

## La CGUE sulla tutela del consumatore nella repressione delle pratiche commerciali scorrette

*di Angela Correrà*

**Title:** The judgment of the Court of Justice (GC) on the consumer protection in the repression of unfair commercial practice

**Keywords:** Consumer protection; Unfair commercial practice; Independent administrative authorities.

1. – La Corte di Giustizia con sentenza del 13 settembre scorso è stata chiamata ad individuare il regime normativo applicabile alla condotta di commercializzazione da parte di operatori telefonici di carte SIM (*Subscriber Identity Module*) sulle quali siano preimpostati e preattivati alcuni servizi dei quali i consumatori non siano stati informati al momento della vendita.

In particolare, con lo strumento del rinvio pregiudiziale è stato preliminarmente chiesto ai giudici europei di stabilire se tale condotta possa essere qualificata, alla luce della direttiva 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), come «fornitura non richiesta» o, più in generale, come «pratica commerciale aggressiva».

Invero, in attuazione delle previsioni di cui agli artt. 12 e 169 TFUE, degli artt. 6, § 1 TUE e dell'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, accanto al sistema generale di tutela del consumatore approntato con la direttiva da ultimo menzionata, il diritto dell'Unione contempla strumenti normativi settoriali, destinati a trovare applicazione in specifici ambiti del mercato, come quello delle comunicazioni elettroniche di cui alla direttiva 2002/21/CE, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (in prosieguo: la «direttiva quadro») e alla direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (in prosieguo: la «direttiva servizio universale»). Queste ultime, nello specifico, attribuiscono alle autorità nazionali di regolamentazione («ANR») – in Italia, l'AGCom – il compito di garantire un livello elevato di protezione dei consumatori nel settore delle comunicazioni elettroniche attraverso poteri ispettivi, inibitori e sanzionatori. Mentre, l'AGCM è l'autorità preposta alla repressione delle pratiche commerciali scorrette, l'AGCom è, invece, chiamata a vigilare sul rispetto dei diritti degli utenti finali riguardo alla trasparenza contrattuale, al recesso dal contratto e agli obblighi informativi.

Alla luce del quadro normativo esposto è stato chiesto alla Corte di stabilire se nel caso di specie la normativa generale, per effetto della previsione di cui all'art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29 debba cedere il passo a quella settoriale ed, eventualmente, a disposizioni nazionali adottate in attuazione di tali norme, in definitiva, rimettendole

anche il compito di fissare un criterio ordinatore nel riparto di competenze tra *Authorities* (AGCM e AGCom) nella repressione delle pratiche commerciali scorrette nell'insidioso campo della tutela del consumatore.

2. – Per comprendere la portata della pronuncia della Corte di giustizia, è opportuno ripercorrere brevemente le vicende normative e giurisprudenziali sottese alle complesse questioni sulle quali la Corte è chiamata ad esprimersi.

Le domande di pronuncia pregiudiziale originano dalla controversia sorta nel 2012, quando l'AGCM ha irrogato sanzioni alle società Wind Telecomunicazioni (d'ora in avanti, Wind Tre) e Vodafone Omnitel (d'ora in avanti, Vodafone Italia) per aver venduto carte SIM sulle quali erano preimpostati e previamente attivati servizi di navigazione Internet e di segreteria telefonica, senza aver previamente acquisito il consenso del consumatore e senza averlo reso edotto dell'esistenza, della preimpostazione di tali servizi e della loro onerosità, esponendolo, attraverso applicazioni cosiddette «always on» (sempre attive), ad eventuali addebiti inconsapevoli.

La condotta sanzionata veniva, in particolare, ritenuta idonea a “*determinare un indebito condizionamento tale da limitare considerevolmente, in alcuni casi addirittura ad escludere, la libertà di scelta dell'utente in ordine all'utilizzo e al pagamento dei servizi preimpostati e non conforme al grado di ordinaria diligenza ragionevolmente esigibile da operatori attivi nel settore della telefonia, in considerazione delle significative asimmetrie che caratterizzano il rapporto tra professionisti e consumatori e che impongono ai primi, nel definire le modalità di esercizio della propria attività commerciale, una declinazione particolarmente stringente dei generali obblighi di buona fede e correttezza*” (così, l'AGCM con provv. N.23357 del 6 marzo 2012, par. 43, 44).

