



**NUOVE
FRONTIERE
DIRITTO**

**Addenda 2014
allo Speciale Mercato e concorrenza
di novembre 2012**

Associazione culturale non riconosciuta

Rivista a carattere giuridico-scientifico

Registrata Presso Tribunale Roma Decreto n. 228 del 9/10/2013

Anno 2014

**NUOVE
FRONTIERE
DIRITTO**

Direttore responsabile: Michela Pecoraro (michela.pecoraro@nuovefrontierediritto.it)

Fondatore e Direttore scientifico: Federica Federici
(federica.federici@nuovefrontierediritto.it)

Responsabile di redazione: Marianna Sabino (marianna.sabino@nuovefrontierediritto.it)

Comitato scientifico in materie giuridiche: Federica Federici, Marianna Sabino, Emanuela Loria, Barbara Carrara, Mario Tocci, Domenico Salvatore Alastra, Luigi Caffaro, Filomena Agnese Chionna, Piero Algieri, Domenico Di Leo, Rosalia Manuela Longobardi, Massimo Marasca, Alberto Eramo, Alessia Canaccini, Carlo Pilia, Donatella Rocco, Giancarlo Trovato, Domenico Arcuri, Valentina d'Aprile, Martino Modica

Specialisti in materie scientifiche: Paolo Capri (psicologo giuridico e criminologo) - Sergio Nucci (medico chirurgo) - Lanfranco Belloni (fisico) - Fabio Delicato (criminologo)

Webmaster: Riccardo Scannapieco

Hanno collaborato alla addenda del mese: Pietro Algieri – Francesca Lucchese – Salvatore Magra

Nuove frontiere del diritto è una rivista *on line* fruibile su www.nuovefrontierediritto.it

ISSN 2240 - 726X

Nuove frontiere del diritto è rivista registrata con decreto n. 228 del 9/10/2013, presso il Tribunale di Roma. Proprietà: Associazione culturale Nuove Frontiere del Diritto. Direttore responsabile: Avv. Michela Pecoraro. Le singole posizioni dell'Associazione e della rivista (proprietario e gestori) sono precisate nel 'Chi siamo' del sito.

Copyright 2013 - Proprietà letteraria e tutti i diritti riservati

Nuove frontiere del diritto ha un Gruppo Facebook, una pagina Facebook ed una pagina Twitter (@RedazioneNfd)

La redazione: redazione@nuovefrontierediritto.it

Le e-mails: info@nuovefrontierediritto.it
friends@nuovefrontierediritto.it

Attenzione: La pirateria editoriale ed informatica sono reati. I diritti di traduzione, memorizzazione elettronica, riproduzione ed adattamento (totale o parziale), con qualunque mezzo, sono riservati per tutti i Paesi. Sono consentite la riproduzione, stampa e copia per uso personale. Tutte le altre forme di riproduzioni *on line* ed analogico-digitali potranno avvenire solo col consenso scritto della redazione (redazione@nuovefrontierediritto.it) e con obbligo di citazione della fonte. In caso contrario sono fatti salvi tutti i diritti, i quali si faranno valere sia in sede penale che in quella civile.

Riteniamo opportuno un aggiornamento in materia di concorrenza e mercato, tema di cui ci siamo a suo tempo occupati con uno speciale scaricabile su <http://www.nuovefrontierediritto.it/lo-speciale-mercato-e-concorrenza/>

Seguono quindi tre contributi che fanno il punto della situazione a chiusura dell'anno 2013.

CONCORRENZA, MERCATO E AUTHORITIES

a cura dell'Avv. Salvatore Magra

E' noto che, di regola, un mercato concorrenziale viene ritenuto maggiormente in grado di consentire una soddisfacente allocazione delle risorse, rispetto alla soluzione del monopolio, in quanto, in tale ultima ipotesi, l'unico offerente può decidere, secondo l'impostazione che intenda dare, il prezzo o la quantità da offrire sul mercato, con la conseguenza che i compratori si trovano in una posizione di forte svantaggio. Esistono, peraltro, ipotesi, in cui il monopolio può consentire una distribuzione delle risorse, migliori, rispetto alla concorrenza. Si tratta dei casi, per la cui denominazione si usa l'etichetta "monopolio naturale". Di regola, il monopolio non è pareto-efficiente, perché la situazione, cui esso conduce, è tale, che vi sarebbe la possibilità di creare l'aumento del benessere di un soggetto, senza diminuire quello degli altri. Esistono, peraltro, taluni casi, in cui la concorrenza perfetta è meno conveniente del monopolio; in particolare, si tratta di ipotesi, in cui si riscontrino economie di scala nella produzione, insieme con rendimenti crescenti. In tali eventualità, si creano i presupposti, perché una sola impresa produca a costi minori, rispetto a un insieme di piccole imprese. La nozione di "monopolio naturale" attecchisce in modo particolare nel settore dei servizi pubblici, in cui i costi medi sono decrescenti al crescere della produzione (si pensi alla somministrazione di energia elettrica o di acqua). La presenza di una pluralità di imprese, in settori siffatti, può dare la stura alla ricerca di una massimizzazione (o, in ogni modo, di un pieno soddisfacimento) dei profitti, in contrasto con l'esigenza di una protezione della pubblica utilità. Fisiologicamente, è possibile che si costruisca un monopolio di fatto, con la conseguente creazione dei presupposti per un "fallimento del mercato". Da ciò la necessità o, quantomeno, l'opportunità di un intervento dello Stato in economia.

Va rimarcato che l'ipotesi, teorizzata dai neoclassici, della concorrenza perfetta è utopistica, in quanto presuppone una concezione atomistica di offerenti e domandanti, e la totale assenza di asimmetrie informative, tale da non trovare rispondenza nella realtà, in cui sono più verosimili ipotesi intermedie fra la concorrenza monopolistica e l'oligopolio. I neoclassici sfruttano il modello astratto del "banditore", per teorizzare la concorrenza perfetta, vale a dire di un soggetto che

ad alta voce proclama il prezzo, stabilito dal mercato. Il banditore è attento a modificare il prezzo, ogni volta in cui i compratori accettano di comprare una quantità di prodotto, differente da quella offerta. Si può sovrapporre al modello del banditore quello delle aspettative razionali, supponendo che gli operatori del mercato siano in grado di prevedere gli andamenti del prezzo. Peraltro, entrambi i modelli (banditore-aspettative razionali) restano astratti e non riescono a rispecchiare la realtà, in cui emergono modelli di concorrenza imperfetta. Nella concreta operatività dei mercati, le imprese stabiliscono il prezzo e tra i prodotti venduti e acquistati si riscontrano delle, ancorché lievi, differenze. E' altrettanto utopistico, altresì, presumere la totale disponibilità d'informazioni, presso tutti gli operatori economici, in quanto le asimmetrie informative sono la regola dei mercati concreti.

L'esigenza di proteggere la concorrenza attecchisce in Italia in tempi relativamente recenti, per una sorta di diffidenza, più o meno surrettizia, nei confronti dell'iniziativa economia privata, tale da suggerire l'opzione verso l'intervento pubblico dello Stato nell'economia.

La progressiva "integrazione" dell'economia nazionale e di quella internazionale spinge ad approntare una normativa di protezione della libera concorrenza. Il primo tentativo in tal senso è attuato attraverso la legge 127-1990, contenente *"norme per la tutela della concorrenza e del mercato"*.

La premessa, sopra svolta, consente di chiarire che la protezione in parola si riferisce non già al modello della concorrenza perfetta, in quanto non esistente in concreto (o esistente in modo minimo), ma a una concorrenza imperfetta, oscillante fra oligopolio e concorrenza monopolistica.

Con la politica finanziaria, in cui si sostanzia l'intervento pubblico dello Stato in economia, si perseguono, almeno in astratto, obiettivi di promozione dello sviluppo economico, correzione della mancanza di equilibrio del mercato, equa distribuzione del reddito nazionale (riduzioni degli squilibri territoriali e settoriali), risanamento dei conti pubblici, lotta all'inflazione e stabilizzazione della moneta.

Partendo dal presupposto che il sistema non sempre tende di per sé a una soddisfacente allocazione delle risorse (in contrasto con quanto sostenuto dalla teoria della "mano invisibile" di Adam Smith, secondo cui spontaneamente l'offerta crea la propria domanda con la conseguente realizzazione di una situazione di equilibrio) e che, pertanto, occorre un intervento del settore pubblico, per migliorarne il funzionamento, la politica economica deve attivarsi per dare un impulso, che consenta l'utilizzo delle risorse non utilizzate, che spesso possono consentire il perseguimento di obiettivi non preventivati.

L'azione deve rivolgersi a quei settori, in cui il perseguimento di un fine di lucro può precludere l'efficienza dei beni o servizi, in particolare quando si tratti di prestazioni essenziali per la collettività. L'intensità dell'intervento di politica economica andrà valutato in relazione alla congiuntura. L'obiettivo che le ricostruzioni tradizionali considerano è quello di evitare o attenuare i c.d. fallimenti del mercato, quando la non corretta informazione, la presenza di esternalità negative, l'esigenza che determinati beni siano prodotti in monopolio (c.d. naturale), piuttosto che in regime di concorrenza, rendono opportuno un intervento di politica economica, per attenuare le conseguenze negative di una situazione non ottimale per gli utenti. La politica economica può realizzarsi con opportuni "aggiustamenti" della politica fiscale e di spesa pubblica, tenendo conto che le decisioni sulle medesime non vanno prese separatamente, ma opportunamente coordinate. La politica economica, se sapientemente modulata, contribuisce, in un sistema misto, a stimolare l'attività delle imprese, utilizzare appieno i fattori produttivi disponibili, controllare la stabilità dei prezzi e mantenere proficue relazioni economiche con gli Stati esteri.

Sul piano dei collegamenti fra diritto ed economia, la legge degli sbocchi, vale a dire la formula, che sintetizza la tesi dei neoclassici, in base a cui il mercato tende spontaneamente a una situazione di equilibrio, sembra postulare una visione, secondo cui è il mercato a determinare la normativa da applicare (c.d. "lex mercatoria", configurata da una dottrina (GALGANO¹) e da talune pronunzie della giurisprudenza). La politica di matrice keynesiana, essenzialmente configurabile come politica fondantesi sulla domanda, piuttosto che sull'offerta, sembra postulare un intervento dello Stato in economia, con una formazione della politica economica, proveniente essenzialmente dall'autorità statale e, comunque, da enti territoriali (la tesi di IRTI², che critica l'originarietà

¹ Cfr. GALGANO, *Lex mercatoria*, 2010.

