

## **Il riparto di competenze tra Autorità di settore e Autorità Garante della concorrenza e del mercato in materia di pratiche commerciali scorrette (di Emilia Scaglione)**

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Le prime tappe normative e giurisprudenziali; 3. La sentenza del Consiglio di Stato, IV sez., 14 giugno 2017, n. 2918; 4. I più recenti interventi giurisprudenziali della Corte di Giustizia UE e del Consiglio di Stato; 5. Conclusioni.

### **1. Introduzione**

La convivenza tra Autorità indipendenti c.d. trasversali, dotate di competenze non circoscritte ai singoli settori in quanto istituite a tutela di specifici interessi pubblici di portata generale (quale l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato- AGCM), e Autorità di regolazione di settore, preposte in via esclusiva ad uno specifico settore economico, ha sempre dato luogo a interferenze e sovrapposizioni tra le rispettive attribuzioni.

Il carattere parzialmente indeterminato dei confini tracciati dalle leggi istitutive può infatti creare le condizioni per cui una determinata fattispecie sia astrattamente riconducibile nella sfera di competenza di più Autorità, con il rischio di sottoporre i soggetti regolati ad un onere di *double compliance*, cioè a regole e controlli che potrebbero anche essere confliggenti tra loro.

La disciplina generale di derivazione comunitaria è stata, negli anni, resa oggetto di diversi interventi normativi che hanno alimentato il dibattito dottrinario e giurisprudenziale<sup>1</sup>. Un’importante tappa normativa è stata l’emanazione della direttiva 2005/29/CE<sup>2</sup> con la quale il legislatore europeo è intervenuto sul frammentato quadro normativo previgente dettando una disciplina organica in materia di pratiche commerciali sleali (tradotta nel

---

<sup>1</sup>Sulle pratiche commerciali scorrette, tra i vari contributi, cominciando da i più recenti, si segnalano A. FACHECHI, *La pubblicità, le pratiche commerciali e le altre comunicazioni*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI, *Diritti e tutele dei consumatori*, Esi, Napoli 2014, pag. 45 ss.; F. LONGOBUCCO, *I rimedi civilistici e le pratiche commerciali scorrette, Il risarcimento del danno al consumatore*, a cura di P. CENDON, C. PONCIBÒ, Giuffrè, Milano 2014, pag. 409 ss.; G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 1 ss. e in *Jus civile*, 2013, pag. 295 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. Dir.*, V, Milano 2012, pag. 1079 ss.; A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Esi, Napoli 2012; S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell’attività negoziale*, Cacucci, Bari 2012; L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: funzionamento e sintesi della disciplina delle pratiche scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, pag. 685 ss.

<sup>2</sup>Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), in *Gazzetta ufficiale dell’Unione europea*, L 149 dell’11 giugno 2005, pag. 0022-0039.

Codice del Consumo in pratiche commerciali “scorrette”<sup>3)</sup> poste in essere da un professionista nei confronti dei consumatori<sup>4</sup>.

La disposizione normativa, spostando il fulcro dell’attenzione del diritto dei consumatori dall’atto all’attività commerciale, considerata nel suo profilo dinamico<sup>5</sup>, ha ampliato l’ambito del divieto di pratiche scorrette a tutte le fasi del rapporto tra un professionista e un consumatore, affiancando agli strumenti privatistici di tutela contrattuale strumenti di *public enforcement* contro le condotte illecite del professionista, poste in essere in qualunque momento e a prescindere dall’eventuale stipulazione di un contratto.

Ai sensi dell’articolo 20 del Codice del consumo, una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo, qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori. Posta questa clausola generale, il Codice del consumo definisce le pratiche commerciali ingannevoli agli artt. 21 e 22 e le pratiche aggressive agli artt. 24 e 25 e delinea le relative *black list* rispettivamente agli artt. 23 (pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli) e 26 (pratiche commerciali considerate in ogni caso aggressive).

Sul piano procedurale della competenza a sanzionare le pratiche in argomento, il legislatore europeo ha però lasciato agli Stati membri ampia discrezionalità in relazione all’autorità cui affidare i suddetti poteri di *enforcement* condizionandone la scelta al solo possesso di una sufficiente grado di autonomia rispetto all’effettivo perseguimento degli obiettivi prefissati dalla direttiva.

In sede di recepimento della direttiva, avvenuto per opera del d.lgs. 145 e 146 del 2 agosto 2007, il legislatore nazionale ha affidato all’AGCM il potere di avviare, anche d’ufficio e indipendentemente da una segnalazione della parte interessata, procedimenti di repressione delle pratiche commerciali scorrette (art. 27, comma 15 del Codice del Consumo), senza però chiarire esplicitamente se la predetta competenza si estenda anche ai mercati regolati soggetti alla vigilanza di diverse Autorità.

L’approccio “orizzontale” e l’ampiezza del raggio di azione della direttiva hanno da subito facilitato l’emersione di punti di contatto, sovrapposizioni e, talvolta, veri e propri contrasti con altre previsioni europee, in *primis* con quelle contenute in fonti settoriali che, con vario e diversificato livello di dettaglio, mirano (anche) a proteggere il consumatore all’interno degli ambiti economici disciplinati.