In conseguenza di ciò, Wind Tre e Vodafone Italia hanno adito il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio che, interpretando il principio di specialità di cui all'art. 19, comma 3, del Codice del Consumo e al citato art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29 nel senso che la normativa generale dettata da tale codice in materia di pratiche commerciali scorrette («PCS») deve ritenersi inapplicabile alla fattispecie, ha annullato i provvedimenti dell'AGCM, dichiarando che tali sanzioni rientrerebbero nella competenza dell'AGCom.

Chiamato a conoscere di tali controversie in appello, il Consiglio di Stato ha rimesso alcune questioni alla sua Adunanza Plenaria che, con due sentenze del 2016, ha dichiarato che, sebbene la competenza a sanzionare la mera violazione degli obblighi informativi nel settore delle comunicazioni elettroniche appartiene all'AGCom, conformemente al principio di specialità di cui all'art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29, la sanzione per una «pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva» (come, in particolare, una «fornitura non richiesta») rientra nella competenza dell'AGCM, e ciò anche nel settore delle comunicazioni elettroniche.

I giudici amministrativi italiani sono giunti alla conclusione esposta, operando un parziale *revirement* della giurisprudenza precedente, segnatamente abbandonando la regola della specialità “per materie” o “per ordinamenti” o “per settori”, in virtù della quale l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (*sentenze nn. 11-13 e 15-16 del 2012*) avevano stabilito la prevalenza della *lex specialis* sulla *lex generalis* al ricorrere di due condizioni: la specificità della disciplina di settore e la completezza ed esaustività della stessa rispetto a quella generale contenuta nel Codice del consumo.

Coerentemente con tale premessa, i giudici amministrativi nel 2012 ritenevano che “*il termine «contrasto» utilizzato sia nella traduzione italiana dell'art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29, sia nella relativa norma interna di recepimento, deve essere inteso, non come una vera e propria antinomia, ma come una mera diversità di disciplina*”, con la conseguenza che il conflitto tra normativa di settore e normativa generale deve essere risolto a favore della disciplina settoriale vigente in materia di comunicazioni elettroniche con il radicamento della competenza in capo all'AGCom. Solo in mancanza di una simile disciplina di settore,

verrebbe a riespandersi la disciplina generale prevista dal Codice del consumo, con conseguente radicamento della competenza in capo all'AGCM.

Suddetto orientamento era stato in un primo momento recepito anche del legislatore italiano, stabilendo con l'art. 23, comma 12 – *quindiquiesdecies*, del d.l. 6 luglio 2012 n. 95 che “*la competenza ad accertare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette è dell'AGCM, escluso unicamente il caso in cui le PCS siano poste in essere in settori in cui esiste una regolamentazione di derivazione comunitaria (oggi, dell'Unione), con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati*” (sul tema, v. Cottafavi, *sub art. 19 del Codice del consumo*, in L.C. Lubertazzi, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*).

Con le successive pronunce del 2016, come anticipato, superando il precedente orientamento, l'Adunanza Plenaria ha risolto il conflitto tra pratiche commerciali aggressive di cui agli artt. 24-26 del Codice del consumo e violazione degli obblighi informativi di cui agli artt. 70-71 del Codice delle comunicazioni elettroniche in termini di progressione illecita alla luce del principio di assorbimento-consumazione di matrice penalistica (sul tema, si veda tra gli altri Fiandaca, Musco, *Diritto penale Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, 7 ed., 636 ss.).

Il criterio che il supremo consesso richiama, com'è noto, ha la funzione di risolvere le ipotesi di concorso apparente di norme tra disposizioni sanzionatorie tutte astrattamente applicabili ad un dato caso concreto, non in base ad un rapporto logico tra norme (come nel caso della regola della specialità), ma sulla base di un rapporto di valore. Si esclude così il concorso di norme quando la commissione di un illecito sanzionato più gravemente comporta secondo l'*id quod plerumque accidit* anche la commissione di uno meno grave, che in base ad una valutazione di carattere normativo-sociale, è assorbito e sanzionato proporzionalmente attraverso la pena comminata per il primo; detto principio porta, dunque, a sanzionare una sola volta condotte cui può attribuirsi un disvalore sociale omogeneo e che altrimenti darebbero luogo ad una moltiplicazione delle sanzioni (così, Rovati, *La tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche tra Autorità Garante della concorrenza e del mercato ed Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: esistono spazi residui per le autorità di regolazione?*, in *Riv. Regolazione dei Mercati*, fasc. 2/2016).