² Cfr. IRTI, *Il carattere politico-giuridico del mercato*, disponibile in rete, secondo cui "E sempre agli Stati si rivolge l'estremo appello dell'economia, quando – come già notammo – gli accordi privati siano ineseguiti e il bisogno della forza coercitiva diventi indifferibile. Proprio codesto appello dimostra che i singoli accordi, e la stessa lex mercatoria, non costituiscono fonti originarie di diritto, ma sempre presuppongono gli ordinamenti statali. Non la lex mercatoria si serve del diritto statale (o di unioni di Stati), ma tali ordinamenti lasciano spazi, più o meno larghi, all'autonomia dei privati. Accordi negoziali e lex mercatoria stanno dentro quei diritti, di cui, in caso di violazione, s'invoca la potestà coercitiva. Bene è stato osservato che "il potere sovrano è chiamato a garantire e assicurare la lex mercatoria, ma questa tutela è sempre una relazione di inclusione, determinata in misura dei bisogni di tutte le parti in causa". Dove solo sarebbe da chiarire che l'inclusione non è un posterius, ma un prius; e che in tanto le parti possono fruire della tutela, in quanto quei loro accordi e quella lex siano già previsti dalla legge statale e reputati meritevoli di protezione. L'ammissione alla tutela, giudiziale e

della lex mercatoria, come fonte del diritto, rivendicando la supremazia della fonte giuridica statale appare pienamente in armonia, almeno nel nucleo essenziale, con l'idea che da solo il mercato, e quindi la lex mercatoria, non riescono ad allocare in modo ottimale le risorse ed è necessario l'intervento dello Stato, sia sotto l'aspetto dell'attività legislativa, sia sotto quello della politica economica).

Tra le iniziative di politica economica si colloca la protezione della concorrenza (imperfetta), per espresso dettato costituzionale: infatti, la Riforma del Titolo V della Costituzione (legge cost. n. 3-2001) ha riservato allo Stato la protezione della concorrenza (art. 117, comma 2° lett. e)). Il mercato concorrenziale non può considerarsi come una sorta di aggregazione, in cui vengono sostanziate e tutelati solo gli interessi degli imprenditori, ma occorre procedere anche a una protezione adeguata dei consumatori; d'altronde, nella struttura della concorrenza perfetta, si assume un ruolo "simmetrico" di consumatori e imprenditori, con la conseguenza che la stabilità del mercato medesimo può ottenersi, procedendo a una protezione di entrambe le categorie. Anche se, come sopra rilevato, la concorrenza perfetta non attecchisce in concreto, in quanto rappresenta una costruzione astratta, che serve, per elaborare teorie, applicabili ai mercati che si manifestano "in concreto", nonostante ciò, il valore dell'esigenza di una protezione dei soggetti consumatori si pone in modo intenso anche nelle forme di mercato intermedie fra oligopolio e concorrenza monopolistica (e, ovviamente, anche nel monopolio). In armonia con quanto sopra rilevato, è fatto divieto alle Regioni d'introdurre qualsivoglia limite alla protezione della concorrenza, come l'imposizione di determinati orari di apertura e chiusura per gli esercizi commerciali.

In ogni caso, nonostante che la protezione della concorrenza sia elevata al massimo grado sul piano dell'ordinamento statale, non ne discende che la medesima, in particolar modo quanto alla protezione del consumatore, debba essere necessariamente spinta alle estreme conseguenze, in quanto occorrerà attuare, sia in astratto, sia tenendo conto delle peculiarità del caso concreto, degli opportuni bilanciamenti con altri valori di rango costituzionale. Si aggiunga che ciò che fornisce protezione nel breve periodo può non consentire il conseguimento di tale risultato nel lungo periodo, in quanto le situazioni di mercato possono mutare repentinamente.

A proposito di protezione della concorrenza, va rimarcato come la giurisprudenza recente abbia sempre in modo più intenso attribuito

coercitiva, sempre postula un criterio di scelta, onde gli Stati determinano - o, meglio, predeterminano - il lecito e l'illecito, il rilevante e l'irrilevante, il protetto e il rifiutato".

all'Autorità di Garanzia delle Comunicazioni la protezione del valore in esame e, di riflesso, la tutela dei consumatori

All'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 11-2012 (in realtà, oggetto della problematica, di cui appresso sono state le sentenze dell'Adunanza Plenaria da n. 11 a n. 16 del maggio 2012), si è posto il problema dell'individuazione della disposizione o disciplina da applicare, con riferimento alla questione, se la competenza in materia di protezione del consumatore, nel settore delle comunicazioni, sia di pertinenza dell'*Antitrust* (come emerge dalla disciplina del Codice del consumo), o dell'Autorità Garante delle Comunicazioni, come discende dal Codice delle comunicazioni. Il conflitto fra due Autorità indipendenti rischia di ledere intensamente il principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione. Si tratta del rapporto fra la normativa generale di repressione delle pratiche commerciali scorrette e quella, di repressione delle stesse, riguardo a specifici settori. La questione si traduce in quella di portata più generale su quale normativa prevalga fra il Codice del Consumo e il Codice delle Comunicazioni. La Plenaria del Giudici di Palazzo Spada ha statuito nel seguente modo: *"E' stata infatti evidenziata quanto alla questione di competenza un'incertezza sull'interpretazione della normativa, suscettibile di portare a soluzioni diverse, per la presenza nei due complessi normativi di riferimento, quello del Codice al consumo e quello del Codice delle comunicazioni elettroniche di norme di divieto e di sanzioni di pratiche commerciali scorrette, riferibili ai medesimi soggetti in veste di operatori economici e di consumatori finali"*. Si potrebbe argomentare nel senso del carattere complementare fra i due plessi normativi, oppure attribuire priorità alla protezione del "valore concorrenza", piuttosto che a quella del consumatore, con conseguente applicazione della disciplina del Codice delle Comunicazioni, contenente anch'essa una protezione della posizione giuridica del consumatore. In tale ultima ipotesi, il conflitto sarebbe risolto nel senso dell'applicazione della normativa speciale (Codice delle comunicazioni), rispetto alla normativa generale (Codice del consumo).

Secondo l'Adunanza Plenaria, *"Dall'analisi di tale assetto normativo (Codice delle comunicazioni n.d.r.), cui occorre aggiungere per esigenze di completezza i coerenti principi ricavabili dalle leggi n. 481 del 1995 e 249 del 1997, emerge ictu oculi che l'intenzione del legislatore (sia nazionale che comunitario, trattandosi in gran parte di norme di diretta derivazione comunitaria) è quella di ricomprendere a pieno titolo nella disciplina in esame anche la tutela del consumatore/utente, nell'ambito di una regolamentazione che dai principi scende fino al dettaglio dello specifico comportamento"*. Ne discende la competenza dell'Autorità Garante delle Comunicazioni a occuparsi della protezione del consumatore, in relazione ai settori specifici, nei quali la medesima opera.

A supporto di tale argomentazione, può enuclearsi un elemento, che palesa in modo lampante il nesso fra diritto extranazionale e diritto

nazionale: l'art. 3, paragrafo 4, della Direttiva comunitaria in materia di pratiche sleali, trasposto nell'art. 19, comma 3, del Codice del Consumo, stabilisce che *"in caso di contrasto le disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette prevalgono sulle disposizioni del presente titolo e si applicano a tali aspetti specifici"*. Secondo l'Adunanza Plenaria, *"Non può, quindi, convenirsi con la tesi sostenuta da Antitrust, che cioè la disciplina di settore delle comunicazioni elettroniche avrebbe finalità di sola tutela della concorrenza e di garanzia del pluralismo informativo, poiché queste ultime finalità non possono non affiancarsi alla tutela del consumatore, come sopra evidenziato"*. L'Adunanza Plenaria conclude nel senso che possa applicarsi il paradigma della specialità, nel significato sopra precisato, con la conseguenza, esplicitata nei seguenti termini: *"Orbene, alla luce del principio testé affermato occorre impostare il rapporto tra la disciplina contenuta nel Codice del consumo e quella dettata dal Codice delle comunicazioni elettroniche e dai provvedimenti attuativi/integrativi adottati da AGCOM. A tale riguardo, non v'è chi non veda come, anzitutto, la disciplina recata da quest'ultimo corpus normativo, presenti proprio quei requisiti di specificità, rispetto alla disciplina generale, che ne impone l'applicabilità alle fattispecie in esame (in coerenza con quanto affermato da Cons. Stato, sezione I, n. 3999/2008; Sezione VI, n. 720/2011)"*. La Plenaria interpreta la disciplina contemplata nel Codice delle Comunicazioni come completa (ciò presuppone che il concetto di "completezza" sia univoco, ma la questione è opinabile³) e statuisce ulteriormente: *"Non può pertanto ragionevolmente dubitarsi, anche con riferimento alla sua ratio (espressamente indicata nell'incipit del comma 1 "al fine di favorire la concorrenza e la trasparenza delle tariffe, di garantire ai consumatori finali un adeguato livello di conoscenza sugli effettivi prezzi del servizio, nonché di facilitare il confronto tra le offerte presenti sul mercato"), che la normativa contenuta nel ricordato d.l. n. 7 del 2007, convertito in l. n. 40 del 2007, è completa ed esaustiva, individua essa stessa l'Autorità (AGCOM) competente a sanzionare la violazione delle disposizioni di cui tra l'altro, al comma 3, tra cui rientra anche quello contestato nel caso di specie a TELECOM, escludendosi così in radice la possibilità di una competenza concorrente di Antitrust"*. Tali indirizzi sono stati confermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16-2012. Le sentenze del TAR, Lazio I n. 7643-2013 e 7464-2013 hanno confermato la tesi, sostenuta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sulla questione dei rapporti fra Codice delle comunicazioni e Codice del Consumo, asserendo che *"appare pertinente il richiamo alle*

³ E' noto che vi è la contrapposizione fra chi sostiene la tesi della completezza dell'ordinamento giuridico, negando in radice la presenza di lacune del medesimo, e chi, invece, nega la possibilità di tale completezza. Ove l'ordinamento nel suo insieme non possa considerarsi completo, tantomeno potrà considerarsi completa ed esaustiva una legge.

precedenti pronunce con le quali la Sezione, in altra fattispecie pure attinente al settore delle comunicazioni elettroniche, in piena adesione agli orientamenti espressi dall'Adunanza Plenaria n. 11 dell'11 maggio 2012, ha risolto in favore dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni la questione della individuazione dell'Autorità competente ad adottare provvedimenti sanzionatori in materia di tutela del consumatore nel settore all'odierna attenzione (Tar Lazio, I, 18 febbraio 2013, nn. 1742, 1752 e 1754)". Si conclude nel senso che "Le considerazioni complessivamente svolte consentono, a parere del Collegio, di risolvere in favore dell'AgCom il conflitto di competenza in discussione e di decretare la conseguente esclusione dell'applicazione delle norme generali del Codice del consumo alla condotta in esame, essendo la suddetta Autorità preposta alla cura e alla salvaguardia dell'interesse pubblico primario della tutela del consumatore nel settore specifico delle comunicazioni elettroniche; e tanto, sulla base di fonti normative che, da un lato, inequivocabilmente le conferiscono competenza esclusiva in materia, dall'altro ne disciplinano in dettaglio i poteri di intervento" .

