

Principio di specialità e applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel settore del credito

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Il parere del Consiglio di Stato sulla disciplina applicabile alle pratiche scorrette nel mercato finanziario: specialità “per materie” o “per settori” *versus* specialità tra norme. – 3. Il caso Accord: la sentenza del TAR Lazio, n. 12277/10. – 4. *segue*: La sentenza del Consiglio di Stato n. 3763/11. – 5. La rimessione all’Adunanza Plenaria: il recupero del principio di specialità tra norme. – 6. La pronuncia dell’Adunanza Plenaria n. 14/2012. – 7. Titolo VI del t.u.b., Disposizioni della Banca d’Italia sulla trasparenza e disciplina delle pratiche commerciali scorrette: a) raffronto strutturale tra le fattispecie. – 8. *segue*: b) raffronto tra i sistemi sanzionatori.

1. Il problema.

La questione se la presenza di una disciplina settoriale dell’attività creditizia, recante anche disposizioni a tutela del cliente/consumatore (nel testo attualmente vigente, artt. 115-128 *ter*, t.u.b.), escluda l’applicazione della disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette (artt. 18-27 *quater*, cod. cons.) è stata senza eccezioni risolta in senso negativo dalla giurisprudenza amministrativa, fin dalle prime pronunce in cui essa si è posta¹. Le argomentazioni poste a fondamento di tale

¹ Si vedano TAR Lazio, Sez. I, 21 marzo 2011, n. 2409; Id., I, 18 aprile 2011, n. 3363; Id., 19 maggio 2010, n. 12277; Id., 19 maggio 2010, n. 12281; Cons. St., Sez. VI, 26 giugno 2011, n. 3763 (che ha confermato in appello la citata TAR Lazio, n. 12277/10) e Id., 24 agosto 2011, n. 4800 (che ha confermato in appello la citata TAR Lazio, n. 12281/10). In dottrina, sull’applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel settore del credito, si vedano GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario. Gli interventi dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 200 e in *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, a cura di Meli e Marano, Torino,

soluzione hanno però costantemente destato perplessità, tanto da manifestarsi ad un certo punto l'esigenza – in questo come in altro settore, anch'esso oggetto di una organica disciplina regolatoria² – di una pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³. L'urgenza di tale intervento chiarificatore, pur in assenza di un reale rischio di contrasti giurisprudenziali, non si comprende se non si considerano le difficoltà che le corti hanno incontrato nel tradurre in pratica il criterio di coordinamento tra disciplina generale e discipline settoriali nel campo della tutela del consumatore⁴, dettato nel parere col quale, nel 2008, la Prima Sezione del Consiglio di Stato aveva escluso l'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette⁵.

Come si avrà modo di illustrare più ampiamente, l'Adunanza Plenaria, con riferimento al settore del credito, confermerà sì l'indirizzo giurisprudenziale nel senso dell'applicazione concorrente della disciplina gene-

2011, p. 41; MELI, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel "macrosettore credito e assicurazioni"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, p. 334. Sulla giurisprudenza di cui si discute nel testo, si veda CARONNA, *Le pratiche commerciali scorrette e il credito ai consumatori*, in *Banc.*, 2011, p. 54.

² Ci si riferisce a quello delle comunicazioni elettroniche, sul quale l'Adunanza Plenaria si è pronunciata con le sentt. n. 11, 12, 13, 15, 16 dell'11 maggio 2012.

³ Cons. St., Ad.plen., 11 maggio 2012, n. 14, pubblicata *infra*, p. 569, con nota redazionale. Si veda la assai argomentata ordinanza di rimessione, Cons. St., Sez. VI, ord. 13 dicembre 2011, n. 6522. La sentenza impugnata, infine confermata, era TAR Lazio, Sez. I, 18 gennaio 2010, n. 306, pronunciata su ricorso avverso il provv. dell'Autorità, n. 19761, del 16 aprile 2009, PS1821 – Agos-Acquisto televisore.

⁴ Si vedano Cons. St., Sez. VI, 31 gennaio 2011, n. 720 (sulla relazione con la disciplina regolatoria in materia di energia elettrica); TAR Lazio, Sez. I, 9 maggio 2011, n. 3954 (con riferimento alle competenze del ministero delle infrastrutture); TAR Lazio, Sez. I, 16 giugno 2011, n. 5386 (in tema di pacchetti viaggio); TAR Lazio, Sez. I, 28 febbraio 2011, n. 1811 (in riferimento alla legislazione nel settore degli alimentari). Particolarmente rilevanti le pronunce riguardanti la disciplina delle comunicazioni elettroniche. Si vedano, TAR Lazio, Sez. I, 18 gennaio 2011, n. 395; TAR Lazio, Sez. I, 21 giugno 2011, n. 5383.

⁵ Cons. St., Sez. I, 3 dicembre 2008, n. 3999/2008. Su tale parere, si vedano LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, in *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, p. 551; CLARICH, *La competenza delle autorità indipendenti in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 688; ARNAUDO, *Concorrenza tra autorità indipendenti. Noterelle bizzarre intorno a un parere del Consiglio di Stato*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 916; PARCU, *Tutela dei risparmiatori: meno spazio per l'Antitrust*, in *Consumatori, diritto e mercato*, 2009, p. 80; POLITO, *Consob e AGCM? Un breve commento al parere del Consiglio di Stato n. 3999/2008*, in *Diritto.it*; MEO, *Consumatori, mercato finanziario e impresa: pratiche scorrette e ordine giuridico del mercato*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 720; TOLA, *Pratiche commerciali scorrette e prodotti finanziari*, in *La Tutela*, a cura di Meli e Marano, *cit.*, 106 ss.

rale e di quelle settoriali, ma, da un lato, lo supporterà con argomenti alternativi (e più convincenti) rispetto a quelli proposti nel ricordato parere; dall'altro, avrà cura di precisare che la soluzione è adottata sulla base della disciplina del t.u.b. vigente all'epoca degli eventi giudicati (la quale, *medio tempore*, è stata sensibilmente modificata, per effetto del d.lg. 13 agosto 2010, n. 141), dando altresì rilevanza a talune connotazioni specifiche della pratica commerciale che era stata in concreto sanzionata dall'Autorità.

Ciò come a dire che, precisato lo strumentario logico-giuridico da utilizzare per affrontare, d'ora in poi, la questione, a differenza di quanto emerge con riferimento alle pronunce nel settore delle comunicazioni elettroniche⁶, il Consiglio di Stato non esclude che la soluzione finora ad essa data possa essere in futuro ripensata.

2. Il parere del Consiglio di Stato sulla disciplina applicabile alle pratiche scorrette nel mercato finanziario: specialità "per materie" o "per settori" versus specialità tra norme.

Una premessa s'impone. Nel quindicennio che precede l'introduzione della normativa sulle pratiche commerciali scorrette, caratterizzato dall'esclusiva vigenza della disciplina della pubblicità ingannevole (e poi anche comparativa illecita)⁷, la questione dei possibili incroci tra disciplina generale ed eventuali discipline settoriali era rimasta confinata all'interpretazione della norma che prevedeva una deroga all'applicazione della prima nelle sole ipotesi in cui la pubblicità venuta all'esame dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato fosse stata assentita con provvedimento amministrativo, preordinato anche alla verifica

⁶ Con le sentenze citate alla nota 2, il Consiglio di Stato ha dichiarato inapplicabile la disciplina delle pratiche commerciali scorrette ad una serie di pratiche sanzionate anche dalla legislazione di settore, con conseguente competenza esclusiva dell'Autorità per le garanzie delle comunicazioni.

⁷ Introdotta nel nostro ordinamento con il d.lg. n. 74/92, in attuazione della direttiva 84/450/CEE. La disciplina fu poi assorbita dal codice del consumo, per esserne di nuovo espunta, allorché in esso fu introdotta quella delle pratiche commerciali scorrette. Attualmente, la pubblicità ingannevole è oggetto del d.lg. n. 145/07, che riserva la relativa tutela alle relazioni *business to business*. Le condizioni di liceità della pubblicità comparativa furono introdotte nella disciplina con il d.lg. n. 67/2000, attuativo della direttiva 97/55/CE.

del carattere non ingannevole della stessa. In tal caso, infatti, strumento per la tutela dei soggetti e delle organizzazioni interessati era (ed è tuttora) il ricorso al giudice amministrativo avverso detto provvedimento di assenso⁸. Sulla base di tale norma, l'Autorità e il giudice amministrativo hanno ritenuto che i soli casi di esclusione dall'applicazione della disciplina generale fossero quelli relativi a messaggi pubblicitari di prodotti finanziari, autorizzati dalla Consob, e di presidi medico-chirurgici, autorizzati dal Ministro per la Salute⁹. Ogni altro tentativo di estendere la deroga è stato respinto¹⁰.

Norma analoga è poi stata riprodotta all'interno della nuova disciplina delle pratiche commerciali scorrette (art. 27, co. 14, cod. cons.).

Al varo della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, caratterizzata dalla estrema ampiezza delle fattispecie di illecito considerate, lo stesso legislatore comunitario aveva tuttavia avvertito l'accresciuto rischio che si generassero incroci e sovrapposizioni con altre normative, anch'esse di fonte comunitaria, parimenti votate alla tutela del consumatore. La direttiva 2005/29/CE conteneva, dunque, previsioni derogatorie alla propria generale applicabilità, per il caso in cui profili specifici di scorrettezza (*rectius*, di "slealtà") fossero disciplinati sulla base di normative comunitarie settoriali¹¹. Nel recepimento in Italia, ciò si è tradotto nella previsione di cui all'art. 19, co. 3, cod. cons., per cui "*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*". A tale norma non era stata

⁸ Art. 7, co. 12 del d.lg. n. 74/92, poi divenuto poi art. 26, co. 12, del cod. cons., nella versione precedente l'attuazione della direttiva 2005/29/CE); norma riprodotta, *mutatis mutandis*, nell'art. 8, co. 14, d.lg. n. 145/07. Per una più ampia individuazione dei conflitti sollevati dinanzi all'Autorità e alla giurisprudenza amministrativa sulla base di tale previsione, si rinvia a MELI, *L'applicazione*, cit.