Alla luce di ciò, ai fini della individuazione dell'Autorità competente, la violazione di meri obblighi informativi di cui al corpus normativo presidiato dall'AGCom integrerebbe solo un elemento costitutivo del più grave e più ampio illecito anticoncorrenziale vietato dalla normativa di settore presidiata dall'AGCM. La violazione dei predetti obblighi informativi, infatti, non sarebbe di per sé bastevole ad integrare la fattispecie di illecito concorrenziale, poiché da tali obblighi sarebbe necessario inferire l'esistenza di un condizionamento tale da limitare considerevolmente la capacità di scelta del consumatore.

I giudici amministrativi italiani, invero, hanno in tal modo accolto le valutazioni operate dalla Commissione in occasione della procedura d'infrazione avviata nei confronti dell'Italia, ai sensi degli artt. 258 ss. del TFUE (*n. 2013/2169, avviata con lettera di messa in mora del 16 ottobre 2013, EU Pilot 4261/12/JUST*) proprio per scorretta applicazione ed esecuzione della direttiva 2005/29/UE e, in particolare, della regola della *lex specialis* ivi contenuta per il coordinamento tra la disciplina a carattere generale e le normative specifiche di settore.

La Commissione, in particolare, ha apertamente contestato la tesi in passato sostenuta dalle autorità italiane per cui la mera esistenza di una disciplina di settore esaustiva ne avrebbe comportato il prevalere su quella generale, ancorché di derivazione europea, in materia di tutela dei consumatori. Una interpretazione, quella da ultimo riportata, che secondo i commissari rischierebbe di creare un contrasto tra legge speciale e norma generale, non solo quando sia ravvisabile una opposizione, ma anche in presenza di una mera sovrapposizione, con la conseguenza che la disciplina speciale finirebbe col regolare la totalità delle fattispecie, sino al punto che non avrebbe ragion d'essere

l'applicazione, sia pure in funzione sussidiaria o come norma di chiusura, della disciplina generale.

La Commissione ha, inoltre, ritenuto che la disciplina italiana di cui agli artt. 70 e 71 del Codice delle comunicazioni elettroniche non contempli una regolamentazione esaustiva e completa delle PCS in questo settore e che l'adempimento degli specifici obblighi informativi ivi previsti non possa considerarsi equivalente o addirittura assorbente rispetto all'applicazione della disciplina generale di cui al Codice del consumo. Nondimeno, le disposizioni settoriali sono destinate a prevalere su quelle generali *ex art.* 3, par. 4 della direttiva 2005/29 solo al ricorrere di tre condizioni: le norme speciali attuano nell'ordinamento interno disposizioni dell'Unione; riguardano aspetti specifici delle PCS; esiste un contrasto tra queste norme di settore e la direttiva 2005/29.

Dunque, al dichiarato scopo di superare la menzionata procedura d'infrazione, si sono conformati alle *guidelines* della Commissione dapprima il legislatore che, in sede di recepimento della direttiva cd. *Consumer rights* (Direttiva 2001/83/UE) ha introdotto all'art. 27 del Codice del consumo il comma 1-bis - che attribuisce anche nei settori regolati all'AGCM un potere d'intervento esclusivo nella repressione delle PCS, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente -, poi il Consiglio di Stato che, come anticipato, nel 2016 ha optato per la soluzione in forza della quale la fattispecie della «pratica commerciale in ogni caso aggressiva» ingloberebbe, quale elemento costitutivo della stessa, l'illecito contemplato dalla normativa generale e presenterebbe rispetto a quest'ultimo un elemento aggiuntivo specializzante, consistente nel più intenso livello di coercizione esercitato sulla libertà di scelta del consumatore.

In disparte la terminologia adoperata, come è stato acutamente osservato (sul punto si v. Rovati, op. cit.), l'iter motivazionale seguito dal supremo consesso induce a ritenere che l'Adunanza Plenaria abbia richiamato la discussa categoria dell'assorbimento-consunzione solo per finalità descrittive, riconducendo il «rapporto di consunzione-assorbimento» pur sempre allo schema della specialità e, in particolare, alla «specialità per aggiunta».