La carenza di legittimazione dell'Autorità antitrust è amplificata dalla circostanza che la medesima, nelle ipotesi esaminate dal Tar Lazio, ha agito, attribuendosi poteri di regolamentazione, che, secondo una certa interpretazione della disciplina in materia, non rientrano nelle proprie competenze.

Secondo la giurisprudenza del Tar Lazio, anche la Banca d'Italia ha tutela in materia di protezione dei consumatori, nel settore del credito. In particolare, l'art. 127 d.lgs. n. 385 del 1993, come successivamente integrato e modificato, prevede che *"le Autorità creditizie esercitano i poteri previsti dal presente titolo avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'articolo 5, alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela. A questi fini la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, può dettare anche disposizioni in materia di organizzazione e controlli interni"*. L'art. 128 *ter*, comma 1, del medesimo Testo unico prevede che *"qualora nell'esercizio dei controlli previsti dall'articolo 128 emergano irregolarità, la Banca d'Italia può:*

- a) inibire ai soggetti che prestano le operazioni e i servizi disciplinati dal presente titolo la continuazione dell'attività, anche di singole aree o sedi secondarie, e ordinare la restituzione delle somme indebitamente percepite e altri comportamenti conseguenti;
- b) inibire specifiche forme di offerta, promozione o conclusione di contratti disciplinati dal presente titolo;
- c) disporre in via provvisoria la sospensione, per un periodo non superiore a novanta giorni, delle attività di cui alle lettere a) e b), laddove sussista particolare urgenza;
- d) pubblicare i provvedimenti di cui al presente articolo nel Bollettino di cui all'articolo 8, comma 1, e disporre altre forme di pubblicazione, eventualmente a cura e spese dell'intermediario". Il Giudice, tuttavia, ha evidenziato che le menzionate disposizioni risultano frutto delle

modifiche introdotte dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 di "Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del Titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) , quanto alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi".

Gli elementi, desumibili dagli esaminati arresti della giurisprudenza amministrativa, circoscrivono l'ambito di azione dell'Antitrust, ove, in singoli settori, si collochino Autorità, con una competenza, per dir così, "specialistica". E' auspicabile che permanga una condivisione di vedute sull'importante profilo della delimitazione della competenza fra le Autorità, proprio per evitare che la difformità di discipline in astratto applicabili possa in qualche modo nuocere alla protezione del consumatore.

PARERE DELL'AGCM AVVERSO ATTI ANTICONCORRENZIALI DELLE AMMINISTRAZIONI (INTRODUZIONE)

La disciplina vigente attribuisce all'Antitrust anche talune importanti attitudini. In particolare, va attenzionata la recente normativa, che attribuisce alla Autorità Garante della Concorrenza la legittimazione *ex lege* all'impugnazione di provvedimenti e regolamenti della Pubblica amministrazione, che siano lesivi della concorrenza (cfr. Art. 21-bis della legge n. 287/1990 introdotto dall'art. 35, comma 1, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214; a tenore del 1° comma del citato art. 21 bis, l'Antitrust è legittimata "*ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato*").

Si è posto il problema se tale legittimazione *ex lege* sia giustificata, in base alla presenza di una posizione soggettiva, in capo all'Autorità Garante, posizione che funga da sostrato sostanziale all'interesse a impugnare e si è argomentato, nel senso che tale interesse soggettivo sia rinvenibile proprio nella protezione della concorrenza. Peraltro, la protezione del valore "concorrenza" appare, in effetti, concetto troppo generale, per potersi ritenere che dal medesimo scaturiscano delle posizioni soggettive, da considerarsi concretamente operative anche sul piano della tutela processuale, nell'ipotesi in cui vengano in considerazione atti lesivi della concorrenza stessa, i quali, purtroppo, non sono frequenti. Ci si può domandare a monte se sia indispensabile la configurazione e l'esistenza di una posizione soggettiva, come componente dell'interesse a impugnare, in presenza di un meccanismo, volto a tutelare un interesse generale. Un ulteriore tentativo di interpretazione della disciplina in commento, così fortemente innovativa, ha tentato di avvicinare il ruolo dell'AGCM a quello del Pubblico Ministero⁴, ove si inquadri una lettura di tale tipo nell'ambito dei tentativi, che talora emergono (e che sono oggetto di

⁴ Cfr. CINTIOLI, "Il nuovo diritto amministrativo", n. 2/2012, Dike giuridica, *passim*

dure critiche), di introdurre la figura del Pubblico Ministero nell'ambito del processo amministrativo. Si è opinato nel senso che la disciplina in commento introduca un'ipotesi di giurisdizione di diritto oggettivo, con il conseguente, ipotizzabile contrasto con la disciplina costituzionale, che collega la tutela giurisdizionale alla lesione di una posizione soggettiva (cfr. art. 103 Cost., con particolare riferimento alla giurisdizione del Giudice Amministrativo).

Il 2° c. dell'art. 21 *bis* prevede che l'Autorità debba indirizzare nei confronti dell'Amministrazione, che ha emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, un parere⁵; se l'Amministrazione non si conforma al parere, che deve indicare gli specifici profili delle violazioni riscontrate, nei sessanta giorni dalla comunicazione, il ricorso può essere presentato dall'Autorità nei trenta giorni successivi, con il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato. Deve ritenersi (anche se in astratto è possibile un'interpretazione diversa) che la legittimazione, cui fa riferimento il 1° c. dell'art. 21 *bis*, sia la medesima, indicata nel 2° c., in ordine alla proposizione del ricorso. Ove l'Amministrazione interessata non accolga l'implicito invito all'autotutela, cristallizzato nel parere dell'Autorità antitrust, attraverso l'annullamento d'ufficio dell'atto lesivo della concorrenza. Il potere di annullamento d'ufficio potrà essere esercitato, ove l'Autorità, che ha emanato il provvedimento ritenga di condividere l'impostazione di AGCM, nel senso della lesione del valore della concorrenza, ma può anche ritenersi che, nel bilanciamento fra interessi pubblici differenti, l'Amministrazione ne abbia anteposto un altro, rispetto alla protezione della concorrenza, la quale, in ogni caso, non ha una preminenza "assoluta". Pertanto, il dovere dell'Amministrazione di conformarsi al parere dell'AGCM non è assoluto, ma presuppone una previa valutazione autonoma della fondatezza degli argomenti, adottati dall'Autorità Garante. Ove quest'ultima, a fronte del rifiuto dell'Amministrazione di procedere all'annullamento in autotutela, ritenga di esperire il ricorso al Giudice Amministrativo, potrà attivarsi in tal senso, sia pure con una limitazione delle possibilità di successo, in rapporto alla contrapposta idea dell'Amministrazione, secondo cui non vi sia lesione della concorrenza.

Si tende a interpretare il suddetto parere dell'AGCM come una diffida in senso sostanziale, da cui consegue un obbligo, per l'Amministrazione destinataria, di conformarsi al parere dell'Antitrust. Un'altra interpretazione "legge" il parere come invito, rivolto all'Autorità Amministrativa, nel senso dell'esercizio dei poteri di autotutela. L'ente pubblico, in quanto il parere-diffida incide sulla propria posizione soggettiva, potrà impugnare il medesimo,

⁵ Più specificamente, il testo del 2° comma dispone che se l'AGCM "*ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate*"

argomentando nel senso dell'assenza di violazione delle regole in materia di concorrenza.

Sull'art. 21 bis in commento è interessante la recente sentenza del Tar Lazio, Sezione III, 15-3.2013, n. 2720, secondo cui *"In mancanza di un'espressa previsione, deve escludersi che la proposizione dei motivi aggiunti debba essere preceduta dalla reiterazione del parere interlocutorio di cui al secondo comma dell'art. 21 bis legge Antitrust. Il decorso del termine di sessanta giorni per l'emissione del parere è riferito alla conoscenza dello specifico atto ritenuto anticoncorrenziale, poi eventualmente impugnabile in sede giurisdizionale, da parte dell'AGCM. In mancanza di espressa previsione normativa, deve escludersi che l'eventuale tardività del parere rispetto alla scadenza del termine di sessanta giorni possa implicare la decadenza del potere di azione e la conseguente inammissibilità del ricorso giurisdizionale proposto direttamente avverso l'atto anticoncorrenziale. L'Amministrazione destinataria del parere di cui all'art. 21 bis legge Antitrust, qualora spontaneamente riconosca l'effettiva violazione delle norme a tutela della concorrenza, deve rimuovere o modificare l'atto originariamente adottato anche in difetto dei presupposti di cui all'art. 21 nonies della legge n. 241/90"*. Secondo la citata sentenza del Tar, la sequenza dei due commi dell'art. 21 bis in commento non introduce un'alternativa sul modo di procedere, nel senso che l'emissione del parere possa considerarsi come un'ipotesi di scelta, da porre sullo stesso piano della diretta proposizione del ricorso avverso l'atto lesivo della concorrenza. Secondo il Giudice Amministrativo deve, invece, ritenersi che il ricorso giurisdizionale debba considerarsi un rimedio ulteriore, quando l'interlocuzione fra Autorità Garante e Amministrazione, introdotta dalla proposizione del parere, non ottenga un esito positivo. Appare interessante il testo della sentenza sul punto: *"La norma infatti, secondo una piana e ragionevole considerazione del suo dato letterale, disciplina l'esercizio della legittimazione al ricorso dell'AGCOM (rectius: AGCM, per evitare sovrapposizioni e confusioni con l'Autorità Garante delle comunicazioni, n.d.r.) avverso atti amministrativi che assuma essere distorsivi della concorrenza, prevedendo al primo comma la stessa attribuzione della legittimazione, specificando al secondo comma, in rapporto di perfetta coincidenza oggettiva con il primo comma, le modalità di proposizione del ricorso e dettando, al terzo comma, le regole processuali applicabili.*

In secondo luogo, sembra al Collegio che la scelta normativa di condizionare la proposizione del ricorso giurisdizionale al previo espletamento della procedura di cui al comma secondo sia espressione della volontà di assicurare un momento di interlocuzione preventiva dell'Autorità con l'amministrazione emanante l'atto ritenuto anticoncorrenziale, allo scopo di stimolare uno spontaneo adeguamento della fattispecie ai principi in materia di libertà di concorrenza.

