllo dell'AGCM, conferendo una sostanziale validazione dell'accordo fra imprese ed associazioni dei consumatori, M. IANIONE, *Contratto-tipo e class action. Contributo allo studio dell'autonomia collettiva nei rapporti di consumo*, Napoli, 2008, 73 ss.; GITTI, *op. cit.*, 251. In argomento, vedi anche *supra*, nt. 35.

(93) Sul piano testuale, peraltro, l'art. 37 non fa riferimento alla «predisposizione unilatera-

rilevato – dal co. 4, posto non a caso dopo le norme di disciplina di entrambi i procedimenti di controllo, successivo e preventivo, ed avente ad oggetto l'intero «presente articolo». Ciò che potrebbe al più riconoscersi, pertanto, è una carenza di legittimazione attiva, in sede di inibitoria, in capo alle associazioni che hanno assentito alla dichiarazione di non vessatorietà, per rispetto del divieto di venire contra factum proprium (94).

Anche il provvedimento di rigetto della richiesta di approvazione delle clausole può essere infine impugnato mediante ricorso al Giudice amministrativo competente (e cioè al Tar Lazio) (95), sempre in ragione del carattere omnicomprensivo della previsione di cui al co. 4, che comprende «tutti gli atti dell'Autorità, adottati in applicazione del presente articolo».

5. Una compiuta valutazione del nuovo sistema di controllo richiederà necessariamente una verifica sul campo, che potrà per un verso sollevare anche questioni ad oggi non ancora ben delineate, e per altro verso sciogliere alcuni degli interrogativi sollevati. Di certo, le nuove competenze attribuite all'AGCM sanciscono la divaricazione funzionale ed organizzativa dell'Autorità, che assume come missione istituzionale autonoma quella di tutela del consumatore (96).

Tale processo era già stato avviato con la normativa sulle pratiche commerciali scorrette, ed è criticato da un consistente (e crescente) filone dottrinale commercialistico, sulla base di vari argomenti (97): la eterogeneità dei due ambiti di competenza; la dispersione di energie (evidenziata anche da fenomeni di transito dei funzionari con formazione giuridica dalla divisione antitrust alla divisione di tutela dei consumatori, con l'ulteriore rischio di specializzazione in senso «economicistico» della divisione antitrust) per il contrasto di fenomeni poco significativi per il corretto funzionamento del mercato; l'interferenza dell'attività dell'AGCM in conflitti propriamente interindividuali; l'affievolimento della posizione giuridica dei soggetti coinvolti, fino ad una pa-

le» (menzionata invece dall'art. 34, co. 5), ma al solo utilizzo o raccomandazione di condizioni generali di contratto.

(94) Vedi, sempre con riferimento alle condizioni contrattuali «negoziate» collettivamente con le associazioni dei consumatori (*supra*, nt. 92), F. ADDIS, *Le clausole d'uso nei mercati regolati dalle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *L'autonomia privata*, cit., 335, nt. 27.

(95) Conf., E. MINERVINI, *op. cit.*, 570.

(96) Vedi M. SIRAGUSA – F. CARONNA, *Le competenze in materia di consumatori dell'Antitrust*, relazione al convegno «Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela», del 29 gennaio 2010, in *www.agcm.it.*; L. FIORENTINO, *Autorità garante e tutela dei consumatori*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 1040 ss.

(97) Per i riferimenti bibliografici, vedi *supra*, nt. 14,

ventata degradazione dei diritti soggettivi ad interessi legittimi.

In questa sede non è possibile avviare una riflessione di così ampio respiro sulla complessiva evoluzione del ruolo assegnato all'AGCM nel nostro ordinamento. Di certo, il rischio che le preoccupazioni avanzate da tale dottrina si concretizzino, ed anzi si aggravino, è ben prospettabile, a fronte di un sistema di controllo pervasivo e generalizzato, come quello previsto dall'art. 37-bis.