Al riguardo, il Codice del Consumo, recependo peraltro puntualmente quanto disposto dall’art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29/Ce, all’art. 19, comma 3, ha previsto che “*in caso di contrasto tra le disposizioni della presente direttiva e altre norme comunitarie che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, prevalgono queste ultime e si applicano a tali aspetti specifici*”. Il legislatore italiano ha quindi risolto la questione del possibile conflitto attraverso il principio di specialità, come interpretato dalla

---

<sup>3</sup>Ciò per evitare sovrapposizioni con la disciplina della concorrenza sleale prevista dal Codice civile, in relazione alla quale la competenza è affidata al giudice ordinario ai sensi dell’art. 27 comma 15 del Codice del Consumo.

<sup>4</sup>G. SCOGNAMIGLIO, *Le pratiche commerciali scorrette: disciplina dell’atto o dell’attività?* in *20 anni di Antitrust.*; R. CALVO, *Art. 18-26, in Codice del consumo (annotato con la dottrina e la giurisprudenza)*, a cura di E. CAPOBIANCO, G. PERLINGIERI, Napoli, Esi, 2009, pag. 65 ss.

<sup>5</sup>L. ROSSI CARLEO, *Dalla comunicazione commerciale alle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali, il diritto comunitario e l’ordinamento italiano*, in E. MINERVINI; L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali, il diritto comunitario e l’ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2007, pag. 9. La stessa Autrice ha peraltro sottolineato che “*la recente introduzione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette impone, ancor più, di spostare l’attenzione dall’atto e dalla struttura del contratto, ovvero dal profilo statico, all’attività e al profilo funzionale del comportamento, ovvero al profilo dinamico e, di conseguenza, all’operazione economica, come tale valutabile solo in concreto, ribaltando la prospettiva metodologica dal piano strutturale a quello del risultato*”.

giurisprudenza del Consiglio di Stato e, da ultimo, dalla Corte di Giustizia, il difficile compito di risolvere il possibile conflitto tra discipline (consumeristica e di settore) nonché di competenze tra Autorità settoriali e trasversale.

L'intento del presente scritto è fornire un quadro il più possibile dettagliato delle tappe normative e giurisprudenziali che hanno interessato la materia, sotto il profilo del riparto delle competenze tra Autorità settoriali e Autorità trasversale e, in particolare, del criterio del riparto di competenze secondo i più recenti approdi giurisprudenziali della Corte di Giustizia UE e della giurisprudenza nazionale.

## **2. Le prime tappe normative e giurisprudenziali: dal criterio di specialità al criterio dell'assorbimento-consunzione**

Negli interventi immediatamente successivi all'emanazione della direttiva 2005/29/Ce i giudici italiani hanno favorito un'interpretazione dell'art. 19, comma 3, del Codice del consumo modellandolo (apparentemente) su concetti espressi dalla dottrina e dalla giurisprudenza penale in materia di concorso apparente di norme<sup>6</sup>.

Specificatamente, in sede consultiva nel 2008, il Consiglio di Stato ha ritenuto necessario procedere ad una comparazione non tanto tra singole fattispecie di illecito previste dalla normativa generale, bensì tra «*settori su cui tale intervento correttivo o sanzionatorio va ad essere dispiegato*», privilegiando una valutazione per lo più basata sull'oggetto dell'intervento e sull'interesse generale perseguito.

In questa prima fase i giudici amministrativi hanno pertanto favorito un'applicazione del principio di specialità per "settori" (o per materie o per ordinamenti) piuttosto che per fattispecie astratte, riconoscendo carattere speciale a quelle norme settoriali che nel loro impianto globale danno vita ad una sorta di ordinamento autonomo e completo<sup>7</sup> all'interno del quale la tutela del consumatore viene affidata al potere regolatorio, di vigilanza, inibitorio e sanzionatorio di un'apposita autorità. Il principio di specialità per settori era invocato non solo in presenza di un contrasto tra discipline, ma anche di sovrapposizioni tra diversi plessi normativi finalizzati a perseguire l'obiettivo di tutela del consumatore.

Pur dichiaratamente ispirate al principio di certezza del diritto, che richiede che si dettino indirizzi univoci al mercato che altrimenti verrebbe a trovarsi in una situazione di

---

<sup>6</sup>Al riguardo, si è soliti parlare di concorso (o conflitto) ideale (o apparente) di norme allorché il fatto concreto risulti solo in prima analisi riconducibile a più norme incriminatrici, essendo in realtà una sola la disposizione normativa applicabile alla fattispecie in esame. Al fine di individuare quale fra più figure criminose debba trovare applicazione nel caso di specie, la dottrina ha elaborato diversi criteri interpretativi. Il criterio dominante tra è rappresentato dal principio di specialità, sull'argomento per cui detto principio trova un riconoscimento normativo nell'articolo 15 c.p., ai sensi del quale "*quando più leggi penali o più disposizioni di legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito*".

<sup>7</sup> Tale interpretazione è stata diffusamente criticata dalla dottrina in quanto tendente a confondere e sovrapporre due piani, quello relativo all'individuazione della norma da applicare alla fattispecie concreta e quello concernente l'Autorità competente a intervenire, i quali, all'opposto, andrebbero trattati come nodi problematici indipendenti e separati. Inoltre, la scelta di pervenire all'elaborazione di un principio di specialità per settori, evocativo della nota teoria gianniniana sugli ordinamenti giuridici settoriali, rischia di entrare in collisione con le scelte attuate a livello europeo in materia di liberalizzazione dei mercati, preordinate alla realizzazione di un mercato unico che, come tale mal sopporta la frammentazione del mercato interno. M. CLARICH, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e delle autorità di regolazione settoriale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, pag. 201. Sulla teoria degli ordinamenti sezionali M.S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, estratto degli *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Cedam, Padova, 1940, II, pag. 707 e M. S. GIANNINI, *Gli ordinamenti sezionali rivisitati*, in *Studi in onore di Gustavo Vignocchi*, Mucchi Editore, Modena, 1992. Sulla inconciliabilità tra il modello delle autorità amministrative indipendenti e la teoria dell'ordinamento sezionale, F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000.