Come recentemente confermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con decisione n. 20664 del 28 aprile 2017, il principio di specialità, che sottende la comparazione delle fattispecie astratte, costituisce, infatti, *“l'unico principio legalmente previsto in tema di concorso apparente, con ampliamento della sua applicazione alle ipotesi di illeciti amministrativi secondo la previsione dell'art. 9 l. 24 novembre 1981, n. 689”*.

Quando sembrava esser sopito il dibattito, a pochi giorni dalla pubblicazione del protocollo d'intesa tra AGCM e AGCom (v. Comunicato stampa congiunto tra AGCM e AGCom del 13 gennaio 2017), la VI Sezione del Consiglio di Stato, dubitando della compatibilità con il diritto dell'Unione della soluzione dell'Adunanza plenaria, ha rimesso alla Corte di giustizia alcune questioni sull'interpretazione, da un lato, della direttiva sulle pratiche commerciali sleali e, dall'altro lato, del diritto dell'Unione in materia di comunicazioni elettroniche, più in particolare, la direttiva «quadro» e la direttiva «servizio universale»: nello specifico, ha chiesto alla Corte se la condotta degli operatori di telecomunicazioni in esame possa essere qualificata come «fornitura non richiesta» o, più in generale, come «pratica commerciale aggressiva», ai sensi della direttiva sulle PCS; se il diritto dell'Unione in materia di comunicazioni elettroniche osti a una normativa nazionale in virtù della quale una «fornitura non richiesta» rientra nella direttiva sulle PCS, con la conseguenza che l'ANR non è competente a sanzionare tale condotta; se il principio di specialità di cui all'art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29 vada inteso come criterio regolatore dei rapporti tra ordinamenti (cd. specialità per settori o per materie), tra norme (cd. specialità per fattispecie astratte) o, ancora, tra Autorità preposte alla regolazione e alla vigilanza dei rispettivi settori; se la nozione di «contrasto» contenuta nella norma da ultimo menzionata debba essere intesa come radicale antinomia o se possa essere interpretata come esistenza di una disciplina difforme dalla normativa sulle PCS in relazione alla specificità del settore; se la nozione di norme comunitarie (oggi dell'Unione) di cui alla medesima disposizione vada intesa in senso stretto, come riferita alle sole

disposizioni contenute nelle direttive e nei regolamenti europei, o se, al contrario, possa ritenersi estesa anche alle norme emanate in attuazione dei principi di diritto europeo; se, infine, il principio di diritto sancito dall'Adunanza Plenaria nel 2016, ove confermato dalle risposte ai precedenti quesiti, possa trovare applicazione anche in casi in cui esista una normativa di settore che regoli in modo compiuto le medesime pratiche "aggressive" e "in ogni caso aggressive" o, comunque, le medesime pratiche scorrette.

3. – Alla luce dei quesiti esposti, è di palmare evidenza che la Corte di giustizia sia stata chiamata ad indagare le fondamenta della politica sovranazionale di tutela del consumatore e a chiarirne, in definitiva, l'impostazione che il Legislatore europeo ha inteso conferirle.

Sulle questioni sottoposte al suo esame, la Corte ha preliminarmente qualificato le condotte poste in essere dagli operatori di telefonia sopra descritte, come «fornitura non richiesta», ai sensi dell'allegato I, punto 29, della direttiva 2005/29, argomentando che nella fattispecie i servizi di cui trattasi sarebbero stati preattivati e preimpostati sulle carte SIM in mancanza di una libera scelta da parte del consumatore, a causa di un deficit informativo di cui il professionista deve ritenersi responsabile.

A tal fine, la Corte, da una parte, ricorda l'importanza che assumono le informazioni riguardo alle condizioni contrattuali fornite al consumatore prima della conclusione del contratto (in senso conforme, v. sentenza del 7 settembre 2016, *Deroo-Blanquart*, C-310/15, punto 40 e giurisprudenza ivi citata) e, dall'altra parte, ribadisce la considerazione per la quale il prezzo deve essere necessariamente comunicato per consentire al consumatore medesimo di prendere una decisione commerciale il più consapevole possibile (*ex multis*, sentenza del 26 ottobre 2016, *Canal Digital Danmark*, C-611/14, punto 55). Non assume, infatti, alcun rilievo la circostanza che l'utilizzo dei servizi di cui trattasi abbia richiesto, in certi casi, un'azione consapevole da parte del consumatore, atteso che, in mancanza di informazioni sui costi della navigazione internet e della segreteria telefonica, non si può ritenere che una siffatta azione sia idonea a dimostrare che l'utente abbia maturato un sincero convincimento.