⁹ Per i primi, si veda PI1738/98, Banca di Roma. Per i secondi, TAR Lazio, Sez. I, 23 giugno 2003, n. 5519/03.

¹⁰ Si veda MELI, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel macrosettore «credito e assicurazioni»*, cit.

¹¹ In particolare, la disciplina generale, posta dalla direttiva, è destinata ad applicarsi solo laddove non esistano "norme di diritto comunitario specifiche che disciplinino aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali" (Considerando 10), dovendo arretrare in caso di contrasto con discipline specifiche (Articolo 9).

per la verità dedicata rilevante attenzione in dottrina¹², né sulla sua base erano state, nella prassi e nella giurisprudenza, mosse contestazioni rispetto alla applicabilità della disciplina generale in tutti i settori. È stata, paradossalmente, la stessa Autorità, improvvisamente investita da numerose segnalazioni per pratiche scorrette, inviate da risparmiatori vittime delle conseguenze del *default* di primari operatori finanziari, a sollevare presso il Consiglio di Stato il dubbio sulla propria competenza a trattarle (*rectius*, sull'applicabilità della disciplina generale al settore in questione).

Rilevava l'Autorità, nella relazione di accompagnamento al quesito, come la tutela della correttezza delle informazioni al pubblico e della trasparenza e correttezza dei comportamenti dei relativi operatori nel mercato finanziario trovi già espressione in una serie di norme del Tuif e dei Regolamenti emittenti e intermediari, emanati dalla Consob. Disciplina, almeno in parte, di fonte comunitaria; il che costituiva, nella prospettazione dell'Autorità, il *trait d'union* con le citate previsioni derogatorie della direttiva 2005/29/CE, la quale, sul punto, evidenziava una certa insistenza proprio sulla specificità dei servizi finanziari (Considerando 9, 10; art. 3, n. 9). L'Autorità indicava però anche una sponda di diritto squisitamente interno, rappresentata dai principi generali in materia di concorso tra norme amministrative sanzionatorie, richiamando l'istituto del cd. concorso apparente di norme, la regola del *ne bis in idem* sostanziale e la soluzione fornita dall'art. 9 della l. n. 689/81 in termini di specialità. Con ciò la questione veniva instradata nell'ambito di una delle tematiche più controverse del diritto sanzionatorio (penale e amministrativo), rispetto alla quale la copiosa giurisprudenza della Suprema Corte, espressasi più volte a Sezioni Unite, è apparsa tutt'altro che uniforme e priva di ambiguità¹³.

Se si vuole delineare, in estrema sintesi, lo stato dell'arte sulla materia, l'indagine volta a verificare e risolvere, sulla base dell'art. 9, l. 689/81 (o dell'art. 15 c. p., che è espressione del medesimo principio), un problema di *ne bis in idem*, presuppone, innanzitutto, il riscontro dell'esistenza di “uno stesso fatto” (“stessa materia” nella dizione utilizzata dall'art. 15

¹² Per una discussione sui conflitti che la direttiva (e la sua attuazione) lasciava irrisolti, si veda DE CRISTOFARO, *L'attuazione della direttiva 2005/29/Ce nell'ordinamento italiano: profili generali*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di DE CRISTOFARO, Torino, 2008.

¹³ Sul versante penalistico, si veda FIANDACA, *Commento all'art. 15*, in *Commentario breve al codice penale*⁵, a cura di CRESPI, FORTI e ZUCCALÀ, Padova, 2008, par. 5.

cod. pen.), l'apparente sussistenza di due norme, sulla base delle quali esso potrebbe essere sanzionato, con sanzioni della stessa natura, la scelta dell'unica norma applicabile, sulla base dell'individuazione di elementi specializzanti.

Sotto il primo profilo, nella giurisprudenza penale, sono riscontrabili un primo indirizzo, che riferisce la locuzione “*stessa materia*” all’identità degli interessi protetti dalle norme in questione¹⁴, ed un secondo, che risulta attualmente prevalente, secondo il quale si devono confrontare le fattispecie previste dalle disposizioni incriminatrici apparentemente concorrenti¹⁵. A tale proposito, la giurisprudenza ritiene che si debba condurre un confronto strutturale tra le fattispecie astrattamente individuate dalle norme e non considerare i fatti da sanzionare in concreto, naturalisticamente intesi¹⁶. Quanto al rapporto di specialità, esso “è un rapporto di continenza strutturale fra due norme, nel senso che le relative fattispecie possono inscriversi – come due cerchi concentrici aventi un raggio diseguale – l’una nell’altra; una di esse contiene in sé tutti gli elementi presenti nell’altra e, allo stesso tempo, presenta uno o più elementi specializzanti, per specificazione o per aggiunta; la fattispecie speciale ha un’area di applicazione logicamente minore rispetto a quella della fattispecie generale”; perché tale rapporto sia riscontrabile, “è indispensabile che tra le fattispecie raffrontate vi siano elementi fondamentali comuni, ma una di esse abbia qualche elemento caratterizzante in più che la specializzi rispetto all’altra”¹⁷. Elemento, questo, che, come ricordato dalla Suprema corte¹⁸, viene, di volta in volta, individuato nei diversi corpi normativi in cui le norme sono ricomprese (per es., codice civile e legge fallimentare), nella specialità tra soggetti (per es., artt. 616 e 619 c.p.), nel maggior numero di elementi specializzanti, posseduti da una fattispecie, rispetto ad un’altra.

¹⁴ Si veda Cass. pen., Sez. Un., 21 aprile 1995, n. 9568.

¹⁵ Si vedano, oltre alla giurisprudenza richiamata dall’Autorità nella richiesta di parere, Cass. pen., S.U., 19 aprile 2007, n. 16568; Cass. civ., 22 gennaio 2008, n. 1299; Cass. pen., S.U., 28 ottobre 2010, n. 1963; Cass. pen., 13 dicembre 2011, n. 9541.

¹⁶ Nello stesso senso, si veda C. Cost., 3 aprile 1987, n. 97, con riferimento alla disciplina prevista dal citato art. 9, l. n. 689/81, secondo la quale, per risolvere il problema del concorso apparente “vanno confrontate le astratte, tipiche fattispecie che, almeno a prima vista, sembrano convergere su di un fatto naturalisticamente inteso”.

¹⁷ Si veda Cass. pen., 15 gennaio 2008, n. 2168. In termini analoghi, anche C. Cost., 5 maggio 1994, n. 174.

¹⁸ Cass. pen., S.U., n. 1963/10, cit.

Orbene, nel porre il proprio quesito, l'Autorità evidenziava che “*l'applicazione del principio di specialità porterebbe a propendere per la conclusione che non si possano irrogare, per la medesima condotta valutata sotto il medesimo profilo (la scorrettezza, informativa e/o di condotta, nella prestazione di servizi finanziari), due sanzioni aventi medesima natura (pecuniaria), l'una comminata dall'organo con competenza speciale di settore (la CONSOB) e l'altra dall'organo con competenza generale (l'Autorità garante della concorrenza e del mercato)*”.

Il Consiglio di Stato, pur esprimendo parere nel senso auspicato dall'Autorità, disattendeva però la riferita impostazione e, dopo avere ritenuto che “*l'interesse generale da curare risulti in concreto il medesimo per entrambi gli interventi*”, declinava in termini alternativi il principio di specialità. Affermava, infatti, che “*anche per evitare frammentarietà che ripeterebbero la questione a livello operativo, il confronto a questo proposito è tra due ordinamenti di settore, non tra due strumentazioni operative (...).* La questione insomma non è quella delle diverse strumentazioni e della loro non integrale sovrapponibilità, ma quella dell'identificazione, grazie a questo principio generale, di quale dei due ordinamenti si debba qui invocare, dal che discende l'applicazione dell'inerente strumentazione di intervento”. Applicava, cioè, non un criterio di specialità “tra norme”, bensì “per materie” o “per settori”, in virtù del quale, condizione necessaria per escludere l'applicabilità della disciplina generale del Codice del consumo sarebbe l'esistenza di una compiuta normativa di settore. Non ragionava, dunque, in termini di *ne bis in idem* sostanziale, bensì formale¹⁹.

È facile comprendere come in tal modo, sul piano operativo, la soluzione rischiasse di risultare insoddisfacente, ora per eccesso (è ben possibile che una normativa settoriale compiuta non sanzioni comunque determinati comportamenti che il codice del consumo considera pratiche scorrette), ora per difetto (è possibile che, pur in assenza di una compiuta normativa settoriale, sussistano plessi di norme o isolate disposizioni sanzionatorie che, per le medesime fattispecie, duplicano quelle del codice del consumo), ma, più in generale, che la soluzione del conflitto finisse con l'essere affidata ad opinabilissime valutazioni, idonee a fondare qualunque esito.

¹⁹ Come rilevato criticamente da un'attenta dottrina (CLARICH, *La competenza*, cit., p. 697 ss.), con ciò veniva riesumata la teoria degli ordinamenti giuridici sezionali, nata con riferimento all'attività creditizia, ma anche superata, proprio con riferimento alla medesima attività, a seguito delle trasformazioni indotte dal diritto comunitario.

Forte è la sensazione che, respinta la stessa configurabilità di un corso apparente di norme, e, dunque, la (ragionevolissima) soluzione in termini di *ne bis in idem* sostanziale proposta dall'Autorità²⁰, la scelta di escludere l'applicazione delle norme del codice del consumo nel settore dei prodotti finanziari e mantenerla in quello del credito o delle comunicazioni elettroniche o dell'energia o delle assicurazioni²¹ abbia finito col rappresentare una scelta *lato sensu* politica.

Non può sorprendere come simile impostazione, liberando gli interpreti dalla necessità di verificare, caso per caso, la sussistenza di “*un medesimo fatto*” illecito e di un apparentemente duplice apparato di norme deputate a sanzionarlo, abbia fornito lo spunto per il moltiplicarsi di rivendicazioni di “specialità” in tutti quei settori nei quali – per la crescente tendenza alla regolazione amministrativa – sia argomentabile la sussistenza di “*una compiuta ed organica disciplina della materia*”.