possibile disorientamento, il suddetto approccio giurisprudenziale si muoveva, però, in una direzione opposta rispetto a quella indicata dal legislatore nazionale che, nell'ottica della trasversalità delle competenze, aveva infatti riconosciuto all'AGCM un ruolo di primazia quale tutore della concorrenza nei mercati. Si era così venuto a creare un sistema a geometrie non lineari<sup>8</sup>, contraddittorio e confuso tra orientamento, da una parte dei giudici amministrativi e, dall'altro, del legislatore e ciò a discapito della certezza del diritto e dell'affidamento dei mercati.

Così con le sentenze del maggio 2012<sup>9</sup>, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha superato il criterio della specialità per ordinamenti elaborando il diverso principio della "specialità tra norme"<sup>10</sup>, in base al quale in presenza di due diverse disposizioni che disciplinano la stessa fattispecie, dovrà applicarsi soltanto quella che possiede tutti gli elementi dell'altra, più un elemento di specialità, stante la necessità di evitare la violazione del principio del *ne bis in idem* (sostanziale)<sup>11</sup> e circoscrivere il carattere residuale della disciplina generale alle sole ipotesi in cui "le regolamentazioni di settore prevedano fattispecie corrispondenti a quelle delineate dalla disciplina generale, ancorché rispetto a queste speciali (per specificazione o per aggiunta), delimitando così il possibile verificarsi di vuoti di tutela pregiudizievoli per il consumatore". Nella medesima occasione, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha inoltre riconosciuto la conformità del principio di specialità rispetto al principio di buon andamento di cui all'articolo 97 della Costituzione in quanto consentirebbe di evitare duplicazioni e contraddizioni nell'esercizio del potere pubblico e di non imporre oneri sproporzionati agli operatori nei settori regolati.

Ai fini dell'Autorità competente ad intervenire, i due elementi ritenuti scriminanti erano: l'interesse pubblico perseguito dalla disciplina di settore e la completezza della tutela accordata in un dato settore. Solo in presenza di tali elementi potrebbe ritenersi applicabile la disciplina settoriale in luogo di quella definita dal Codice del consumo<sup>12</sup>.

Sempre nello stesso anno, il legislatore è intervenuto nuovamente in materia introducendo con l'articolo 23, comma 12-*quinquiesdecies* del decreto legge 7 agosto 2012, n. 135 una definizione "elastica" di competenza generale dell'AGCM, ovvero, di una competenza che cede il passo alle autorità di regolazione per le pratiche scorrette in

---

<sup>8</sup> S. LUCATTINI, *Garante della concorrenza e certezza economica: alla ricerca delle giustizie per i mercati*, in *Riv. Dir. amm.* 2013, fasc. 3, pag. 524.

<sup>9</sup> Si fa riferimento alle sentenze del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 11 maggio 2012, nn. 11, 12, 13, 14 e 15 e 16. In dottrina, F. CINTIOLI, *La sovrapposizione di competenze delle autorità indipendenti nelle pratiche commerciali scorrette e le sue cause*, in *www.giustamm.it*, n. 2/2015; R. CAPONIGRO, *L'actio finium regundorum tra Autorità Antitrust e le altre Autorità indipendenti*, relazione al Convegno "Le Autorità amministrative indipendenti. Realtà attuali e prospettive future", Napoli, 22 marzo 2013; R. GAROFOLI, *Pratiche commerciali scorrette e rapporti tra Autorità*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2013, Treccani, 2013; P. FUSARO, *Il riparto di competenze tra autorità amministrative indipendenti nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *www.federalismi.it*, n. 7/2013; L. TORCHIA, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, pag. 10; M.A. SANDULLI, *Sanzioni amministrative e principio di specialità, riflessioni sull'unitarietà della funzione afflittiva*, in *www.giustamm.it*; ID., *Competenze dell'AGCM e dell'AGCOM dopo l'Adunanza plenaria*, in *Norma*, 19 giugno 2012; 3/2014, pag. 519 e ss.

<sup>10</sup> In dottrina, L. TORCHIA, *op. cit.* pag. 10, osserva che «non sempre è del tutto coerente con questa conformazione del principio di specialità il richiamo che l'Adunanza Plenaria ha ritenuto di dover fare all'articolo 15 del codice penale e all'articolo 9 della legge 24 novembre 1981, n. 689, al fine di affermare la portata generale e l'immanenza del medesimo principio nell'ordinamento vigente. Le norme in questione sono sicuramente rilevanti, infatti, per quanto riguarda l'esercizio del potere sanzionatorio e la necessità di rispettare il *ne bis in idem*, ma la ricostruzione della specialità in esame va oltre i soli confini della punizione di condotte illecite».

<sup>11</sup> Sul *ne bis in idem* sostanziale si veda in giurisprudenza la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014, *Giur. It.*, 2014, 7, pag. 1642. F. PALLADINO, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti tra *matière pénale* e *divieto di bis in idem*. Note a margine della sentenza Grande Stevens*.

