

LA TUTELA AMMINISTRATIVA AVVERSO LE CLAUSOLE
VESSATORIE IN ITALIA

THE ITALIAN ADMINISTRATIVE PROTECTION AGAINST
UNFAIR CONTRACT TERMS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 293-326.

Fecha entrega: 01/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

MARCO ANGELONE
Ricercatore confermato di Diritto privato
Università degli Studi “G. d’Annunzio” di Chieti-Pescara
marco.angelone@unich.it

RESUMEN: Il decreto “Cresci Italia” (d.l. n. 1 del 2012, convertito con modificazioni in l. n. 27 del 2012) ha introdotto nel Codice del consumo l’art. 37 bis, che affida all’Autorità garante della concorrenza e del mercato la “Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie” inserite dai professionisti all’interno delle condizioni generali di contratto ovvero di moduli, modelli o formulari. La novella – nel potenziare le competenze dell’Agcm in funzione “proconsumeristica” – amplia la gamma dei rimedi (civilistici) a disposizione dei consumatori per contrastare la diffusione di discipline contrattuali lesive dei loro interessi, infrangendo altresì il finora imperante “monopolio” della giurisdizione. L’Autore analizza, anche alla luce del regolamento attuativo, le fasi che scandiscono il procedimento di controllo, illustrandone gli aspetti salienti ed i principali limiti che ne frenano le potenzialità.

PALABRAS CLAVE: Consumatore (tutela del); professionista; clausole vessatorie; Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm); tutela amministrativa; sindacato giurisdizionale.

ABSTRACT: The decree-law about “liberalizations” (n. 1/2012, converted with amendments into law n. 27/2012) introduced into the Consumer Code the article 37 bis, which assigns to the Italian Competition Authority the administrative protection against unfair terms in consumer contracts. The new rule – in increasing the powers of the AGCM – expands the range of remedies available to consumers to prevent the spread of contractual disciplines harmful to their interests, also breaking the previous “monopoly” of jurisdiction. The Author analyses, also in the light of the implementing rules, the steps that mark the control procedure, illustrating its main characteristics and the main limitations that reduce its potentialities.

KEY WORDS: Consumer protection; trader; unfair contract terms; Italian Competition Authority; administrative protection; judicial protection.

SUMARIO: I. LA TUTELA DEL CONSUMATORE AVVERSO LE CLAUSOLE VESSATORIE TRA GIURISDIZIONE E AMMINISTRAZIONE: IL NUOVO ART. 37 BIS C. CONS. – II. I PRECEDENTI TENTATIVI DI INTRODURRE RIMEDI DI CARATTERE AMMINISTRATIVO. – III. IL PROCEDIMENTO “ORDINARIO”. L’ÀMBITO OGGETTIVO DEL CONTROLLO. – IV. AVVIO DEL PROCEDIMENTO, “PRE-ISTRUTTORIA” E IPOTESI DI CHIUSURA ANTICIPATA DELLA SEQUENZA PROCEDIMENTALE. – V. LA FASE ISTRUTTORIA. – VI. LA CONSULTAZIONE OBBLIGATORIA DELLE ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA E DELLE CAMERE DI COMMERCIO (O DELLE LORO UNIONI). LA CONSULTAZIONE FACOLTATIVA DELLE ALTRE AUTORITÀ DI REGOLAZIONE O VIGILANZA. – VII. LA PORTATA PERSUASIVA DEL PROVVEDIMENTO CHE ACCERTA LA VESSATORIETÀ DELLE CLAUSOLE UTILIZZATE DAL PROFESSIONISTA. I DUBBI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA IN MATERIA DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE. – VIII. PROCEDIMENTO DI INTERPELLO E POSSIBILI ESITI DEL SINDACATO CONDOTTO DALL’AGCM. – IX. RILIEVI CONCLUSIVI E DE IURE CONDENDO.

I. LA TUTELA DEL CONSUMATORE AVVERSO LE CLAUSOLE VESSATORIE TRA GIURISDIZIONE E AMMINISTRAZIONE: IL NUOVO ART. 37 BIS C. CONS.

Il Codice del consumo – a fronte degli interventi “sottrattivi” che a cavallo tra il 2010 ed il 2011 hanno stralciato dapprima la disciplina relativa al “credito ai consumatori”¹ e poi quella relativa alla “vendita di pacchetti turistici”² – si è arricchito di nuove importanti disposizioni, tra le quali

¹ Il d.lg. 13 agosto 2010, n. 141, ha abrogato gli artt. 40, 41 e 42 c. cons., risparmiando il solo art. 43 c. cons. che rinvia ai capi II e III del titolo VI del “Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia” (d.lg. 1 settembre 1993, n. 385), quale nuova *sedes materiae*. Tale scelta, sebbene risponda all’esigenza di ripristinare l’unitarietà della disciplina del credito ai consumatori, non è stata apprezzata da parte della dottrina dal momento che la collocazione all’interno del t.u.b. “si pone [...] in palese contraddizione con la decisione stessa di creare un “codice” del consumo, che per essere autenticamente tale dovrebbe a rigore essere completo e contenere pertanto (almeno) tutte le disposizioni vigenti nel nostro ordinamento il cui ambito di applicazione, sotto il profilo soggettivo, sia circoscritto a (categorie piú o meno ampie di) contratti conclusi da “consumatori” con “professionisti”” [così DE CRISTOFARO, G.: “La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario”, *Contratti* (2010), p. 1049].

² Gli artt. 82-100 c. cons. sono stati abrogati dal d.lg. 23 maggio 2011, n. 79 (c.d. “Codice del turismo”) che attualmente ospita – pressoché invariata sul piano testuale – la normativa in tema di “Contratti del turismo organizzato” (artt. 32-51), in tal modo compromettendo con una “grave ed evidente amputazione” l’unitarietà dell’impianto del codice del consumo [CUFFARO, V.: “Un codice “consumato” (codice del consumo, credito ai consumatori, e codice del turismo)”, *Corr. giur.* (2011), p. 1193].

assume un rilievo preminente l'art. 37 bis c. cons., rubricato "Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie"³.

La novella⁴ affida alle cure dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) il delicato compito di promuovere la correttezza contrattuale⁵, accertando la vessatorietà delle clausole apposte nei contratti (c.dd. "di massa" o "standardizzati"⁶) stipulati tra professionisti e consumatori mediante adesione a condizioni generali di contratto ovvero con sottoscrizione di moduli, modelli o formulari.

In chiave sistematica, la norma si colloca quale séguito ed evoluzione delle politiche di potenziamento che hanno interessato le prerogative dell'Autorità antitrust⁷ soprattutto in campo consumeristico⁸, nell'intento di innalzare la

³ L'inserimento della citata previsione nel *corpus* codicistico è avvenuto in forza dell'art. 5 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27, recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività" (c.d. decreto "Cresci Italia").

⁴ Cfr., sin da ora, BATTELLI, E.: "La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie", in AA.VV. (a cura di), *Consumerism 2012. Quinto rapporto annuale. Università degli Studi di Roma Tre (Facoltà di Economia) – Consumers' Forum*. Roma (2012), p. 59 ss.; BARENGHI, A.: "Sub art. 37 bis", in CUFFARO, V. (a cura di), *Codice del consumo*. Milano (3^a ed., 2012), p. 286 ss.; MAZZAMUTO, S.: *Il contratto di diritto europeo*. Torino (rist. agg., 2012), p. 183 ss.; DONNARUMMA, M.: "I contratti con il consumatore", in FAVA, P. (a cura di), *Il contratto*. Milano (2012), p. 275 ss.; FRANCHI, V.: "Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari. La tutela della parte debole non predisponente nei confronti delle clausole vessatorie ed abusive", *ivi*, p. 887 s.; TRIPODI, E.M.: "Tutela dei consumatori", in ID. e TROMBINO, D. (a cura di), *La nuova disciplina delle attività economiche*. Rimini (2012), p. 350 ss.; QUERCI, A.: "Le novità introdotte nel Codice del consumo dal d.l. 1/2012 ed il ruolo delle associazioni dei consumatori nella tutela contro le clausole vessatorie", *Contr. impr.* (2013), p. 446 ss.; BONACCORSI DI PATTI, D.: "Prime considerazioni sui procedimenti in materia di clausole vessatorie innanzi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato", *Dir. fisc. ass.* (2013), I, p. 35 ss.; nonché la circ. Assonime, 2 aprile 2012, n. 9, "Tutela amministrativa in materia di clausole vessatorie nei contratti tra imprese e consumatori".

⁵ Ormai assurta ad autonomo bene giuridico. Infatti, come annota PALAZZO, A.: "Cittadinanza, ambiente e costituzione dei beni comuni", *Dir. proc.* (2012), p. 235, "L'interesse comune alla correttezza contrattuale si presenta così in primo piano nel sistema normativo perché mentre la tutela civile del consumatore mira a salvaguardare *in primis* l'interesse privato e solo secondariamente l'interesse economico (vedi, ed es., il ricorso alle *class actions*), l'intervento diretto dell'A.G.C.M. significa considerare la vessatorietà delle clausole un disvalore di rilievo primario in ordine alla tutela del bene comune costituito dalla correttezza dei comportamenti economici, senza, peraltro, chiamare in causa l'applicazione del diritto *antitrust*".

⁶ Per approfondimenti sul fenomeno della contrattazione standardizzata, ROPPO, E.: *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*. Milano (1975), *passim*.

⁷ DI CATALDO, V.: "Pratiche commerciali scorrette e sistemi di *enforcement*", *Giur. comm.* (2011), I, p. 805 s.; CATRICALÀ, A.: "L'Autorità garante della concorrenza e del mercato",

in CIRILLO, G.P. e CHIEPPA, R. (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*. Padova (2010), pp. 309 ss. e 315 s.; BRUZZONE, G. e SAIJA, A.: “L’Autorità garante della concorrenza e del mercato”, in D’ALBERTI, M. e PAJNO, A. (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l’economia*. Bologna (2010), p. 278 ss.

⁸ In questo clima occorre, altresì, segnalare l’introduzione – ad opera dell’art. 35 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni in l. 22 dicembre 2011, n. 214 (“Disposizioni urgenti per la crescita, l’equità e il consolidamento dei conti pubblici”) – c.d. “decreto “salva Italia””) – dell’art. 21 *bis*, l. 10 ottobre 1990, n. 287, destinato a ricucire una “smagliatura” che ha sempre segnato il complesso dei poteri dell’*Antitrust*, il quale contemplava “strumenti molto deboli per i casi in cui la lesione della concorrenza [fosse] deriva[ta] da norme di leggi, regolamenti o altri atti delle pubbliche amministrazioni” (CLARICH, M.: “I nuovi poteri affidati all’*antitrust*”, *Quad. cost.* (2012), p. 116). La richiamata disposizione legittima, infatti, l’Agcm – “che diviene così una sorta di “pubblico ministero della concorrenza”” (ID., *o.c.*, p. 117; *contra*, SANDULLI, M.A.: “Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell’Agcm nell’art. 21 *bis* l. n. 287 del 1990”, *www.federalismi.it*, p. 12) – ad impugnare dinanzi al g.a. gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica (compresi, quindi, quelli delle – altre – *authorities*) che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato [tuttavia, sulle ambiguità interpretative connesse a siffatta formulazione legislativa, cfr. DI BENEDETTO, M.: “Le liberalizzazioni e i poteri dell’Agcm”, *Gior. dir. amm.* (2012), p. 241]. Come ha spiegato la giurisprudenza amministrativa, il nuovo potere di azione rivela la volontà del legislatore di valorizzare la tradizionale funzione consultiva e di segnalazione (c.d. “*competition advocacy*”) dell’Autorità garante (in parte già attribuita *ab origine* dai “contigui” artt. 21 e 22, l. n. 287, cit.), conferendo a tale funzione (in passato, mera espressione di un’opinione dell’Autorità, ancorché suscettibile di effetti di *moral suasion*, sull’esistenza di “situazioni distorsive” della concorrenza derivanti da norme di legge, di regolamento o da provvedimenti amministrativi) veri e propri effetti costitutivi, sia pure conseguibili in via mediata attraverso lo scrutinio giurisdizionale (TAR Lazio, Roma, 15 marzo 2013, n. 2720 e TAR Lazio, Roma, 6 maggio 2013, n. 4451, entrambe in *Foro amm. T.A.R.* (2013), p. 1587 ss., con nota di CAPPALÀ, M.: “Il problema della legittimazione a ricorrere dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella prima giurisprudenza amministrativa”). Dal canto suo, anche la Consulta (Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20, *Dir. proc. amm.* (2013), p. 465 ss., con nota di GOISIS, F.: “Il potere di iniziativa dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato *ex art. 21-bis* l. n. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali”) ha avuto modo di delimitare il perimetro applicativo dell’art. 21 *bis*, cit., dichiarando inammissibile la questione di costituzionalità promossa in via principale dalla Regione Veneto, dacché la norma (ed il relativo potere di impugnazione dell’*Antitrust*) non lede né interferisce con le competenze regionali costituzionalmente riconosciute (come peraltro sostenuto in precedenza dalla dottrina togata: GIOVAGNOLI, R.: “Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell’AGCM nell’art. 21-*bis* legge n. 287/1990”, *www.giustizia-amministrativa.it*, § 2). Restano, infine, da considerare le potenziali interferenze o quanto meno i problemi di coordinamento cui il rimedio in parola potrebbe dar luogo là dove siano le Regioni – come spesso accade nella pratica – a porre in atto direttamente *ex lege* iniziative anticoncorrenziali (indicando divieti, limiti, contingentamenti, sospensioni di autorizzazioni alle attività economiche, *etc.*), dovendosi in questo caso investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità [PICOZZA, E. e CAPPELLO, L.: “Diritto processuale dell’economia”, in PICOZZA, E. e RICCIUTO, V. (a cura di), *Diritto dell’economia*. Torino (2013), p. 401].

soglia di protezione del consumatore⁹ (rectius, del “contraente debole” tout court¹⁰, come oggi dovrebbe più correttamente qualificarsi specie a séguito del riconoscimento della nozione di “microimpresa”¹¹) dinanzi ai comportamenti illegittimi dei professionisti e alle storture del mercato¹².

⁹ MINERVINI, V.: “L’Autorità garante della concorrenza e del mercato quale autorità di tutela del consumatore: verso una nuova forma di regolazione dei mercati”, *Riv. dir. comm.* (2010), p. 1141 ss.