In altri termini, la configurazione della legittimazione dell'Autorità al ricorso giurisdizionale si pone, nell'attuale dato normativo, come extrema ratio, anche in considerazione del fatto che dà luogo ad un giudizio fra pubbliche amministrazioni; privilegiando piuttosto il legislatore modalità preventive di perseguimento dell'obiettivo di garanzia della libertà concorrenziale riconducibili, nella specie, al rapporto di leale collaborazione fra pubbliche amministrazioni. Del resto, la previsione di un termine speciale dimezzato, di trenta giorni, per la proposizione del ricorso – come anche l'applicazione di un rito processuale speciale accelerato - si giustifica proprio in considerazione del fatto che l'iniziativa giurisdizionale è preceduta dalla fase procedimentale di interlocuzione con l'Amministrazione emanante l'atto oggetto di contestazione”.

E' opportuno e auspicabile che su tali importanti tematiche la giurisprudenza cristallizzi degli orientamenti univoci, in modo da proteggere in modo apprezzabile consumatori e concorrenza.

Il riparto di competenza tra Antitrust e Agcom

a cura del Dott. Pietro Algieri

In materia di tutela del consumatore, una delle questioni di primaria importanza è il riparto di competenze tra due autorità indipendenti, l'Antitrust e l'Agcom, le quali, sarebbero ambedue competenti ad apprestare un'efficace tutela al contraente debole. Il problema del riparto sorge con particolare riferimento alle pratiche commerciali scorrette disciplinate dal Codice consumo e poste in essere da operatori telefonici. E' facilmente intuibile il perché di questo contrasto. Sarebbero, paradossalmente applicabili due Codici, quello del consumo e quello delle comunicazioni elettroniche. Da ciò conseguirebbe non solo un problema di *ne bis in idem*, ma anche di confusioni in seno agli operatori telefonici e ai consumatori. Al fine di dirimere il contrasto tra quale autorità sia effettivamente competente a tutelare il consumatore contro le pratiche commerciali scorrette commesse da aziende telefoniche, è intervenuto il Consiglio di Stato con le sentenze nr. 11 e 16 del 2012. Ambedue le decisioni vedevano come protagonista le suddette autorità e due aziende di telefonia molto note e con rilevanti quote di mercato, non solo sul territorio nazionale e concludevano nel medesimo modo. Preliminarmente però giova descrivere, seppur brevemente i fatti.

1. Il caso di specie di cui alla sentenza nr. 16 del 2012.

La società in questione adiva l'autorità giudiziaria amministrativa per ottenere la riforma della sentenza emanata dal TAR. Lazio, il quale, a sua volta aveva respinto il ricorso di quest'ultima, avente ad oggetto il provvedimento dell'Antitrust, con cui condannava l'azienda ad una sanzione pecuniaria di 215.000 euro per la riscontrata violazione degli artt. 20, 21, 22, 24, 25 e 26, lett. f), del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo).

A sostegno delle proprie ragioni, l'appellante, deduceva, quale primo motivo di impugnazione, particolarmente articolato:

- a) la carenza di potere, violazione dei principi di legalità, unicità dell'ordinamento, di certezza del diritto e del *ne bis in idem*.
- b) la violazione e falsa applicazione di legge. In particolare: degli artt. da 18 a 27 del Codice del consumo, degli artt. 13, 70, 71 e 98 del d. lgs 1 agosto 2003, n. 259, Codice delle comunicazioni elettroniche, della legge 14 novembre 1995, n. 481, della legge 31 luglio 1997, n. 249; e, a livello di legislazione comunitaria, della delibera n. 664/06/CONS, delle direttive nn. 2005/29/CE2/2002/22/CE e 1997/7/CE;
- c) motivazione contraddittoria, illogica e carente.

Con riferimento, invece, alla competenza dell'Antitrust ad accertare la presunta violazione delle norme del Cod del Consumo e la conseguente irrogazione della pena pecuniaria, la società di telefonia riteneva già in primo grado che questa non spettava all'autorità di cui sopra, ma all'Autorità garante delle comunicazioni (d'ora in poi AGCOM). I giudici di prime cure hanno censurato tale conclusione e hanno, altresì, statuito che solo Antitrust sarebbe titolare della cura

dell'interesse pubblico primario della tutela dei consumatori e ciò in virtù delle disposizioni in materia di pratiche scorrette di cui agli artt. 18 e segg. del Codice del consumo. Ma il Tar va ben oltre, e giunge ad affermare che l'AGCOM, in base alle disposizioni di settore contenute nel Codice delle comunicazioni elettroniche, spetterebbe il potere (implicito) di delineare *ex ante* il contenuto essenziale dei contratti inerenti i servizi di connessione e accesso alla rete telefonica pubblica, nonché di vigilare sull'applicazione delle medesime disposizioni. Ciò non esaurirebbe, peraltro, ogni possibile regola di comportamento esigibile dalle imprese medesime a tutela della libertà di scelta del consumatore. AGCOM, in tale assetto, perseguirebbe, quindi, solo in via indiretta la tutela del consumatore, obiettivo servente rispetto all'interesse pubblico primario relativo alla conformazione del mercato delle comunicazioni in senso concorrenziale e pluralistico.

Secondo l'appellante la conclusione prospettata dal TAR, non può essere condivisa, poiché, il Codice delle comunicazioni elettroniche attribuirebbe ad AGCOM l'interesse pubblico primario relativo solo alla tutela della libertà di iniziativa economica e di manifestazione del pensiero, mentre sarebbe il Codice del consumo a proteggere direttamente l'interesse della parte debole del rapporto contrattuale. Quanto detto nelle righe che precedono, secondo la società di telefonia, trova avallo anche nella normativa comunitaria e, più specificamente nel considerando 10 della direttiva 2005/29/CE (fonte normativa questa che ha introdotto la disciplina generale delle pratiche scorrette, poi recepita dagli artt. 18 e segg. del Codice del consumo) disciplina proprio il rapporto tra le norme della direttiva stessa e le disposizioni dettagliate in materia di pratiche sleali applicabili a settori specifici e stabilisce che essa si applichi soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali. Allo stesso modo, l'art. 3, comma 4, della medesima direttiva prevede che, in caso di contrasto (*conflict* nella versione francese e *conflict* in quella inglese) con altre norme comunitarie che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, debbano prevalere queste ultime, che si applicano a tali aspetti specifici.

Per quel che concerne il motivo di ricorso sub b) viene contestata la sussistenza, di pratica commerciale scorretta di cui all'art. 18, lett. d), del Codice di consumo. Infatti A afferma l'appellante di avere predisposto dei modelli di comportamento, da parte dei *call center*, idonei a rispettare la libera formazione della volontà negoziale in capo agli utenti.

Nell'ampiezza del motivo di ricorso sub b) si rinviene la violazione delle norme di cui agli artt. 24 e 25, nonché dell'art. 26, lett. f), del Codice del consumo; violazione degli artt. 52 e ss. del Codice del consumo; violazione della direttiva 2005/29/CE e della direttiva 97/07/CE. In particolare viene sottolineato come il TAR abbia errato nel qualificare come aggressiva la tecnica adottata di teleselling, in quanto non risulterebbe limitata in modo considerevole la libertà di scelta o di comportamento del consumatore, tanto da indurlo ad assumere decisioni che altrimenti non avrebbe adottato. Da ultimo, la società appellante deduce la violazione e falsa applicazione di legge, in particolare dell'art. 27 del Codice di consumo e dell'art. 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689;

violazione della direttiva 2005/29/CE; eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche ed in particolare, difetto di istruttoria, violazione del principio di proporzionalità; illogicità e carenza di motivazione. Secondo l'appellante la sanzione irrogata nel caso in esame sarebbe stata adottata da Antitrust in maniera incoerente e sproporzionata, sulla base di indici del tutto presuntivi, senza una idonea motivazione. Inoltre, difformi criteri sarebbero stati adottati da Antitrust in fattispecie analoghe; illogica e discriminatoria sarebbe, poi, l'applicazione della recidiva.

1.1. La difesa dell'antitrust.

La suddetta autorità decideva di costituirsi in giudizio adducendo, a sostegno delle proprie ragioni, le seguenti argomentazioni.

In primis, sottolineava e rimarcava che non esisteva contrasto tra la normativa generale a tutela del consumatore e la disciplina di settore, giungendo alla conclusione che dovrebbero dunque concorrere entrambe le discipline.

Aggiunge che, poi, nel caso in esame non sia ravvisabile identità tra gli interessi perseguiti dalle due discipline (quella del consumatore e quella contenuta nel Codice delle telecomunicazione). Mentre quella contenuta nel codice delle comunicazioni riserva ad AGCOM una funzione pro concorrenziale del mercato e di tutela del principio costituzionale del pluralismo nell'informazione; la tutela del consumatore, invece, opererebbe diversamente, in via mediata ed indiretta.

Il rapporto esistente tra le rispettive discipline, pertanto, sarebbe qualificabile in termini di complementarietà, con conseguente possibilità di intervento di entrambe le autorità in questione. Altrimenti opinando, sempre secondo Antitrust, si determinerebbe un vuoto di tutela, non colmabile con la disciplina di settore (finalizzata, invece, alla garanzia della maggiore competitività dei mercati). Quanto, poi, al merito della contestazione all'operatore telefonico, osserva Antitrust che il numero delle segnalazioni pervenute era tale da rendere obbligatoria la verifica della possibile sussistenza di una pratica commerciale scorretta.

Infine, con riferimento alla censura avanzata dall'appellante circa la sproporzione della sanzione adottata, osserva Antitrust di avere idoneamente adottato, in analogia con altri casi simili, una serie di indici di gravità del comportamento, dalla dimensione economica dell'operatore, alla tipologia delle condotte poste in essere, all'impatto delle pratiche sui consumatori ecc., in base ai quali ha individuato il *quantum* della sanzione inflitta.

1.2. ...E dell'Agcom.