<sup>12</sup> Sul punto anche il TAR Lazio, I, 17 gennaio 2013, n. 535, Tar Lazio, 22 luglio 2013, n. 7442, in *www.giustamm.it*.

presenza di una normativa comunitaria che disciplini la fattispecie ma, limitatamente agli aspetti regolati, con ciò consentendo un ri-espandersi della competenza dell'AGCM per le pratiche commerciali scorrette attinenti ad aspetti non regolati (cioè in presenza di lacune nella regolazione)<sup>13</sup>.

È in questo quadro che si inserisce l'ordinanza di avvio della procedura di infrazione 2013/169, C (2013) 6682, con cui la Commissione UE ha ritenuto la posizione assunta dei giudici italiani in contrasto con lo spirito e il carattere di armonizzazione piena e garantistico della direttiva che avrebbe dovuto, invece, operare come "una rete di sicurezza" a tutela dei consumatori, andando a colmare anche le lacune di altre specifiche norme settoriali. Stante la *ratio* della norma europea, l'esistenza di una disciplina specifica settoriale, anche se ritenuta esaustiva, non esclude l'applicazione, della competenza dell'AGCM.

Allo scopo di superare la suddetta procedura di infrazione, in sede di recepimento della direttiva europea 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, con il decreto legislativo n. 21 del 21 febbraio 2014 il legislatore ha abrogato il comma 12-*quinqüesdecies*, dell'articolo 23, decreto legge n. 95 del 6 luglio 2012, sostituendolo con la disposizione di cui al comma 1-*bis* dell'articolo 27 del Codice del Consumo che attribuisce in via esclusiva all'AGCM la competenza sanzionatoria sulle pratiche commerciali scorrette anche nei settori regolati, salva l'acquisizione del previo parere obbligatorio (ma non vincolante) dell'Autorità di regolazione di volta in volta competente. La norma fa comunque salva la competenza di quest'ultima ad esercitare i propri poteri nelle ipotesi di violazione della regolazione che non integrino gli estremi di una pratica commerciale scorretta.

L'entrata in vigore della citata disposizione non ha però sopito il dibattito in materia né chiarito quale criterio debba applicarsi per dirimere le relative controversie - principio di specialità a fattispecie astratte, a fattispecie concrete o ad interi settori - anzi, a parere di alcuni commentatori, sembra quasi prescindere dallo stesso principio di specialità<sup>14</sup>.

Con le sentenze n. 3 e 4 del 9 febbraio 2016 (c.d. sentenze gemelle), l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha fatto proprio il secondo dei due orientamenti prospettati, applicando però il diverso principio, di matrice esclusivamente pretoria e dottrina, dell'"*assorbimento-consunzione*"<sup>15</sup> in virtù del quale l'apprezzamento negativo del fatto concreto appare già ricompreso nella norma che prevede il reato più grave. Conseguentemente, in presenza di una disciplina settoriale che si limiti a regolare solo taluni aspetti della condotta degli operatori, senza prevedere un'ipotesi di illecito quale quello sanzionato dall'AGCM (nel caso esame, si trattava di pratiche commerciali aggressive), il rapporto tra illecito consumeristico, attratto nell'area di competenza dell'Autorità Antitrust, ed illecito regolatorio (nel caso in esame obblighi informativi imposti dal Codice delle comunicazioni elettroniche) deve essere inteso in termini di specialità "per progressione di condotte lesive" atteso che dette condotte "*muovendo dalla*

---

<sup>13</sup> M.S. SANDULLI, *Sanzioni amministrative e principio di specialità: riflessioni sull'unitarietà della funzione affittiva*, cit., pag. 39.

<sup>14</sup>V. CARFI, *Pratiche commerciali: il comma 1 bis dell'articolo 27 del Codice del Consumo*, cit., pag. 15.

<sup>15</sup> In ambito penale questo criterio di risoluzione delle antinomie giuridiche è stato talvolta affiancato al principio di specialità di cui all'articolo 15 del c.p. Il criterio di assorbimento-consunzione individuerebbe i casi in cui la commissione di un reato è strettamente funzionale ad un altro e più grave reato, la cui previsione consuma e assorbe in sé l'intero disvalore del fatto concreto. In dottrina si veda G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 2018, pag. 35.

In senso critico all'adozione del suddetto criterio in luogo del principio di specialità G. DE FRANCESCO, *Concorso apparente*, F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, IX ed., Padova, 2015, pag. 470 secondo cui "i due suddetti criteri presentano vizi e limiti insuperabili, per il loro indimostrato fondamento giuridico-positivo e la loro intrinseca insufficienza e vaghezza". F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. pag. 136, secondo il quale "un solo criterio, il principio di specialità, è necessario e sufficiente per dirimere i dubbi che si presentano in tema di concorso apparente di disposizioni coesistenti". Sull'applicazione dei principi penalistici alle sanzioni amministrative, M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie, principi sostanziali e procedurali*, Jovene, Napoli, 1983, pag. 139 e, in giurisprudenza, Corte Costituzionale 3 aprile 1987, n. 97 e Cassazione Penale Sez. Un., 21 gennaio 1963.

*violazione di meri obblighi informativi comportano la realizzazione di una pratica anticoncorrenziale vietata, ben più grave per entità e disvalore sociale, ovvero di una pratica commerciale aggressiva”.*

### **3. La sentenza del Consiglio di Stato, IV sez., 14 giugno 2017, n. 2918 e l'apparente ritorno al criterio di specialità per settori**

Con sentenza 14 giugno 2017, n. 2918 il Consiglio di Stato è intervenuto nuovamente in materia affrontando la questione del rapporto tra discipline e del perimetro dei poteri dell'AGCM in materia di pratiche commerciali scorrette in un settore, quello del servizio idrico integrato, che la legge 22 dicembre 2011, n. 214<sup>16</sup> ha affidato alla regolazione e al controllo di ARERA che esercita le funzioni meglio dettagliate nel d.P.C.M. 20 luglio 2012 con gli stessi poteri attribuitegli dalla legge istituita (l. 14 novembre 1995, n. 481) tra cui quello di irrogare sanzioni pecuniarie in caso di inosservanza dei propri provvedimenti.