²⁰ In favore della quale si esprime LIBERTINI, *La tutela*, cit. Per il Consiglio di Stato, invece, “*si pone la questione, più radicale, della stessa legittimazione ad intervenire – cioè della competenza tra due autorità –, vale a dire del ne bis in idem formale, questione che per sua natura precede ogni dubbio sulla norma sanzionatoria sostanziale da applicare al singolo caso*”.

²¹ Si pensi, ad es., al d.lg. n. 209/05, Codice delle assicurazioni, il cui Titolo XIII, “Trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato”, contiene due norme, l'art. 182 e l'art. 183, dedicate, rispettivamente, alla “Pubblicità dei prodotti assicurativi” e alle “Regole di comportamento”, la prima delle quali prevede che “*1. La pubblicità utilizzata per i prodotti delle imprese di assicurazione è effettuata avendo riguardo alla correttezza dell'informazione ed alla conformità rispetto al contenuto della nota informativa e delle condizioni di contratto cui i prodotti stessi si riferiscono*” e la secondo che “*1. Nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti le imprese e gli intermediari devono:*

a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati;
b) acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali ed operare in modo che siano sempre adeguatamente informati.

Per un (fallito) tentativo di escludere le competenze dell'Autorità in materia di pratiche scorrette, a fronte della disciplina settoriale delle assicurazioni, si veda il provv. n. 21054, del 28 aprile 2010, PS2977, Allianz RAS – Pubblicità comparativa. Favorevole a tale esclusione ROMAGNOLI, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette tra poteri dell'Autorità garante per la concorrenza e del mercato e competenze dell'Isvap*, in MELI e MARANO (a cura di), *op. cit.*, p. 195; si veda anche MASSA, *Commento all'art. 19, in Codice del consumo*², a cura di Cuffaro, Milano, 2008, p. 98. Per una trattazione generale sul tema della trasparenza nell'offerta di prodotti finanziari da parte delle imprese assicurative, si veda MARTINA, *Competenze in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali dei prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione e dei fondi pensione*, in *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario*, a cura di De Angelis e Rondinone, Torino, 2008, p. 509.

Non può sorprendere neppure l'imbarazzo palese delle corti amministrative, esposte continuamente al rischio di contraddirsi; rischio scongiurato solo a prezzo di acrobazie argomentative, non sempre convincenti sul piano logico prima che su quello giuridico. Non a caso, proprio la successiva giurisprudenza in tema di tutela dei consumatori contro la scorrettezza nel settore del credito evidenzia una tensione tra passaggi argomentativi che trovano appiglio nel parere n. 3999/08 e altri che esprimono la tendenza a battere sentieri diversi da quello in esso indicato.

3. Il caso Accord: la sentenza del TAR Lazio n. 12277/10.

Nel primo caso giunto fino al Consiglio di Stato, il ricorso al giudice amministrativo aveva riguardato la sanzione di una pratica commerciale posta in essere nell'ambito del credito al consumo, riguardante l'offerta di carte di credito *revolving*²².

È nei giudizi promossi dinanzi al TAR Lazio che i professionisti destinatari di sanzioni da parte dell'Autorità contestano per la prima volta l'applicabilità della disciplina delle norme del codice del consumo in tema di pratiche commerciali scorrette, richiamando, quale normativa speciale regolante la stessa materia, gli artt. 122, 123, 124, 125, 128 del t.u.b., nonché la circolare 4 marzo 2003 del CICR in materia di trasparenza.

Il Tribunale amministrativo respinge la censura, fondando l'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette sull'affermazione

²² Provv., n. 19983, del 18 giugno 2009, PS2760 – Accord-Carta Auchan Accord. Dalla collaborazione tra un'impresa operante in tale settore, la Accord, e note imprese titolari di catene di supermercati (Auchan e Sma), era scaturita la commercializzazione in *co-branding* di carte di credito *revolving*, utilizzabili presso i rispettivi punti vendita delle due catene di supermercati, ma anche, in generale, nel circuito Mastercard. Oggetto delle censure dell'Autorità erano diversi profili di ingannevolezza nell'offerta di tali carte. In particolare, secondo quanto accertato nel procedimento, ai consumatori ai quali la carta di credito veniva offerta erano fornite informazioni non rispondenti al vero, inesatte o incomplete in relazione 1) alla natura *revolving* e alle modalità di utilizzo della carta; 2) alla circostanza che la carta insistesse su una linea di credito per un importo massimo autorizzato rimborsabile mediante rate e che il pagamento delle stesse, per la quota capitale, ricostituisse a favore del cliente una disponibilità di spesa pari all'importo saldato; 3) alla natura facoltativa della adesione all'assicurazione relativa alla copertura del rischio del credito.

di una diversità degli interessi che sarebbero da questa tutelati, rispetto a quelli tutelati dalle norme del t.u.b.: l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato *“tutela in maniera diretta la libertà di autodeterminazione dei consumatori e, indirettamente, l’interesse pubblico alla realizzazione di un mercato pienamente efficiente e concorrenziale”*, mentre le norme che disciplinano il credito al consumo, con particolare riguardo agli obblighi di trasparenza che gravano sugli intermediari finanziari, debbono *“essere raccordate alla specifica finalità dell’attività di vigilanza affidata alle autorità creditizie, che è principalmente quella di garantire la ‘sana e prudente gestione dei soggetti vigilati’, la ‘stabilità complessiva’ nonché l’efficienza e la competitività del sistema finanziario, unitamente all’osservanza delle disposizioni in materia creditizia (art. 5, co. 1, t.u.b.)”*.

Secondo il giudice amministrativo, poi, l’attività regolatoria sarebbe volta a delineare, *ex ante*, il quadro degli obblighi specificamente gravanti sugli operatori vigilati (cioè, in sostanza, a definire gli obblighi tipici di *quella specifica professione*), mentre le competenze esercitate dall’Autorità, sulla base del codice del consumo, definirebbero un modello (sottinteso: generale) di *“professionista diligente”, “applicato di volta in volta, nelle fattispecie concrete, dall’Autorità antitrust”*. Conclude il TAR Lazio che, *“In sostanza, le due Autorità sono fisiologicamente destinate ad operare in maniera complementare, posto che se – come già più volte rilevato dalla Sezione – l’esistenza di un quadro regolatorio evidenzia l’elevato grado di professionalità richiesto alle imprese operanti nel settore, tale disciplina, tuttavia, non esaurisce ogni possibile regola di comportamento esigibile dalle imprese medesime a tutela della libertà di scelta e di autodeterminazione del consumatore”*.

Come si vede, il giudice mutua dal parere del Consiglio di Stato del 2008 l’assegnazione di un ruolo rilevante alla natura degli interessi tutelati e soprassiede, ancora in linea con l’indirizzo espresso nel parere, alla puntuale verifica della sovrapposizione di fattispecie e strumenti sanzionatori tra disciplina generale e disciplina speciale²³. Tuttavia, pur non approfon-

²³Invero, in un passaggio della motivazione, il TAR Lazio afferma che non vi è *“completa sovrapposizione tra le norme del testo unico bancario poste a tutela dei consumatori e quelle del Codice del Consumo”*, ma, subito dopo, chiarisce il senso di tale affermazione, riportandosi, per un verso, ancora una volta alla supposta *“diversità degli interessi pubblici primari affidati, rispettivamente, alle cure delle due Autorità indipendenti”*, per un altro, appunto, non argomentando in concreto sulla *“la diversità degli strumenti di intervento e di tutela”*.

dendolo, non rinuncia a porre il tema della parzialità dell'attività di regolazione, in termini di costruzione degli obblighi degli operatori del settore, rispetto alla portata generale della disciplina del codice del consumo.

4. segue: La sentenza del Consiglio di Stato n. 3763/10.

La tensione con il parere del 2008 si manifesta con ben maggiore evidenza nella sentenza del Consiglio di Stato che decide in appello il caso Accord, nella quale, in effetti, l'impostazione del parere viene completamente disattesa e si accede alla costruzione in chiave di concorso apparente di norme e di *ne bis in idem* sostanziale.

Il Consiglio di Stato osserva, innanzitutto, che “*nella fattispecie in esame parrebbero convergere esigenze di tutela del consumatore generico ed esigenze di tutela del cliente del sistema creditizio*”. È vero che qui si è in presenza di una pratica attinente al credito al consumo, ma, in realtà, nel caso di specie, per il tipo di operazione promozionale posta in essere, si sovrappongono profili di finanziamento e profili strettamente attinenti a ben individuati atti di consumo. Le carte di credito sono offerte “*in stretta connessione, ambientale e funzionale, con decisioni di natura propriamente commerciale del medesimo consumatore, cioè con altri atti di consumo, finanziabili mediante l'utilizzazione di quello strumento di pagamento. La pratica commerciale di cui si tratta, per quanto sia formalmente incentrata sull'invito all'acquisto della carta, nondimeno concerne nella sua finalità effettiva l'uno e l'altro aspetto*”. “*In questo assetto, dominante però risulta il fatto, cui l'operazione è finalizzata, della connessione con altri atti di consumo: e questo assorbe, per quanto qui interessa, i profili inerenti il credito e il risparmio. Infatti, dal punto di vista tipologico, la vicenda riguarda, per contesto e carattere sociale, il consumatore generico, non già il risparmiatore o colui che, di sua iniziativa, intende accedere al credito per investimenti o per ragioni diverse da quel consumo*”²⁴.

In pratica, con ciò il Consiglio di Stato nega in radice la configurabilità di un “*medesimo fatto*”, di cui all’art. 9, l. n. 689/81. Giusta o sbagliata che sia tale scelta, la questione potrebbe chiudersi qui. Il Collegio, invece, si

²⁴ Per giungere a tale conclusione, i giudici amministrativi devono sorvolare sulla circostanza che, in realtà, le carte in questione erano utilizzabili anche al di fuori degli esercizi commerciali che le offrivano (si vedano i par. 5, 8, 20, 22 del provvedimento dell'Autorità).

sforza di escludere anche la sussistenza di norme settoriali che, in apparenza, siano applicabili al caso in questione. Formula così una serie di affermazioni che lasciano perplessi, perché contrastanti con l'interpretazione pacifica delle norme in materia di pratiche scorrette, come quella della estraneità al loro ambito di applicazione della fase di svolgimento delle vicende negoziali²⁵ o della distinzione tra “*consumatore generico*”, tutelato dal codice del consumo, e “*cliente del sistema creditizio*”, la cui tutela diversamente connoterebbe la normativa settoriale²⁶.