Anche la più volte citata autorità delle comunicazioni si è costituita nel giudizio in questione, presentando una difesa incentrata esclusivamente sulle controdeduzioni avanzate dall'autorità di cui sopra. In particolare:

- a) evidenziava l'AGCOM, richiamando non solo un precedente giurisprudenziale dello stesso Consiglio di Stato ma anche le direttive della stessa autorità, che non è condivisibile quanto prospettato dall'ANTITRUST, circa l'assenza di un intento garantista e proteso alla tutela dei consumatori all'intero del Codice delle comunicazioni. A sostegno di tale assunto viene menzionato non solo la sezione III del Capo IV, espressamente dedicata ai "Diritti degli utenti finali", la quale contiene proprio un corpus di norme finalizzate esclusivamente alla tutela dei consumatori; ma anche la delibera n. 664/06/CONS, che impone, proprio per le vendite a distanza, specifici obblighi comportamentali agli operatori.

In virtù di ciò, pertanto, l'autorità conclude conferendo esclusivamente a sé la finalità di tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche.

2. ...E il caso di cui alla sentenza nr. 11 del 2012.

La sentenza nr. 11 del Consiglio di Stato, invece, vedeva protagonisti sempre l'Antitrust, il quale aveva avviato nei confronti di una nota azienda telefonica un procedimento ai sensi dell'art. 27, comma 3, del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo), come modificato dal d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146, "Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno" che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004), nonché ai sensi dell'art. 6 del "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette", in relazione alla presunta pratica commerciale scorretta nell'ambito della fornitura del servizio di telefonia mobile in regime di traffico prepagato, con riferimento al riconoscimento del credito residuo nell'ipotesi in cui l'utente avesse deciso di recedere dal servizio.

La pratica commerciale ritenuta scorretta consisteva:

- a) nel mancato riconoscimento del credito residuo sulle schede SIM dopo la loro disattivazione (ossia a seguito dell'esercizio del diritto di recesso), anche ove i consumatori avessero rispettato la procedura prescritta dalla società;
- b) nell'imposizione di alcuni oneri, quali, a titolo esemplificativo, l'esborso di 5 euro per conseguire la restituzione del credito residuo indicato nella "Carta Servizi TIM", disponibile sul sito internet www.tim.it;
- c) nella mancanza di adeguata informativa al cliente sui tempi entro i quali la richiesta di rimborso sarebbe stata evasa dalla società;

Una volta acclarato ciò, l'Autorità in questione riteneva che da tale condotta conseguiva la violazione di una pluralità di norme previste dal Codice del consumo, tra cui gli artt. 20, 21, 22, 24 e 25, concludendo il suddetto procedimento con l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di €. 135.000,00.

La società di telefonia in questione decideva, quindi, di adire l'autorità amministrativa, e proponeva ricorso al Tar Lazio, il quale, accoglieva parzialmente le richieste dalla ricorrente, annullando la misura della sanzione, salva la sua rideterminazione, e rigettando, invece, la censura di incompetenza nella materia *de qua* dell'Antitrust.

Avverso la suddetta sentenza, la società proponeva appello innanzi al supremo consesso di Giustizia amministrativa, adducendo a sostegno delle proprie ragioni, due motivi:

- 1) il primo verteva esclusivamente sull'incompetenza dell'Antitrust. Le ragioni di ciò, secondo quanto ritenuto dalla ricorrente, trova conferma nel dato normativo, e in particolare ai sensi della direttiva 2005/29/CE (recepita dalla specifica normativa del Codice del consumo), nella quale ("*considerando*" n. 10 e art. 3) viene fatta salva l'applicabilità delle normative comunitarie di settore rispetto a quella generale di tutela del consumatore; tale tesi, secondo l'appellante, troverebbe conferma nell'art. 19 del Codice del consumo. Da ciò ne deriverebbe, quindi, un sistema normativo settoriale, speciale ed esaustivo che prevederebbe la competenza di AGCOM nei casi come quello in esame, ai sensi dell'art. 1 del d.l. n. 7 del 2007 (convertito nella l. n. 40 del 2007) e, in generale, per quanto previsto nel Codice delle comunicazioni elettroniche (d. lgs. n. 259 del 2003, art. 70 e seguenti);
- 2) con il secondo motivo di gravame, l'appellante, insisteva sull'erroneità della decisione dei giudici di primo grado, i quali, avrebbero riconosciuto la legittimità del provvedimento impugnato per il carattere ingiustamente defatigante della procedura per la presentazione dell'istanza di restituzione del credito residuo (in quanto prevista con un'asserita unica modalità di inoltro, circostanza smentita dai dati di fatto), senza tuttavia, per un verso, trarne tutte le conseguenze con riferimento alla dedotta generica della comunicazione di avvio del procedimento (in cui nulla sarebbe stato indicato sulla pretesa gravosità della presentazione dell'istanza), e, per altro verso, eccedendo dai limiti del loro sindacato, ritenendo inopinatamente sussistenti profili della condotta contrastanti con il Codice del consumo (relativi al costo di euro 5 al consumatore per evadere la pratica istruttoria e al termine di 90 giorni per concluderla), neppure indicati nel provvedimento impugnato.

La più volte citata autorità si costituiva in giudizio e resisteva al gravame, poggiando la propria difesa sulle seguenti argomentazioni:

- a) circa la presunta incompetenza della stessa autorità, quest'ultima sottolineava che le conclusioni della sentenza impugnata sarebbero assolutamente conformi sia alla ratio della direttiva 2005/29/CE; sia al parere reso dalla Sezione I del Consiglio di Stato, sia ad un precedente della Sezione VI (n. 720 del 31 gennaio 2011), sia ancora ai principi delineati a livello comunitario sulla delicata questione dei rapporti tra disciplina a tutela del consumatore e le discipline settoriali;

- b) per quel che concerne, invece, l'asserito eccesso di potere per travisamento dei fatti e carenza di motivazione, non sussisterebbe il prospettato travalicamento dei limiti del proprio potere giurisdizionale da parte dei primi giudici per avere individuato una fattispecie diversa da quella contestata nel provvedimento, giacché tale vizio si fonderebbe su una ricostruzione parziale da parte dell'appellante della pratica commerciale scorretta oggetto di contestazione;
- c) da ultimo, l'antitrust evidenziava che la dedotta violazione dell'art 6 del Regolamento sulle procedure istruttorie e sulla violazione del diritto alla difesa, le doglianze mosse dall'appellante sarebbero del tutto infondate, non sussistendo in punto di fatto la prospettata diversità tra i fatti contestati con la comunicazione di avvio del procedimento e quelli posti a fondamento dell'impugnata delibera, tanto più che ai fini della legittimità della prima è stato ritenuto sufficiente l'indicazione degli elementi essenziali utili a consentire l'individuazione delle violazioni (pratiche commerciali scorrette), senza che sia invece un alto grado di dettaglio e di specificità, richiesti invece ai fini della legittimità del secondo.

2. L'ordinanza di rimessione del 19 luglio 2011 all'Adunanza Plenaria.

Il Collegio giudicante, stante la complessità della disciplina, decideva di rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, prospettando una serie di interrogativi collegati l'uno con l'altro dai rilevanti risvolti pratici. Pertanto con ordinanza pronunciata all'udienza del 19 luglio 2011, la VI Sezione del Consiglio di Stato ha deferito l'esame del presente giudizio all'Adunanza Plenaria sulla base dei seguenti quesiti:

- 1) In primis si domanda all'Adunanza un'analisi delle due discipline richiamate. In particolare, si pone il quesito se la normativa ivi prevista ex artt. 70 e 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche si atteggi come normativa speciale rispetto a quella del Codice del consumo e, quindi, debba trovare applicazione nel caso di specie sia in virtù di un regola di coordinamento generale, come magistralmente sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa ormai dominante, sia ai sensi dell'art. 19, comma 3, del Codice del consumo;
- 2) nell'ipotesi in cui alla domanda sub 1) sia data risposta negativa e si escluda il carattere speciale della disciplina contenuta nel Codice delle comunicazioni elettroniche e, quindi, si affermi la concorrenza con la disciplina contenuta nel Codice del consumo, se risulti in questo modo violata la regola generale del ne bis in idem;
- 3) da ultimo concentrandosi sulla sanzione, se il regime della complementarità, che comporta il possibile cumulo delle sanzioni irrogabili dalle due autorità, risponda ai criteri di proporzionalità ed adeguatezza.

Prima di addentrarci nella disamina dettagliata della sentenza, è opportuno premettere che la risposta al primo interrogativo influenza quelli successivi, in quanto, concludere per l'applicabilità del Codice delle comunicazioni

elettroniche, da cui consegue la competenza dell'AGCOM, comporta l'assorbimento degli altri due quesiti.

2.1. .. e l'ordinanza della VI Sez. del Consiglio di Stato n. 5526 del 12 ottobre 201.

Come è facile evincere dalle righe che precedono, la tematica posta all'attenzione del Giudici amministrativi è particolarmente delicata e complessa e ciò ha spinto la VI Sezione del Consiglio di Stato ha rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, sottolineando che nel caso di specie viene in rilievo una eterogeneità interpretativa tra le due normative, quella dei consumatori e quella delle comunicazioni elettroniche.

È opportuno e doveroso, tuttavia, riconoscere e fare un plauso ai giudici rimettenti, i quali hanno facilitato l'attività dell'Adunanza Plenaria, prospettando una serie di interpretazioni della normative de qua, il cui accoglimento ha rilevanti risvolti pratici.

Secondo una prima possibile interpretazione, bisogna partire da un'analisi dei beni e interessi tutelati dai due Codici. Mentre quello del consumo pone al centro il consumatore, considerata come parte negoziale debole del mercato, individuata quale figura generale di utilizzatore di prodotti o servizi, cui corrispondono le altrettanto generali figure di professionista, produttore e prodotto; il Codice delle comunicazioni elettroniche invece, tutela la libertà delle comunicazioni elettroniche e l'assetto concorrenziale del relativo mercato con conseguente individuazione di una figura di consumatore, o utente, a carattere speciale, perché fruitore dello specifico servizio di comunicazione elettronica, cui corrisponde l'altrettanto specifica figura dell'operatore. Ne conseguirebbe, quindi, che tra i due Codici sussiste un rapporto di complementarietà, con il possibile concorso nell'esercizio dei poteri delle due Autorità di regolazione in funzione di vigilanza e controllo a seconda dei profili di comportamento rilevanti.