L'assenza di concorrenza nel mercato unitamente a specifiche criticità, tecniche economiche ed infrastrutturali del settore stesso, hanno richiesto una presenza pubblica, nella veste dell'Autorità di regolazione, che mediando tra i diversi interessi in gioco tuteli gli utenti già in sede di regolazione definendo livelli minimi e obiettivi di qualità del servizio uniformi su tutto il territorio nazionale<sup>17</sup>, obblighi di trasparenza e metodi tariffari in grado di scongiurare il rischio delle c.d. “rendite di monopolio”<sup>18</sup>; per poi vigilare sulle modalità di erogazione del servizio idrico intervenendo, anche all'esito della valutazione di reclami, istanze e segnalazioni presentate dagli utenti (singoli e associati), con poteri più o meno incisivi a seconda della gravità dell'illecito amministrativo e dell'impatto che l'esercizio dei suddetti poteri potrebbe avere sull'intero bacino di utenza servito dal gestore unico, in particolare, in termini di fruibilità del servizio<sup>19</sup>.

In relazione alle pratiche commerciali scorrette e ai rapporti con l'AGCM, già all'indomani delle modifiche apportate al Codice del Consumo dalla legge 95/2012, con un Protocollo di intesa<sup>20</sup>, redatto ai sensi dell'articolo 27 comma 1-bis del Codice del Consumo, le due Autorità hanno fissato i termini della reciproca e leale collaborazione nonché i limiti del rispettivo intervento stabilendo, in particolare, che “(...) il rispetto della regolazione vigente da parte del professionista esclude, limitatamente a tale profilo, la configurabilità di una condotta contraria alla diligenza professionale” (articolo 4 dell'Allegato A al Protocollo d'intesa ARERA e AGCM) e che al termine dell'attività istruttoria, l'AGCM richieda all'Autorità di regolazione un parere endo-procedimentale obbligatorio, ma non vincolante, da cui può discostarsi dando comunque contezza, nel

---

<sup>16</sup> Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 “Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici”, in *G.U.* n. 284 del 6 dicembre 2011.

<sup>17</sup> Conformemente a tale quadro normativo, con deliberazione 23 dicembre 2015, 655/2015/R/idr recante “Regolazione della qualità contrattuale del servizio idrico integrato ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono. Inquadramento generale e linee di intervento”, ARERA ha individuato due linee di intervento: l'una più strettamente regolatoria che riguarda le modalità di fatturazione, rettifica, rateizzazione dei pagamenti, mentre la seconda attiene alla gestione dei servizi telefonici al fine della richiesta di informazioni al gestore, alla presentazione e gestione dei reclami, in [www.arera.it](http://www.arera.it)

<sup>18</sup> La regolazione ha come principale obiettivo quello di mitigare il rischio che le aziende operanti in settori a monopolio naturale possano appropriarsi di extraprofiti (c.d. rendite di monopolio) fissando in maniera arbitraria i prezzi di vendita e offrendo prodotti e servizi di scarsa qualità. Compito della regolazione è dunque quello di indurre i gestori a migliorare la qualità dell'offerta, mantenendo la tariffa a livello accettabile per gli utenti, ma al contempo adeguato a garantire la remunerazione dei fattori produttivi e lo sviluppo delle aziende operanti nel settore. G. GUERRINI, *Il management delle aziende del servizio idrico*, FrancoAngeli Editore, 2018, pag. 22 e ss.

<sup>19</sup> Sui provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti e sui relativi procedimenti sanzionatori, *ex multis* R. CHIEPPA, *Le sanzioni delle Autorità indipendenti: la tutela giurisdizionale nazionale*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 340 ss. Sui variegati atti delle autorità, cfr. ora il recente saggio di F. DE LEONARDIS in *Dir.econ.*, 2019.

<sup>20</sup> Protocollo d'Intesa di cui alla delibera ARERA, 16 ottobre 2014, 505/2014/A, in [www.arera.it](http://www.arera.it).

provvedimento finale, della posizione espressa da ARERA (articolo 2, comma 3). È proprio alla luce delle suddette disposizioni che il Consiglio di Stato nella citata sentenza ha confermato l'illegittimità della sanzione comminata dall'AGCM con riferimento al primo gruppo di pratiche contestate. L'illegittimità del provvedimento risiederebbe nella violazione degli obblighi che le due Autorità si sono autoimposte con la sottoscrizione del citato Protocollo di Intesa e, in particolare, delle disposizioni di cui all'articolo 2, comma 3 che il Collegio interpreta in senso conforme agli orientamenti giurisprudenziali già formatesi in materia di motivazione del provvedimento amministrativo, ai sensi della legge generale sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i.)<sup>21</sup>.

Il parere *ex art. 27*, comma 1-*bis*, del Codice del Consumo è obbligatorio e non vincolante, pretendendo l'AGCM discostarsene motivando, però, in modo adeguato le ragioni del suo diverso convincimento<sup>22</sup>.