²⁵ Tutt'altro che convincente è, ad esempio, l'affermazione secondo la quale la disciplina delle pratiche ingannevoli “riguarda non la singola e concreta vicenda negoziale – cui parrebbero riferirsi gli assunti dell'appellante privata in punto di informazione della controparte – ma il ben più ampio, e soprattutto anticipato, concetto di pratiche commerciali: e dunque una prassi adottata nella fase di contatto comunicazionale prodromica all'acquisto, ed è volta a prevenire scelte svantaggiose generate dall'asimmetria informativa rispetto all'offerente”. È appena il caso di rilevare, a sua confutazione, che l'art. 18, lett. *d*), cod. cons., definisce pratica commerciale “qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori” e l'art. 19 cod.cons. dichiara la disciplina applicabile alle pratiche commerciali scorrette “poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto” L'onniscrittività della nozione di “pratica commerciale” è pacificamente ritenuta in dottrina; si vedano, MINERVINI, *Il codice del consumo e la direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, in *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di Minervini e Carleo, Milano, 2007, p. 77; DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, p. 49; BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori: ambito di applicazione (art. 18, lett. A-D) e art. 19, co. 1°, c.cons.*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2008, p. 97 ss.; ANGELINI, *Commento all'art. 18 cod. cons.*, in *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, cit., p. 89; MELI, *Pratiche commerciali scorrette*, in corso di pubblicazione in *Enc.giur.Treccani*, online. Essa è indiscussa nella prassi dell'Autorità (e, del resto, era già preannunciata fin dall'avvio della propria attività: si veda, già la Relazione annuale sull'attività svolta nel 2007) e nella stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato (si veda Sez. VI, 26 settembre 2011, n. 5368: “*La legge impone al professionista l'obbligo di correttezza anche nella fase successiva alla stipula del contratto, e quindi nelle vicende relative alla sua esecuzione*”).

²⁶ È evidente che, di fronte ad una pratica commerciale individuata con riferimento a relazioni specifiche, non esiste il “*consumatore generico*”: il cliente, utilizzatore di un determinato bene o utente di un determinato servizio, non è altro che il consumatore, rilevato in concreto, in relazione ad una vicenda contrattuale che da potenziale si è tradotta in attuale. Tra l'altro, la distinzione trova adesso esplicita smentita – proprio nel settore del credito – nel nuovo art. 21, co. 3 *bis*, cod. cons., che considera scorretta “*la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla*

L'argomento, al quale il TAR aveva attribuito grande rilievo, della supposta diversità degli obiettivi di tutela perseguiti dalle due normative in potenziale conflitto, nella sentenza del Consiglio appare in posizione defilata²⁷. Va rilevato, in proposito, che, nelle more del giudizio, attraverso il d.lg. n. 141/2010, l.art. 127 t.u.b. era stato profondamente modificato. Nella sua nuova versione, esso recita “*Le Autorità creditizie esercitano i poteri previsti dal presente titolo [cioè il Titolo VI, Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti: n.d.a.] avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'articolo 5, alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela*”²⁸. Come si avrà modo di illustrare più ampiamente, il tema della successione delle norme nel tempo, fin qui ignorato, verrà esplicitamen-

sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario (norma introdotta dall'art. 36 bis d.l. n. 201/2011 conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214) ovvero *all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario* (frase aggiunta dall'art. 28, co. 3, d.l. n. 1/2012 conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27, recante Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività).

²⁷ V'è però da rilevare che, nella seconda sentenza pronunciata nel 2011, emessa in riferimento ad un provvedimento dell'Autorità che aveva sanzionato il ritardo di una banca a procedere alla cancellazione dell'ipoteca dopo l'estinzione del mutuo garantito, lo stesso Consiglio di Stato riporta in primo piano la distinzione tra finalità di tutela del consumatore e finalità di vigilanza sulla sana e prudente gestione. Vi si legge: “*è indubbiamente che le norme contenute nel citato Testo Unico persegiano in prima battuta il fine (principio cardine della vigilanza bancaria esplicitato dall'art. 5, d.lg. n. 385 del 1993) della sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, dalla stabilità complessiva del sistema finanziario, dall'osservanza delle disposizioni in materia creditizia*” (Sez. VI, sent. n. 4800/11, cit.).

²⁸ Con il Titolo VI del t.u.b. è stata resa omogenea la normativa emanata in tema di operazioni e servizi bancari e finanziari, credito al consumo, regole generali e controlli. In esso sono confluite normative emanate in tempi diversi, per un ricognizione dei quali, si veda PICCIOLINI, *Commento all'art. 115 t.u.b.*, in *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancarie e creditizia*³, diretto da CAPRIGLIONE, t. III (artt. 98-126), Padova, 2012, p. 1665. Sull'art. 127 t.u.b., si veda BALDASSARRE, *Commento all'art. 127 t.u.b.*, in *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancarie e creditizia*, cit., t. IV (artt. 126-bis-162), p. 2012 ss.

In diverse pronunce, pur successive alla novella legislativa, il TAR Lazio ha continuato ad individuare quale finalità della vigilanza, anche con riferimento alle disposizioni del Titolo VI del t.u.b., la sana e prudente gestione dei soggetti vigilati: si vedano TAR Lazio, Sez. I, 18 gennaio 2011, n. 449; TAR Lazio, Sez. I, 21 marzo 2011, n. 2409; TAR Lazio, Sez. I, 18 aprile 2011, n. 3363; TAR Lazio, Sez. I, 15 luglio 2011, nn. 6354, 6356, 6360. Soluzione probabilmente corretta, alla luce del principio *tempus regit actum*, considerato che i fatti in causa si erano svolti prima della detta novella.

te affrontato dall'Adunanza Plenaria, la quale, decidendo un altro caso in materia di credito al consumo, affermerà di dover comunque considerare la precedente versione dell'art. 127 t.u.b., che era quella vigente all'epoca dei fatti di cui in causa.

5. La rimessione all'Adunanza Plenaria: il recupero del principio del principio di specialità tra norme.

Con la sentenza Accord, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato si è già mostrata ben consapevole degli insoddisfacenti esiti riversatisi in sede giurisdizionale per effetto della scelta di adottare quale criterio il principio di specialità “per materie” o “per settori”. In un'occasione successiva, anch'essa riguardante pratiche scorrette nel settore del credito al consumo²⁹, facendo peraltro seguito ad una serie di analoghe iniziative riferite al settore delle comunicazioni elettroniche³⁰, la Sezione ha dunque deciso di rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, con il malcelato obiettivo di approdare al ribaltamento dell'infelice parere reso dalla Prima Sezione.

Nelle ordinanze di rimessione, il Consiglio di Stato richiama esplicitamente l'istituto del concorso apparente di norme sanzionatorie e l'art. 9 della l. n. 689/81, e suggerisce la regola che, a suo avviso, si dovrebbe applicare per decidere in termini di specialità il problema della coesistenza tra la disciplina generale e quella settoriale: *“Salvo che non possa concludersi per la reale completezza ed esaustività della normativa di settore nell'individuare le fattispecie sanzionatorie e nel delineare le conseguenti misure inhibitorie e repressive, la stessa è destinata quindi a trovare applicazione soltanto in caso di verificato contrasto con quella generale e sempre che rechi la disciplina di aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, regolando una fattispecie omogenea a quella individuata dalla normativa generale ma da quella distinta per un elemento specializzante, di aggiunta o di specificazione della fattispecie stessa. Diversamente, deve trovare applicazione la normativa generale, secondo la logica della complementarietà delle discipline”*.

²⁹ Il provv. era il n. 21595, del 23 settembre 2010, PS2793 – Agos-Polizza assicurazione vita.

³⁰ Cons. St., Sez. VI, ordd. 12 ottobre 2011, nn. 5522, 5523, 5526 e 13 dicembre 2011, n. 6527.

Accenna anche ad un ulteriore profilo, che poi si smarrirà nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria, concernente la possibile interpretazione della prima frase al co. 1, dell'art. 123 t.u.b., *“Fermo restando quanto previsto dalla parte II, titolo III, del Codice del consumo”*, nel senso dell'attribuzione all'autorità di settore della competenza ad applicare anche le norme del codice del consumo. Con ciò, il problema dei confini tra l'una e l'altra disciplina degraderebbe a semplice questione di competenza ad applicare quella generale³¹.