L'impostazione accolta dalla Corte appare coerente con quella «rete di sicurezza» che la direttiva 2005/29 mira a creare per il conseguimento di un elevato livello di tutela del consumatore che, soprattutto in un settore ad alto tecnicismo come quello delle comunicazioni elettroniche, si trova in una posizione di inferiorità, acuita dalla notevole asimmetria tra le parti per quanto riguarda l'informazione e le competenze tecniche (v., in tal senso, sentenza del 16 aprile 2015, *UPC Magyarország*, C-388/13, punto 53).

Alla luce di tali premesse, la Corte procede nell'esame delle altre questioni pregiudiziali, rispondendo al quesito se, in sostanza, il principio di specialità di cui all'art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29 debba essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale secondo la quale una condotta integrante una fornitura non richiesta, come nel caso in esame, debba essere valutata alla luce di tale direttiva, con la conseguente incompetenza dell'ANR a sanzionare la condotta medesima.

In proposito, la disposizione da ultimo richiamata stabilisce che, in caso di contrasto tra le disposizioni di tale direttiva e altre norme dell'Unione che disciplinano aspetti specifici delle PCS, queste ultime sono destinate a prevalere e ad applicarsi a tali aspetti specifici. La direttiva, pertanto, è suscettibile di applicazione solo qualora non esistano specifiche norme di settore che disciplinino aspetti specifici delle PCS.

Tale regola di prevalenza dimostra, come rilevato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, l'intento, perseguito dalla direttiva del 2005, di istituire un vero e proprio sistema di tutela dei consumatori in tutti i settori, non tanto e non solo per colmare eventuali lacune delle normative settoriali, ma anche e soprattutto per ergersi a nucleo di un sistema generale di protezione nel quale, alle proprie disposizioni, si aggiungono quelle previste di volta in volta dalle specifiche normative settoriali dell'Unione a tutela del consumatore. In questa ottica, la direttiva 2005/29 assume i contorni di una normativa trasversale ad approccio orizzontale alla quale si affiancano le diverse direttive settoriali

che, con vario grado di intensità, assicurano la tutela del consumatore nei diversi ambiti economici disciplinati.

Un quadro normativo, quello delineato dal Legislatore europeo, nel quale deve sussistere necessariamente uno spirito di armonia e di coerenza nella interpretazione ed applicazione dell'una e delle altre. Ne discende che, affinché le norme della direttiva del 2005 vengano disapplicate non è indispensabile che sussista un sistema settoriale di protezione dei consumatori. Invero, il sistema istituito da tale direttiva, in quanto costituisce un sistema generale di protezione del consumatore, non cede il passo, in quanto tale, ad alcun sistema. Cedono il passo solo alcune sue disposizioni e solo alla condizione che ve ne siano altre che disciplinino specifici aspetti delle PCS o lo facciano in termini contrastanti. Con la conseguenza che l'inapplicabilità della medesima direttiva è circoscritta, in taluni casi, solo a tali specifici aspetti (che, peraltro, il considerando 10 della direttiva medesima richiama facendo riferimento agli obblighi di informazione e alle regole sulle modalità di presentazione delle informazioni al consumatore).

Quindi, come acutamente osservato ancora dall'Avvocato generale, la regola della specialità di cui al ricordato art. 3, par. 4, della direttiva 2005/29, fissa un criterio regolatore dei rapporti tra norme o disposizioni e non già tra tipi di disciplina (generale e settoriale), né riguarda i rapporti di competenza tra le autorità nazionali. Essa, infatti, esula dalla designazione delle autorità amministrative chiamate ad applicare le norme pertinenti, poiché la ripartizione o l'attribuzione di competenze tra di esse rientra nelle facoltà degli Stati membri.

Muovendo dal presupposto che si tratta esclusivamente di rapporti tra norme, la Corte precisa che il contrasto tra disposizioni dell'Unione cui fa riferimento la disciplina *de qua* deve ritenersi limitato ai conflitti tra norme dell'Unione in senso stretto, *id est* gli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione ed elencati dall'art. 288 TFUE, con esclusione delle disposizioni normative nazionali, ancorché attuative dei principi di diritto europeo.