Un'altra possibile interpretazione ritiene che mentre la tutela del consumatore costituirebbe un interesse pubblico garantito dal Codice delle comunicazioni altresì in via primaria, essendo comunque strumentale a tale fine l'obiettivo della libertà e della concorrenzialità del mercato, con la conseguenza che la disciplina di tutela del consumatore posta nel medesimo Codice sarebbe l'unica da applicare ai soggetti ed ai rapporti operanti nel settore, rivestendo carattere speciale ed esaustivo. Accogliendo tale tesi ermeneutica, si creerebbe tra le due normative un rapporto improntato al carattere di specialità della tutela del consumatore posta dal Codice delle comunicazioni elettroniche, in quanto recante la disciplina di ogni possibile regola di comportamento nel relativo mercato, con esclusione dell'applicabilità di quella prevista dal Codice del consumo.

Ma il ragionamento esaustivo della Sezione va ben oltre, e giunge ad osservare ulteriormente che sulla scorta di alcune pronunce intervenute in materia, la prima opzione interpretativa avrebbe l'effetto positivo di evitare vuoti di tutela del consumatore ma d'altro canto, avrebbe anche un risvolto

negativo, poiché, potrebbe produrre l'effetto di un difficile ritaglio fra normative regolanti fattispecie omogenee o contigue con il rischio dell'incertezza della disciplina applicabile e della duplicazione dell'esercizio dei poteri sanzionatori. La seconda opzione eliminerebbe i possibili delineati effettivi negativi, comportando unicamente l'applicazione della normativa del Codice delle comunicazioni elettroniche per i rapporti tra l'operatore ed il consumatore agenti nel settore.

Per quel che concerne, infine, con specifico riferimento a quei comportamenti qualificabili come pratiche commerciali scorrette, bisogna sempre distinguere le due opzioni. Secondo la prima interpretazione sarebbe possibile che a comportamenti ritenuti come corretti secondo il Codice delle comunicazioni elettroniche si accompagnino ulteriori comportamenti qualificabili come scorretti secondo il Codice del consumo, con possibile irrogazione di sanzione da parte dell'Antitrust, mentre tale evenienza non sussisterebbe seguendo la seconda opzione interpretativa, essendo possibili pratiche scorrette soltanto ai sensi del Codice delle comunicazioni elettroniche, sanzionabili dalla sola AGCOM.

Con riferimento allo specifico caso in esame, la Sezione ha rilevato che, in ragione delle disposizioni di cui ai commi 1, 3 e 4 del decreto legge n. 7 del 2007 (come modificato dalla legge di conversione n. 40 del 2007), accogliendo la prima opzione interpretativa, dovrebbe sussistere la competenza di Antitrust all'emanazione del provvedimento impugnato in primo grado: ciò in quanto la società appellante non è stata considerata responsabile della inosservanza dell'obbligo della conservazione del credito residuo in capo all'utente, cui ha adempiuto, quanto piuttosto del fatto di avere imposto a tal fine, e senza alternative, una procedura di richiesta ritenuta inutilmente defaticante e perciò giudicata non idonea a consentire all'utente un agevole riconoscimento del credito, inducendolo a non esercitare il recupero del credito attraverso un ostacolo non contrattuale, oneroso e sproporzionato, con conseguente violazione della normativa del Codice del consumo; seguendo la seconda interpretazione, invece, la competenza all'adozione del provvedimento impugnato in primo grado spetterebbe a AGCOM, la disciplina specifica di cui al decreto legge n. 7 del 2007 dovendo ritenersi inclusiva di ogni pratica commerciale scorretta relativamente alla richiesta di restituzione del credito residuo.

Da quanto scritto finora emerge il chiaro intento dei giudici rimettenti di delineare una duplice risoluzione della tematica, argomentando esaustivamente ambedue le tesi prospettate, descrivendone le conseguenze sia sul versante del riparto di competenza e sia circa la qualificazione delle condotte considerate scorrette.

3. *Il dictum dell'Adunanza Plenaria.*

Viene all'esame del Collegio, quindi, *l'actio finium regundorum* tra AGCOM e Antitrust in materia di attività di cosiddetto *teleselling*, ossia cattura a distanza (specialmente mediante *call center*) di clienti di servizi telefonici ed offerta di

questi ultimi da parte degli operatori di settore. La *"quaestio iuris"* è indubbiamente di principio poiché, entrambe le autorità ritengono di avere competenza nella materia ed operano in concreto in tal senso. Da ciò discende un ovvio e ineludibile problema di coerenza con il dettato normativo di cui all'art. 97 della Costituzione, atteso che i procedimenti in questione sono estremamente onerosi sia per l'amministrazione che per i privati.

L'Adunanza, rispondendo al quesito sub 1), ha concluso per l'applicabilità del Codice delle comunicazioni elettroniche e la conseguente competenza dell'AGCOM, sulla base di una dettagliata ed esaustiva analisi delle due discipline richiamate. Partendo da quello delle comunicazioni, è ampio il coprus normativo che fa espresso riferimento ai consumatori e alla sua tutela: ad esempio, all'art. 4, comma 3, lett. f), all'art. 13, comma 4, lett. a),; all'art. 70; all'art. 71. A ciò si aggiunga la delibera n. 664/06/CONS di AGCOM, avente portata regolatoria, che in attuazione delle disposizioni indicate (nelle premesse sono citati espressamente, tra gli altri, gli artt. 13, 70, 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche, sopra richiamati), ha declinato compiutamente gli obblighi di comportamento gravanti sugli operatori di settore nella contrattazione a distanza.

Dagli articoli sopra citati, e soprattutto dalla lettera di tali disposizioni, Dall'analisi di tale assetto normativo, emerge *ictu oculi* l'intenzione del legislatore (sia nazionale che comunitario, trattandosi in gran parte di norme di diretta derivazione comunitaria) che è finalizzata ad una tutela *"tout court"* del consumatore/utente, nell'ambito di una regolamentazione che dai principi scende fino al dettaglio dello specifico comportamento. D'altronde, se così non fosse, non dovrebbe neppure ammettersi la competenza di AGCOM ad intervenire con atti regolatori o linee di indirizzo a tutela dei consumatori (oltre che ad autorganizzarsi con la istituzione di un'apposita direzione denominata *"Tutela dei consumatori"*) e dovrebbe negarsi la legittimità della stessa delibera n. 664/06/CONS, aspetto questo che non risulta in alcun modo contestato da Antitrust né dagli operatori di settore.

Pertanto, stante il Consiglio di Stato, non è condivisibile la tesi avanzata dall'ANTITRUST, secondo cui il codice delle comunicazioni elettroniche avrebbe finalità di sola tutela della concorrenza e di garanzia del pluralismo informativo, demandando al Codice dei consumatori, la tutela di quest'ultimi, poiché, tale distinzione, argomento difficilmente superabile, non trova ragion d'essere nel dato normativo.

Si pone, altresì, il problema del rapporto tra le due normative. A tal riguardo sovviene l'art. 19 c.3. del Codice del consumo, il quale, recita testualmente: *"in caso di contrasto, prevalgono le norme che disciplinano aspetti specifici delle pratiche commerciali scorrette"*.

La norma teste citata altro non è che un'espressione del principio di specialità, espressamente riconosciuto nel nostro ordinamento ex art. 15 c.p., ed ex art. 9 legge n. 689m/1981.

Tale corollario presuppone che tra due norme, ambedue applicabili ad un caso concreto, non si possono applicare entrambe le disposizioni, ma quella connotata da specificità, nella duplice sfaccettatura della specificità per aggiunta o per qualificazione. Ma non è solo l'art. 19 sopra citato ad essere confacente alla soluzione della questione giuridica. Invero viene in rilievo anche considerando 10 della direttiva 2005/29/CE (testo normativo recepito nel nostro ordinamento nel d.lgs. n. 206 del 2005, ossia nel Codice del commercio), secondo cui la disciplina di carattere generale si applica soltanto qualora non esistano norme di diritto comunitario che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali; in pratica, essa offre una tutela ai consumatori ove a livello comunitario non esista una legislazione di settore. Alla luce di questa impostazione occorre leggere, pertanto, quanto previsto all'art. 3, comma 4, della medesima direttiva, trasfuso nell'art. 19, comma 3, del Codice del consumo, secondo cui prevale la disciplina specifica in caso di contrasto con quella generale: il presupposto dell'applicabilità della norma di settore non può essere individuato solo in una situazione di vera e propria antinomia normativa tra disciplina generale e speciale, poiché tale interpretazione in pratica vanificherebbe la portata del principio affermato nel considerando 10, confinandolo a situazioni eccezionali di incompatibilità tra discipline concorrenti.

L'attenzione, quindi, va posta sulla nozione di "*conflict*" presente nel testo della direttiva e tradotto nella nostra lingua con il termine di contrasto, inteso, in maniera abbastanza semplicistica, come diversità di disciplina secondo la "*voluntas legis*"

Applicando quanto statuito finora al caso di specie, il Consiglio di Stato conclude, richiamando anche due precedenti giurisprudenziali relativamente recenti, per l'applicabilità del Codice delle comunicazioni elettroniche e la conseguente competenza dell'AGCOM.

Tale conclusione, come si evince non solo dalla sentenza in commento ma anche dalla corposa attività documentale depositata dalle parti in causa, trova avallo nella normativa di settore e, in particolare, nell'art. 70 del Codice delle comunicazioni e, soprattutto, dell'art. 2 della delibera 664/06/CONS, il quale, era stato esplicitamente richiamato dall'ANTITRUST.

Né tantomeno può valere la tesi avanzata dall'ANTITRUST, secondo cui il riparto di competenza si dovrebbe plausibilmente basarsi sul concreto atteggiarsi dei comportamenti degli operatori, a seconda che si configurino come rivolti a soggetti determinati o *in incertam personam*, atteso che le modalità di azione dell'operatore economico cui è stata irrogata la sanzione impugnata rendono evidente che inevitabilmente vengono ad essere coinvolti soggetti determinati nell'azione finalizzata al procacciamento di nuovi contratti o alla richiesta di nuovi beni/servizi.

Neppure condivisibile sembrerebbe il ragionamento del giudice di prime cure, il quale ha ritenuto che la competenza ad individuare la disciplina *ex ante* non esaurisce la disciplina di settore, lasciando spazi per interventi *ex post* ad opera di Antitrust, sulla base del modello del "*caso per caso*".

Ciò perché, per ragioni prettamente di coerenza logica, è necessaria l'individuazione preventiva dell'autorità competente ad irrogare le eventuali sanzioni.