6. La pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 14/2012.

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria comincia col delineare in termini netti l'alternativa tra la specialità *“per materie”* o *“per settori”*, di cui al parere reso dalla Prima Sezione, e la specialità *“tra norme, da valutare caso per caso in rigorosa applicazione dell'art. 9 della l. 24 novembre 1981, nr. 689 (Modifiche al sistema penale), considerato assieme all'art. 15 cod. pen. espressione di un principio immanente dell'ordinamento”*

³¹ La possibilità che la competenza ad applicare la normativa generale sulle pratiche commerciali scorrette venga attratta dall'autorità di settore è posta, esattamente negli stessi termini, riguardo al settore delle comunicazioni elettroniche; la norma in questione diviene l'art. 70, co. 6, cod. comunicaz. Elettroniche (*“Rimane ferma l'applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori”*). Si veda l'ord. n. 6527/11, cit. Nell'estate del 2012 il legislatore è intervenuto con una norma che tocca tale tema, anche se, probabilmente, il fine perseguito era più ambizioso. Si tratta dell'art. 23, co. 12-quinquiesdecies, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, con l. 7 agosto 2012, n. 126, che, nell'elevare a 5.000.000,00 le *“sanzioni di cui all'articolo 27, commi 9 e 12, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, in materia di pratiche commerciali scorrette”*, aggiunge l'inciso *“la competenza ad accertare e sanzionare le quali è dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, escluso unicamente il caso in cui le pratiche commerciali scorrette siano poste in essere in settori in cui esista una regolazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inhibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati”*. Non è escluso che l'intento del legislatore fosse quello di replicare all'Adunanza Plenaria, in particolare restringendo la *“falla”* già aperta nel settore delle comunicazioni elettroniche e che, potenzialmente, potrebbe aprirsi, come abbiamo visto, in quello del credito. In realtà a chi scrive pare che, se questa era l'intenzione, la norma manchi completamente l'obiettivo. Essa, infatti, appare piuttosto affrontare il tema della competenza soggettiva ad applicare la disciplina generale delle pratiche scorrette di cui al codice del consumo (è quella che viene esplicitamente richiamata); con ciò, ha il solo effetto di dettare le condizioni – tutte da interpretare – alle quali l'Autorità garante potrebbe addirittura cedere ad un'autorità settoriale la propria competenza ad applicare la disciplina generale.

connesso al ne bis in idem sostanziale”, preferita dalla Sezione remittente. Sgomberato poi il campo dall’argomento fondato sulla identità degli interessi tutelati dalle due normative, quale emergerebbe dalla modifica dell’art. 127 t.u.b., per effetto del d.lg. n. 141/2010³² (dato che questo, nel caso di specie, risulterebbe inapplicabile *ratione temporis*) l’Adunanza Plenaria afferma – come era facile attendersi – l’accoglimento del principio di specialità tra norme, alla luce del quale occorre impostare il rapporto tra la disciplina contenuta nel Codice del consumo e quella dettata dal t.u.b.. Ciò detto, osserva che “*il t.u.b. – quanto meno nella versione vigente all’epoca dei fatti per cui è causa – non contiene alcuna disposizione intesa a perseguire, direttamente o indirettamente, finalità di tutela del consumatore*”; tuttavia, rinuncia ad intraprendere un confronto puntuale tra le fattispecie contenute nel t.u.b. e le disposizioni in materia di pratiche commerciali scorrette sanzionate dal Codice del consumo, nonché tra i due sistemi sanzionatori³³. L’Adunanza Plenaria

³² In riferimento alla quale, osserva, peraltro, il Consiglio di Stato, con un *obiter dictum*, che essa “*adottata in attuazione di un’apposita direttiva europea dedicata alla disciplina dei “contratti di credito”, costituisce forse il primo passo in vista della trasformazione del t.u.b. in una disciplina di settore tendenzialmente esaustiva*”.

³³ È questo il percorso argomentativo seguito nelle coeve decisioni della stessa Adunanza Plenaria riguardanti il settore delle comunicazioni elettroniche. In queste (le ricordate 11, 12, 13, 15, 16 del 2012), osservazione preliminare è come occorra “*evidenziare come il Codice delle comunicazioni elettroniche faccia espresso riferimento in numerosi articoli alla tutela del consumatore*”; segue una puntuale ricognizione di tali norme, che comprende, oltre alle fonti primarie, la delibera n. 664/06/CONS dell’AGCOM. Posta tale premessa, l’Adunanza, ricordato, oltre all’art. 19, co. 3, cod. cons., sul rapporto tra normativa delle pratiche scorrette e normative diverse di fonte comunitaria e il principio di specialità, *ex art. 9 l. n. 689/81 (e 15 c. p.)*, procede ad una disamina delle norme che, nella disciplina di settore, sanzionano il comportamento contestato dall’Autorità come pratica scorretta. Quindi, ritiene “*assolutamente decisivo*” che la normativa di settore attribuisca all’AGCOM poteri di vigilanza, regolamentazione e sanzione, relativo agli obblighi previsti dalle suddette norme; poteri che l’AGCOM ha effettivamente esercitato. Respinge quindi la prospettazione dell’Autorità, secondo la quale la normativa settoriale non coprirebbe tutte le possibili fattispecie di pratica scorretta, osservando il rischio di lacune o deficit di tutela è scongiurato, innanzitutto dalla presenza di clausole generali (quale quella di cui l’art. 2, co. 4, della ricordata delibera n. 664/06 di AGCOM, secondo cui l’operatore deve rispettare “*i principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali, valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili*”). Afferma, infine, che “*inoltre e principalmente occorre in proposito fare riferimento al co. 6 dell’art. 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche, secondo cui rimane comunque ferma l’applicazione delle norme e delle disposizioni in materia di tutela del consumatore*”, ritenendo che si tratti “*di un rinvio dinamico ad ogni altra disposizione di tutela del consumatore, rinvio che garantisce*

torna, invece, ancora una volta, all'art. 5 del t.u.b., “*laddove i poteri di vigilanza e repressivi attribuiti alla Banca d'Italia sono stati ricondotti ‘...alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all’efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all’osservanza delle disposizioni in materia creditizia’*”, per dedurre che “*Risulta dunque confermato che il d.lgs. n. 385 del 1993, nella versione che qui interessa, era volto a perseguire finalità le quali, ancorché genericamente riconducibili al corretto e trasparente funzionamento del mercato nel settore di riferimento, non comprendono fra di esse la tutela del consumatore in quanto tale*”, e concludere che “*In particolare, resta fuori dall’area del controllo e delle possibili sanzioni la fase antecedente il contatto diretto tra operatore finanziario e risparmiatore finalizzato all’acquisto di un prodotto finanziario presso lo sportello bancario o presso gli uffici dell’operatore*”. Con ciò, quel raffronto che, con maggiore linearità, avrebbe dovuto costituire l’oggetto di una verifica della specialità delle norme del t.u.b. rispetto a quelle del codice del consumo, viene evocato, ma non svolto. Nessun dubbio, tuttavia, che l’opzione della specialità per materie o per settori, di cui al parere del 2008, possa considerarsi (ed è scelta assolutamente condivisibile) archiviata.

Resta la soluzione in concreto fornita al caso all’esame, condizionata, come si è rilevato, dalla necessità di attenersi al principio *tempus regit actum*, e da una ricostruzione della pratica esaminata in termini tali da far prevalere profili ricadenti nella disciplina generale delle pratiche scorrette.

Acquisito il metodo, l’interprete non può non chiedersi, dunque, quale sarebbe la soluzione laddove si dovesse decidere un caso che fosse già maturato nel mutato contesto normativo e riguardasse anche ipotesi di credito non direttamente collegate ad operazioni commerciali di altro genere (ad esempio, la promozione pura e semplice di una carta di credito).

la chiusura del sistema ed esclude a priori il rischio più volte paventato da Antitrust di possibili lacune della tutela stessa”. Quanto al sistema sanzionatorio, l’Adunanza Plenaria, osservato che un eventuale deficit sanzionatorio non potrebbe comunque rilevare rispetto alla individuazione dell’Autorità competente, comportando semmai l’obbligo di sollevare una questione di costituzionalità, rileva che le sanzioni previste dalla normativa settoriale in questione non sono meno severe di quelle previste dalla disciplina generale sulle pratiche commerciali scorrette e che all’AGCOM sono attribuiti poteri inibitori e conformativi, in fatto più volte esercitati “che non consentono di ritenere che la tutela apprestata da AGCOM possa ritenersi nel complesso qualitativamente inferiore a quella attribuita ad Antitrust”.

Allo scopo, si deve operare un confronto tra le fattispecie di cui alla disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette e quelle descritte dalla nuova disciplina del Titolo VI del t.u.b., dedicata alla “Trasparenza dei rapporti contrattuali e dei rapporti con i clienti”, scaturita dal d.lg. n. 141/10. Nel far ciò, tuttavia, non ci si può limitare alla disciplina direttamente apprestata dal t.u.b., ma bisogna analizzare anche le norme regolamentari che, sulla base della stessa legge, la autorità creditizie sono chiamate ad emanare. Si dovrà dunque volgere l’attenzione alle “Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”, attualmente nella versione emanata dalla Banca d’Italia il 20 giugno 2012, sulla base di quanto disposto in talune norme del Titolo VI del t.u.b.³⁴, nel contesto delineato dal CICR (Decreto d’urgenza del Ministro-Presidente, del 3 febbraio 2011, n. 117).

³⁴ Si vedano, in particolare:

- l’art. 123, co. 2: “*La Banca d’Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, precisa le caratteristiche delle informazioni da includere negli annunci pubblicitari e le modalità della loro divulgazione*”;

- l’art. 124, co. 7: “*La Banca d’Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, detta disposizioni di attuazione del presente articolo, con riferimento a: a) il contenuto, i criteri di redazione, le modalità di messa a disposizione delle informazioni precontrattuali; b) le modalità e la portata dei chiarimenti da fornire al consumatore ai sensi del comma 5, anche in caso di contratti conclusi congiuntamente; c) gli obblighi specifici o derogatori da osservare nei casi di*

comunicazioni mediante telefonia vocale; aperture di credito regolate in conto corrente; dilazioni di pagamento non gratuite e altre modalità agevolate di rimborso di un credito preesistente, concordate tra le parti a seguito di un inadempimento del consumatore; offerta attraverso intermediari del credito che operano a titolo accessorio”;

- l’art. 125 bis, co. 4: “*Nei contratti di credito di durata il finanziatore fornisce periodicamente al cliente, su supporto cartaceo o altro supporto durevole una comunicazione completa e chiara in merito allo svolgimento del rapporto. La Banca d’Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, fissa i contenuti e le modalità di tale comunicazione*”;

- l’art. 126 quater, co. 1: “*La Banca d’Italia disciplina: a) contenuti e modalità delle informazioni e delle condizioni che il prestatore dei servizi di pagamento fornisce o rende disponibili all’utilizzatore di servizi di pagamento, al pagatore e al beneficiario. Le informazioni e le condizioni sono redatte in termini di facile comprensione e in forma chiara e leggibile. In particolare, l’utilizzatore dei servizi di pagamento è informato di tutte le spese dovute al prestatore di servizi di pagamento e della loro suddivisione. Sono previsti obblighi di trasparenza semplificati nel caso di utilizzo di strumenti di pagamento che riguardino operazioni o presentino limiti di spesa o avvaloramento inferiori a soglie fissate dalla stessa Banca d’Italia; b) casi, contenuti e modalità delle comunicazioni periodiche sulle operazioni di pagamento*”.