In tal senso, si sarebbe potuto per lo meno estendere anche a tale materia – così come per le pratiche commerciali – l'applicazione di clausole di salvaguardia come quella prevista dall'art. 9, co. 3-bis, l. 1998/192 (aggiunto dall'art. 11, co. 2, l. 5 marzo 2001, n. 57), in materia di abuso di dipendenza economica, che delimita la competenza dell'AGCM ai soli casi in cui la fattispecie «abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato». Formulazione, quest'ultima, tutt'altro che perspicua (98), soprattutto in presenza del più generale divieto di abuso di posizione dominante, che dovrebbe assorbire a monte gran parte di tali ipotesi, ma che in ogni caso vale quanto meno a stabilire di fatto una regola de minimis, che impedisce all'Autorità di occuparsi di questioni «bagatellari».

Nel caso delle clausole vessatorie, però, la prima sensazione è che l'ordinamento presenti già un ventaglio assai eterogeneo ed ampio di strumenti. Le nuove competenze rischiano così di determinare una sovrapposizione, piuttosto che un rafforzamento di tutele.

Ed infatti, l'adozione di clausole vessatorie è già soggetta quanto meno ad un triplice livello di controllo.

Il primo è quello della tutela civilistica, in ambito individuale ed in ambito collettivo: ad esso appartengono – oltre i classici rimedi di cui agli artt. 36 e 37 – anche il procedimento di controllo delle CCIAA, al quale può assegnarsi una funzione di filtro per l'esercizio dell'azione di cui all'art. 37 (99); ed il divieto d'imposizione di condizioni squilibrate in situazione di dipendenza economica (non rilevante per la tutela della concorrenza e del mercato) (100). E per quanto sia probabilmente corretto che tale piano non è sufficiente a garantire un'adeguata repressione del fenomeno, non mancano

(98) In argomento, P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, 421 ss.

(99) Vedi, *supra*, § 3.1.

(100) Resta, però, fortemente controverso il criterio di controllo da adottare in tale sede, dividendosi la dottrina fra coloro i quali ritengono utilizzabili i criteri civilistici, inclusi gli elenchi di clausole vessatorie del codice del consumo (FABBIO, *L'abuso*, cit., 407 ss.), e coloro i quali ritengono necessario adottare altri criteri, come quello di equità, o quello del c.d. *Als ob* (imposizione di condizioni peggiori di quelle correntemente praticate in altri mercati, in assenza della situazione di dipendenza): per una ricostruzione dei termini del dibattito, M.R. MAUGERI, *Licenze open source e clausole abusive, vessatorie o con abuso di dipendenza economica*, in *AIDA*, 2004, 277 ss.

riscontri positivi per il rimedio inibitorio, anche in mercati di rilievo come quello bancario (101).

Il secondo ambito è quello spettante all'AGCM, che poteva già intervenire sulle clausole vessatorie mediante vari strumenti: il divieto delle intese anticoncorrenziali, per la standardizzazione abusiva di categoria (e in tal caso, secondo la ricostruzione preferibile, l'AGCM può utilizzare anche i criteri di valutazione di cui all'art. 33) (102); il divieto di abuso, in caso di sfruttamento della posizione dominante o della dipendenza economica (con effetti per la tutela della concorrenza e sul mercato) (103), mediante imposizione di ingiustificatamente gravose (104); il divieto di pratiche commerciali scorrette aventi ad oggetto clausole vessatorie (105).

Il terzo ambito è quello di ordine settoriale, non meno rilevante dei precedenti sul piano dell'effettività pratica, che coinvolge varie autorità di regolazione e controllo (106).

(101) In argomento, *ex multis*, MIRONE, *Standardizzazione*, cit., 57 ss.

(102) MIRONE, *Standardizzazione*, cit., 253 ss. Tale orientamento non è in contrasto con quello che nega l'applicabilità dei criteri civilistici alla fattispecie di abuso (di posizione dominante o di dipendenza economica): *supra*, nt. 100. Nel caso delle intese, infatti, la standardizzazione di categoria contiene oggettivamente una restrizione della concorrenza, che può essere ritenuta lecita, sulla base della *rule of reason* ricavabile dall'art. 101, par. 3, T.F.U.E. (e anche dall'art. 4 l. 287/90, nonostante la diversa operatività della regola, che sul piano interno richiederebbe formalmente l'autorizzazione in deroga, fermo restando che per la standardizzazione di categoria a livello nazionale si applica per orientamento consolidato il diritto comunitario), solamente se l'intesa riserva agli utilizzatori una «congrua parte dell'utile», il che può negarsi in linea di principio se le clausole contengono un significativo squilibrio a danno dei consumatori.