¹⁰ Da intendere, in termini onnicomprensivi (pur senza giungere a controproducenti generalizzazioni), quale soggetto che – a prescindere dalla qualità che riveste (consumatore, cliente, utente, acquirente, conduttore, lavoratore, imprenditore, professionista, etc.) – sconta una asimmetria di potere contrattuale rispetto ad uno c.d. “forte”. In questo senso, PERLINGIERI, P.: “La tutela del “contraente debole” nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno”, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*. Napoli (2003), p. 319; CALVO, R.: “Il concetto di consumatore, l’argomento naturalistico ed il sonno della ragione”, *Contr. impr./Eur.* (2003), pp. 715 ss., ma spec. 732 ss.; BUSNELLI, F.D.: “Spigolature in tema di diritto europeo dei contratti d’impresa”, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*. Napoli (2008), I, p. 153 s.; VITERBO, F.G.: “La tutela del contraente debole”, in CASUCCI, F. (a cura di), *Il diritto privato dell’Unione Europea. Temi e questioni*. Napoli (2007), p. 257 ss.; MARINELLI, I.: “La tutela del contraente debole: rimedi contrattuali”, *ivi*, p. 290 s.; ROMEO, F.: “Contratti asimmetrici, codici di settore e tutela del contraente debole”, *Obbl. contr.* (2012), p. 446.

¹¹ Il richiamato decreto “Cresci Italia” (d.l. n. 1 del 2012) ha reso applicabile le norme in tema di pratiche commerciali scorrette nonché di pubblicità ingannevole e comparativa illecita alle c.dd. “microimprese” [VALENTINO, D.: “*Timeo danaos et dona ferentes*. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette”, *Riv. dir. civ.* (2013), I, p. 1168 s.], ossia alle “entità, società di persone o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica esercitano un’attività economica artigianale e altre attività a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell’articolo 2, paragrafo 3, dell’allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003” (art. 18, comma 1, lett. *d*-bis, c. cons.), di fatto equiparandole, *ratione materiae*, al “consumatore” persona fisica (DONNARUMMA, M.: “I contratti con il consumatore”, cit., p. 290) sulla scorta una tendenza dell’ordinamento interno diffusa anche in altri settori [ad esempio, nell’ambito dei servizi di pagamento: BENEDETTI, A.M.: “Contratto asimmetrico”, *Enc. dir.*, Annali, V. Milano (2012), pp. 382 s. e 385 s.; o della subfornitura, in relazione alla quale è da tempo attivo in seno all’Agcm un sistema amministrativo di controllo e contrasto delle fattispecie di abuso di dipendenza economica ex art. 9, comma 3 *bis*, l. n. 192 del 1998: BRUZZONE, G. e SAIJA, A.: “L’Autorità garante della concorrenza e del mercato”, cit., p. 281 s.]. A séguito di tale innovazione, sembra, infatti, ottenere un ulteriore riconoscimento normativo la figura dell’“imprenditore/impresa debole” la quale incrina l’angusta nozione generale di consumatore (o utente) che ancora oggi (art. 3, comma 1, lett. *a*, c. cons.) – nonostante le critiche [per un’attenta ricostruzione del dibattito, cfr. CAPOBIANCO, E.: “*Sub art. 3*”, in ID. e PERLINGIERI, G. (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. Napoli (2009), p. 17 s., e le indicazioni bibliografiche ivi riportate] – estromette le persone giuridiche sulla scorta dell’indimostrato assunto “che gli enti diversi dalla persona fisica sarebbero dotati di maggior forza contrattuale, e perciò più attenti alla contrattazione” [KIRSCHEN, S.: “Art. 3”, in ALPA, G. e ROSSI CARLEO, L. (a cura di), *Codice del Consumo. Commentario*. Napoli (2005), p. 60]. Questa lettura, ancorata alla tradizione ed al dato testuale, è stata in passato confermata anche dalla Corte di Giustizia UE (Corte giust., 22

Sebbene, dunque, la nuova previsione si armonizzi appieno con il trend invalso negli ultimi anni – che aveva già condotto all’istituzione, presso la stessa Agcm, di un analogo procedimento amministrativo di controllo in materia di “pratiche commerciali scorrette” (art. 27 c. cons.)¹³ e, ancor prima, di pubblicità ingannevole (art. 7, d.lg. n. 74 del 1992) –, la carica dirompente dell’art. 37 bis c. cons. non può in ogni caso essere messa in discussione, avendo mandato in frantumi l’imperante “monopolio” della giurisdizione.

novembre 2001, c. 541/99 e c. 542/99, Soc. Cape c. Soc. Idealservice, *Resp. civ. prev.* (2002), p. 56 ss., con nota di SANNA, P.: “La controversa nozione di consumatore ex art. 1469-bis c.c. tra esegesi ed ermeneutica”; *Dir. com.* (2002), p. 67 ss., con nota di GRAZIUSO, E.: “Un’ulteriore pronuncia della Corte di giustizia sulla nozione di consumatore”, dalla Consulta [Corte cost., ord., 22 novembre 2002, n. 469, *Nuova giur. civ. comm.* (2003), I, p. 174 ss., con nota di BONOFILIO, P.: “L’ambito soggettivo di applicazione dell’art. 1469 bis cod. civ.”; *Foro it.* (2003), I, c. 332 ss., con note di PALMIERI, A.: “Consumatori, clausole abusive e imperative di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte costituzionale”; e di PLAIA, A.: “Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità”] nonché dalla Corte di Cassazione [Cass., 5 giugno 2007, n. 13083, *Obbl. contr.* (2008), p. 27 ss., con nota di SCARSO, A.P.: “Ancóra sulla nozione (generale) di consumatore”; *Contratti* (2008), p. 254 ss., con nota di GUARINO jr, A.: “Consumatore e professionista: definizioni e disciplina”].

¹² È acquisito il forte legame intercorrente tra la tutela del cliente-utente-consumatore ed il corretto funzionamento dei mercati [ALPA, G.: *Le stagioni del contratto*. Bologna (2012), p. 119 s.; LIVI, M.A. e MACARIO, F.: “I soggetti. Profili generali”, in LIPARI, N. (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, I, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti. I soggetti*. Padova (2^a ed., 2003), p. 139; BENEDETTI, G.: “Tutela del consumatore e autonomia contrattuale”, *Riv. trim.* (1998), p. 22 ss.; in particolare, rintracciano la *ratio* dell’armonizzazione delle normative in materia di clausole vessatorie nell’esigenza di favorire le dinamiche del mercato concorrenziale poste alla base dell’integrazione europea, GUERINONI, E.: *I contratti del consumatore. Principi e regole*. Torino (2011), pp. 30, ma spec. 100 s.; RIZZO, V.: *Le “clausole abusive” nell’esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*. Napoli (1994), p. 27 ss.] e, di conseguenza, la stretta complementarietà tra le politiche consumeristiche e quelle *antitrust*. Tuttavia le une e le altre, secondo BRUZZONE, G. e BOCCACCIO, M.: “Il rapporto tra tutela della concorrenza e tutela dei consumatori nel contesto europeo: una prospettiva economica”, *www.agcm.it*, p. 15, “non hanno oggi, nel contesto giuridico europeo, un medesimo fine diretto”, mantenendo ciascuna “i propri paradigmi applicativi”, di talché “Il principale rischio per le autorità “plurifunzionali” è quello di adottare un approccio indifferenziato in ambiti che richiederebbero trattamenti diversi” (p. 17).

¹³ CIATTI, A.: “Sub art. 27”, in CAPOBIANCO, E. e PERLINGIERI, G. (a cura di), *Codice del consumo*, cit., p. 97 ss.; ID.: “I mezzi di prevenzione e repressione delle pratiche commerciali sleali nella direttiva comunitaria del 2005”, *Contr. impr./Eur.* (2007), p. 82 ss.; ZORZI GALGANO, N.: “Il controllo dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno dei consumatori”, *Contr. impr.* (2010), p. 671 ss.; ma, *amplius*, EAD.: *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. dir. pubb. econ.* Galgano, LXII. Padova (2012), p. 122 ss.; CATRICALÀ, A.: “L’Autorità garante”, cit., p. 341 ss.; BASTIANON, S.: “La tutela del consumatore alla luce delle nuove norme legislative e regolamentari in materia di pratiche commerciali sleali”, *Resp. civ. prev.* (2008), spec. p. 1472 ss.

Lo status quo ante privilegiava, infatti, un sindacato di vessatorietà esclusivamente in sede contenziosa/giudiziale¹⁴, per il tramite di una tutela successiva a carattere individuale ovvero preventiva a carattere collettivo. Com'è noto, sino al recente passato, il sistema consentiva, nel primo caso, a ciascun consumatore di adire uti singulus l'autorità giudiziaria per far accertare – all'esito di un ordinario processo di cognizione – la nullità (“di protezione”) delle clausole fonte di “un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi” nei contratti conclusi con un “professionista” (artt. 33 ss. c. cons., olim artt. 1469 bis ss. c.c.); nel secondo caso, alle associazioni rappresentative dei consumatori¹⁵, dei professionisti e alle Camere di commercio di esperire l'azione inibitoria¹⁶, con la quale convenire in giudizio gli operatori economici professionali (o le loro associazioni) che utilizzano o raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto per chiedere – anche in via cautelare – di vietarne l'uso ove se ne provi l'abusività (art. 37 c. cons., olim art. 1469 sexies c.c.).

Proprio a tal proposito, giova precisare che fra i primi commentatori¹⁷ è pressoché unanime la convinzione del valore “suppletivo” (e non soltanto “integrativo”) dell'art. 37 bis c. cons., intravedendo in questo un'occasione di “riscatto” rispetto al rimedio inibitorio¹⁸, del quale si auspica possa colmare le

¹⁴ Proprio in ragione della mancata istituzione di un controllo amministrativo, CALVI, G.: “Art. 1469-*sexies*”, in CESÀRO, E. (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*. Padova (1ª ed., 1996), p. 683, discorre di disciplina “monca”, la quale – secondo MINERVINI, E.: *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*. Napoli (1999), p. 199 – “rappresenta indubbiamente una delusione per l'interprete”.

¹⁵ Per un'ipotesi di inibitoria esperita con successo da un'associazione dei consumatori, cfr., Cass., 18 agosto 2011, n. 17351, *Giur. it.* (2012), p. 1548 ss., con nota di FEBBRAJO, T.: “Contratti “a valle” dell'intesa *antitrust* e riconduzione ad equità del corrispettivo”; *Corr. giur.* (2012), p. 217 ss., con nota di DONZELLI, R.: “La tutela collettiva dei consumatori davanti alla Corte di cassazione”.

¹⁶ Che, secondo una impostazione ampiamente consolidata, rientra tra le misure di controllo aventi carattere general-preventivo: CAPOBIANCO, E.: “*Sub art. 37*”, in ID. e PERLINGIERI, G. (a cura di), *Codice del consumo*, cit., p. 208 s.; MINERVINI, E.: “Contratti dei consumatori e tutela collettiva nel codice del consumo”, *Contr. impr.* (2006), p. 635; PATTI, S.: “Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore”, in GABRIELLI, E. (a cura di), *I contratti in generale*. Torino (2ª ed., 2006), p. 384; TOMMASEO, F.: “Art. 1469-*sexies*”, in ALPA, G. e PATTI, S. (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger. Milano (2003), p. 1159.

¹⁷ MINERVINI, E.: “La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore”, *Nuove leggi civ. comm.* (2012), p. 564; PANDOLFINI, V.: “La tutela amministrativa dei consumatori contro le clausole vessatorie”, *Corr. giur.* (2012), p. 48 s.; ROSSI CARLEO, L.: “La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie”, *Obbl. contr.* (2012), p. 492; E. BATELLI, E.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 61.

¹⁸ Il legislatore aveva già operato un intervento additivo di “sostegno” nell'area delle tutele collettive introducendo la c.d. “azione di classe” (art. 140 *bis* c. cons.). Sulle diverse esigenze e finalità che differenziano quest'ultimo rimedio dall'azione inibitoria, cfr., in particolare, RIZZO, F.: *Azione collettiva risarcitoria e interessi tutelati*. Napoli (2008), p. 91 ss. Sull'argomento,

carenze manifestate sul terreno applicativo e che ne hanno in qualche modo decretato lo scarso successo¹⁹.

II. PRECEDENTI TENTATIVI DI INTRODURRE RIMEDI DI CARATTERE AMMINISTRATIVO.

Benché la disciplina in analisi rappresenti un novum nel panorama ordinamentale nazionale, non erano comunque mancati tentativi de iure condendo tesi ad approntare meccanismi di contrasto alle clausole vessatorie aventi natura amministrativa sí da affiancare al controllo “diffuso” da parte della Magistratura un controllo di vessatorietà “accentrato” rimesso ad organi della p.a. D'altronde, la scelta del legislatore interno di rinunciare ad un sistema “misto” ad unico vantaggio della tutela giurisdizionale del consumatore era prevalsa²⁰ al momento del recepimento della direttiva

si vedano, inoltre, senza alcuna pretesa di completezza, lo studio monografico di FEBBRAJO, T.: *L'azione di classe a tutela dei consumatori*. Napoli (2012); i contributi editi in CESÀRO, E. e BOCCHINI, F. (a cura di), *Azione collettiva risarcitoria (Class Action)*. Milano (2008); e, per alcuni spunti critici specie in chiave di riforma, quello di D'ALFONSO, G.: “L'art. 140 *bis* Codice del Consumo tra disciplina attuale e proposte di riforma. Quali prospettive per un'effettiva tutela collettiva risarcitoria?”, *Resp. civ.* (2009), p. 678 ss.

¹⁹ In un arco di piú di tre lustri, l'azione inibitoria non ha prodotto i risultati attesi (BARENGHI, A.: “*Sub art. 37 bis*”, cit., p. 288; BELLELLI, A.: “Azione inibitoria e clausole vessatorie”, *www.consiglionazionaleforense.it*, § 3), rivelandosi un'arma “spuntata”, sulla quale hanno influito molti fattori, fra cui – secondo RUMI, T.: “Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie”, *Contratti* (2012), p. 644 – “la mancata previsione, nell'art. 37 c. cons., di misure coercitive indirette volte a sanzionare, ad esempio con il pagamento di somme di denaro, la violazione del provvedimento giudiziale inibitorio”, il che “ha consentito alle imprese “senza scrupoli” di perseverare nei propri comportamenti abusivi”. Tuttavia, può concorrere ad invertire o ad attenuare la severità di tale bilancio la recente pronuncia Corte giust., 26 aprile 2012, c. 472/10, Nfh c. Invitel, *Eur. dir. priv.* (2012), p. 1271 ss., con nota anepigrafa di BIFERALI, G.; e *Guida dir.* (2012), 21, p. 104 ss., con nota di CASTELLANETA, M.: “Telefonia: una clausola va considerata abusiva se l'operatore cambia i costi senza consenso”, la quale ha sancito l'efficacia *ultra partes* delle sentenze inibitorie collettive, destinata ad estendersi anche ai consumatori che non abbiano preso parte al giudizio: difatti, qualora il carattere abusivo di una clausola facente parte delle condizioni generali di contratto sia stato accertato nell'ambito di detto procedimento, i giudici nazionali debbono, anche per l'avvenire, trarne d'ufficio tutte le conseguenze previste dal diritto interno affinché tale clausola non vincoli (neppure) i consumatori che abbiano stipulato con il professionista di cui trattasi un contratto al quale si applicano le medesime condizioni generali.