7. Titolo VI del t.u.b., Disposizioni della Banca d'Italia sulla trasparenza e disciplina delle pratiche commerciali scorrette: a) raffronto strutturale tra le fattispecie.

Cominceremo col ricordare che la disciplina dettata dal codice del consumo in materia di pratiche commerciali scorrette è generale sotto diversi aspetti.

In primo luogo, essa riguarda, appunto, le “pratiche commerciali”, e cioè, *“qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori”* (art. 18, lett. d, cod. cons.), *“poste in essere prima, durante e dopo un’operazione commerciale relativa a un prodotto”* (art. 19, cod. cons.). Si può trattare, dunque, di dichiarazioni o comportamenti materiali, azioni o omissioni, non essendo rilevante la natura, negoziale o meno, né la fase temporale di un eventuale rapporto in corso³⁵. Per limitarsi al tema dell’informazione, pratica commerciale non è, dunque, la sola pubblicità, ma anche ogni comunicazione intervenuta tra professionista e consumatore, ivi comprese quelle rese nell’ambito di un rapporto contrattuale, in qualunque fase esso si trovi.

In secondo luogo, è scorretta ogni pratica, commissiva o omissiva, *“contraria alla diligenza professionale ed (...) 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”*. La scorrettezza viene poi tipizzata in ingannevolezza (artt. 21 e 22 cod. cons.) e aggressività (artt. 24 e 25 cod. cons.).

In sintesi, non v’è dubbio che la disciplina delle pratiche scorrette investa qualunque profilo dei rapporti tra professionista e consumatori, attuali o potenziali, e, tolte le ipotesi di pratiche vietate *per se*, contenute nelle *black list* (artt. 23 e 26), risulti costruita secondo degli *standard* (o concetti giuridici indeterminati, clausole generali, principi generali, norme elastiche o nozioni a contenuto variabile, che dir si voglia)³⁶.

³⁵ Per una ricognizione delle opinioni su tale punto, si veda ANGELINI, *Commento all’art. 18 cod. cons.*, in *Codice del consumo*², a cura di Cuffaro, cit. p. 89.

³⁶ Si veda, sul tema, DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un’analisi funzionale*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2011, p. 29.

La scorrettezza di una pratica commerciale, in particolare, presuppone, cumulativamente,

- a) la contrarietà ad un parametro definito come “diligenza professionale”, declinato, sia in generale, sia con specifico riferimento ai settori nei quali si è sviluppata la pratica indagata.
- b) l'idoneità a pregiudicare il comportamento economico
 - b1) non di qualunque consumatore, bensì di quello medio (cioè, “normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto”, secondo il Considerando 18 della direttiva 2005/29/CE), e
 - b2) “*in misura apprezzabile*”³⁷.

Delineato il quadro che emerge dalla disciplina generale, le norme del Titolo VI del t.u.b., che potrebbero interessare ai fini di un confronto con la disciplina generale, si trovano nel Capo I, “Operazioni e servizi bancari e finanziari”, nel Capo II, “Credito ai consumatori”, nel Capo II bis, “Servizi di pagamento”. Le disposizioni rilevanti del t.u.b. sono, in particolare, raggruppabili in due tipologie:

- disposizioni che attengono all'informazione, generale, precontrattuale e contrattuale;
- disposizioni che attengono al recesso dai contratti in corso.

Quanto alle previsioni delle due *black list* di pratiche ingannevoli e aggressive, il riscontro della scorrettezza prescinderebbe (Considerando 17 della direttiva), da ogni valutazione circa la sussistenza dei requisiti previsti per il giudizio generale di scorrettezza e, segnatamente, della contrarietà alla diligenza professionale, dell'idoneità ad ingannare o condizionare, di quella ad influenzare il comportamento economico del consumatore medio (in tal senso, DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette e i parametri di valutazione*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di De Cristofaro, cit., p. 140; MASSA, *Commento all'art. 24 cod. cons.*, in *Codice del consumo*², a cura di Cuffaro, cit., p. 138). Il condizionale è però d'obbligo, dato che, in realtà, il disegno si rivela illusorio. Se, infatti, ben può il legislatore vietare o imporre determinati comportamenti in sé considerati (dettare, cioè, delle *rules* in luogo di *standards*), difficile è sottrarsi ad una valutazione di idoneità all'inganno o all'indebito condizionamento laddove la stessa identificazione della pratica vietata la imponga, riproponendo il problema dei criteri, oggettivi e soggettivi, di valutazione della scorrettezza. Questo è quanto avviene per diverse ipotesi di illeciti nelle *black list* (si vedano, con riferimento alle pratiche in ogni caso ingannevoli, MELI, voce *Pubblicità ingannevole*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 2006; con riferimento a quelle aggressive, LA ROCCA, *Commento all'art. 26 cod. cons.*, in *Codice del consumo*², a cura di Cuffaro, cit., p. 160 ss.).

³⁷ Sull'interpretazione di tali prescrizioni e sulla loro considerazione nelle prassi e nella giurisprudenza, si rinvia a MELI, *Le clausole generali relative alla pubblicità*, in *AIDA*, 2008, p. 257 e Id., “*Diligenza professionale*”, “*consumatore medio*” e *regola di de minimis nella prassi dell'Agcm e nella giurisprudenza amministrativa*, in *La Tutela*, a cura di Meli e Marano, cit., p. 1.

Al primo gruppo possono ascriversi:

- gli art. 116 e 123, rubricati “Pubblicità”;
- l'art. 117, rubricato “Contratti”;
- l'art. 119, rubricato “Comunicazioni periodiche alla clientela”;
- l'art. 124, rubricato “Obblighi precontrattuali”;
- l'art. 125 *bis*, rubricato “Contratti e comunicazioni”;
- l'art. 126 *quater*, rubricato “Informazioni relative alle operazioni di pagamento e ai contratti”.

Al secondo gruppo possono ascriversi gli artt. 120 *bis*, 125 *quater*, 126 *septies*, laddove essi dispongono, appunto, in tema di recesso dai contratti.

Orbene, come si vede, la diversità tra le norme in materia di trasparenza e correttezza contenute nel t.u.b. e quelle generali del codice del consumo sembrerebbe evidente. In particolare:

- in taluni casi, il t.u.b. detta delle *rules* e il codice del consumo, come si è detto, se si escludono talune fattispecie di pratiche in ogni caso scorrette (quelle delle *black list*), degli *standards*; ciò è evidente per tutte le norme che traducono l'obbligo di trasparenza nella contrattazione in obbligo di adottare la forma scritta e di consegnare al cliente copia del contratto (art. 117), o di fornirgli comunicazioni iniziali e periodiche (art. 119) o di fornirgli le informazioni necessarie “*su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso il modulo contenente le 'Informazioni europee di base sul credito ai consumatori'*” (art. 124, co. 1; similmente l'art. 125 *bis*);

- talvolta, il t.u.b., pur definendo uno *standard* di trasparenza, sembra riferirlo ad un limitato elenco di contenuti che appare tassativo; è il caso delle due norme in materia di pubblicità, l'art. 116 e l'art. 123. Il primo comma dell'art. 116 fornire certo una regola generale di correttezza della pubblicità ³⁸, ma questa appare limitata al “*rendere noti in modo chiaro*

³⁸ Alla luce delle “Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”, emanate dalla Banca d’Italia (11 febbraio 2011), possono considerarsi superati i dubbi circa l'estensione della nozione di “pubblicità”, di cui alle citate norme del t.u.b. (se cioè si riferisse solo alle comunicazioni diffuse alla clientela ovvero alla massa indifferenziata di utenti (sul tema, si veda, da ultimo, URBANI, *Commento all'art. 16 t.u.b.*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 1673 ss., la cui opinione è in senso restrittivo; sulla pubblicità di cui all'art. 123 t.u.b., si vedano ALPA e GAGGERO, *Commento all'art. 123 t.u.b.*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 1848 ss.). Al par. 3, della Sezione I, “annuncio pubblicitario” è definito

ai clienti i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi". Se, ad avviso di chi scrive, "rendere noti in modo chiaro" comprende, oltre al divieto di fornire informazioni oggettivamente false o lacunose, anche l'obbligo di presentare dette informazioni con modalità non ingannevoli, l'elencazione della tipologia di informazioni soggette a detto obbligo di chiarezza appare tuttavia limitata³⁹. Lo stesso può dirsi per l'art. 123 t.u.b.

- altra volta ancora, il rispetto di uno *standard* valutativo della correttezza dell'informazione sembra ristretto al conseguimento di un determinato obiettivo conoscitivo; si pensi all'art. 124, co. 1, t.u.b., in cui si prescrive che "*Il finanziatore o l'intermediario del credito, sulla base delle condizioni offerte dal finanziatore e, se del caso, delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore, forniscono al consumatore, prima che egli sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito, le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito*". L'espressione fa sorgere il dubbio che l'obbligo di informazione sia qui funzionale ad una trasparente illustrazione delle diverse offerte disponibili sul mercato, potendone restare fuori ogni altro aspetto relativo alla completezza informativa.

In conclusione, è arduo reperire tra le norme testé esaminate, un principio generale di correttezza o non ingannevolezza, negli stessi termini in cui esso è dettato nel codice del consumo.

il "messaggio, in qualsiasi modo diffuso, avente lo scopo di promuovere la vendita di prodotti e la prestazione di servizi, salvo quanto previsto dalla sezione VII, paragrafo 4"; e il par. 4 citato definisce gli annunci pubblicitari come "tutti i messaggi, in qualsiasi forma diffusi, aventi natura promozionale, e ogni altra documentazione non personalizzata avente la funzione di rendere note le condizioni dell'offerta alla potenziale clientela". Il che, evidentemente, fa propendere per l'interpretazione estensiva. Sulla complessità degli obblighi informativi delle banche, alla luce delle ultime modifiche legislative, intervenute con il d.lg. n. 141 del 2010, si veda NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza"*?", in *Dir. banc.*, 2011, p. 11.