Rivendicando la riconduzione della valutazione di scorrettezza delle condotte in esame alla violazione di norme regolamentari, l'Autorità di regolazione aveva infatti ritenuto conformi al quadro regolatorio allora vigente e, in particolare, alle norme contenute nella deliberazione 586/2012/R/IDR ("*Approvazione della prima direttiva per la trasparenza dei documenti di fatturazione del servizio idrico integrato*") le condotte relative alla comunicazione del gestore all'utenza in ordine all'efficacia delle tariffe<sup>23</sup> anche all'esito delle indagini che la stessa ARERA aveva effettuato sulle attività del gestore.

Mentre, per quanto riguarda il ricorso a fatturazioni basate su consumi presunti e non solo effettivi, la strategia adottata dal gestore era stata ritenuta da ARERA legittima in ragione dell'inesistenza, nel quadro legislativo o regolamentare di riferimento, di una norma che imponesse la fatturazione del servizio solo in base ai consumi effettivi<sup>24</sup>,

Nella fattispecie, a parere del Consiglio, si configurava un problema di legittimità di intervento dell'AGCM e ad esercitare i poteri di *enforcement* nonostante l'Autorità di Regolazione si fosse espressa nel senso di ritenere legittime le condotte dell'operatore. In questi casi, l'aggressività delle condotte non basta ad elidere il rilievo da attribuire alle considerazioni dell'Autorità di settore in ordine alla conformità delle condotte del professionista rispetto al quadro regolatorio. Come si legge dalla sentenza, la stessa natura obbligatoria del parere si spiega proprio in ragione del fatto che il legislatore prima e le Autorità poi hanno ben presente che in determinati settori l'interesse alla tutela del consumatore deve essere adeguatamente bilanciato con l'interesse al corretto

---

<sup>21</sup> TAR Veneto, Venezia, sez. III, 30 maggio 2003, n. 3049, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it): "*laddove la pubblica amministrazione intenda discostarsi da un parere acquisito nel corso di un procedimento amministrativo (obbligatorio, vincolante o semivincolante), essa deve fornirne un'adeguata motivazione, pena l'illegittimità del provvedimento conclusivo del procedimento*".

<sup>22</sup>La loro mancata emanazione non inficia la validità del provvedimento finale e sul parere non deve formarsi un contraddittorio con la parte privata essendo il medesimo un atto endoprocedimentale non direttamente lesivo degli interessi dei professionisti coinvolti, Sul tema v. in dottrina FUSI-TESTA-COTTAFARI, *La pubblicità ingannevole*, Giuffrè, Milano, 1993, 294; TESTA, sub art. 16 delibera AGCM, 15 novembre 2007 n. 17590, in L.C. UBERTAZZI *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, Padova, 5 ed., 2012. In giurisprudenza secondo TAR Lazio 29 dicembre 2009, n. 13789, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

<sup>23</sup> L'art. 10 di detto atto regolamentare, rubricato «*Informazioni sulla tariffa applicata*», dispone a tal riguardo che: «*La bolletta riporta i valori della tariffa applicata all'utente finale e l'ultimo aggiornamento, indicando in modo completo la fonte normativa e l'organismo da cui deriva*».

<sup>24</sup> Con riferimento alla applicazione retroattiva delle tariffe l'Autorità ha richiamato anche la giurisprudenza amministrativa formatasi in materia (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, sentenze 22 gennaio 2014 nn. 255 e 319, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)) che ha confermato la legittimità, in presenza di determinati presupposti e ove si renda necessario per garantire i pertinenti principi legislativi, tra cui la copertura dei costi di investimento ed esercizio, dell'aggiornamento e della determinazione delle tariffe del S.I.I. *ex post*, anche ad annualità ormai decorse.

funzionamento del mercato, soprattutto quando tale mercato sia funzionale ad offrire beni primari indispensabili come l'acqua.

Rispetto al secondo e al terzo gruppo di pratiche contestate, consistenti nella richiesta di pagamento di morosità pregresse al nuovo subentrante, messa in mora e mancata gestione dei reclami c.d. "fuori format", il Consiglio di Stato giunge a diverse conclusioni. Nel valutare la legittimità del provvedimento sanzionatorio il Collegio analizza, *in primis*, i contenuti del parere reso da ARERA e non rinvenendovi degli elementi utili ad escludere l'intervento dell'Autorità Antitrust ma delle argomentazioni di "contesto", valuta le pratiche contestate alla luce delle disposizioni del Codice del Consumo, delle risultanze dell'istruttoria e delle motivazioni dell'AGCM, concludendo nel senso di ritenere legittimo il provvedimento sanzionatorio in virtù dell'accertata aggressività<sup>25</sup> delle condotte poste in essere dalla Società. Quest'ultima, sfruttando la propria posizione di monopolio, aveva indotto gli utenti del servizio a versare somme di denaro a loro non addebitabili pur di ottenere l'allaccio dell'utenza. La condotta aggressiva si era inoltre spinta fino al punto di non riconoscere agli utenti il proprio diritto a reclamare tramite minacce di sospensione della fornitura: la società si rifiutava, infatti, di trattare quei reclami presentati senza l'utilizzo del modulo presente sul proprio sito internet, ciò nonostante nella Convenzione di affidamento, nel Regolamento del S.I.I. e nella Carta dei Servizi redatta e pubblicata sul sito internet del gestore, non fossero previsti specifici requisiti di forma per la presentazione del reclamo. Tale *modus procedendi*, connotato da una grave carenza informativa aveva comportato la mancata gestione delle doglianze c.d. fuori format, generando morosità<sup>26</sup> e numerose contestazioni da parte dei consumatori i quali, in buona fede, ritenevano di aver presentato un reclamo ed erano in attesa di una risposta, mentre il gestore esercitando un evidente condizionamento sui comportamenti degli utenti, continuava nelle procedure di riscossione, minacce di distacco e finanche distacchi della fornitura.