²⁰ Sui diversi scenari venutisi a delineare negli altri Paesi comunitari, cfr. RUMI, T.: “Il controllo amministrativo”, cit., p. 639 ss.; BUSNELLI, F.D.: “Precedenti della legge di attuazione della Direttiva comunitaria e problemi di diritto intertemporale”, *Nuove leggi cin. comm.* (1997), p. 753; RIZZO, V.: *Le “clausole abusive”*, cit., *passim*. Per ulteriori ragguagli, inerenti ad esperienze e a modelli di controllo piú risalenti, ROPPO, E.: *Contratti standard*, cit., p. 355 ss.

93/13/CEE²¹ non senza dispute sull'onda dello scetticismo manifestato a livello dottrinario²² nei confronti dell'efficacia di interventi che, non vantando il crisma della giurisdizionalità, non offrivano adeguate garanzie di terzietà e di capillarità del sindacato.

In effetti, nel corso dei lavori parlamentari uno dei progetti²³ aveva ipotizzato l'istituzione presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri della "Commissione di controllo delle condizioni generali di contratto" alla quale sarebbe spettato il compito di verificare la vessatorietà delle clausole (art. 1, comma 2), mettendo in atto un controllo amministrativo di tipo "preventivo-consultivo" (a richiesta degli imprenditori) ovvero di tipo "successivo-prescrittivo" (a richiesta dei consumatori e delle associazioni di categoria)²⁴, incentrato l'uno sulle condizioni generali di contratto non ancora utilizzate, l'altro su quelle già utilizzate nel territorio nazionale (art. 5, comma 1 e 3). Tutto ciò era assistito dalla possibilità di pubblicare bimestralmente sulla seconda parte della Gazzetta Ufficiale "le dichiarazioni di vessatorietà delle condizioni generali non eliminate o modificate sostanzialmente" dal predisponente nonostante l'invito formulato e comunicato dalla Commissione (art. 5, comma 4 e 6).

Entrambe le procedure richiamano molto da vicino quelle introdotte dal nuovo art. 37 bis c. cons. e la "somiglianza" diviene ancora più lampante se si recupera l'opinione avanzata al tempo da chi – nel rilevare che "sarebbe stato preferibile affidare la tutela collettiva esclusivamente ad un'autorità amministrativa" – riteneva con grande lungimiranza e spirito pratico inutile

²¹ Invero la direttiva si limitava a richiedere l'adozione di "mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione delle clausole abusive contenute nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori" (art. 7, comma 1), senza optare a favore di un controllo giudiziario o amministrativo (art. 7, comma 2) [RIZZO, V.: *Le "clausole abusive"*, cit., p. 626; BIANCA, C.M.: "Le tecniche di controllo delle clausole vessatorie", in ID. e ALPA, G. (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*. Padova (1996), pp. 359 s. e 365], lasciando così ai singoli Stati membri la libertà di selezionare le procedure più consone al raggiungimento del predetto obiettivo, se del caso anche "più severe, [purché] compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore" (così l'art. 8 e, con identica formulazione, il XII "considerando"). Si veda, inoltre, ORESTANO, A.: "I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note", *Riv. crit. dir. priv.* (1992), p. 502.

²² Le principali voci critiche sono utilmente compendiate da MINERVINI, E.: *Tutela del consumatore*, cit., p. 195 s.; e da PATTI, G. e PATTI, S.: *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger. Milano (1993), p. 433 ss.

²³ Consultabile in appendice a ALPA, G.: "Per il recepimento della direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori", *Contratti* (1994), p. 117 s., e illustrato nelle sue linee fondamentali anche da MINERVINI, E.: *Tutela del consumatore*, cit., p. 193, nota 5.

²⁴ ALPA, G.: "Per il recepimento della direttiva", cit., p. 115. Per altri criteri di classificazione delle forme di controllo amministrativo, cfr. ROPPO, E.: *Contratti standard*, cit., p. 366 ss.

costituire un'authority ad hoc (come, appunto, avrebbe dovuto essere la menzionata Commissione di controllo), ma piú opportuno sceglierne una “già esistente e (ben) funzionante, quale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato”²⁵.

Sulla scia della proposta appena descritta, era stato altresí approvato un emendamento (poi espunto) che rimetteva in modo esclusivo alle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura (CCIA) il potere di accertare preventivamente, “di ufficio ovvero ad istanza del predisponente o di una associazioni di consumatori o di professionisti, la vessatorietà delle clausole contenute in condizioni generali di contratto predisposte da imprese che abbiano nella circoscrizione di competenza la sede legale”²⁶. Nonostante anche questa soluzione sia naufragata, le Camere di commercio si erano comunque già guadagnate un ruolo nella difesa del mercato²⁷ e del contraente debole²⁸ in occasione dell'emanazione della legge di riordino del 1993 (l. 29 dicembre 1993, n. 580)²⁹, la quale le legittimava ad adoperarsi sia prima della stipula del contratto con la predisposizione di “contratti-tipo tra imprese, loro associazioni e associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti”, sia dopo promuovendo “forme di controllo sulla presenza di clausole inique inserite nei contratti” (art. 2, comma 2, lett. h ed i, l. n. 580, cit.)³⁰. Soprattutto quest'ultima attribuzione – che, in assenza di un'accurata

²⁵ MINERVINI, E.: *Tutela del consumatore*, cit., p. 196 (ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici). Nello stesso senso, ROPPO, V. e NAPOLITANO, G.: “*Clausole abusive*”, *Enc. giur.* Treccani, Agg., VI. Roma (1994), p. 12. In precedenza, aveva suggerito di impostare il controllo amministrativo delle condizioni generali di contratto ricalcando il modello istituzionale statunitense delle “*administrative agencies*”, BESSONE, M.: “Le condizioni generali dei contratti di impresa e i *consumer interests*. Dall'intervento del giudice al controllo amministrativo”, *Giust. civ.* (1987), II, p. 410.

²⁶ Il testo dell'articolo – reperibile nella sua versione integrale in appendice al contributo di PARDOLESI, R.: “Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata”, *Riv. crit. dir. priv.* (1995), p. 548 – proseguiva aggiungendo che “Le camere di commercio provvedono a dare comunicazione alle autorità competenti dei fatti emersi nel corso dell'accertamento che siano rilevanti ai fini dell'esercizio dei poteri loro attribuiti”. Cfr., altresí, MINERVINI, E.: *Tutela del consumatore*, cit., p. 197 s.

²⁷ LONGHI, D.: “Le Camere di Commercio quali *authority* fra consumo e produzione”, in AA.VV. (a cura di), *La Camera di Commercio ponte fra consumatore ed imprenditore*. Verona (1996), p. 27 ss.

²⁸ GRAZIUSO, E.: “La tutela dei consumatori contro le clausole abusive. Mezzi rituali ed irrituali”, Milano (2002), p. 100 ss.

²⁹ Tanto che, ad avviso di NAPOLI, E.V.: “Legittimazione delle Camere di commercio all'azione inibitoria dell'uso delle condizioni generali di contratto”, *Nuove leggi civ. comm.* (1997), p. 1278 ss., siffatto provvedimento legislativo avrebbe dato attuazione indiretta al citato art. 7 della direttiva 93/13/CEE mettendo a punto un controllo amministrativo sui contratti *standard*.

³⁰ Sul punto, cfr., *amplius*, BATTELLI, E.: “Il controllo “amministrativo” delle clausole inique e la predisposizione di contratti-tipo”, in ID. (a cura di), *I contratti-tipo e i pareri sulle clausole inique delle Camere di Commercio*, I, *Settori commercio e turismo*. Roma (2010), spec. pp. 30 ss. e

definizione legislativa, aveva lasciato agli enti camerati ampia libertà organizzativa³¹ – trova oggi una più precisa fisionomia essendo stata, come si dirà tra breve³², espressamente coordinata con il potere concesso alle Camere di commercio di dare impulso al procedimento ex art. 37 bis c. cons. (e che, a sua volta, va ad affiancarsi a quello previgente di promuovere azioni inibitorie ex art. 37 c. cons.³³).

In definitiva, per anni, è mancato in ordine alle clausole vessatorie uno scrutinio “generale”, “accentrato” e “diretto” da parte di un’ autorità amministrativa, essendo per contro esistite – per lo più disseminate tra le principali authorities di settore sulla base delle rispettive sfere di competenza³⁴ – soltanto forme per così dire “diffuse” e “settoriali” di vigilanza (di norma attuate ex post) sulle condizioni contrattuali e sulle modalità di negoziazione di specifici contratti afferenti ad altrettanto specifici

34 ss.; ID.: “I contratti-tipo delle Camere di commercio”, in ID. (a cura di), *I contratti-tipo delle Camere di commercio*. Milano (2012), p. 50 ss.; nonché GRAZIUSO, E.: “La tutela dei consumatori”, cit., p. 112 ss.; ANTONINI, S.: “Le Camere di commercio, il controllo delle clausole “vessatorie” e le clausole “inique” ex l. 580/93”, in RUFFOLO, U. (a cura di), *Clausole “vessatorie” e “abusiva”. Gli artt. 1469-bis ss. c.c. e i contratti col consumatore*. Milano (1997), p. 149 ss.; ALPA, G.: “Il controllo amministrativo delle clausole abusive”, in ID. (a cura di), *Investimento finanziario e contratti dei consumatori. Il controllo delle clausole abusive*. Milano (1995), p. 15 s.; CARTEI, G.F. e FARO, S.: “Consumatore e utente”, in CHITI, M.P. e GRECO, G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale, II*. Milano (2^a ed., 2007), p. 952 s.; MORANA, D.: “Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura”, *Enc. dir.*, Agg., VI. Milano (2002), p. 216.

³¹ Non a caso DE NOVA, G.: “Considerazioni introduttive”, in BIANCA, C.M. e ALPA, G. (a cura di), *Le clausole abusive*, cit., p. 304, discorre al riguardo di “norma in bianco”.

³² Cfr., *infra*, § 4.

³³ BATTELLI, E.: “L’inibitoria delle Camere di Commercio”, *Giur. it.* (2007), p. 2626 ss.; TOMMASEO, F.: “Art. 1469-sexies”, cit., p. 1184 ss.

³⁴ Come ricorda anche MIRONE, A.: “Verso la despecializzazione dell’Autorità antitrust. Prime riflessioni sul controllo delle clausole vessatorie ai sensi dell’art. 37-bis cod. cons.”, *Ann. it. dir. aut.*, XXI. Milano (2013), pp. 297 e 320 s. Con specifico riferimento all’Isvap (rinominata, a far data dal 1 gennaio 2013, “Ivass – Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni”), alla Banca d’Italia ed alla Consob, si veda ALPA, G.: “Il controllo amministrativo”, cit., pp. 16 ss., 19 ss. e 21 ss. Quanto all’Autorità per l’energia elettrica e il gas, cfr. ID.: “L’Autorità per i servizi pubblici e i consumatori”, in AA.VV. (a cura di), *Attività regolatoria e autorità indipendenti. L’Autorità per l’energia elettrica ed il gas (Atti del Convegno di studi tenuto a Roma il 2-3 febbraio 1996)*. Milano (1996), p. 29; nonché, in concreto, la delibera AeeG 11 dicembre 2001, n. 229 (“Adozione di direttiva concernente le condizioni contrattuali del servizio di vendita del gas ai clienti finali attraverso reti di gasdotti locali, ai sensi dell’articolo 2, comma 12, lettera b, della legge 14 novembre 1995, n. 481”) adottata al dichiarato scopo di rimediare – in via anticipata rispetto ad eventuali interventi giudiziali – alle condizioni ritenute inique presenti nei contratti di fornitura e denunciate dagli utenti. Più in generale, sulla questione, MACARIO, F.: “Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali”, in GITTI, G. (a cura di), *Il contratto e le Autorità indipendenti. La metamorfosi dell’autonomia privata*. Bologna (2006), p. 191 ss.

ambiti di mercato³⁵; ovvero forme “indirette” di salvaguardia degli interessi dei consumatori il più delle volte espressione del potere di regolazione e dell'intervento pubblico nell'economia³⁶, in concreto molto penetranti, ma purtroppo al di fuori di ogni coordinamento con la tutela giurisdizionale³⁷.

III. IL PROCEDIMENTO “ORDINARIO”. L'AMBITO OGGETTIVO DEL CONTROLLO.

Il procedimento amministrativo di verifica della compatibilità dei contenuti negoziali con le regole dettate in tema di clausole vessatorie è scandito nelle sue fasi e prefigurato nella sua intelaiatura essenziale all'interno dello stesso art. 37 bis c. cons., ma trova necessario completamento nelle disposizioni racchiuse nel reg. 5 giugno 2014, n. 24955 “sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, clausole vessatorie” (d'ora in avanti, reg. proc.), di recente licenziato dall'Autorità garante³⁸.

Prima di entrare nel merito della disciplina, va chiarito che sotto il profilo oggettivo il sindacato svolto dall'Agcm si incentra sulle clausole (“seriali”) inserite nei contratti del consumatore che si concludono mediante condizioni generali ovvero moduli, modelli o formulari ai sensi degli artt. 1341 e 1342

³⁵ Così ALPA, G.: “L'applicazione della direttiva sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio”, *Econ. dir. terziario* (2000), p. 793.

³⁶ Si pensi all'attività di eteroregolamentazione del contratto costantemente esercitata – in funzione proconcorrenziale e di tutela del contraente debole – dalle autorità indipendenti e che si risolve nella (pre)determinazione di ampie porzioni del regolamento negoziale. Per più ampi svolgimenti sia consentito rinviare a ANGELONE, M.: *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*. Napoli (2012), *passim*, ma spec. p. 96 ss.; nonché, GITTI, G. e DELFINI, F.: “Autonomia privata e tipizzazione contrattuale”, *Riv. dir. priv.* (2007), pp. 473 e 489 ss., i quali definiscono tale modalità di intervento conformativo del contratto in termini di “tipizzazione *in positivo*” proprio per distinguerla da quella tradizionale incentrata nell'espunzione *ex post* dal manufatto pattizio dei contenuti ritenuti immeritevoli di tutela o illeciti (ad esempio, perché rivelatisi vessatori).