³⁹ Ammesso che lo stessa carattere di tassatività si voglia attribuire alle elencazioni di cui all'art. 21 cod. cons., non può sfuggire la percepibile diversità di ampiezza dell'area informativa presa in considerazione. In tal senso mi ero espresso in MEI, voce *Pubblicità ingannevole*, in *Enc. giur.*, cit., ma oggi dubiterei di quella affermazione. Si veda anche MASSA, *Commento all'art. 21 cod. cons.*, in *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, cit., p. 116.

Diversa valutazione deve formularsi per il gruppo di norme che mira ad assicurare al consumatore/cliente il diritto di recesso dal contratto (i ricordati artt. 120 *bis*, 125 *quater*, 126 *septies*). In tutte si afferma che il cliente/utilizzatore ha diritto di recedere dal contratto senza penalità e senza spese. Pochi dubbi, considerata anche l'origine di due delle tre norme⁴⁰, che esse tutelino il cliente non solo rispetto a possibili previsioni contrattuali pregiudizievoli del diritto di recedere gratuitamente, ma contro qualunque ostacolo, anche non contrattuale, all'esercizio di tale diritto di recesso; ostacolo che può consistere non solo nella richiesta, in via di fatto, della corresponsione di somme a vario titolo, ma anche in ritardi ingiustificati nella chiusura della posizione del cliente⁴¹, richieste pretestuose di documenti, ecc., ecc.

Non può sfuggire la sovrappponibilità di tali disposizioni con l'art. 25, lett. *d*), cod. cons., che, tra gli elementi da prendere in considerazione per determinare se una pratica commerciale comporti molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, indica “qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti con-

⁴⁰ L'art. 120 *bis* trova il suo antecedente nell'art. 10, co. 2, del cd. decreto Bersani (d.l. n. 223/06, conv. In l. n. 248/06); l'attuale testo è frutto del d.lg. n. 141/10. Su tale norma, si vedano MUCCARONE e SCIARRONE ALIBRANDI, *Commento all'art. 120 bis t.u.b.*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancarie e creditizia*, cit., t. III, p. 1762 ss. L'art. 126 *septies* rappresenta invece il risultato del recepimento dell'art. 45 della Direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento, il cui par. 1 recita “*I contratti quadro possono essere scolti in qualsiasi momento dall'utilizzatore di servizi di pagamento, salvo qualora sia stato convenuto contrattualmente un periodo di preavviso che non può essere superiore ad un mese*”. Sul tema, si veda DE POLI, *Commento all'art. 126 septies t.u.b.*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancarie e creditizia*, cit., t. IV, p. 2004 ss. Sull'art. 125 *quater*, si veda TUCCI, *Commento all'art. 125 quater t.u.b.*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancarie e creditizia*, cit., t. III, p. 1902 ss.

⁴¹ Rilevano MUCCARONE e SCIARRONE ALIBRANDI, op. ult. cit., 1766, come l'esperienza dell'ABF segnali casi in cui, dopo il ricevimento della comunicazione del recesso da parte del correntista, la banca abbia continuato a mantenere aperto il conto, addebitando le relative competenze contrattuali e comunicando il saldo al cliente soltanto con l'estratto conto. È il caso di aggiungere che casi del genere sono stati oggetto di procedimenti per pratiche commerciali scorrette da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: si vedano, ad es., n. 21321, del 7 luglio 2010, PS2624 – Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza-Estinzione c/c e del . 21414, del 28 luglio 20120, PS1750 – Unicredit Banca di Roma – Ostruzionismo chiusura c/c. In entrambi i casi, peraltro, l'Autorità non ha irrogato la sanzione pecuniaria, con motivazioni non convincenti (si veda MELI, *L'applicazione*, cit., p. 370).

trattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista". Un po' paradossalmente, dunque, l'unico caso acclarato di sovrapposizione non riguarda aspetti relativi all'informazione, bensì l'ambito delle cd. pratiche aggressive.

Veniamo adesso alle ultime "Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti".

In tali Disposizioni compare, in effetti, qualche richiamo a regole di trasparenza e correttezza, prima espressa o in via generale e poi, sulla base dei richiami operati dalle singole norme del t.u.b. ai poteri regolamentari, con riferimento a specifici servizi.

Sotto il primo aspetto, la Banca d'Italia rileva, nella Premessa (par. 1.1), che "*Le disposizioni in materia di trasparenza (Titolo VI del t.u.b.; delibere del CICR citate nel par. 2 e il presente provvedimento) si applicano – salvo diversa previsione – a tutte le operazioni e a tutti i servizi disciplinati ai sensi del Titolo VI del t.u.b. (incluso il credito al consumo e i servizi di pagamento) aventi natura bancaria e finanziaria offerti dagli intermediari, anche al di fuori delle dipendenze ('fuori sede') o mediante 'tecniche di comunicazione a distanza'*". Con ciò, esclude che la tutela sia limitata al cliente, all'interno del rapporto o a ridosso del medesimo (tutela in fase contrattuale o pre-contrattuale). Tra i principali strumenti di trasparenza (par. 1.2) indica, in primo luogo, forme di pubblicità su tassi, prezzi e altre condizioni contrattuali praticate per le operazioni e per i servizi e sui principali strumenti di tutela previsti in favore dei clienti⁴². Ancora, dunque, si esprime, in prima battuta, in termini di tutela generale relativa ad ogni modalità e contenuto pubblicitari⁴³, per poi alternare riferimenti a regole di tutela di contenuto puntuale, a riferimenti a *standards* generali. E, in effetti, la disciplina scaturente dalle disposizioni, con riferimento ai diversi servizi disciplinati dal Titolo VI del t.u.b., appare evidenziare

⁴² Gli altri strumenti elencati sono: requisiti di forma e contenuto minimo dei contratti; forme di tutela nei casi di variazione delle condizioni contrattuali e comunicazioni periodiche idonee a informare il cliente sull'andamento del rapporto contrattuale; regole specifiche per il caso di impiego di tecniche di comunicazione a distanza; requisiti organizzativi volti a presidiare i rischi legali e di reputazione degli intermediari attraverso il mantenimento di rapporti trasparenti e corretti con i clienti.

⁴³ Tra le definizioni (p. 7 delle Disposizioni), la pubblicità è effettivamente definita in termini generali, prevedendosi che è "annuncio pubblicitario" il "messaggio, in qualsiasi modo diffuso, avente lo scopo di promuovere la vendita di prodotti e la prestazione di servizi, salvo quanto previsto dalla sezione VII, paragrafo 4".

un alternarsi di *rules* e *standards*, di riferimenti al cliente nell'ambito (o in occasione) di un ben individuato rapporto contrattuale, a riferimenti ai consumatori (cioè, alla platea dei possibili destinatari di offerte nel suo complesso). Sono anche riscontrabili talune chiare sovrapposizioni alla disciplina delle pratiche scorrette. Una Disposizione sovrapponibile ad analoga disposizione in tema di pratiche scorrette è, ad es., quella di cui al par. 5, nella Sezione II (Pubblicità e informazione precontrattuale)⁴⁴, secondo la quale “*Gli annunci pubblicitari devono essere chiaramente riconoscibili come tali. In particolare, essi specificano: la propria natura di messaggio pubblicitario con finalità promozionale; la necessità di fare riferimento, per le condizioni contrattuali, ai fogli informativi, indicando le modalità con cui questi ultimi sono messi a disposizione dei clienti*”.

Il divieto generale delle comunicazioni pubblicitarie non riconoscibili, già espresso in termini analoghi nell'art. 5 del d.lg. n. 145/07, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa illecita⁴⁵, è presente anche nella disciplina delle pratiche scorrette, sia pure frammentato tra più norme⁴⁶. Ancora, assai simile a quanto previsto all'art. 26, lett. c), cod. cons., che considera di per sé aggressivo “*effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza*” è la fattispecie delle “Comunicazioni non richieste”, di cui alla Sezione V delle Disposizioni, dedicata alle Tecniche di comunicazione a distanza.

Alla luce di quanto osservato, non si può negare che la Banca d'Italia, con le Disposizioni, abbia apprestato *anche* una vera e propria disciplina generale della trasparenza e correttezza, diretta a tutelare clienti e

⁴⁴ Analoga previsione si trova nella disposizione 3 della Sezione IX (Cambiavalute).

⁴⁵ “*La pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale.*

La pubblicità a mezzo di stampa deve essere distinguibile dalle altre forme di comunicazione al pubblico, con modalità grafiche di evidente percezione”.

⁴⁶ L'ingannevolezza per difetto di trasparenza è, innanzitutto, considerata nel co. 2 dell'art. 22, cod. cons., per il quale “*è altresì considerata un'omissione ingannevole quando un professionista (...) non indica l'intento commerciale della pratica stessa qualora quest(o) non risulti(no) già evidente dal contesto*”. Una specifica forma di non trasparenza è prevista nella *black list* delle pratiche ingannevoli, all'art. 23, lett. m), per cui “*salvo quanto previsto dal d.lg. 31.07.05, n. 177, e successive modificazioni, impiegare contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore*”. Infine, il difetto di trasparenza può riguardare anche “*la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità ..., lo status ...*” del professionista (art. 21, lett. f).

consumatori, con ciò raccogliendo l'indicazione del nuovo art. 127 t.u.b. Del resto, non si comprenderebbe la portata concreta di tale norma se ci si limitasse a leggervi affermazioni di principio, prive di ricadute concrete sulle modalità di *enforcement* della normativa, invece di individuarvi la base per l'azione regolamentare delle attività creditizie, a complemento della normativa primaria del t.u.b.

Quanto poi l'attività effettiva di *enforcement* della Banca d'Italia abbia tenuto fede a simili premesse, almeno in termini di provvedimenti emessi, è altra questione.

Un esame dei Bollettini di vigilanza nel periodo successivo all'entrata in vigore del d.lg. n. 141/10, fino agli ultimi, evidenzia, per quel poco che si può comprendere guardando alle norme applicate, con decisioni estremamente sintetiche, un numero esiguo di provvedimenti sanzionatori per violazioni attinenti a trasparenza e correttezza nei confronti dei consumatori/clienti. Constatazione notevole, se si pensa al contestuale iperattivismo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella repressione di pratiche scorrette nel settore del credito⁴⁷.