L'orientamento espresso dalla quarta sezione del Consiglio di Stato nella pronuncia in commento si discosta, in parte, da quelli espressi nelle c.d. sentenze gemelle dall'Adunanza Plenaria: nel confermare, per le pratiche sub a), gli esiti della sentenza appellata, il Collegio sembra abbandonare l'angolo prospettico del conflitto tra norme e utilizzare, come prisma attraverso cui filtrare le proprie valutazioni, quello dei vincoli che le stesse Autorità si sono autoimposte con la sottoscrizione del Protocollo d'intesa e della natura del parere espresso dall'Autorità di regolazione. Una soluzione che però rischia di prestare il fianco a critiche<sup>27</sup> potendo essere letta come un surrettizio ritorno dei giudici amministrativi al criterio della specialità per settori, soprattutto laddove i citati Protocolli di intesa non contengano, come era stato invece da alcuni auspicato, un elenco di aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette già disciplinati dal regolatore di settore sui

---

<sup>25</sup> Ai sensi dell'articolo 24 del Codice del consumo è considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. In merito ai caratteri della pratica aggressiva, in giurisprudenza, si veda da ultimo T.A.R. Lazio Roma Sez. I, 22 marzo 2018, n. 3186, in *www.giustamm.it*.

<sup>26</sup> Rispetto a quest'ultima problematica in attuazione delle previsioni di cui al d.P.C.M. 29 agosto 2016, ARERA ha avviato un procedimento di consultazione (DCO 3 agosto 2017, 603/2017/R/IDR e DCO del 3 febbraio 2018, 80/2018/R/IDR) in merito alle misure necessarie per il contenimento della morosità nel servizio idrico integrato, ivi incluse le procedure per la sospensione della fornitura e l'eventuale disalimentazione delle utenze morose, nonché le misure poste a tutela dell'utente finale nei casi di sospensione e disattivazione della fornitura, in *www.arera.it*.

<sup>27</sup> In chiave critica rispetto alle argomentazioni addotte dal TAR LAZIO nella sentenza appellata, V. MELI, *La protezione del contraente debole e le pratiche commerciali scorrette nell'erogazione del servizio idrico*, in *Annuario di Diritto dell'energia, Il regime dell'acqua e la regolazione dei servizi idrici*, Ed. 2017, (a cura di) L. CARBONE, G. NAPOLITANO E A. ZOPPINI, pag. 359.



quali, ai sensi dell'articolo 19, comma 3 del Codice del Consumo, le rispettive disposizioni speciali prevarrebbero sulla disciplina generale<sup>28</sup>.

Ancora una volta, quindi, la problematica dell'osservanza del principio di specialità posto dalla direttiva 2005/29/Ce, apparentemente risolta a livello di normativa primaria è nei fatti insidiosamente scivolata verso la fase applicativa rimettendo alla Corte di Giustizia UE l'interpretazione finale.

#### **4. I più recenti interventi giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e del Consiglio di Stato: il criterio dell'incompatibilità tra norme**

Il tema delle pratiche commerciali scorrette ritorna nuovamente ad essere sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia UE nel 2018 quando, con ordinanze separate, la sesta sezione del Consiglio di Stato<sup>29</sup> e il TAR Lazio<sup>30</sup> hanno deciso di rimettere in via pregiudiziale una serie di questioni finalizzate a chiarire gli ambiti e le condizioni applicative della normativa generale in materia di pratiche commerciali scorrette e delle norme settoriali che, rispettivamente nei settori delle telecomunicazioni e in quello energetico, stabiliscono obblighi in materia di tutela del consumatore, in particolare, qualora i due plessi normativi siano astrattamente suscettibili di essere applicati ad una medesima condotta.

Per quanto riguarda le ordinanze di rimessione del Tar Lazio, le due "pratiche" commerciali "scorrette" erano consistite nella conclusione di contratti non richiesti di fornitura di energia elettrica e di gas naturale finalizzate all'acquisizione di clientela sul mercato libero mentre la "condotta" sanzionata corrispondeva all'aver concluso contratti a distanza e fuori dai locali commerciali, in violazione dei diritti attribuiti al consumatore dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, concernente "Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CEE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE"; per quanto riguarda, invece, l'ordinanza di rinvio del Consiglio di Stato, le questioni rimesse alla Corte di Giustizia concernevano la qualificazione, in termini di pratica commerciale aggressiva, della condotta di un operatore di telefonia consistente nell'omissione informativa in merito alla pre-impostazione sulla SIM di determinati servizi telefonici (i.e. il servizio di segreteria telefonica o di navigazione internet) e, in generale, sulla *ratio* della direttiva 2005/29/CE, sul principio di specialità quale principio regolatore dei rapporti tra ordinamenti o dei rapporti tra norme, oppure ancora delle Autorità preposte ed, infine, sul principio di "contrasto" tra norme.

In risposta alle suddette ordinanze il Giudice europeo è intervenuto, dapprima, nel settembre 2018 con la sentenza n. 54 del 13 settembre 2018<sup>31</sup> e poi, nel 2019, con ordinanza del 14 giugno 2019.

---

<sup>28</sup> V. CARFÌ, *op.cit.*, pag. 7.