L'esistenza di altre norme dell'Unione che disciplinano aspetti specifici delle PCS non è, tuttavia, bastevole a determinare la disapplicazione della disciplina generale di cui alla direttiva del 2005, essendo altresì necessario che tra quest'ultima e la normativa settoriale sussista una situazione di «contrasto».

Sulla nozione di «contrasto», anch'essa oggetto di uno specifico quesito del giudice remittente, la Corte precisa che essa deve essere intesa, non come una mera diversità di discipline, ma come «una divergenza che non può essere superata mediante una formula inclusiva che permetta la coesistenza di entrambe le realtà, senza che sia necessario snaturarle in quanto diverse»; sicché il contrasto in parola sussiste solo nei casi in cui previsioni normative, estranee alla direttiva del 2005, impongano ai professionisti obblighi incompatibili con quelli da essa stabiliti, di fatto impedendo l'integrazione o l'applicazione congiunta dell'una e delle altre.

Tanto premesso, i giudici europei, procedono a verificare se siano soddisfatte le condizioni normativamente richieste e suesposte, segnatamente se la normativa settoriale europea di cui alle menzionate direttiva «servizio universale» e direttiva «quadro» disciplinino aspetti specifici delle PCS, quale è la fornitura non richiesta di cui all'allegato I, punto 29, della direttiva 2005/29, e se, in caso positivo, sussista il contrasto richiesto dal legislatore, che determinerebbero la prevalenza della normativa settoriale.

A tal fine, i giudici evidenziano che, sebbene la direttiva servizio universale all'art. 20, par. 1, preveda un elenco puntuale degli elementi che il contratto deve come minimo precisare in maniera chiara, dettagliata e facilmente comprensibile, essa non disciplina specifici aspetti delle PCS, come la fornitura non richiesta. Inoltre, la direttiva da ultimo menzionata prevede che le disposizioni in essa contenute si applichino «fatte salve le norme dell'Unione in materia di tutela dei consumatori», sicché l'applicabilità della direttiva 2005/29 non sarebbe comunque pregiudicata dalle disposizioni della direttiva servizio universale.

Pertanto, conclude la Corte, non sussiste alcun contrasto tra le normative in esame la cui applicabilità parallela non è in discussione: mentre, infatti, la direttiva del 2005

qualificherebbe la richiesta del prezzo per una fornitura non richiesta come una pratica commerciale in ogni caso sleale, la direttiva servizio universale elenca le informazioni che il professionista deve necessariamente fornire all'utente, senza tuttavia qualificare come condotta illecita la fornitura non richiesta, oggetto della presente trattazione.

La Corte, dunque, rilevato che le discipline di settore ricordate non contemplano una disciplina esaustiva per la tutela del consumatore nel settore delle comunicazioni elettroniche, attraverso la previsione di condotte rientranti nella nozione di «pratica commerciale aggressiva» o nella nozione di «pratica commerciale in ogni caso aggressiva», conclude nel senso che alle condotte di cui al procedimento principale si applica la disciplina generale di cui alla direttiva 2005/29, così sottraendo all'ANR la competenza ad irrogare siffatte condotte.

4. – Lo scenario prefigurato dalla Corte di giustizia con la sentenza esaminata, oltre ad essere più rispondente al dato normativo e agli orientamenti fino a questo momento diffusi dalla Commissione, evidenzia come la direttiva del 2005 non preveda poteri di regolazione, ma punti essenzialmente ad una armonizzazione normativa attraverso la trasposizione in legge delle disposizioni ivi contenute e l'uniforme applicazione delle stesse. Il tutto coerentemente con le finalità perseguite dal Legislatore europeo di creare una «rete di sicurezza» a tutela del consumatore nell'ambito della quale la disciplina generale e quelle settoriali siano legate da un rapporto di specialità e di complementarità.

Tuttavia, è innegabile che non è sempre chiaro il rapporto tra regolazione pro-concorrenziale di un mercato esercitata *ex ante* dall'ARN e controllo *ex post* sulla concorrenzialità del mercato realizzato dalle Autorità nazionali istituzionalmente preposte alla tutela della concorrenza; in questi casi il rischio di sovrapposizione tra attività delle prime e delle seconde è tutt'altro che inesistente, con possibili problemi dal punto di vista del *ne bis in idem* sostanziale e procedurale.