³⁷ Denuncia tale deficienza, BELLELLI, A.: “La tutela inibitoria”, *Nuove leggi civ. comm.* (1997), p. 1261.

³⁸ Il regolamento in parola sostituisce quello adottato con delibera 8 agosto 2012, n. 23788 e che necessitava di essere adeguato alle novità introdotte dal d.lg. 21 febbraio 2014, n. 21 (“Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE”). Si rammenta che, a sua volta, il reg. n. 23788, cit., aveva accorpato e armonizzato all'interno di un unico testo normativo le previgenti procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette (reg. 15 novembre 2007, n. 17589) e di pubblicità ingannevole (reg. 15 novembre 2007, n. 17590).

c.c.³⁹. Si tratta di un contesto applicativo piú ristretto rispetto a quello sul quale insistono gli artt. 33 ss. c. cons. che presentano portata piú generale, abbracciando com'è noto tutti i contratti intercorsi tra un professionista ed un consumatore, compresi quelli allestiti per un singolo affare con una singola controparte⁴⁰. Tale limitazione sembra rispondere principalmente ad una logica di opportunità, qual è quella di non “sovraccaricare” l’Autorità addossandole un (a dir vero) improbabile controllo di carattere capillare⁴¹; controllo che resta cosí circoscritto alle clausole vessatorie immesse in contratti “standard” che, per definizione, risultano senz’altro piú dannose di quelle destinate ad un uso individuale sia a causa della loro serialità e ampia diffusione, sia perché molto piú spesso (non negoziate, ma) predisposte ex uno latere dal contraente “forte”⁴².

IV. AVVIO DEL PROCEDIMENTO, “PRE-ISTRUTTORIA” E IPOTESI DI CHIUSURA ANTICIPATA DELLA SEQUENZA PROCEDIMENTALE.

La sequenza procedimentale dinanzi all’Agcm può essere innescata su istanza (id est, su segnalazione) di parte ovvero – proprio al fine di rendere piú incisivo l’enforcement pubblico⁴³ – ex officio⁴⁴.

³⁹ BARENGHI, A.: “*Sub art. 37 bis*”, cit., p. 288. In particolare, MINERVINI, E.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 568, fa acutamente notare come “piú di un dubbio solleva la nozione, alquanto misteriosa, di modelli” peraltro sconosciuta al lessico codicistico di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c.

⁴⁰ ROPPO, V.: *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti. Milano (2001), p. 912; BIANCA, C.M.: *Diritto civile, III, Il contratto*. Milano (2^a ed., 2000), p. 375.

⁴¹ D’altro canto, nell’enucleare i limiti strutturali di cui generalmente soffre l’azione amministrativa in materia *antitrust*, LIBERTINI, M.: “Il ruolo necessariamente complementare di “private” e “public enforcement” in materia *antitrust*”, in MAUGERI, M. e ZOPPINI, A. (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*. Bologna (2009), p. 172, spiega proprio come “l’azione deve essere selettiva: l’Autorità *antitrust* è dovunque un corpo specializzato, che si trova di fronte a numerose e crescenti denunce e richieste di intervento, talora pretestuose o riguardanti problemi di piccola entità; l’avvio di un’istruttoria su ogni denuncia è praticamente impossibile e comporterebbe ritardi incompatibili con le esigenze di pronto intervento, proprie della politica di concorrenza”.

⁴² Peraltro, non va sottaciuto che tali clausole entrano nel corpo di contratti (quali sono quelli bancari, assicurativi, di intermediazione finanziaria, di utenza, *etc.*) che il piú delle volte sfuggono alle maglie del controllo notarile in sede di stipulazione. A proposito dell’importante funzione di garanzia ricoperta dal notaio chiamato a valutare in concreto la vessatorietà o l’iniquità dei patti stipulati sotto il proprio ministero, PERLINGIERI, G.: “Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell’art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89”, *Rass. dir. civ.* (2006), p. 842 ss.; nonché, PERLINGIERI, P.: “Funzione notarile ed efficienza dei mercati”, *Notariato* (2011), p. 627 s., il quale esalta l’azione assicurata dal notariato nel promuovere ed assicurare la liceità/meritevolezza degli atti di autonomia.

⁴³ ROSSI CARLEO, L.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 495.

⁴⁴ Il legislatore ha cosí disatteso le obiezioni sollevate in passato dalla dottrina che sconsigliava di investire le *authorities* di poteri d’iniziativa officiosi, i quali avrebbero potuto

Quanto alla prima modalità, il regolamento di procedura definisce la cerchia dei soggetti legittimati attivamente in termini assai elastici, riducendosi a precisare che l'intervento dell'Autorità garante può essere provocato (stando a un'espressione alquanto ridondante che si risolve in un'endiadi) da "ogni soggetto od organizzazione che ne abbia interesse", attraverso una comunicazione in formato cartaceo o elettronico (webform o PEC) (art. 21, comma 2, reg. proc.).

Una legittimazione per così dire "qualificata"⁴⁵ – dacché strettamente connessa alle funzioni esercitate e rispetto alla quale il predetto interesse ad agire risulta in re ipsa – è, inoltre, riconosciuta alle Camere di commercio (o alle loro unioni), le quali "possono presentare denunce all'Autorità [...], in particolare nell'ambito delle competenze ad esse attribuite dall'articolo 2, comma 2, lett. h) ed i), della legge n. 580/93 e successive modificazioni" (art. 21, comma 3, reg. proc.), ovverosia nello svolgimento dei compiti relativi, rispettivamente, alla "predisposizione di contratti-tipo tra imprese, loro associazioni e associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti" ed alla "promozione di forme di controllo sulla presenza di clausole inique inserite nei contratti"⁴⁶.

Una volta impostata, la prosecuzione dell'azione amministrativa e l'apertura dell'istruttoria vera e propria sono subordinate ad una preventiva indagine da parte dell'organo procedente circa la ricorrenza dei presupposti di fatto e di diritto tali da far ritenere la clausola potenzialmente vessatoria (c.d. "pre-istruttoria"). Tale passaggio serve con tutta evidenza a contingentare il numero di fattispecie oggetto di istruzione e a non sovraccaricare l'agere dell'Autorità con istanze, denunce e segnalazioni pretestuose o palesemente infondate. Difatti, in caso di esito negativo, segue l'archiviazione del procedimento per inapplicabilità della disciplina protettiva di cui agli artt. 33 ss. c. cons., se non si riscontri neppure un fumus di vessatorietà in ordine alla clausola attenzionata; ovvero per manifesta infondatezza in assenza di elementi fattuali idonei a giustificare ulteriori accertamenti (art. 5, comma 1, lett. b e c, reg. proc.).

compromettere la "neutralità" (da intendere come "indifferenza rispetto agli interessi in gioco") tipica di tali organismi indipendenti. Così MARUOTTI, L.: "Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti", in AA.VV. (a cura di), *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*. Torino (1999), p. 63 ss.

⁴⁵ In ordine alle c.dd. "denunce qualificate", si veda, in generale, DE LUCIA, L.: "Denunce qualificate e preistruttorie amministrative", *Dir. amm.* (2002), p. 717 ss.; GUACCI, C.: *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*. Torino (2012), p. 127.

⁴⁶ Cfr., *retro*, § 2.

In tale ottica, acquista spessore la previsione regolamentare che pretende che l'istanza di intervento si mostri adeguatamente dettagliata e circostanziata dovendo, in particolare, contenere – a pena di irricevibilità (restando in ogni caso impregiudicata la possibilità per l'Autorità garante di procedere d'ufficio ad ulteriori approfondimenti e per il denunciante di riproporre l'istanza in forma completa) – le indicazioni minime prescritte dalla normativa, quali sono, nella specie, i dati necessari ad identificare l'autore della segnalazione, il professionista incolpato e la clausola reputata abusiva (artt. 4, comma 4, e 5, comma 1, lett. a, reg. proc.).

La fase pre-istruttoria, pur conservando un rilievo eminentemente “interno”⁴⁷, trova un punto di “emersione” nel combinato disposto degli artt. 5, comma 1, lett. d, e 21, comma 1 e 4, reg. proc. che – eccettuati i casi di particolare gravità (c.dd. “hardcore”, nel gergo antitrust) – accorda all'Autorità, ove ne sussistano fondati motivi, la facoltà di informare per iscritto il professionista della vessatorietà di una determinata clausola contrattuale⁴⁸. Costui potrà allora decidere, a mente della innegabile spinta persuasiva dell'avvertimento (“moral suasion”⁴⁹), di chiudere in anticipo e senza ulteriori sviluppi a suo carico l'iter procedimentale (ottenendone l'archiviazione) mediante la rimozione ovvero la modifica delle clausole “additate” dal soggetto pubblico. In assenza di apposita previsione, va invece esclusa l'eventualità che siffatto beneficio trovi spazio anche successivamente

⁴⁷ Tuttavia, è auspicabile – come sembra raccomandare lo stesso art. 5, comma 1, lett. f, reg. proc. secondo il quale “L'Autorità può individuare con apposito atto le priorità di intervento che intende perseguire” – la diffusione da parte della stessa Agcm di programmi di azione o “*guidelines*” che consentano di far conoscere in anticipo “le proprie priorità istruttorie, in modo da indirizzare l'operato dei professionisti e limitare la discrezionalità dell'Autorità per quanto attiene alla decisione di avviare o meno un determinato procedimento, di archiviare o meno una determinata segnalazione, e così via” (PANDOLFINI, V.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 54).

⁴⁸ Il che, a ben vedere, implica una forma, ancorché embrionale, di pubblicità e di partecipazione dei soggetti implicati sin dalle primissime fasi del procedimento. Nello stesso senso deve, altresì, apprezzarsi la norma che permette all'Autorità garante di inviare agli interessati la comunicazione dell'avvenuta archiviazione o chiusura del procedimento preistruttoria (art. 5, comma 3, reg. proc.).

⁴⁹ In linea teorica, si discorre di “persuasione morale” in relazione a misure di regolazione formalmente non vincolanti [che vanno, a loro volta, rientrano nella galassia del c.d. “diritto morbido” o “*soft law*”: GROSSO, E.: “Riconoscimento di poteri normativi “di fatto” alle Autorità Amministrative Indipendenti”, in DOGLIANI, M. (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzate e la sua manutenzione*. Torino (2012), p. 70 ss.], ma capaci – grazie al forte valore esortativo che le contraddistingue – di orientare la condotta degli operatori economici. Sull'attività di “*moral suasion*” messa in atto dalle diverse autorità amministrative indipendenti, MORETTINI, S.: “Il *soft law* nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?”, *www.osservatorioair.it*, P4/2011, p. 5 ss.; e con specifico riferimento alla Consob e alla sua attività di interpretazione (“autentica”) della normativa vigente, CLARICH, M.: “Autorità di vigilanza sul mercato finanziario (profili generali)”, *Enc. dir.*, Annali, V. Milano (2012), p. 158.

– scilicet, ad istruttoria già iniziata –, essendo precluso al professionista (stante l’inapplicabilità dell’art. 9 reg. proc. al procedimento in esame, in quanto non richiamato dall’art. 21, comma 1, reg. proc.) l’accesso all’istituto degli “impegni” sulla falsariga di quanto concesso ex art. 27, comma 7, c. cons. nell’ambito della repressione delle pratiche commerciali scorrette⁵⁰.

In modo analogo, gli ulteriori epiloghi cui può condurre la pre-istruttoria e prefigurati dall’art. 5, comma 1, reg. proc. nelle lett. e ed f, non superano – a sommosso avviso dello scrivente – il “test di compatibilità” richiesto dal legislatore⁵¹, dal momento che fanno perno sulla regola c.d. “de minimis”⁵² che si attaglia al campo delle pratiche commerciali scorrette e dei messaggi pubblicitari ingannevoli (escludendone la sanzionabilità qualora le violazioni non si rivelino idonee a falsare in misura apprezzabile la condotta economica del consumatore medio; ovvero si riferiscano a condotte isolate o non rientranti tra le priorità di intervento dell’Autorità, in ragione degli obiettivi di razionalizzazione, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa), ma non anche a quello delle clausole vessatorie.

⁵⁰ Per le stesse ragioni va negata l’operatività dell’istituto “gemello” [cionondimeno diverso: cfr., a tal proposito, LEONE, C.: *Gli impegni nei procedimenti antitrust*. Milano (2012), pp. 139 e 141 s.; e STELLA, S.: “Sub art. 27”, in CUFFARO, V. (a cura di), *Codice del consumo*, cit., p. 225] prospettato dall’art. 14 *ter*, l. n. 287 del 1990 in relazione ad istruttorie avviate per l’accertamento di intese o di abusi di posizione dominante. Sul regime delle varie ipotesi di “decisioni con impegni” contemplate dal diritto *antitrust*, si vedano SIRAGUSA, M.: “Le decisioni con impegni”, in BARUCCI, P. e RABITTI BEDOGNI, C. (a cura di), *20 anni di Antitrust. L’evoluzione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I. Torino (2010), p. 385 ss.; MINERVINI, E.: “Le decisioni con impegni in materia di pratiche commerciali scorrette”, *ivi*, II, p. 1243 ss.; LIBERTINI, M.: “La decisione di chiusura dei procedimenti *antitrust* a séguito di impegni delle imprese interessate”, in CINTIOLI, F. e OLIVIERI, G. (a cura di), *I nuovi strumenti di tutela antitrust. Misure cautelari, impegni e programmi di clemenza*. Milano (2007), p. 11 ss.; BASTIANON, S.: “La tutela del consumatore”, cit., p. 1473 s.; CIATTI, A.: “Sub art. 27”, cit., p. 102 ss.

⁵¹ L’art. 21, comma 1, reg. proc., recita infatti come segue: “I procedimenti in materia di tutela amministrativa contro le clausole vessatorie di cui all’articolo 37-*bis*, commi 1 e 2, del Codice del Consumo sono disciplinati dai seguenti articoli del presente regolamento, *in quanto compatibili*: articolo 3; articolo 5; articolo 6; articolo 10; articolo 11; articolo 12; articolo 13; articolo 14; articolo 16, commi 1 e 2; articolo 17, commi 2 e 3; articolo 19. Ai medesimi procedimenti si applicano altresì le disposizioni di cui ai successivi commi del presente articolo” (corsivo aggiunto).

⁵² Ben nota e radicata nel diritto (interno e comunitario) della concorrenza. Cfr., per tutti, MANGINI, V. e OLIVIERI, G.: *Diritto antitrust*. Torino (4^a ed., 2012), p. 24.