(103) Naturalmente la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica (diversamente da quella dell'abuso di posizione dominante) si colloca di per sé in ambito estraneo alla tutela del consumatore, cui non si attaglia tipicamente la situazione relazionale prevista da tale figura, che presuppone un rapporto fra un'impresa ed un'altra «impresa cliente o fornitrice», in grado di determinare un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi «nei rapporti commerciali» (art. 9, co. 2, l. 192/1998).

(104) Anche in tal caso è controverso il criterio da utilizzare per il controllo delle clausole. In argomento, M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, 103 ss.

(105) Come illustrato in precedenza (§ 2), con riferimento soprattutto alla violazione delle regole di chiarezza e comprensibilità del regolamento contrattuale.

(106) Vedi, la l. 14 novembre 1995, n. 481, in materia di servizi di pubblica utilità, che attribuisce alle autorità di settore varie competenze, anche al fine di «garantire [...] adeguati livelli di qualità dei servizi [...] promuovendo la tutela degli interessi dei consumatori» (art. 1, co. 1), e in particolare (art. 2, comma 12, lett. h, g, n), vari poteri in ambito contrattuale (già esercitati, ad es., dall'AEGG, nel settore dell'energia elettrica e del gas), come quello di stabilire livelli quali-

A fronte di tale complesso ed articolato strumentario, sarebbe occorso quanto meno un adeguato studio di analisi costi/benefici, prima di introdurre sistemi non solo generalizzati e pervasivi, ma verosimilmente destinati a consistenti sforzi organizzativi ed economici.

Una prospettiva di maggiore e migliore enforcement, anche nell'ottica più corretta di un'integrazione efficace dei rimedi privatistici e pubblicistici (107), avrebbe potuto determinarsi limitandosi ad attribuire anche all'AGCM – senza apparenti inconvenienti – la legittimazione attiva per l'azione inibitoria ex art. 37 cod. cons. (108); ma una siffatta soluzione avrebbe forse disvelato le contraddizioni già emerse in seguito al crescente dispiegamento di risorse dell'Autorità sul versante delle pratiche commerciali scorrette, evidenziando la disponibilità di strumenti più selettivi di quelli che il legislatore sembra attualmente prediligere.

tativi dei servizi, incluse le relative «condizioni di svolgimento»; l'art. 18, co. 3, d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, che attribuisce all'AEEG il potere di determinare codici di condotta commerciali; gli artt. 70 ss. del codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 259/2003), che prevedono particolari poteri all'AGCom in materia di clausole contrattuali; il t.u.f., che contempla norme primarie e regolamentari, il cui rispetto rientra nell'ambito delle competenze della Consob, vincolate come criterio generale alla «tutela degli investitori» (art. 5, co. 1) e caratterizzate per la materia contrattuale con riferimento all'obbligo degli intermediari di comportarsi «con diligenza, correttezza e trasparenza»; il t.u.b., che prevede svariate competenze in capo a Bankitalia, la quale esercita i propri poteri avendo riguardo anche alla «trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela» nonché «all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia» (art. 5), incluse quelle in materia di trasparenza bancaria; il codice delle assicurazioni private, che assegna all'IVASS poteri di vigilanza aventi come scopo la «tutela degli assicurati» (art. 3), anche in ordine alle relative prescrizioni contrattuali (artt. 165 ss., 182 ss.)

(107) M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di «private» e «public enforcement» in materia di antitrust*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M.R. Maugeri e A. Zoppini, Bologna, 2009, 171 ss.

(108) Non credo, invece, che il settore delle clausole vessatorie si presti ad una valorizzazione dei fenomeni di autodisciplina, che parte della dottrina ritiene ingiustamente sacrificati dalla disciplina di stampo «inquisitorio» delle p.c.s. (L.C. UBERTAZZI, *Le pcs ed il futuro dell'autodisciplina*, in *Dir. ind.*, 2010, 374 ss.; FLORIDIA, *op. cit.*, 175 ss.), e ciò sia per il motivo che la diffusione di clausole vessatorie è anzi derivata spesso in passato proprio dal ruolo assunto dalle associazioni di categoria, sia per il fatto che appare difficilmente immaginabile un interesse spontaneo a fenomeni di autodisciplina nell'ambito in questione.