E' opportuno sottolineare che le conclusioni a cui è giunto il Collegio rispondo ad un'esigenza di conformità con il principio di buon andamento previsto ex art. 97 Cost, anche la fine di evitare alcuni rilievi critici, già prospettati dalla Sezione rimettente e puntualmente indicati nell'ordinanza di rimessione. E più precisamente:

- a) gli operatori sarebbero soggetti ad un duplice ordine di controlli, anche con possibile diversità nell'esito, con pregiudizio alla certezza dei comportamenti;
- b) la simultanea sussistenza di due procedimenti cozzerebbe con il principio di economicità;
- c) la possibilità di conseguire una duplice sanzione avrebbe quale effetto inaccettabile una elusione del principio di congruità e proporzionalità della sanzione in relazione all'illecito;
- d) da ultimo, sussiste il concreto rischio di compromettere la certezza e l'univocità della vigilanza nei servizi di comunicazione elettronica

Tirando le file di quanto finora detto, si può concludere affermando che le sentenze in commento hanno individuato nel principio di specialità il criterio di riparto della competenza in materia di tutela del consumatore, precisando che, ai sensi dell'art. 19, comma 3, del Codice del Consumo, in presenza di una sovrapposizione tra diverse normative finalizzate a perseguire l'obiettivo di tutelare il consumatore, prevale la disciplina che presenti maggiori elementi di specificità rispetto alla fattispecie concreta. Nel caso delle comunicazioni, la normativa speciale prevalente è stata identificata in quella applicata dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Agcom), caratterizzata da esaustività e completezza anche dal punto di vista dell'apparato sanzionatorio.

4. Le successive pronunce della Giurisprudenza di merito.

Successivamente all'Adunanza Plenaria, la questione della competenza in materia di tutela del consumatore è stata affrontata anche dal Tar Lazio che, in coerenza con il dettato delle sentenze dell'11 maggio 2012, ha annullato una serie di provvedimenti sanzionatori dell'Antitrust adottati nei confronti di operatori attivi sia nel settore delle comunicazioni, sia in altri settori regolamentati. Tale costante indirizzo della sezione prima del Tar Lazio è stato caratterizzato, da un lato, dalla rigorosa e coerente considerazione dei principi sanciti dall'Adunanza Plenaria e, dall'altro, dalla concreta applicazione degli stessi alla singola fattispecie al fine di individuare l'autorità competente. Il Tar Lazio, inoltre, ha più volte sottolineato come il giudizio di incompetenza dell'Agcm fondato sulle statuizioni dell'Adunanza Plenaria restasse fermo anche alla luce della modifica legislativa di cui all'art. 23 D.L. 95/2012. Hanno un rilievo preminente le sentenze nr. 7463 e 7464 del Tar Lazio. Le pronunce appena citate, è opportuno sottolinearlo, giungono alle medesime conclusioni nel merito e

vedono coinvolte le medesime parti: le due autorità indipendenti e una nota azienda di telefonia mobile.

Descriviamo, quindi, i fatti che hanno portato i Giudici amministrativi di primo grado a pronunciare la sentenza nr. 7463.

L'autorità Garante della Concorrenza e del Mercato informava David 2 dell'avvio di un procedimento istruttorio ai sensi dell'art. 27, comma 3, del D.Lgs 206/2005 ("Codice del Consumo"), nonché dell'art. 6 del Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette concernenti talune condotte idonee ad integrare un'ipotesi di violazione degli articoli 20, 21, 22 e 26, lett. f) del Codice del Consumo.

Più nel dettaglio, veniva contestato all'azienda la fornitura di servizi a sovrapprezzo consistenti nella diffusione di messaggi televisivi volti a promuovere l'attivazione di abbonamenti a contenuti a sovrapprezzo erogati dalla suddetta società, attraverso la partecipazione dell'utente a concorsi settimanali con estrazioni di premi. La società, dal canto suo, formulava le proprie osservazioni sul provvedimento di avvio notificatole e forniva risposta alle informazioni ivi richieste eccependo, altresì, l'incompetenza dell'autorità procedente ad intervenire con riferimento alle pratiche commerciali contestate, richiamando le intervenute sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dell'11 maggio 2012, nonché il regime giuridico settoriale applicabile alla fornitura dei servizi a sovrapprezzo. Ciò nonostante, l'Antitrust, condannava la più volte citata società alla sospensione di ogni attività diretta alla promozione "con le suddette modalità" del servizio in abbonamento denominato "allyoucan". Avverso il suddetto provvedimento David 2 ha veniva adita l'autorità giudiziaria chiedendone l'annullamento per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili. Nel presente giudizio si è costituita l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per resistere al ricorso, chiedendone il rigetto nel merito. Si è costituito in giudizio con intervento ad opponendum anche il Codacons deducendo in via preliminare la inammissibilità del ricorso proposto per mancata evocazione in giudizio dello stesso, nel merito, il rigetto del ricorso; eccezioni che venivano rigettate dal Tar, in quanto, essa non può essere considerata controinteressata per assenza tanto dell'elemento formale, quanto di quello sostanziale.

4.1. La decisione del Collegio.

La motivazioni dei giudici del Tar si basa essenzialmente sul primo motivo di ricorso, basato sulla incompetenza dell'Antitrust. A tal fine l'organo giudicante richiama le precedenti sentenze del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, la nr. 11 e 16, concludendo per la competenza dell'Agcom. Ma il Tar, giunge alle medesime conclusioni delle sentenze di cui sopra, applicando i principi espressi in tali sentenze al caso di specie. In particolare, soffermandosi sulla pratica commerciale scorretta, concernente, nell'aver diffuso, tramite spot televisivi, messaggi pubblicitari finalizzati apparentemente a promuovere un concorso a premi, al quale, in realtà, i consumatori potevano partecipare solo a seguito di

abbonamento ad un servizio premium denominato "allyoucan", ritenuta contraria all'art. 20, commi 2 e 3, del Codice del Consumo.

Ed è proprio facendo riferimento a quest'ultimo articolo che i giudici affermano come l'Antitrust sia intervenuta in una materia che è attribuita ad un'altra autorità pubblica, l'Agcom. La conclusione a cui sono giunti i giudici trova puntuale conferma in un altro referente normativo: 23, comma 12-quinquiesdecies, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge n. 7 agosto 2012, n. 135.

Al fine di rendere più esaustiva la propria decisione. Il Tar richiama altre norme, e in particolare: gli artt. 4 e 13, e la Sezione III del Capo IV (dedicata specificamente ai "diritti degli utenti") del Codice delle Comunicazioni Elettroniche, stabiliscono che la tutela del consumatore rientra a pieno titolo tra i fini istituzionali dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, e tanto, in coerenza con quanto previsto dalle leggi 481/1995 e 40/2007, ove si affida, espressamente ed esclusivamente, all'AgCom l'attuazione delle disposizioni, anche primarie, che concernono il settore di competenza. Sempre da un punto di vista normativo, meritano una segnalazione due fonti che disciplinano il settore de quo: in primis, bisogna considerare il D.M. n. 145/2006 (Regolamento recante la disciplina dei servizi a sovrapprezzo adottato in attuazione dell'art. 1, comma 25, del D.L. 545/96, convertito, con modificazioni, in legge n. 650/96 - "Regolamento"); e in secundis, non può non sottacersi la pregnanza che in tale settore assumono due debiere: quella attinente al cosiddetto Piano Nazionale delle Numerazioni, attualmente disciplinato dalla Delibera 26/08/CIR,; e quella che interverrà successivamente a modificarla e integrarla, ossia la nr. 52/12/CIR ("Delibera sul PNN").

Andiamo con ordine e concentriamoci dapprima sul regolamento. Quest'ultimo, nell'ambito dei servizi di comunicazione elettronica, detta la nozione di servizi a sovrapprezzo ex art. 1, comma 1, lett. h). La disposizione sottolinea come sono considerati servizi quelli: "forniti attraverso reti di comunicazione elettronica, accessibili al pubblico, anche mediante l'uso di specifiche numerazioni, definite nel piano nazionale di numerazione, o a livello internazionale dagli appositi organismi che consentono l'accesso degli utenti ad informazioni o prestazioni a pagamento"; tra tali servizi si annoverano anche quelli "offerti [...] mediante invio di messaggi di testo o dati quali, ad es., SMS o MMS, su base di singola richiesta ovvero in modalità di ricezione periodica (modalità «push») a seguito di sottoscrizione di uno specifico contratto. Nella lettera dello stesso articolo, e più precisamente ai sensi del comma 1 lett f g e l, vengono definiti i soggetti che hanno un interesse preminente alla fornitura dei servizi in questione, distinguendo tra la persona fisica, titolare della numerazione telefonica, e giuridica, ossia il centro servizi.

Quanto al Piano Nazionale delle Numerazioni ("PNN"), adottato sulla base dell'art. 15 del Codice delle Comunicazioni (che traspone l'art.10 della Direttiva 2002/21/CE), viene in rilievo l'art. 3 della Delibera sul PNN, che individua obblighi, divieti e responsabilità dei soggetti titolari di diritti d'uso di numerazione, nonché dei soggetti che offrono i servizi sulle numerazioni messe a

disposizione dai primi, e contempla altresì regole specifiche finalizzate anche ad obiettivi di tutela dell'utenza. In particolare, vengono in rilievo l'art. 22 c.6. della delibera e l'articolo 24. Il primo impone agli operatori ed ai fornitori di contenuti di sottoscrivere *"un codice di autoregolamentazione che, oltre a prevedere le necessarie tutele a favore dell'utenza, includa anche la definizione uniforme e comune tra i vari operatori di prassi per l'informazione sui prezzi dei servizi, sulle modalità di attivazione e disattivazione dei servizi stessi e della prestazione di blocco delle comunicazioni"*.

L'art. 24, invece, precisa che *"L'utilizzo delle numerazioni per servizi a sovrapprezzo è soggetta al rispetto della normativa vigente in tema di offerta servizi a sovrapprezzo"* Dalle fonti normative sopra citate emerge risulta chela disciplina nel settore delle comunicazioni elettroniche, attualmente contemplata dal Regolamento e dalla Delibera sul PNN, è articolata, esauriente ed assistita da un robusto e specifico apparato di accertamento e sanzionatorio, la cui gestione e affidata ad organi all'uopo preposti, segnatamente l'AgCom alla cura e alla salvaguardia dell'interesse pubblico primario della tutela del consumatore nel settore specifico delle comunicazioni elettroniche; e tanto, sulla base di fonti normative che, da un lato, inequivocabilmente le conferiscono competenza esclusiva in materia, dall'altro ne disciplinano in dettaglio i poteri di intervento

4.2. La sentenza nr. 7464 del Tar Lazio.

Per quel che concerne la seconda sentenza sopra citata che ci accingiamo a commentare, è sufficiente descrivere solo il caso di specie, in quanto, le conclusioni a cui è giunto l'organo giudicante sono le medesime prospettate dalla sentenza poc'anzi commentata.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato informava una nota azienda telefonica dell'avvio di un procedimento istruttorio ai sensi dell'art. 27, comma 3, del D.Lgs 206/2005 nonché dell'art. 6 del Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pratiche commerciali scorrette, avente ad oggetto talune condotte idonee ad integrare un'ipotesi di violazione degli articoli 20, 21, 22 e 26, lett. f) del Codice del Consumo.