V. LA FASE ISTRUTTORIA.

Entro il termine di 180 giorni⁵³ dalla ricezione della segnalazione o (benché non lo si dica espressamente) dall'avvio officioso della procedura, l'Autorità – per il tramite del responsabile del procedimento⁵⁴ –, è tenuta ad intraprendere l'istruttoria al fine di svolgere tutte le verifiche necessarie e acquisire ogni elemento utile alla valutazione della fattispecie in vista dell'adozione della decisione finale (artt. 6, comma 1, e 21, comma 1, reg. proc.). Di ciò deve darsi, altresí, notizia – in linea con le prescrizioni accolte nella legge generale sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241)⁵⁵ – a tutte le parti ed ai denunciati (artt. 6, comma 2, e 21, comma 1, reg. proc.)⁵⁶.

⁵³ Ai sensi dell'art. 5, comma 2, reg. proc., superato inutilmente tale limite temporale, la pre-istruttoria si intende – per *factio iuris* – chiusa con un provvedimento di non luogo a provvedere ai sensi della lett. *f* del precedente comma 1, ma l'Autorità conserva il potere di acquisire successivamente agli atti l'istanza di intervento per procedere d'ufficio ad un approfondimento istruttorio, fondato su elementi sopravvenuti o su una diversa valutazione delle priorità di intervento.

⁵⁴ In ordine al quale si veda l'art. 3 reg. proc.

⁵⁵ Sull'estensione dei principi della l. n. 241 del 1990 (come impone lo stesso art. 29 della citata legge) anche ai procedimenti che si svolgono in seno alle autorità indipendenti, cfr. MERUSI, F. e PASSARO, M.: *Le autorità indipendenti. Un potere senza partito*. Bologna (2ª ed., 2011), p. 97; nonché CHIEPPA, R. e LOPILATO, V.: *Studi di diritto amministrativo*. Milano (2007), p. 205, i quali concludono che “La natura amministrativa delle Autorità determina l'applicabilità di tale disciplina, le cui regole devono essere intese come garanzie minime, rispetto alle quali possono essere introdotte anche specifiche disposizioni dettate per i procedimenti che si svolgono davanti alle singole Autorità”. In giurisprudenza, soprattutto per quanto concerne l'attuazione delle garanzie in tema di partecipazione procedimentale, Cons. St., 2 marzo 2010, n. 1215, *Foro it.* (2011), III, c. 152 ss., con nota di COCCONI, M.: “La motivazione degli atti generali di regolazione”; *Foro amm. C.d.S.* (2011), p. 281 ss., con nota di PIAZZA, I.: “Sul rapporto tra principi e regole nella disciplina dei procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti”; e *Gior. dir. amm.* (2010), p. 947 ss., con nota di DEL GATTO, S.: “La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti”.

⁵⁶ Sul piano operativo, l'art. 6, comma 2, cit., aggiunge che “In ragione del numero elevato delle istanze di intervento, questa comunicazione può essere attuata anche tramite avviso sul bollettino pubblicato sul sito *internet* istituzionale dell'Autorità. Se le comunicazioni non possono avere luogo, le stesse sono effettuate mediante pubblicazione sul medesimo bollettino. Dell'avvio dell'istruttoria può anche esserne data comunicazione tramite la diffusione di un comunicato stampa, informato il Collegio”. La disposizione va inoltre coordinata con l'art. 19 reg. proc. (rubricato “Comunicazioni”), il quale a sua volta dispone che “1. Le comunicazioni previste dal presente regolamento sono effettuate mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, consegna a mano contro ricevuta, posta elettronica certificata e firma digitale, posta elettronica e fax. In caso di trasmissione tramite posta elettronica certificata o fax, i documenti si considerano pervenuti al destinatario il giorno stesso in cui sono stati inviati, salvo prova contraria. 2. Alle Parti interessate e ai soggetti eventualmente intervenuti nel procedimento le comunicazioni vengono effettuate per posta elettronica o al domicilio dagli stessi indicato. Al professionista le comunicazioni vengono effettuate presso l'ultima residenza, domicilio o sede conosciuti o comunque risultanti da pubblici registri. Se le comunicazioni non possono avere luogo, le stesse sono

Nella comunicazione di avvio sono, peraltro, indicati l'oggetto del procedimento, gli elementi acquisiti d'ufficio o allegati nell'eventuale denuncia, il termine per la conclusione dell'istruttoria, l'ufficio e la persona responsabile del procedimento, l'ufficio presso cui si può accedere agli atti, nonché la possibilità di produrre memorie scritte o documenti ed il relativo termine di presentazione (artt. 6, comma 3, e 21, comma 1, reg. proc.).

L'adempimento in questione integra un passaggio cruciale sia in quanto dalla data del suo protocollo inizia a decorrere il termine di 150 giorni (che si innalza a 210 giorni ove il professionista risieda, sia domiciliato o abbia sede all'estero) stabilito per la definizione dell'iter burocratico (art. 21, comma 5, reg. proc.)⁵⁷; sia soprattutto perché è propedeutico alla realizzazione della piena garanzia del contraddittorio e all'esercizio di alcune fondamentali situazioni procedimentali che, per ovvie ragioni, presuppongono la consapevolezza di un'azione amministrativa in fieri⁵⁸. Il riferimento va innanzitutto alla facoltà di partecipare all'istruttoria conferita ai portatori di interessi pubblici o privati, nonché ai titolari di interessi diffusi, costituiti in associazioni o comitati, ai quali può derivare un pregiudizio dagli illeciti oggetto di contestazione (art. 10 reg. proc.)⁵⁹. Tali soggetti – previa valutazione della regolarità e della completezza delle relative richieste di

effettuate mediante pubblicazione di un avviso nel bollettino pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità. 3. L'avvio del procedimento di inottemperanza è comunicato con le modalità di cui al comma 1”.

⁵⁷ La decorrenza del predetto termine – che può essere prorogato dal Collegio, fino ad un massimo di 60 giorni, in presenza di particolari esigenze istruttorie, nonché in caso di ampliamento soggettivo o oggettivo del procedimento – senza l'emaneazione del provvedimento finale fa maturare il silenzio-inadempimento secondo la regola enunciata dall'art. 2, l. n. 241 del 1990 [come conferma anche TAR Lazio, Roma, 7 settembre 2011, n. 7129, *Foro amm. T.A.R.* (2011), p. 2716]. Per quanto segnatamente attiene ai profili risarcitori dipendenti dall'inerzia serbata dalle *authorities*, ANGELONE, M.: *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*. Napoli (2010), p. 143 s.

⁵⁸ COCCONI, M.: *La partecipazione all'attività amministrativa generale*. Padova (2010), p. 237 ss. Nella teoria del procedimento amministrativo è assodato lo stretto nesso funzionale esistente tra comunicazione di avvio e partecipazione degli interessati. Cfr. PROIETTI, R.: “*Sub artt. 7-8 (La partecipazione al procedimento amministrativo)*”, in SANDULLI, M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*. Milano (2010), p. 488 s.; CASETTA, E.: *Manuale di diritto amministrativo*. Milano (13^a ed., 2011), p. 432; VIRGA, P.: *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, II. Milano (6^a ed., 2001), p. 59 s.; in giurisprudenza, *ex multis*, Cons. St., 16 settembre 2011, n. 5177, *Foro amm. C.d.S.* (2011), p. 2867; TAR Piemonte, 19 giugno 2012, n. 742, *Foro amm. T.A.R.* (2012), p. 1842; TAR Campania, Napoli, 19 luglio 2006, n. 7560, *ivi* (2006), p. 2607.

⁵⁹ In base al medesimo art. 10, cit., occorre a tal fine inoltrare apposito atto, debitamente sottoscritto, contenente: *a*) nome, cognome, denominazione o ragione sociale, residenza, domicilio o sede del richiedente nonché recapiti telefonici, di posta elettronica e di eventuale fax; *b*) l'indicazione del procedimento nel quale si intende intervenire; *c*) adeguata motivazione circa lo specifico interesse ad intervenire, anche con riferimento al contributo che il richiedente può apportare all'istruttoria.

intervento da parte del responsabile del procedimento (il quale ne dà loro comunicazione) – potranno essere ammessi: a) ad accedere agli atti del procedimento ai sensi dell'art. 11 reg. proc.⁶⁰; b) a presentare memorie scritte, documenti, deduzioni e pareri.

Sul piano operativo, l'art. 37 bis, comma 1, c. cons., per agevolare l'accertamento dei contenuti negoziali lesivi, ha mutuato ed esteso al nuovo contesto normativo i penetranti poteri di istruzione già riconosciuti all'Autorità garante ex art. 14, comma 2, l. n. 287 del 1990 in seno ai procedimenti antitrust⁶¹, di fatto legittimandola a: richiedere in ogni momento ai professionisti “sotto inchiesta” di fornire informazioni e di esibire documenti utili; a disporre ispezioni, perizie, analisi economiche e statistiche; ovvero, ancora, a consultare esperti⁶². Ferma restando l'opportuna rassicurazione che le notizie, le informazioni e i dati raccolti o appresi dall'Agcm sono coperti dal segreto d'ufficio anche nei riguardi delle altre amministrazioni (art. 14, comma 3, l. n. 287, cit.)⁶³, qualora i professionisti non ottemperino agli ordini dell'Autorità trovano applicazione sanzioni amministrative pecuniarie comprese tra i 2.000 e i 20.000 euro, limiti questi

⁶⁰ La richiamata disposizione riconosce il diritto di accesso nel corso dell'istruttoria ai documenti formati o stabilmente detenuti dall'Autorità ai soggetti cui è stato comunicato l'avvio del procedimento, nonché a quelli ammessi ad intervenire. Ricevuta l'istanza scritta e motivata da parte dell'interessato, il responsabile del procedimento provvede entro trenta giorni all'ostensione. Ad ogni modo, sono sottratti, in tutto o in parte, all'accesso i documenti che contengono segreti commerciali, i verbali delle adunanze del Collegio, nonché i documenti inerenti a rapporti tra l'Autorità e le istituzioni dell'Unione europea, ovvero tra l'Autorità e gli organi di altri Stati o di altre organizzazioni internazionali, sempre che non ne sia stata autorizzata la divulgazione. Le parti possono dal canto loro salvaguardare la riservatezza o la segretezza delle informazioni fornite presentando agli uffici una apposita richiesta contenente l'indicazione dei documenti o delle porzioni di questi che si ritiene debbano essere sottratti all'accesso, specificandone i motivi.

⁶¹ In particolare, di quelli diretti ad accertare intese restrittive della libertà concorrenza o abusi di posizione dominante. In argomento, TESAURO, G. e TODINO, M.: “Autorità garante della concorrenza e del mercato”, *Enc. dir.*, Agg., VI. Milano (2002), p. 112 ss.; MANGINI, V. e OLIVIERI, G.: *Diritto antitrust*, cit., p. 140 s.; FATTORI, P. e TODINO, M.: *La disciplina della concorrenza in Italia*. Bologna (2^a ed., 2010), p. 405 ss.

⁶² A tal proposito, si vedano le norme attuative racchiuse nel regolamento di procedura concernenti la richiesta di informazioni e audizioni (art. 12), l'autorizzazione di perizie, analisi statistiche ed economiche e consultazioni di esperti (art. 13), nonché di ispezioni (art. 14).

⁶³ Come chiarisce PANDOLFINI, V.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 55, “Tale previsione è di particolare importanza, non soltanto ai fini della tutela dei soggetti interessati dall'accertamento ma anche per la stessa efficacia di quest'ultimo; infatti, la disponibilità dei professionisti a collaborare con l'Autorità fornendo dati e informazioni è certamente incentivata dalla circostanza che tali informazioni resteranno coperte da segreto e non potranno essere disponibili ad altre pubbliche amministrazioni”. Il che giustifica perché anche i funzionari dell'Autorità sono vincolati dal segreto d'ufficio (art. 14, comma 4, l. n. 287, cit.).

che si elevano del doppio là dove le informazioni comunicate o la documentazione prodotta si dimostrino non veritiere.

VI. LA CONSULTAZIONE OBBLIGATORIA DELLE ASSOCIAZIONI DI CATEGORIA E DELLE CAMERE DI COMMERCIO (O DELLE LORO UNIONI). LA CONSULTAZIONE FACOLTATIVA DELLE ALTRE AUTORITÀ DI REGOLAZIONE O VIGILANZA.

L'art. 37 bis, comma 1, c. cons. esige che l'Agcm – prima dell'assunzione della determinazione finale – senta, da un lato, le associazioni di categoria rappresentative dei consumatori (iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 c. cons.) e quelle rappresentative dei professionisti a livello nazionale; dall'altro, le Camere di commercio o le loro unioni (ossia le Unioni regionali o l'Unioncamere nazionale)⁶⁴ che “risultino interessate dalle clausole oggetto del procedimento, in ragione della specifica esperienza maturata nel settore” (art. 21, comma 6, reg. proc.) ovvero – com'è sensato supporre – sulla scorta delle competenze⁶⁵ di cui godono ex art. 2, l. n. 580, cit.⁶⁶.

Val l'opera registrare che l'impianto originario del decreto subordinava la dichiarazione di vessatorietà al raggiungimento di un “previo accordo con le associazioni di categoria”⁶⁷, così affidando loro un potere non già consultivo ma di autentica codecisione. Più di un commentatore⁶⁸ ha condivisibilmente salutato con favore la scelta parlamentare compiuta in sede di conversione di “derubricare” il ruolo dei predetti enti esponenziali estromettendoli dalla fase decisoria: ciò avrebbe altrimenti finito per depotenziare, se non addirittura per compromettere, non soltanto le prerogative dell'Autorità, ma anche l'utilità del rimedio in esame, posto che sarebbero con tutta probabilità

⁶⁴ A seconda che sia sufficiente consultare soltanto quella competente nel territorio nel quale opera il professionista o alla quale è iscritto ovvero necessario – per la rilevanza dell'illecito o della posizione di mercato del professionista – trascendere la ristretta dimensione territoriale.

⁶⁵ Cfr., *retro*, il testo alla nota 30.

⁶⁶ La lettera dell'art. 37 *bis* c. cons. sembra evidenziare una incongruenza – probabilmente causata da un non impeccabile *drafting* legislativo – là dove designa le Camere di commercio o le loro unioni quali organismi che, allo stesso tempo, l'Autorità “deve” (comma 1) ovvero “può” sentire (comma 5). Tuttavia, secondo BATELLI, E.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 72, non è casuale che il comma 5 menzioni doppiamente gli enti camerati, volendosi con ciò rimarcare come questi siano, al contempo, soggetti che l'Agcm deve consultare nell'ambito dei procedimenti ma che è comunque possibile interrogare ogni qualvolta sia utile all'esercizio delle proprie competenze.

⁶⁷ Sulla *ratio* e sulla natura dell'accordo *de quo* (ora, giova ribadirlo, non più necessario), cfr. PALLIGIANO, G.: “Vessatorietà delle clausole accertata dal Garante”, *Guida dir.* (2012), 7, p. 44.