<sup>29</sup> Consiglio di Stato, VI sez., 17 gennaio 2017, n. 168, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2017, con nota di V. MOSCA, *Il riparto di competenze sulla tutela del consumatore all'esame della Corte di Giustizia*, pag. 519. Le ordinanze in questione sono state adottate nell'ambito degli stessi giudizi in cui la questione pregiudiziale era stata già rimessa all'Adunanza Plenaria. Si tratta di un *modus procedendi* che trova giustificazione nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenza 5 aprile 2016, causa C-689/13 *Puligienica Facility*) che ha, infatti, stabilito la prevalenza dell'obbligo di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE anche qualora il dubbio sull'interpretazione del diritto UE riguardi una questione su cui si è pronunciata l'Adunanza Plenaria. Questa statuizione della Corte di Giustizia è stata poi confermata anche a livello nazionale dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 20 del 27 luglio 2016, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

<sup>30</sup> TAR Lazio, ordinanze nn. 2547, 2548, 2550 e 2551 del 17 febbraio 2017, relative ai casi PS9834-Green Network-Attivazioni non richieste; PS9769- Enel Energia- Attivazioni non richieste; PS9815- Acea Energia- Attivazione non richieste; PS9999- Hera comm- Attivazioni non richieste, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>31</sup> Corte di Giustizia UE, sentenza n. 54 del 13 settembre 2018, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contro Wind Tre SpA e Vodafone Italia SpA Domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal Consiglio di Stato, in [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu).

In entrambe, l'interpretazione fatta propria dai giudici europei parte dall'analisi del concetto di "contrasto" tra plessi normativi che a parere dei giudici si verificherebbe unicamente quando disposizioni estranee alla direttiva *consumer rights*, disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette, impongano ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili con quelli stabiliti dalla citata direttiva.

Pertanto, per risolvere un possibile conflitto tra norme o tra Autorità e giudici europei ritengono necessario utilizzare un criterio di incompatibilità tra norme. Per verificare la sussistenza di un'incompatibilità bisogna fare riferimento all'*idem factum* per cui il divieto di pratiche commerciali scorrette opererà se il secondo processo inizia in presenza di un medesimo fatto inteso in senso naturalistico. Se sussiste incompatibilità significa, per definizione, che non possa venire in rilievo il medesimo fatto e, quindi, si è fuori dal perimetro delle questioni problematiche poste dal concorso di norme e, conseguentemente, anche dal *ne bis in idem*. Se non sussiste incompatibilità significa, invece, che si applicano esclusivamente le norme sulle pratiche commerciali scorrette con competenza esclusiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Più di recente, nella sentenza n. 7296 del 25 ottobre 2019, anche il Consiglio di Stato ha fatto proprio il suddetto criterio, affermando che il principio di specialità dovrebbe essere inteso nel senso che la disciplina speciale di derivazione europea potrebbe trovare applicazione solo in caso di verificato contrasto con quella generale e a condizione che tale disciplina si occupi di aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette, regolando una fattispecie omogenea a quella regolata dalla normativa generale, ma da questa distinta da un elemento specializzante, di aggiunta o specificazione della fattispecie stessa.

## 5. Conclusioni

Le citate sentenze della Corte del Lussemburgo e del Consiglio di Stato sembrano segnare l'epilogo della tormentata vicenda che ha interessato il criterio del riparto di competenze tra Autorità, settoriali e trasversale, in materia di pratiche commerciali scorrette facendo propendere per il definitivo abbandono dei criteri di matrice penalistica quando invece un'altra corte europea, la CEDU, equipara la sanzione amministrativa a quella penale<sup>32</sup>. Risulta così demandata all'AGCM la competenza "generale" in materia e a quelle di settore una competenza "residuale" ricorrente solo quando la disciplina di settore regoli aspetti specifici delle pratiche che rendono le due discipline incompatibili.

Bisogna al riguardo sottolineare che se il criterio di specialità presuppone che le discipline presentino aspetti comuni e aspetti differenti, quello dell'incompatibilità presuppone, invece, che tra le due discipline sussista una vera e propria divergenza di contenuti che non ne consenta neanche l'astratta coesistenza. Pertanto, potrà parlarsi di contrasto solo quando vi sia un'effettiva incompatibilità tra norme che regolano la medesima fattispecie e non una semplice antinomia.

Ulteriore corollario dei più recenti approdi giurisprudenziali è che il suddetto contrasto tra norme debba essere valutato alla luce del diritto dell'Unione Europea e non del diritto interno né della regolazione di settore. Ciò comporta che in fase di rilascio del parere, l'Autorità di settore dovrà eventualmente motivare la legittimità delle condotte contestate alla luce delle disposizioni europee rinvenendo, in queste ultime, elementi di totale incompatibilità con la disciplina generale dettata dalla direttiva *consumer rights*.

Questo approdo finale è in grado di produrre maggiore certezza tra gli operatori del mercato, in quanto consente a monte di individuare il criterio del riparto di competenza tra le Autorità, di settore e trasversale, fermo restando che un ruolo di rilievo continueranno a

---

<sup>32</sup> Corte Edu, sentenza Grande Stevens e altri c. Italia, 4 marzo 2014, in dottrina F. Palladino, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti tra matière pénale e divieto di bis in idem (note a margine della sentenza Corte EDU, Grande Stevens e altri c. Italia, 4 marzo 2014)*, in *Riv. Regolazione dei Mercati*, fasc. 2/2014.

rivestire i protocolli di intesa tra le rispettive Autorità, quale specie del *genus* degli accordi per individuare forme e modi del reciproco coordinamento.

(31 marzo 2020)