Più specificamente, l'Autorità sosteneva che David 2, in qualità di impresa di Content Service Provider ("CSP"), avesse posto in essere una pratica commerciali scorrette, fornendo servizi a sovrapprezzo consistenti nella diffusione di messaggi (banner) su siti internet, volti a promuovere l'attivazione di abbonamenti a contenuti a sovrapprezzo erogati dalla società David 2, attraverso la partecipazione dell'utente a concorsi settimanali con estrazioni di premi.

La società, nell'esercitare il proprio diritto di difesa formulava le proprie osservazioni sul provvedimento di avvio notificatole ed eccepiva l'incompetenza dell'Autorità medesima ad intervenire con riferimento alle pratiche commerciali contestate, richiamando le intervenute sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dell'11 maggio 2012, nonché il regime giuridico settoriale applicabile alla fornitura dei servizi a sovrapprezzo.

Nonostante Ciò, l'Antitrust accertata la pratica commerciale consistente nell'aver diffuso, tramite banner presenti in alcuni siti internet, messaggi pubblicitari finalizzati apparentemente a promuovere un concorso a premi, al quale, in realtà, i consumatori potevano partecipare solo a seguito di abbonamento ad un servizio premium denominato "allyoucan".

Ma vi è di più, veniva rilevata rilevava "in capo alla società una responsabilità editoriale, assunta mediante il contratto stipulato con il content service provider, consistente nell'obbligo (preventivo e successivo) di verificare la diffusione del contenuto dei messaggi pubblicitari in questione, e di autorizzare, nell'ambito di operazioni pubblicitarie relative ai suesposti prodotti digitali reclamizzati, l'uso di marchi, segni distintivi, slogan propri e di altri "Operatori Access Provider"" La condotta contestata veniva giudicata contraria all'art. 20, commi 2 e 3, del Codice del Consumo, in quanto contraria alla diligenza professionale e idonea a falsare il comportamento del consumatore medio cui essa è destinata, e ancor più ove diretta a consumatori appartenenti ad una fascia di età più giovane; "ingannevole, ai sensi degli artt. 21 e 22 del predetto Codice, e ne vietava pertanto l'ulteriore diffusione della pratica commerciale scorretta e sanzionava le Società David 2 e Vodafone, irrogando sanzioni rispettivamente di importo pari a € 100.000 ed € 80.000.

Il provvedimento appena descritto veniva impugnato dall'Azienda di telefonia, che ne chiedeva l'annullamento per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili..

Come detto precedentemente, il Tar accoglieva il suddetto ricorso, annullava la sanzione irrogata nei confronti della ricorrente e concludeva riconoscendo la competenza dell'Agcom a scapito di quella dell'Antitrust, sulla base dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria nr. 11 e 16 del 2012.

5. Conclusioni.

La delicata tematica del riparto di competenze tra le più volte citate autorità indipendenti ha generato non solo problemi di natura interpretativa, ma anche agli operatori stessi. Questa situazione d'incertezza ha spinto il Legislatore ad intervenire con una norma primaria che, nelle sue intenzioni, avrebbe dovuto risolvere dubbi e ambiguità interpretative. In realtà, l'art. 23, comma 12-quinquiesdecies, Decreto Legge 95/2012 si è sostanzialmente limitato a circoscrivere il perimetro di competenza dell'Agcm fissando a livello normativo i criteri di riparto già identificati dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria. Anche il legislatore Europeo è intervenuto al riguardo. In particolare la Commissione Europea si sia limitata a esaminare gli sviluppi conseguenti alle sentenze dell'Adunanza Plenaria, in particolare per verificare il rispetto della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori.

Riflessioni a margine dell'art. 2637 c.c.. Aggiotaggio societario.

a cura della Dott.ssa Francesca Lucchese

Il 21 marzo 2013 la seconda sezione della Cassazione Penale ha depositato la sentenza n. 12989 confermando integralmente la sentenza della Corte d'Appello di Milano sul caso Antonveneta. Pertanto, diventano definitive le condanne a carico degli imputati per una serie di reati relativi alla intricata vicenda della scalata della banca Antonveneta.

Come è noto, fulcro centrale dell'ipotesi accusatoria era costituito del delitto di aggioaggio societario previsto dall'art. 2637 c.c., nella versione in vigore al momento dei fatti: anteriori alle modifiche apportate dalla legge n. 62 del 2005.

In relazione a tale ipotesi delittuosa si sono concentrati i principali motivi di ricorso delle difese e le conseguenti riflessioni della Corte di Cassazione. Rinviando alla lettura integrale del testo della sentenza sul sito istituzionale della Corte di Cassazione, è utile trarre alcuni spunti di analisi e riflessione sull'art. 2637 c.c.

Art. 2637 c.c. Aggioaggio.*

Chiunque diffonde notizie false, ovvero pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari non quotati o per i quali non è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato, ovvero ad incidere in modo significativo sull'affidamento che il pubblico ripone nella stabilità patrimoniale di banche o di gruppi bancari, è punito con la pena della reclusione da uno a cinque anni.

* L'articolo è stato così modificato dal comma 4 dell'art. 9, L. 18 aprile 2005, n. 62 - Legge comunitaria 2004. Il testo del presente articolo in vigore prima della modifica disposta dalla citata legge n. 62 del 2005, era il seguente: "2637. Aggioaggio.

Chiunque diffonde notizie false, ovvero pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, quotati o non quotati, ovvero ad incidere in modo significativo sull'affidamento che il pubblico ripone nella stabilità patrimoniale di banche o di gruppi bancari, è punito con la pena della reclusione da uno a cinque anni".

In via preliminare occorre rilevare che il legislatore, attraverso l'art. 9 della legge comunitaria n. 62 del 18 marzo 2005, ha inserito nell'assetto del D.lgs 24 febbraio 1998, n. 58 l'art. 185. Infatti, il nuovo titolo I *bis*, rubricato "Abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato" il cui articolo I, relativo alle "Disposizioni generali", contiene la definizione di "strumenti finanziari" (art. 180).

Il capo II, invece, disciplina la fattispecie di manipolazione del mercato (art. 185) ed il capo III introduce nel sistema sanzionatorio l'illecito amministrativo previsto dall'art. 187 ter.

Dall'analisi coordinata delle norma, si può affermare che l'operatività dell'art. 2637, non modificato nella parti restanti, viene limitata agli "strumenti finanziari non quotati o per i quali non è stata presentata una richiesta di ammissione alle negoziazioni in un mercato regolamentato".

Il bene giuridico protetto dalla norma ha da sempre costituito una complessa questione. Infatti, non può dubitarsi come l'attuale fattispecie presidi un interesse di rilevanza pubblica.

Secondo un'opzione interpretativa, l'oggettività giuridica va individuata nell'interesse superindividuale della stabilità del mercato e nella *species* della formazione dei prezzi degli strumenti finanziari al di fuori di "illeciti interventi perturbativi, da un lato, e nella *species* della stabilità del sistema bancario, dall'altro, in un quadro di fondo comunque unitario, posto che la disposizione determina la diretta tutela sempre del mercato, con riferimento anche al sottosectore bancario" (MUCCIARELLI, 422).

In relazione al soggetto attivo del reato, la fattispecie si presenta come reato comune.

Orbene, per quanto concerne l'**elemento soggettivo**, è sufficiente il dolo generico, consistente nella coscienza e volontà di diffondere notizie false oppure di porre in essere operazioni simulate o altri artifici: unitamente alla consapevolezza dell'idoneità di tali condotte a cagionare gli eventi di pericolo normativamente tipizzati.

La condotta causativa degli eventi di pericolo che la disposizione intende contrastare si concretizza nelle seguenti condotte alternative:

- nella diffusione di notizie false;
- il compimento di operazioni simulate o l'utilizzo di altri artifici.

Per "diffusione" si deve intendere la propalazione, che potrà essere attuata in qualsivoglia modo, comprese la pubblicazione e la divulgazione (a prescindere dallo strumento utilizzato, che potrà anche essere telematico) presso un numero indeterminato di persone o, di fatto, negli ambienti economico-finanziari concretamente interessati.

Oggetto della diffusione devono essere le "notizie", che possono riguardare la situazione patrimoniale della società, direttamente gli strumenti finanziari, singole banche o gruppi bancari. Possono anche rivestire più generale carattere economico, finanziario e commerciale o riferirsi ad aspetti politico-sociali.

Le notizie devono essere **false**: non rispondenti al vero e difformi dagli elementi oggettivi del fatto. Il disvalore si radica nella distorsione della realtà.

L'altra modalità di condotta sanzionate richiede, alternativamente, il compimento di operazioni simulate o l'utilizzo di altri artifici.

Il collegamento dovuto al rapporto di genere a specie tra altri artifici ed operazioni simulate ha la funzione di qualificare in maniera unitaria e reciproca i due. Infatti, l'operazione simulata è incriminata di per sé, indipendentemente dal suo esito, ma il significato letterale della clausola deve essere inteso come: "ingannatoria".

Sono elementi di chiusura della fattispecie : "gli altri artifici". Questi vanno intesi come atti e comportamenti dotati di valenza ingannatoria, ovvero caratterizzati da un intento fraudolento.

Secondo l'opinione prevalente in giurisprudenza, l'aggiotaggio è un reato a forma libera integrato da ogni tipo di operazione che rilevi, alla luce delle modalità di realizzazione e del contesto di esecuzione , una dimensione "decettiva" che faccia emergere in maniera evidente l'obiettivo finale perseguito.

Inoltre, la fattispecie di aggiotaggio delinea un requisito di lesività concreta che sottolinea che le condotte incriminate devono risultare idonee "ad incidere in modo significativo sull'affidamento che il pubblico ripone nella stabilità patrimoniale di banche o di gruppi bancari".



NUOVE
F R O
N T I
E R E
DIRITTO

2013 - *Nuove frontiere del diritto*

Rivista telematica mensile gratuita di diritto

Codice ISSN 2240-726X

Registrata presso Tribunale di Roma con decreto n. 228 del 9.10.2013

NUOVE
F R O
N T I
E R E
DIRITTO