⁶⁸ PANDOLFINI, V.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 55; DONNARUMMA, M.: “I contratti con il consumatore”, cit., p. 277.

prevalse logiche corporative ove “la stessa associazione alla quale appartiene il professionista [fosse stata] chiamata a manifestare un giudizio tecnico di riprovazione della clausola”⁶⁹.

Meramente opzionale è invece, in base al comma 5 dell’art. 37 bis c. cons., la consultazione delle autorità di regolazione o vigilanza dei settori nel cui ambito operano i professionisti interessati (si pensi, ad esempio, alla Banca d’Italia, alla Consob, all’Isvap, l’Autorità per l’energia elettrica ed il gas, all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), le quali possono essere invitate ad esprimere un parere (da trasmettere entro 30 giorni dalla richiesta) in merito all’oggetto del procedimento soltanto su sollecitazione del responsabile del procedimento (art. 21, comma 7, reg. proc.). Tuttavia, a ben riflettere, un raccordo di questo tipo andrebbe reso obbligatorio⁷⁰ e, fintantoché non sopraggiunga un’auspicata modifica in tal senso, assecondato al massimo grado almeno per un duplice ordine di considerazioni: in primo luogo, allo scopo di coordinare il nuovo potere sanzionatorio dell’Antitrust con quelli (salvo a non volerli considerare implicitamente abrogati) più o meno intensi già in uso presso le altre authorities in materia di clausole vessatorie⁷¹, minimizzando così il rischio di fastidiosi conflitti di attribuzione⁷² o “bis in idem”; in secondo luogo, allo scopo di agevolare

⁶⁹ MAZZEO, M. e BRANDA, S.: “Una nuova tutela”, *Obbl. contr.* (2012), p. 388.

⁷⁰ Come, d’altronde, già accade dinanzi a particolari ipotesi di pubblicità ingannevole o di pratiche commerciali scorrette, in costanza delle quali il responsabile del procedimento è tenuto – prima di concludere l’istruttoria e di trasmettere gli atti al Collegio per la decisione – a richiedere il parere all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (art. 16, comma 3, reg. proc.).

⁷¹ Cfr., *retro*, nota 34.

⁷² Conflitti non nuovi o inusitati come attesta plasticamente il recente intervento del Supremo consesso della giurisdizione amministrativa cui è stata rimessa [cfr. Cons. St., ord., 13 dicembre 2011, n. 6527, *Gior. dir. amm.* (2012), p. 298 ss., con nota di CARBONE, L. e VICARIO, R.: “Delimitazione delle competenze tra le diverse autorità di settore e l’Agcm”; e *Dir. giur.* (2012), p. 110 ss., con commento di GABBANELLI, C.: “Rimessa all’adunanza plenaria la questione della delimitazione delle competenze dell’AGCM e delle singole autorità di settore”] la delimitazione delle sfere di competenza in materia di pratiche commerciali scorrette rispettivamente riconosciute all’Autorità garante della concorrenza e del mercato ed alle altre autorità di settore (quali Consob, Banca d’Italia ed Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), nonché la definizione dei rapporti tra la normativa generale di cui al Codice del consumo e le singole normative settoriali. L’Adunanza plenaria [Cons. St., Ad. plen., 11 maggio 2012, n. 14, *Banca borsa tit. cred.* (2012), II, p. 563 ss., con nota di MELI, V.: “Il Consiglio di Stato e l’applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette al settore del credito”] ha statuito che la possibile sovrapposizione tra una disciplina settoriale (nella specie quella contenuta nel t.u.b.) e la disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette accolta nel Codice del consumo deve essere risolta alla luce del criterio della *lex specialis* codificato nell’art. 19, comma 3, c. cons., a tenore del quale, in caso di contrasto (da intendersi, in senso lato, quale difformità di fonte e di portata), prevalgono le norme sezionali che regolano aspetti specifici della fattispecie concreta. Mancando viceversa tale condizione, si applica la disciplina (generale) codicistica che va

l'esercizio dei menzionati poteri "conformativi"⁷³ che abilitano gli organismi indipendenti di settore in parola ad incidere in chiave eteronoma sulla contrattazione, se del caso espungendo o sostituendo d'imperio gli eventuali contenuti negoziali abusivi.

Quanto alle concrete modalità secondo le quali è destinata a svolgersi la consultazione obbligatoria, il regolamento attuativo dispone che entro 30 giorni dall'avvio dell'istruttoria il responsabile del procedimento, informata l'Autorità, provvede alla pubblicazione nell'apposita sezione del sito internet istituzionale di un comunicato recante la clausola, il settore economico specificamente interessato dall'istruttoria e le altre informazioni utili ai fini della consultazione stessa⁷⁴. I soggetti legittimati – dopo aver fornito nella anzidetta sezione del sito internet le indicazioni relative alla loro qualificazione ed alla sussistenza dell'interesse a partecipare – possono nei successivi 30 giorni dalla diffusione del comunicato far pervenire all'Agcm presso una casella di posta elettronica a ciò dedicata i propri commenti scritti (art. 21, comma 6, reg. proc.).

VII. LA PORTATA PERSUASIVA DEL PROVVEDIMENTO CHE ACCERTA LA VESSATORIETÀ DELLE CLAUSOLE UTILIZZATE DAL PROFESSIONISTA. I DUBBI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA IN MATERIA DI PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE.

Il responsabile del procedimento, allorché ritenga sufficientemente istruita la pratica, comunica alle parti la data di conclusione della fase istruttoria e indica loro un termine, non inferiore a 10 giorni, entro il quale presentare memorie conclusive o documenti. Alla scadenza, gli atti sono rimessi al Collegio per l'adozione del provvedimento finale (art. 16, comma 1 e 2, reg. proc.),

intesa come soglia minima di protezione. Sulla scorta di tale ragionamento, spetta all'*Antitrust* (e non alla Banca d'Italia) sanzionare le condotte scorrette poste in essere dall'operatore finanziario in occasione dell'acquisto di beni presso esercizi commerciali (c.d. "credito al consumo"), poiché le disposizioni del t.u.b. – nel testo precedente le modifiche apportate dal d.lg. 13 agosto 2010, n. 141 (dirette a regolamentare gli obblighi d'informazione incombenti sugli istituti di credito e sugli intermediari finanziari relativamente ai contenuti e alle condizioni dei loro prodotti) – non manifestano la medesima *ratio* ispiratrice di quelle del Codice del consumo in tema di pratiche commerciali scorrette, essendo volte a perseguire finalità le quali, ancorché genericamente riconducibili al corretto e trasparente funzionamento del mercato nel settore di riferimento, non comprendono la tutela del consumatore in quanto tale.

⁷³ Cfr., *retro*, nota 36.

⁷⁴ I comunicati inerenti alle consultazioni in corso di svolgimento sono reperibili all'indirizzo www.agcm.it/consumatoreclausole-vessatorie/consultazioni.html.

spettando al plenum – secondo un modello organizzativo⁷⁵ che garantisce nei procedimenti individuali di carattere sanzionatorio la distinzione interna tra funzioni istruttorie e decisorie⁷⁶ – la decisione sulla vessatorietà o meno della clausola oggetto dell'accertamento.

Va sin da subito riscontrato che, salva la competenza della magistratura ordinaria a pronunciarsi sulla validità delle clausole e sull'eventuale risarcimento del danno⁷⁷, la deliberazione collegiale è impugnabile dinanzi al

⁷⁵ Sancito anche dall'art. 24, comma 1, l. n. 262 del 2005 in relazione ai procedimenti della Banca d'Italia, della Consob, dell'Ivass (*olim*, Isvap) e della Covip volti all'emanazione di provvedimenti individuali. Cfr. sulla questione CAMILLI, E.L.: "Autorità di vigilanza sul mercato finanziario (profili normativi)", *Enc. dir.*, Annali, V. Milano (2012), p. 173; LONGOBARDI, N.: "Le amministrazioni indipendenti verso il giusto procedimento. La separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie", *www.amministrazioneincammino.it*.

⁷⁶ In modo da salvaguardare la terzietà dell'organo decidente rispetto a quello incaricato di istruire il procedimento e di svolgere i connessi adempimenti. Così CLARICH, M.: "Garanzia del contraddittorio nel procedimento amministrativo", *Dir. amm.* (2004), p. 87; sul punto, anche FRENI, E.: "Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)", in FRATINI, M.: *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*. Padova (2011), p. 843 s. Di recente, TAR Lazio, Roma, 16 maggio 2012, n. 4455, *Corr. merito* (2012), p. 953 ss., con nota di GIULIANI, D.: "Le pratiche commerciali scorrette, ingannevoli ed aggressive in tema di garanzia di conformità", a proposito della corrispondente previsione contenuta nell'abrogato regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette (n. 17589 del 15 novembre 2007), ha chiarito che "L'estraneità del responsabile del procedimento rispetto al collegio e lo svolgimento da parte di questi di una funzione sua propria, distinta sia sul piano procedimentale che su quello organizzatorio da quella del collegio, realizza una sufficiente separazione tale da non consentire di rilevare una violazione, sotto tale profilo, delle garanzie del giusto processo nell'accezione datane dalla Corte europea. Né può ritenersi [...] che essendo il responsabile del procedimento comunque subordinato al collegio ed essendo questo composto dai vertici dell'Autorità, non si realizzerebbe la necessaria distinzione tra le funzioni. La subordinazione gerarchica, propria dell'assetto del personale di ogni amministrazione, non refluisce di per sé in una commistione di funzioni, altrimenti potendo ritenersi realizzata tale separazione solo ricorrendo a personale esterno all'amministrazione stessa e sulla base di moduli organizzativi che ne garantiscano la totale estraneità". Tuttavia, la dottrina giudica le normative settoriali concernenti i procedimenti sanzionatori delle *authorities* ancora lontane dagli *standard* di garanzia europei, il che può compromettere l'accuratezza e l'imparzialità dell'attività accertativa svolta da tali organismi: cfr. TIRIO, F.: *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*. Torino (2012), p. 130 s.

⁷⁷ Il sistema inaugurato si fonda sul c.d. "doppio binario" nel quale la tutela amministrativa e quella giurisdizionale viaggiano in parallelo. Ciò può ben condurre a determinazioni divergenti circa la vessatorietà di una determinata clausola (cfr. nota successiva), sebbene sia difficile negare, ponendosi nell'ottica del giudice ordinario, il valore "sintomatico" di un eventuale provvedimento – ancorché non vincolante – adottato dall'Autorità [PANDOLFINI, V.: "La tutela amministrativa", cit., p. 58; sul valore di "prova privilegiata" che assiste l'accertamento effettuato dall'Agcm, cfr. Cass., ord., 4 marzo 2013, n. 5327, *Foro it.* (2013), I, c. 1519 ss., con nota di PALMIERI, A.: "In tema di accordi restrittivi della concorrenza"]. Infatti, la decisione dell'Agcm (e la susseguente pronuncia del giudice amministrativo che ne confermi la legittimità all'esito di un'eventuale impugnazione) può di

giudice amministrativo (art. 37 bis, comma 4, c. cons.)⁷⁸, oramai sempre più giudice “naturale” delle autorità indipendenti e della regolazione economica⁷⁹, in linea con l’ispirazione del Codice del processo amministrativo (c.p.a.) che ha devoluto alla giurisdizione esclusiva speciale (con competenza funzionale del TAR del Lazio – sede di Roma) le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti emanati dalle principali authorities, compresi quelli (in tal caso con cognizione estesa al merito ex art. 134, comma 1, lett. c, c.p.a.) relativi all’irrogazione di sanzioni pecuniarie (art. 133, comma 1, lett. l, c.p.a.)⁸⁰.

certo costituire un utile indice per apprezzare la natura della clausola contestata (così MAZZEO, M. e BRANDA, S.: “Una nuova tutela”, cit., p. 388).

⁷⁸ Ad avviso di MAZZAMUTO, S.: *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 184, la norma “desta [...] qualche perplessità soprattutto in ordine all’assetto della tutela giurisdizionale”, dal momento che “La soluzione del “doppio binario” (giurisdizione del giudice amministrativo contro il provvedimento dell’Agcm e giurisdizione di quello ordinario sulla validità delle clausole abusive e sul risarcimento del danno) adottata dal legislatore della novella risulta essere quella più problematica. Non è chiaro, infatti, come risolvere l’eventuale conflitto che dovesse insorgere nel caso in cui sia stato già avviato un processo civile mentre si apre l’istruttoria dell’Agcm ovvero sia in corso un processo amministrativo concernente il provvedimento già emanato, né è chiaro cosa accade se i giudizi si concludono con esiti diversi, ossia il giudice ordinario accerta l’abusività di una clausola ritenuta, viceversa, perfettamente valida ed efficace dall’Agcm o dal giudice amministrativo”. In termini analoghi lo stesso PANDOLFINI, V.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 59, il quale avverte altresì che “il proliferare delle forme di tutela del consumatore reca con sé il rischio di frammentazioni, e dunque di duplicazioni, o, peggio, di veri e propri conflitti di giudicato”. Più in generale, per una ricostruzione del dibattito dottrinario sul valore da attribuirsi nei giudizi civili alle statuizioni delle *authorities*, cfr. TIRIO, F.: *Le autorità indipendenti*, cit., p. 218 ss.

⁷⁹ A testimonianza di una vocazione sviluppatasi negli ultimi anni. Cfr., sul punto, DE LISE, P.: “Relazione sull’attività della Giustizia amministrativa (8 febbraio 2011)”, www.giustizia-amministrativa.it, § 1: “Se lo Stato da imprenditore si è trasformato in regolatore, ciò non ha certo ridotto il ruolo del giudice amministrativo ma lo ha accresciuto, al punto che esso è divenuto “il garante dei garanti” della concorrenza, della regolazione economica, dei settori produttivi fondamentali”. Tuttavia, sull’inadeguatezza che ancora oggi sconta il sindacato di legittimità dei giudici amministrativi italiani in relazione ai provvedimenti delle *authorities* e, in particolare, dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, si leggano le riflessioni di MONGILLO, R.: “Provvedimenti sanzionatori dell’Autorità *antitrust* e applicabilità dell’art. 6 CEDU: necessità di un adeguato controllo da parte di “*organes judiciaires de pleine jurisdiction*””, *Rass. dir. civ.* (2012), p. 738 ss.