L'impressione è che la Banca d'Italia raramente si spinga oltre l'esercizio di un'attività di orientamento e di ammonimento, riconducibile alla *moral suasion* e che preferisca non invadere il campo dell'Autorità, lasciando che la tutela contro la scorrettezza, anche in questo settore, si svolga sotto l'egida del codice del consumo⁴⁸. Ciò non può, tuttavia, porre in ombra che – salvo quanto si dirà appresso – gli strumenti normativi per esercitare una forma più accentuata di tutela di clienti e consumatori concorrente con quella esercitata dall'Autorità in applicazione del codice del consumo, ci sarebbero.

Tirando le fila del discorso, il dubbio che, il nuovo Titolo VI e le Disposizioni della Banca d'Italia sulla trasparenza presentino taluni elementi di sovrappponibilità alla disciplina generale delle pratiche commerciali scorrette non può esser del tutto fugato e si può, dunque, com-

⁴⁷ Si veda MELI, *L'applicazione*, cit.

⁴⁸ È da ricordare che il 23 febbraio 2011, l'Autorità e la Banca d'Italia hanno sottoscritto un Protocollo di intesa in materia di tutela dei consumatori nel mercato bancario e finanziario, nel quale le due istituzioni riconoscono le rispettive competenze e ravvisano “*l'opportunità di realizzare, mediante lo scambio di informazioni, un coordinamento (...) che consenta ad ognuna di tener conto delle iniziative assunte dall'altra al fine di: assicurare un'efficace tutela dei consumatori nei rapporti con intermediari bancari e finanziari; - contenere gli oneri che gravano sugli intermediari in ragione dell'esercizio dell'attività di vigilanza*”.

prendere la posizione interlocutoria dell'Adunanza Plenaria, la quale, nel decidere una vicenda passata, compresa all'interno di un diverso scenario, ha preferito non anticipare valutazioni che andranno, quando se ne presenterà l'occasione, aggiornate al nuovo contesto normativo nel frattempo determinatosi (considerato che questo potrebbe ulteriormente evolversi, quanto meno sul piano regolamentare).

8. segue: b) raffronto tra i sistemi sanzionatori.

Vi è, tuttavia, un altro aspetto che, stranamente, sembra essere sfuggito alla giurisprudenza amministrativa e che, però, non può essere ritenuto irrilevante nella valutazione della eventuale portata escludente delle prescrizioni del t.u.b. in tema di tutela del cliente/consumatore rispetto a quelle generali del codice del consumo: si tratta degli esiti di un raffronto tra i sistemi sanzionatori.

Una questione di concorso apparente di norme si può porre laddove le sanzioni previste dalle norme concorrenti abbiano la stessa natura. Che tale requisito ricorra nel caso di specie non è dubbio, se si guarda al profilo oggettivo delle sanzioni: in entrambi i plessi normativi posti in raffronto si è in presenza di sanzioni amministrative pecuniarie. Né potrebbero rilevare, ai fini della soluzione della questione all'esame, la diversa misura delle sanzioni edittali (alquanto più basse nel t.u.b.)⁴⁹.

V'è, tuttavia, una differenza tra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e quella del t.u.b., che riguarda l'applicazione soggettiva delle sanzioni, e ad avviso di chi scrive, mette in discussione l'intera ipotesi di una convergenza dei due sistemi, anche in relazione a quei limitati aspetti per cui essa potrebbe configurarsi.

Il soggetto agente nell'illecito di pratiche commerciali scorrette è individuato dal codice del consumo nel "professionista". Egli è il destinatario del relativo procedimento, dell'ordine di cessazione della

⁴⁹ Nel confrontare il quadro sanzionatorio del codice delle comunicazioni elettroniche con quello del codice del consumo, l'Adunanza Plenaria (sentt. n. 11, 12, 13, 15, 16 del 2012, cit.) ha ricordato che "*un eventuale deficit dal punto di vista sanzionatorio non potrebbe comunque riverberare effetto alcuno in ordine alla individuazione dell'autorità competente nel caso in esame (comportando, semmai, l'obbligo di sollevare una eccezione di illegittimità costituzionale sul punto*".

pratica, dell'eventuale ordine di pubblicazione, nonché delle sanzioni pecuniarie.

Tale figura è, dall'art. 18, lett. *b*) cod. cons., definita come “*qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista*”⁵⁰. Chi rappresenta o, comunque, collabora con il professionista può essere attratto nella categoria, quando, evidentemente, siano individuabili profili di riconducibilità a lui della pratica e non si può escludere neppure che anche chi collabora con il professionista in posizione di dipendenza rientri nella nozione e possa esser destinatario di sanzioni per pratiche commerciali scorrette (anche se non pare che l'Autorità abbia mai preso in considerazione tale ipotesi)⁵¹. Il sistema delle pratiche commerciali scorrette, però, non solo non esclude che il *dominus negotii* sia sanzionato, ma, anzi, questa rappresenta l'ipotesi normale (in qualche modo, l'art. 18, lett. *b*, con l'uso della congiunzione “e”, vede l'ausiliario come professionista “aggiunto”).

⁵⁰Sulla non perfetta coincidenza tra tale definizione e quella generale, fornita dall'art. 3, lett. *c*), cod. cons., che parla di “*intermediario*” veda BARGELLI, *La nuova disciplina delle pratiche commerciali: ambito di applicazione*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di De Cristofaro, cit., p. 122 s., che la ritiene però non rilevante.

Sotto il regime della disciplina delle pratiche scorrette, ci si chiede quando la pratica posta in essere attraverso ausiliari autonomi possa essere imputata (anche) al professionista. Nella giurisprudenza amministrativa in tema di pratiche scorrette, i criteri di imputazione della pratica sono a) la responsabilità nella predisposizione e diffusione della pratica; b) il vantaggio economico (si vedano TAR Lazio, Sez. I, 18 gennaio 2011, n. 395; Id., 23 febbraio 2011, n. 1691; Id., 16 giugno 2011, nn. 5388, 5389, 5391). Il professionista risponde in ogni caso del fatto degli ausiliari quando è riscontrabile una sua *culpa in vigilando* (si vedano, di recente, Cons. St., Sez. VI, 24 marzo 2011, nn. 1809, 1810, 1811, 1812, 1813; Id., 21 settembre 2011, n. 5306, 5307, 5363). Pacificamente la giurisprudenza ammette il concorso nell'illecito di scorrettezza, tra soggetti coinvolti a diverso titolo nella realizzazione della pratica. Si vedano TAR Lazio, Sez. I, 15 luglio 2011, n. 6354; Cons. St., Sez. VI, 29 marzo 2011, n. 1897; 6 giugno 2011, n. 3353; Id., 24 agosto 2011, n. 4800). Sul tema delle pratiche scorrette poste in essere attraverso terzi, si veda MEI, *L'applicazione*, cit.

⁵¹La tendenza è quella di ricomprendersi nella nozione chiunque agisca nell'interesse del professionista. Si vedano ANGELINI, *Commento all'art. 18 cod. cons.*, in *Codice del consumo*², a cura di Cuffaro, cit., p. 87; CALVO, *Commento all'art. 18 cod. cons.*, in *Codice del consumo. Annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Capobianco e Perlingieri, Napoli, 2009, cit., p. 69. Con riferimento all'art. 3, pare invece prevalere l'opinione negativa: si vedano, in tal senso, CHINÈ, *Commento all'art. 3 cod. cons.*, in *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, cit. p. 2008; CAPOBIANCO, *Commento all'art. 3 cod. cons.*, in *Codice del consumo. Annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit., p. 23.

Il sistema sanzionatorio che assiste le prescrizioni del Titolo VI del t.u.b. presenta un quadro alquanto differente⁵². Tutte le sanzioni di cui all'art. 144 t.u.b. (Altre sanzioni amministrative pecuniarie), poste a presidio delle sopra ricordate norme a tutela della trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti, sono irrogate “*Nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione, nonché dei dipendenti*”, ai sensi del comma 5 della medesima norma, “*anche a coloro che operano sulla base di rapporti che ne determinano l'inserimento nell'organizzazione della banca o dell'intermediario finanziario, anche in forma diversa dal rapporto di lavoro subordinato*”. Responsabili degli illeciti amministrativi e destinatari delle sanzioni pecuniarie non sono, dunque, mai le banche, le società, gli enti interessati, bensì solamente le persone fisiche cui gli atti lesivi sono causalmente attribuibili⁵³. È vero che l'art. 145, in tema di applicazione delle sanzioni, al co. 10, prevede che “*Le banche, le società o gli enti ai quali appartengono i responsabili delle violazioni rispondono, in solidi con questi, del pagamento della sanzione e delle spese di pubblicità previste dal primo periodo del co. 3*”, ma aggiunge che essi “*sono tenuti a esercitare il regresso verso i responsabili*”. In conclusione, la sanzione non può consolidarsi nei confronti del *dominus negotii*, che, in pratica, ne diviene un mero esattore⁵⁴.

A me pare che tale profilo sia decisivo, al fine di escludere – anche per quei profili per i quali residuassero dubbi – che la disciplina del t.u.b., anche dopo le modifiche in senso maggiormente pro-consumericistico, possa essere considerata duplicativa di quella sulle pratiche commerciali scorrette e che, in nome del principio di specialità, quest'ultima debba arretrare di fronte alle previsioni a tutela della trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti, in quella contenute.

VINCENZO MELI

⁵² Si vedano, sul tema, CLARICH, *Le sanzioni nel testo unico in materia bancaria e creditizia: profili sostanziali e processuali*, in *Banca, impresa, soc.*, 1995, I, p. 65; MATTARELLA, *Le sanzioni amministrative nel nuovo ordinamento bancario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 679; CONDEMI, *Commento agli artt. 144 e 145 t.u.b.*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., t. IV (artt. 126-bis-162), p. 2368 ss.

⁵³ Le banche, le società, gli enti interessati, sono, invece, destinatari delle misure inibitorie contemplate dall'art. 128 ter t.u.b. e, nell'ambito dei sistemi di pagamento, dell'art. 145.

⁵⁴ Così, MATTARELLA, op.cit., p. 713.