Non può tacersi, infatti, il rischio già palesato da alcuni (sul punto, v. Cappai, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di Giustizia? in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 3-4, 1 agosto 2017, pag. 879), che l'accoglimento da parte della Corte di giustizia dell'impostazione che sostiene la regola della specialità per fattispecie astratte non sia, invero, risolutiva e concludente in Italia, ben potendo emergere nuovi dubbi di compatibilità della soluzione nazionale con il diritto europeo. Individuata la fattispecie prevalente, infatti, *id est* la pratica commerciale aggressiva, con conseguente radicamento della competenza esclusiva dell'AGCM a sanzionare simili condotte, si potrebbe assistere all'insorgere di interferenze limitate a singole porzioni dell'illecito tipizzato, nel senso che la normativa di settore ben potrebbe disciplinare aspetti specifici che investano, in tutto in parte, anche profili della più ampia fattispecie contemplata dalla normativa generale. In queste ipotesi, non solo potrebbe accadere che la regola di comportamento individuata dall'ANR non sia compatibile con il diverso comportamento che l'AGCM ricava dalla fattispecie più ampia prevista dalla disciplina generale, ma dovrebbe altresì concludersi per l'applicazione, ai sensi dell'art. 3, par. 4 della direttiva 2005/29 della disciplina di settore.

Per tali ragioni, in ordinamenti come quello italiano, ove l'autorità competente ad irrogare la sanzione non è quella di settore, ma un soggetto diverso, appunto l'AGCM, sarebbe auspicabile l'introduzione di meccanismi correttivi di coordinamento che agevolino le autorità coinvolte nella corretta applicazione delle norme potenzialmente in conflitto. Non manca chi ha ritenuto che una soluzione potrebbe risiedere nell'assegnazione, in via legislativa, a ciascuna Autorità di settore del potere di applicare non solo le proprie competenze settoriali, ma anche la normativa in materia di pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 20 e ss. del Codice del Consumo, limitatamente ai settori di specifica competenza, sulla base del convincimento per cui sarebbero molto più semplici ed efficienti le attività di coordinamento sulla valutazione della natura dell'infrazione, nonché i profili procedurali in quanto si eliminerebbero tutte le necessarie forme di leale collaborazione tra due diverse istituzioni (e le relative tempistiche) (cfr.,

Nava, *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcom e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva? In Diritto Mercato e Tecnologia, 29 luglio 2014*). Però, una siffatta proposta implicherebbe una interpretazione del criterio di specialità che, da un punto di vista formale, riguarda soltanto i rapporti tra le autorità preposte alla concreta attuazione delle norme in esame.

Sotto questo aspetto, desta, inoltre, qualche perplessità la soluzione adottata dal legislatore interno con la previsione di cui comma 1-bis all'art. 27 del Codice del consumo, ove oltre a prevedere che le *Authorities* procedano alla stipula di protocolli d'intesa, impone all'AGCM, prima dell'adozione della decisione finale, di richiedere all'Autorità di settore un parere. Quest'ultimo, in mancanza di una specificazione normativa, è stato interpretato dalla giurisprudenza (sul punto, v. TAR Lazio, Sez. I, 10 maggio 2016, n. 5450; Cons. di Stato, Sez. IV, 14 giugno 2017, n. 2918) e dalla dottrina (ex multis, Cappai, *cit.*; Nava, *Il legislatore interviene nuovamente, cit.*) come obbligatorio, ma non vincolante, con il conseguente rischio che esso possa tradursi in un mero onere procedimentale, totalmente privo di effetto sostanziali. L'AGCM, infatti, ben potrebbe disattendere il parere dell'autorità di settore, di fatto disapplicando, aggirando o addirittura ignorando una normativa settoriale, in violazione dell'art. 3, par. 4, della direttiva 29/2005. Sarebbe, pertanto auspicabile, ancor più a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia, un intervento normativo che chiarisca la portata del parere in esame e che introduca strumenti di raccordo tra i soggetti pubblici chiamati ad assicurare la tutela del consumatore, altrimenti la problematica della regola della specialità, solo apparentemente risolta a livello primario, potrebbe riproporsi ancora una volta sul versante applicativo.