⁸⁰ Per dovere di completezza, si segnala che la Consulta – benché per ragioni formali connesse ad un eccesso di delega che quindi non inficiano le esigenze di coerenza sistematica e razionalità sottese all’opzione legislativa censurata – ha dichiarato incostituzionali le previsioni indicate nella parte in cui si riferiscono alle sanzioni pecuniarie inflitte dalla Consob, stabilendo altresì che le previgenti disposizioni che devolvevano le relative controversie alla potestà giurisdizionale esclusiva della Corte di Appello, “illegittimamente abrogate, tornano ad avere applicazione”. Così Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162, *Foro amm. C.d.S.* (2012), p. 2467; e www.giustizia-amministrativa.it, con nota di CLARICH, M. e PISANESCHI, A.: “Le sanzioni amministrative della Consob nel “balletto” delle giurisdizioni: nota a Corte costituzionale 27 giugno 2012, n. 162”.

La determinazione finale che accerta la vessatorietà è poi comunicata dal responsabile del procedimento alle parti e ai soggetti eventualmente intervenuti ed è pubblicata entro 20 giorni dalla sua adozione, anche per estratto, nel bollettino ufficiale corrente sul sito dell'Autorità garante, nonché – a cura e spese di questi – sul sito dell'operatore che ha adottato la clausola censurata. Quale ipotesi residuale, è comunque consentito all'Agcm di rendere nota la propria decisione mediante qualsiasi altro mezzo ritenuto opportuno e idoneo ad informare compiutamente i consumatori, ivi compresi – se utile per assicurare la più ampia conoscenza dell'attività istituzionale svolta – comunicati stampa (artt. 17, comma 3, e 21, comma 8, reg. proc.).

Si osserva come il potere dell'Antitrust non si spinga fino alla possibilità di invalidare o vietare in via cogente l'uso delle clausole repute squilibrate a danno del consumatore (ad esempio, ordinandone la rimozione), le quali restano pienamente valide ed efficaci⁸¹. L'accertamento della vessatorietà di una clausola⁸² trova coronamento nel semplice fatto che questo sia reso pubblico, liberando la carica deterrente che lo assiste soltanto sul crinale informativo e reputazionale⁸³. La divulgazione del provvedimento "sanzionatorio", infatti, da un lato, serve a rendere edotti i consumatori che intrattengono o intendono intrattenere rapporti commerciali con il professionista implicato; dall'altro, facendo leva sulla persuasione morale (c.d. "moral suasion"⁸⁴), mira a dissuadere coloro che fanno uso dei congegni negoziali decretati vessatori in vista del discredito commerciale e del negativo ritorno di immagine cui sarebbero altrimenti esposti⁸⁵.

Tuttavia, un simile assetto sembra adombrare una lesione del principio di uguaglianza (art. 3 cost.), se confrontato con quello che si registra nell'ambito della repressione delle pratiche commerciali scorrette, ove la stessa Antitrust risulta dotata di un vero e proprio potere inibitorio in grado di vietare la

⁸¹ RUMI, T.: "Il controllo amministrativo", cit., p. 644; PANDOLFINI, V.: "La tutela amministrativa", cit., p. 57; PALLIGGIANO, G.: "Vessatorietà delle clausole accertata dal Garante", cit., p. 43.

⁸² Ad esempio, l'Agcm – con i provvedimenti 27 marzo 2013, nn. 24288 e 24289, pubblicati sul Bollettino n. 15/2013 – ha accertato la vessatorietà delle clausole contrattuali oggetto di valutazione nella parte in cui miravano ad escludere o a limitare gli obblighi e la responsabilità dei professionisti implicati nei confronti dei consumatori acquirenti dei prodotti e/o dei servizi digitali commercializzati sui rispettivi siti *web*. Sul punto, cfr. altresì AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta* (31 marzo 2013), www.agcm.it, p. 220. Gli ulteriori provvedimenti a tutt'oggi adottati dall'Autorità sono reperibili all'indirizzo www.agcm.it/consumatoreclausole-vessatorie/provvedimenti.html.

⁸³ RUMI, T.: "Il controllo amministrativo", cit., p. 644; MINERVINI, E.: "La tutela amministrativa", cit., p. 569; ROSSI CARLEO, L.: "La tutela amministrativa", cit., p. 494.

⁸⁴ Cfr. le indicazioni bibliografiche incluse *retro* nella nota 49.

⁸⁵ MAZZEO, M. e BRANDA, S.: "Una nuova tutela", cit., p. 388.

diffusione o (se già in atto) la continuazione della condotta incriminata⁸⁶: tale divaricazione potrebbe celare un vizio di legittimità costituzionale derivante da una irragionevole disparità di trattamento del consumatore, il quale – a fronte di analoghe esigenze e aspettative di tutela e, quindi, pur in assenza di una congrua ratio distinguendi – sconta una diversa intensità di protezione. Senza poi trascurare che, l'Agcm, non disponendo del comando inibitorio, non è a fortiori munita neppure di una potestà cautelare equivalente a quella che si rintraccia nell'art. 27, comma 3, c. cons. (valevole ad ottenere la sospensione provvisoria della pratica commerciale scorretta⁸⁷) e che, per lo stesso ragionamento appena svolto (ma ugualmente per parificare i poteri dell'amministrazione con quelli giudiziari di cui all'art. 37 c. cons.), sarebbe opportuno introdurre anche in relazione al controllo di vessatorietà.

Acclarata la natura di "lex imperfecta"⁸⁸ della disposizione, le uniche sanzioni comminate hanno carattere pecuniario (con importo compreso tra i 5.000 ed i 50.000 euro)⁸⁹ e "indiretto" (ovvero di "secondo livello"), essendo irrogate soltanto là dove i professionisti non ottemperino all'ordine impartito dall'Agcm di dare adeguata risonanza e diffusione al provvedimento che sancisce la vessatorietà della clausola in conformità alle modalità prescritte (pubblicazione telematica o altro mezzo idoneo ad informare compiutamente i consumatori).

Ne discende, in definitiva, che la tutela amministrativa contro le clausole abusive, nel perfezionare ed arricchire il corredo dei rimedi di enforcement di

⁸⁶ Sulle peculiarità dell'inibitoria e sugli effetti del "provvedimento di scorrettezza", SIMONE, S.: "Le istruttorie dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette: profili procedurali", *Obbl. contr.* (2011), p. 680; BONACCORSI DI PATTI, D.: "Le pratiche commerciali scorrette: prime note sul procedimento istruttorio innanzi all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato", *Dir. econ. ass.* (2008), p. 676; FALCE, V.: "Emanati i regolamenti su pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole", *Dir. ind.* (2008), p. 61; e non da ultimo, CIATTI, A.: "Sub art. 27", cit., p. 108 s.

⁸⁷ CIATTI, A.: "Sub art. 27", p. 107 s.; ID.: "I mezzi di prevenzione", cit., p. 87 ss.

⁸⁸ Formula con la quale la giurisprudenza romana del periodo tardo-classico classificava le norme che, pur vietando un atto, non sancivano né l'invalidità né altra pena (pubblica o privata) per il trasgressore: ROBLEDA, O.: *Introduzione allo studio del diritto privato romano*. Roma (2^a ed., 1979), p. 168; PACCHIONI, G.: *Diritto civile italiano*, I, 1. Padova (1937), p. 4.

⁸⁹ Come precisa PANDOLFINI, V.: "La tutela amministrativa", cit., p. 57, la commisurazione della pena "avverrà in applicazione dei criteri di cui all'art. 11 della L. 689/81, seppur non espressamente richiamati", tenendo soprattutto in considerazione la gravità della violazione. Allo stesso modo, devono trovare attuazione gli altri principi generali dettati dalla l. n. 689, cit. (artt. 1-12), come pure le regole relative al pagamento rateale delle sanzioni (art. 26), all'esecuzione forzata in caso di inadempimento del professionista condannato (art. 27), alla prescrizione quinquennale del diritto alla riscossione delle somme dovute (art. 28) e alla devoluzione dei proventi (art. 29).

matrice privatistica⁹⁰, non consente la rimozione con effetto erga omnes dei segmenti contrattuali sanzionati in quanto nel vigente ordinamento tale risultato non può essere conseguito se non attraverso l'interpositio di un'autorità giurisdizionale⁹¹ e, in via anticipata, soltanto tramite l'azione inibitoria. Anche alla luce di tale ultima notazione, l'art. 37 c. cons. conserva ancora oggi una propria ragion d'essere ed una propria fisionomia, giovandosi di un'efficacia⁹² e di un campo applicativo distinti, non sovrapponibili a quelli tracciati dal successivo art. 37 bis c. cons. oggetto di commento.

Il che conferma come la novella abbia dato vita ad un sistema di controllo "integrato"⁹³ che – una volta a regime – dovrebbe assicurare un "dialogo" costruttivo tra organi amministrativi e giurisdizionali, entrambi deputati, entro le rispettive competenze, ma nel segno di una leale collaborazione, a promuovere la massima e più efficace lotta avverso le discipline negoziali lesive degli interessi dei consumatori.

VIII. PROCEDIMENTO DI INTERPELLO E POSSIBILI ESITI DEL SINDACATO CONDOTTO DALL'AGCM.

Sfruttando un paradigma ben noto in ambito tributario⁹⁴, le imprese, in forza del combinato disposto dell'art. 37 bis, comma 3, c. cons. e dell'art. 22, comma 1, reg. proc., possono interpellare⁹⁵ in via preventiva l'Autorità garante in ordine alla vessatorietà delle clausole che intendono utilizzare nei contratti con i consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari.

⁹⁰ Sulla necessità di "un *mix* di strumenti pubblicitici e di strumenti privatistici" nella repressione degli illeciti anticoncorrenziali, LIBERTINI, M.: "Il ruolo", cit., p. 171 ss.

⁹¹ Per questo, "nonostante l'introduzione della tutela amministrativa, il sindacato del giudice, nel nostro ordinamento, continua a mantenere una posizione di prevalenza nell'assicurare tutela sostanziale ai consumatori" (RUMI, T.: "Il controllo amministrativo", cit., p. 644).

⁹² Difatti, "il provvedimento dell'Autorità – e l'eventuale conferma in sede di giustizia amministrativa – ha un'efficacia indubbiamente inferiore rispetto a quella dell'analogo provvedimento adottato dal giudice ordinario in sede di inibitoria collettiva" (PANDOLFINI, V.: "La tutela amministrativa", cit., p. 58).

⁹³ RUMI, T.: "Il controllo amministrativo", cit., p. 645.

⁹⁴ Sull'"interpello ordinario" previsto dall'art. 11 dello "Statuto del contribuente" (l. 27 luglio 2000, n. 212), PISTOLESI, F.: *Gli interpelli tributari*. Milano (2007), p. 45 ss.; DE MITA, E.: *Principi di diritto tributario*. Milano (6^a ed., 2011), p. 41 s.; VERSIGLIONI, M.: "Interpello (diritto di)", in CASSESE, S. (diretto da), *Dizionario di Diritto pubblico*, IV. Milano (2006), p. 3171 ss.

⁹⁵ Servendosi a pena di irricevibilità dell'apposito formulario (cfr. allegato 2 reg. proc.) da inoltrare, completato in ogni sua parte, in formato cartaceo o elettronico (PEC).

Sul versante oggettivo, occorre innanzitutto rimarcare che il controllo in sede di interpello risulta essere piú circoscritto rispetto a quello posto alla base della procedura “ordinaria”, riguardando soltanto le clausole calate in schemi negoziali non ancora in uso. Non sembrano però cogliere nel segno le critiche – a dire il vero molto prudenti – mosse nei confronti di siffatta opzione normativa⁹⁶ posto che un’estensione del sindacato dell’Agcm a clausole di cui l’impresa già si avvale nelle relazioni contrattuali contrasterebbe con il carattere preventivo del procedimento de quo⁹⁷, oltre ad essere foriera di seri inconvenienti sul piano pratico-applicativo.

Sul versante soggettivo, il legislatore opera un ulteriore restraint, concentrando la legittimazione attiva unicamente in capo alle “imprese”. Non è chiaro se tale limitazione sia frutto di una volontà consapevole o di una cattiva tecnica redazionale, ma – in attesa che si affermi un indirizzo ermeneutico “ufficiale” – si ritiene piú coerente con il principio di uguaglianza (art. 3 cost.) e con l’impianto sistematico della disciplina interpretare estensivamente tale riferimento⁹⁸, facendolo coincidere con l’intera categoria dei “professionisti” come definita nell’art. 3, comma 1, lett. c, c. cons.⁹⁹ (cui, tra l’altro, la legge ed il regolamento fanno costante richiamo in tutte le altre disposizioni).

Al fine di provocare un pronunciamento da parte dell’Autorità, chi agisce in interpello “deve indicare compiutamente le ragioni e gli obiettivi che motivano l’inserimento della singola clausola, la sua non vessatorietà anche in relazione all’eventuale rilevanza di altre clausole contenute nel medesimo contratto o in altro contratto al quale il primo è collegato o dal quale dipende, nonché le modalità e circostanze in cui avverrà la negoziazione e conclusione del contratto” (art. 22, comma 2, reg. proc.). Emerge, quindi, in tutta evidenza il proposito di non ridurre l’istituto ad una semplice forma di consulenza giuridica, essendo riservato alla soluzione di casi concreti e

⁹⁶ Ad esempio, per PANDOLFINI, V.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 56, sarebbe “preferibile consentire ai professionisti di coinvolgere l’Autorità in merito a clausole già utilizzate, magari anche da molto tempo, per regolare i rapporti con i consumatori, anche se tale possibilità dovrà essere valutata attentamente, visti i riflessi di un eventuale parere negativo da parte dell’Autorità”.

⁹⁷ Che costituisce il *proprium* dello stesso interpello tributario “ordinario”, essendo il contribuente tenuto a presentare la relativa istanza prima di porre in essere il comportamento giuridicamente rilevante o di dare attuazione alla norma oggetto della istanza medesima [VERSIGLIONI, M.: “Interpello (diritto di)”, cit., p. 3176].

⁹⁸ Seguendo, tra l’altro, l’indicazione di metodo avanzata da MAZZONI, A.: “La nozione di impresa nel diritto *antitrust*”, in BARUCCI, P. e RABITTI BEDOGNI, C. (a cura di), *20 anni di Antitrust*, I, cit., p. 495 ss.

⁹⁹ Così PANDOLFINI, V.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 56; nonché MINERVINI, E.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 565, il quale, nel silenzio della norma, considera parimenti legittimate all’interpello le associazioni di professionisti (p. 566).

personali (e non di quesiti ipotetici e generici) che rechino obiettive condizioni di incertezza circa la legittimità della clausola segnalata¹⁰⁰.

L'Autorità – se del caso, sentito in audizione il richiedente (art. 22, comma 3, reg. proc.) – si pronuncia sull'interpello entro il termine di 120 giorni dalla data di ricezione del formulario¹⁰¹, a meno che le informazioni fornite risultino gravemente inesatte, incomplete o non veritiere: in simili ipotesi, come pure quando si renda necessaria un'estensione dell'oggetto dell'interpello, il responsabile del procedimento informa prontamente il Collegio e la parte ed il succitato termine decorrerà ex novo a far data dal ricevimento dei ragguagli che integrano l'interpello ovvero dell'istanza che ne amplia il thema decidendum (art. 22, comma 4, reg. proc.). Anche nel presente contesto, è previsto che il responsabile del procedimento possa – nelle medesime modalità illustrate in precedenza (e perciò ferme restando le perplessità manifestate¹⁰²) – chiedere alle autorità di regolazione o vigilanza dei settori interessati dalla clausola oggetto di interpello, nonché alle Camere di commercio o alle loro unioni, di esprimere entro 30 giorni dalla richiesta un parere.

Esaurita le verifiche istruttorie, là dove non sia ravvisata la vessatorietà della clausola, l'Autorità può anche astenersi dall'adottare una risposta formale e motivata: decorsi 120 giorni, infatti, la clausola sotto osservazione deve intendersi approvata.

Le componenti negoziali non disapprovate a séguito di interpello non possono essere successivamente sanzionate dall'Agcm ai sensi e per gli effetti dell'art. 37 bis, comma 2, c. cons., vale a dire a compimento di un procedimento “ordinario”¹⁰³, stante la doverosa cura dell'affidamento e della

¹⁰⁰ La differenza tra “interpello” e “consulenza giuridica” è ben illustrata in ambito tributario nella circ. 5 agosto 2011, n. 42/E dell'Agenzia delle Entrate, ove si legge che “[...] nelle istanze di interpello i contribuenti rappresentano una fattispecie concreta e riferita puntualmente alla propria posizione fiscale. Le richieste di consulenza giuridica riguardano, invece, come premesso, fattispecie di rilevanza generale, non immediatamente riferibili ad uno specifico soggetto”. L'attività svolta dall'Agcm in sede di interpello non presenta, quindi, i caratteri tipici dell'*advocacy* (in ordine ai quali, cfr. CATRICALÀ, A.: “L'Autorità garante”, cit., p. 327).

¹⁰¹ Tale scadenza temporale è stata introdotta in sede di conversione a riprova della crescente attenzione che l'ordinamento rivolge alla promozione della certezza e all'accelerazione dei tempi nella definizione dei rapporti fra cittadini e p.a. (ANGELONE, M.: *Inerzia della pubblica amministrazione*, cit., p. 81 s.).

¹⁰² Cfr., *retro*, § 7.

¹⁰³ Il tenore dell'art. 37 bis, comma 3, c. cons. sembra peraltro lasciare intendere non che l'Autorità non possa aprire un procedimento di accertamento “ordinario” (soprattutto se sollecitato da una segnalazione di parte) in relazione a clausole già valutate come conformi alla legge in sede di interpello [vi osterebbe infatti il principio di autotutela che consente alle pubbliche amministrazioni di riesaminare e – *re melius perpensa* – riconsiderare le proprie

buona fede del professionista che si sia fatto parte diligente nel richiedere in via precauzionale e anticipata l'opinione dell'Autorità. Ad ogni modo, l'eventuale verdetto favorevole (id est, di non vessatorietà¹⁰⁴) costituisce un precedente vincolante soltanto per l'Agcm e non produce un effetto "immunizzante" in senso assoluto, dacché non comporta l'esclusione della responsabilità verso i consumatori¹⁰⁵ del professionista il quale, ad esempio, non potrebbe trincerarsi dietro il placet (espreso o tacito) dell'amministrazione per sottrarsi ai propri impegni; né, pertanto, è in grado di precludere il promovimento di un'autonoma vertenza dinanzi al giudice civile, se non volendo sconfessare la tesi del c.d. "doppio binario" che pone su due piani differenti (ancorché complementari) la tutela amministrativa e quella giurisdizionale¹⁰⁶.

In modo alquanto singolare¹⁰⁷, la disciplina (tanto a livello primario quanto secondario) omette all'opposto di delineare gli effetti da ricondurre ad una pronuncia di vessatorietà delle clausole oggetto di interpello. La lacuna può trovare spiegazione nel fatto che la procedura in parola è – in sintonia con la natura preventiva del rimedio – finalizzata a valutare la validità di clausole inserite in schemi o bozze di regolamenti contrattuali non ancora utilizzati¹⁰⁸; di talché, in caso di giudizio sfavorevole, è ragionevole attendersi che il

determinazioni: su tale specifico aspetto, CHIEPPA, R. e LOPILATO, V.: *Manuale di diritto amministrativo*. Milano (2011), p. 497 s.; ANGELELLI, E.: "L'autotutela della pubblica amministrazione e le sue principali manifestazioni", *Amm. it.* (1981), p. 44 ss.], ma soltanto che non si possono addossare al professionista le corrispondenti sanzioni nel caso in cui la nuova verifica di vessatorietà dovesse condurre ad un esito difforme.

¹⁰⁴ Cfr. il provvedimento 15 marzo 2013, n. 24628, pubblicato sul Bollettino n. 11/2013, che ha dichiarato la non vessatorietà della clausola inserita nel contratto predisposto da una impresa assicurativa per l'assicurazione obbligatoria della r.c. auto e disciplinante una limitazione alla facoltà di cedere il credito relativo al risarcimento del danno da parte dell'assicurato danneggiato.

¹⁰⁵ Siffatta precisazione, esplicitata all'interno dello stesso comma 3 dell'art. 37 *bis* c, cons., sembra riecheggiare – quanto a tenore e portata – la locuzione "malgrado la buona fede" di cui all'art. 33, comma 1, c. cons. [nel significato ormai da tempo riconosciute dalla dottrina prevalente: per tutti, GUERINONI, E.: *I contratti del consumatore*, cit., p. 177 ss.; ma già RIZZO, V.: "Il significativo squilibrio "malgrado" la buona fede nella clausola generale dell'art. 1469 *bis* c.c.: un collegamento "ambiguo" da chiarire", *Rass. dir. civ.* (1996), pp. 497 ss. e 519].

¹⁰⁶ "È opportuno precisare che [...] l'accertamento del giudice ordinario è del tutto autonomo rispetto al controllo di vessatorietà dell'AGCM, di talché un accertamento di conformità (o di non conformità) delle clausole contrattuali adottato dall'Autorità non preclude in alcun caso una diversa decisione dell'AGO non solo nel giudizio individuale [...] ma anche nel giudizio collettivo" (BARENGHI, A.: "Sub art. 37 *bis*", cit., p. 290).

¹⁰⁷ Registra questa "anomalia" anche PANDOLFINI, V.: "La tutela amministrativa", cit., p. 56.

¹⁰⁸ D'altronde, "La procedura di interpello non attribuisce di certo all'Autorità una funzione per così dire dirigistica, ma tende ad incentivare il passaggio dalla predisposizione all'autoregolamentazione": ROSSI CARLEO, L.: "La tutela amministrativa", cit., p. 496.

professionista sarà spontaneamente e prudentemente indotto (sempre sulla spinta della “moral suasion”) a non impiegare la clausola in questione (espungendola dalle condizioni generali o dai moduli, modelli e formulari) ovvero a modificarla¹⁰⁹ per non incorrere in più pesanti censure all’esito dell’iter amministrativo “ordinario” ovvero di un processo civile.

Il regolamento di procedura lascia, infine, ampia discrezionalità all’Amministrazione che – a meno che il professionista interessato non adduca motivate esigenze di riservatezza – può decidere di pubblicare in apposita sezione del proprio sito internet e/o sul proprio bollettino le risposte (favorevoli o sfavorevoli che siano) alle domande di interpello (art. 22, comma 7, reg. proc.).

IX. RILIEVI CONCLUSIVI E DE IURE CONDENDO.

L’istituzione di una tutela di carattere amministrativo avverso l’impiego di clausole vessatorie costituisce un’indubbia conquista dell’ordinamento che amplia il carnet dei rimedi (civilistici) a disposizione dei consumatori per contrastare la diffusione di discipline contrattuali lesive dei loro interessi¹¹⁰.

L’Autorità garante della concorrenza e del mercato – investita di tale compito – si fa carico di un’ulteriore funzione di enforcement¹¹¹ rivolta alla realizzazione di assetti “proconsumeristici” (“consumer oriented”)¹¹²; questa

¹⁰⁹ Se del caso allineandosi alle indicazioni additate dall’Autorità interpellata che, nella prassi, potrebbe adottare provvedimenti di tipo “correttivo”, indicando nella motivazione le modifiche cui il professionista interpellante deve dare corso al fine di emendare i profili di illegittimità messi in evidenza.

¹¹⁰ Per considerazioni di più ampio respiro sulla necessità di una disciplina del mercato imperniata sulla valorizzazione del profilo etico e della componente non meramente patrimoniale degli interessi in gioco, cfr. LASSO, A.: “Centralità della questione etica e rilevanza dell’interesse non patrimoniale nella regolamentazione del mercato”, in MARTINEZ SICLUNA Y SEPULVEDA, C. (a cura di), *L’etica nel mercato*. Padova (2011), p. 116 ss.

¹¹¹ Come messo in luce dal giudice amministrativo, il *public enforcement* soddisfa “un’esigenza diversa, da quella concessa dal giudice ordinario, laddove quest’ultimo si pronuncia soltanto su ricorso di parte per la tutela di un interesse privato, mentre l’Autorità agisce di sua iniziativa per tutelare l’interesse pubblico, primario di rilevanza comunitaria e costituzionale, alla salvaguardia di un mercato concorrenziale” (TAR Lazio, Roma, 7 marzo 2006, n. 1713, *Foro it.* (2007), III, c. 91 ss., con nota di FAELLA, G.: “Potere cautelare in materia di *antitrust*, rifiuto di licenza e certificati complementari di protezione”). Sulla necessità di una reciproca interazione tra *public* e *private enforcement* in vista “del raggiungimento dell’ottimo di deterrenza”, LONGOBUCCO, F.: *Violazione di norme antitrust e disciplina dei rimedi nella contrattazione “a valle”*. Napoli (2010), p. 56 s.

¹¹² MIRONE, A.: “Verso la despecializzazione”, cit., p. 318 s.

funzione si iscrive perfettamente nella prospettiva assiologica tracciata dagli artt. 41 e 42 cost. che ammettono (e addirittura sollecitano) forme di controllo (sia giurisdizionali sia amministrative, purché nel rispetto della riserva di legge¹¹³) sull'autonomia contrattuale nel tentativo di rimediare alla posizione di inferiorità in cui versano i contraenti c.dd. “deboli” e a rendere quanto più effettiva ovvero “accessibile” tale autonomia in nome delle istanze personalistiche e solidaristiche che innervano la Costituzione repubblicana¹¹⁴.

Per l'effetto, i preconcetti che avevano in origine portato ad accantonare la strada di un sindacato accentrato di vessatorietà in sede amministrativa appaiono oggi superati, sebbene l'istituzione di un procedimento che non sfoci in una decisione in grado di incidere sulla validità delle clausole giudicate abusive sembra ancora subire gli influssi di una discutibile logica “passatista”. Oltre ai dubbi di legittimità costituzionale¹¹⁵, si fa largo il convincimento che il presidio introdotto dall'art. 37 bis c. cons. e imperniato sulla sola moral suasion – pur avendo il merito di promuovere, nel rispetto del principio di sussidiarietà orizzontale¹¹⁶, una maggiore moralizzazione delle condotte imprenditoriali attraverso la diffusione di una corretta etica mercantile¹¹⁷ – pecchi di incisività¹¹⁸ (risentendo anche per questo di una certa

¹¹³ Sulla portata della riserva di legge, ANGELONE, M.: *Autorità indipendenti*, cit., pp. 191 ss., ma spec. 200 s.

¹¹⁴ L'intangibilità della autonomia contrattuale incontra il proprio limite nell'attuazione dei valori fondamentali della Costituzione gerarchicamente superiori. Difatti, le stesse libertà di iniziativa economica e di concorrenza (che ne costituiscono l'antecedente logico) hanno carattere strumentale, dacché “sono non un fine ma un mezzo, una regola, per realizzare l'utilità sociale, l'effettiva partecipazione di tutti all'organizzazione economica e sociale del Paese e il pieno sviluppo della persona [...]” (PERLINGIERI, P.: “Mercato, solidarietà e diritti umani”, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 257).

¹¹⁵ Cfr., *retro*, § 8.

¹¹⁶ Del medesimo avviso, specie in relazione alla procedura di interpello tesa “ad incentivare l'autoregolamentazione e a prevenire l'intervento del giudice”, cfr. BATTELLI, E.: “La tutela amministrativa”, cit., p. 71.

¹¹⁷ A tal proposito, tra la grande messe di disposizioni che hanno trovato accoglienza nel decreto “Cresci Italia” (d.l. n. 1 del 2012), spicca anche l'art. 5 *ter*, rubricato “Rating di legalità delle imprese”, che, proprio “Al fine di promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali”, demanda all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il compito “di procedere [...] alla elaborazione ed all'attribuzione, su istanza di parte, di un *rating* di legalità per le imprese operanti nel territorio nazionale” e del quale tenere conto “in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario”. L'Agcm, con propria delibera del 14 novembre 2012, ha altresì provveduto ad adottare il “Regolamento di attuazione dell'articolo 5-*ter* del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, così come modificato dall'art. 1, comma 1-*quinquies*, del decreto legge 24 marzo 2012, n. 29, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 maggio 2012, n. 62”.

¹¹⁸ Senza con ciò voler sottovalutare l'insegnamento di autorevole dottrina secondo cui “L'incisività del controllo amministrativo [...] non deve tuttavia essere valutata in termini di

“sudditanza” rispetto al concorrente rimedio giurisdizionale) e debba essere perfezionato tramite il riconoscimento all’Agcm di poteri inibitori (e, perché no, cautelari) simili a quelli già concessi in materia di pratiche commerciali scorrette e di pubblicità ingannevole, per evitare “che il nuovo sistema di controllo premi le imprese già “virtuose” [...] ma non costituisca un valido deterrente per la maggioranza delle imprese che, in assenza di sanzioni diverse dal semplice discredito “sociale”, derivante dalla pubblicazione del provvedimento dell’Autorità che accerti la vessatorietà delle clausole, non sono incentivate ad assumere comportamenti corretti”¹¹⁹.

effetti giuridici ma con riguardo all’intensa forza deterrente che di fatto può essere esercitata dagli accertamenti di un organo pubblico altamente qualificato e indipendente” (BIANCA, C.M.: “Le tecniche di controllo”, cit., p. 366).

¹¹⁹ RUMI, T.: “Il controllo amministrativo”, cit., p. 645.